

O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”

PROF. DOUTOR ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: *I – A boa-fé: 1. Evolução e sentido; 2. Objetiva e subjetiva; 3. O sistema e os princípios mediantes; 4. A confiança e a materialidade subjacente; 5. Aspetos evolutivos. II – A evolução do Direito da insolvência em 2012 e 2013: 6. Os quadros gerais do CIRE; 7. O memorando da Troika; 8. O regresso à recuperação, à simplificação e os credores; 9. Perspetivas. III – A boa-fé in contrahendo: 10. De Jhering ao Direito europeu; 11. Papel e grupos de casos; 12. O sistema; 13. O acolhimento lusófono; 14. Construção atual; 15. A concretização. IV – O dever de contratar: 16. Generalidades; 17. Previsões legais; 18. Deveres mitigados; 19. Relevância processual. V – Situação económica difícil: 20. Previsões legais; 21. Procedimentos: PER, SIREVE, PARI e PERSI; 22. O manto da boa-fé; 23. Dever de renegociar: sentido e limites.*

I – A boa-fé

1. *Evolução e sentido*

I. A boa-fé surge, hoje, reconhecida como um instituto jurídico geral, aplicável em todas as disciplinas: desde o Direito constitucional às diversas áreas processuais. Este sucesso deve-se à sua própria natureza. Não se trata de um instituto comum: antes de um vetor transversal, que dá corpo a um modo integrado de funcionamento da Ciência do Direito.

Como muitas vezes sucede nos Direitos de tipo continental, a boa-fé desenvolveu as suas especiais qualidades, ao longo da História, obtendo uma radicação especial no campo civil. Com efeito, ela surge referida no Código Civil português vigente em setenta artigos, dispersos pelos seus cinco livros. Institutos parcelares, de índole muito variada, têm-na em conta e fazem, dela, o seu cerne.

As razões desse emprego multifacetado e o seu sentido atual só são compreensíveis perante a evolução geral do instituto, ao longo da História.

Das questões em causa pode, tão-só, dar-se aqui um breve apanhado¹.

II. No início, encontra-se a *fides* romana, do período arcaico. Em termos semânticos, ela tinha várias aceções: sacras, expressas no culto da deusa *Fides* e patentes em sanções de tipo religioso contra quem defraudasse certas relações de lealdade; fácticas, presentes em garantias de tipo pessoal, prestadas pelos protetores aos protegidos; éticas, patentes nas qualidades morais correspondentes a essas mesmas garantias. As dúvidas levantadas por estas proposições levaram os especialistas a uma reconstrução histórica do tema a partir de aplicações concretas. Verificou-se, assim: (1) uma *fides*-poder, própria das relações entre o *patronus* e o *cliens*, que evolui para a virtude do mais forte; (2) uma *fides*-promessa, característica de quem assumisse determinada adstrição que, centrada primeiro num ritual exterior, progride depois para a ideia de respeito pela palavra dada; (3) uma *fides*-externa, que sujeitava os povos vencidos ao poder de Roma.

Esta evolução da *fides* antiga permite documentar três pontos: ela perde força significativa, como o prova a sua presença em situações diversas e, até, contraditórias; ela conheceu uma utilização pragmática, sem preocupações teóricas; ela traduz um divórcio entre a linguagem comum e a linguagem jurídica. No limite, a *fides* aparece sem um sentido útil preciso, transmitindo uma vaga ideia apreciativa. Estava, assim, disponível para dar cobertura a inovações jurídicas.

III. O Direito romano assentava em ações. Nele, o protótipo da situação jurídica ativa era protagonizado não por um direito subjetivo, mas por uma *actio*: a pessoa que pretendesse uma tutela jurídica dirigia-se ao pretor e solicitava uma ação; este, quando entendesse o pedido juridicamente justificado, concedia a *actio*, expressa numa fórmula, dirigida ao juiz, segundo a qual, se se provassem determinados factos alegados pelo autor interessado, o réu deveria ser condenado; no caso negativo, seguir-se-ia a absolvição. As *actiones* dadas pelo pretor, mesmo quando de origem consuetudinária, baseavam-se sempre em leis expressas. Chegou-se, assim, a um esquema formal, bastante rígido, incapaz de se adaptar e de enquadrar situações económico-sociais inteiramente novas. O bloqueio tornou-se claro quando as conquistas romanas através do Mediterrâneo vieram colocar o Direito perante tarefas antes desconhecidas, designadamente nas áreas das trocas comerciais.

O pretor interveio: em casos particulares, ele veio conceder ações sem base legal expressa, assentes, simplesmente, na *fides*, precedida do adjetivo *bona*: *bona fides* ou boa-fé. A inovação deve-se, provavelmente, ao próprio Quintus Mucius Scaevola – apontado como o primeiro cientista do Direito, no séc. I a. C. –

¹ Sobre esta matéria *vide*, para mais indicações, *Da boa fé no Direito civil* (1984, 7.^a reimp., 2013), *A boa fé nos finais do século XX*, ROA 1996, 887-912 e *Tratado*, V, 239 ss.

e permitiu criar, enquanto *bonae fidei iudicia*, figuras como a tutela, a sociedade, a fidúcia, o mandato, a compra e venda e a locação. Nos séculos subsequentes, a lista foi aumentando. As figuras jurídicas introduzidas pelo engenho criativo romano, em nome da *bona fides*, foram ainda dobradas por um novo regime jurídico. Sem entrar em particularidades técnicas, pode dizer-se que esse regime era de maior elasticidade do que o anterior, facultando encontrar soluções mais consentâneas com a realidade e em termos que possibilitavam uma ponderação dos interesses em presença.

A *bona fides* permitiu, no Direito romano clássico, a criação de figuras essenciais que constituem ainda hoje, o cerne do moderno Direito das obrigações; além disso, ela facultou um esforço geral no sentido de desformalizar o Direito, de modo a obter soluções fundadas no próprio mérito substancial das causas a decidir. Mas essa vitória foi a sua perda momentânea: criados os institutos e implantado o regime, a *bona fides* perdeu um sentido técnico preciso, tornando-se apta, apenas, para transmitir uma vaga ideia apreciativa.

IV. Ainda no Direito romano, tornou-se necessário, em determinado momento da sua evolução, aperfeiçoar institutos nos quais uma pessoa, por exercer certos poderes, se tornava titular da posição jurídica correspondente. Tal sucedeu com a *usucapio*, base da atual usucapião – artigos 1287.º e ss. do Código Civil – pela qual quem tivesse em seu poder, durante determinado período, uma coisa, se tornava seu proprietário. O aperfeiçoamento destinava-se a possibilitar o funcionamento desse instituto apenas a favor de quem não estivesse consciente de prejudicar outrem. E para o efeito, recorreu-se à locução *bona fides*: quem estivesse de boa-fé (desconhecesse lesar outrem), beneficiaria de regras mais favoráveis. A subjetivação da *bona fides*, assim alcançada – pois ela passa a exprimir um estado do próprio sujeito – deve ser entendida como um fenómeno de colonização linguística técnica: o termo estava disponível tendo, por isso, sido utilizado pelos cientistas na criação do Direito.

Nas compilações de Justiniano, onde, apesar das interpolações, se refletem os diversos passos do Direito romano ao longo de uma evolução secular, os múltiplos empregos da boa-fé conduzem à diluição do instituto: contagiada pela retórica grega, a *bona fides* chega a uma situação singular: ela surge, a cada passo e a propósito dos mais diversos institutos e, quando isolada, nada quer dizer.

V. No Direito canónico, a *bona fides* conserva uma utilização subjetiva semelhante à que se viu consubstanciar no Direito romano, a propósito da *usucapio*. O teor geral do canonismo conduziu, no entanto, a alguns desvios, conferindo, à boa-fé, tonalidades éticas que se podem exprimir equiparando-a à ausência de pecado. A boa-fé não implica só ignorância: exige ausência de censura.

No Direito germânico, desenvolveu-se, com raízes próprias, também uma ideia de boa-fé (*Treu und Glauben*): ela partiu das ideias de crença, confiança, honra e lealdade à palavra dada. Posteriormente, ela veio a objetivar-se, exprimindo valores ligados ao ritual, ao padrão social e à exterioridade do comportamento, de modo a ajuizar do seu acordo com bitolas sócio-culturais de atuação, com a intervenção da Ciência do Direito. A boa-fé traduz a tutela da aparência.

VI. A evolução posterior, até aos nossos dias, liga-se à riqueza dos fenômenos culturais no Direito, patentes nas receções do Direito romano.

Num primeiro momento, a boa-fé da receção é fundamentalmente subjetiva, traduzindo um estado de ignorância do sujeito, em termos de promover a aplicação de um regime mais favorável. Com o humanismo, os estudiosos vieram a descobrir um emprego polissêmico da boa-fé nas fontes. E em obediência ao sistema periférico por eles preconizado, os humanistas reuniram as referências dispersas feitas à boa-fé pelos textos romanos.

Os jusracionalistas aproveitaram também a expressão *bona fides*, rica em história, designadamente para melhor justificar a necessidade de respeitar os contratos celebrados. O uso assim feito era fraco: o contrato deve, como é evidente, ser respeitado, sem que o apoio da boa-fé seja útil.

A prática que antecedeu a codificação francesa dava, à boa-fé, um relevo subjetivo, nos termos por que, desde o Direito romano tardio, ela era conhecida.

No espaço alemão ocorreu, no entanto, um fenômeno diverso, de maior importância: no termo de uma confluência entre a boa-fé germânica e os textos romanos, sempre presentes mercê da receção, verificou-se, desde o princípio do século XIX, o recurso à *bona fides* por parte dos tribunais comerciais, como forma de enquadrar questões inteiramente novas, ligadas ao surto económico então verificado. O fenômeno foi tanto mais importante quanto é certo que, mercê da situação política interna aí reinante, não era possível dotar o espaço alemão de leis comerciais unitárias e atualizadas. O progresso foi simplesmente assegurado pelos tribunais comerciais, em decisões baseadas na boa-fé.

VII. Nas diversas codificações, a boa-fé teve um destino bastante diferente.

O Código Napoleão, fiel às tradições em que assentou, consagrou a boa-fé com duas aceções: o alcance subjetivo, pelo qual a boa-fé corresponde a um estado de ignorância do sujeito, que merece, do Direito, a concessão de um regime mais favorável e o alcance objetivo, de cariz jusracionalista, em cujos termos a boa-fé reforça o vínculo contratual. A evolução subsequente deu conteúdo, apenas, à primeira versão. A boa-fé objetiva, tolhida pela fraqueza do seu uso contratual e bloqueada pela incapacidade da doutrina francesa em elevar-se seja acima da

exegese, seja acima da sistemática central, perdeu-se, não tendo conteúdo útil e não dando lugar, até aos nossos dias, a soluções particulares.

O Código alemão, na sequência, também, das suas raízes, deu uma dupla dimensão à boa-fé. Em sentido subjetivo (*guter Glauben*), ela exprime a não-consciência de prejudicar outrem; em sentido objetivo (*Treu und Glauben*), ela corporiza-se numa regra de conduta, a observar pelas pessoas no cumprimento das suas obrigações. Posteriormente, assistiu-se a uma aplicação prática intensa de ambos os termos e a um enorme desenvolvimento do segundo. Na linha possibilitada por uma Ciência jurídica sensível às realidades e capaz – através dos mecanismos da sistemática integrada – de alterar, em função delas, o próprio sistema, a boa-fé esteve na base de praticamente todas as inovações jurídicas verificadas, no Direito civil, nos últimos cento e cinquenta anos².

Tudo isto se refletiu diretamente no Código Civil de 1966 e no Código Civil brasileiro de 2002.

2. *Objetiva e subjetiva*

I. Na sequência da evolução histórica acima sumariada, a boa-fé concretiza-se, no Direito civil português vigente, num instituto objetivo e num instituto subjetivo.

A boa-fé objetiva remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados ou, simplesmente, para um modo de atuação dito “de boa-fé”: artigos 3.º/1, 227.º/1, 239.º, 272.º, 334.º, 437.º/1 e 762.º/2, respetivamente. A boa-fé atua como uma regra imposta do exterior e que as pessoas devem observar.

Nalguns casos, a boa-fé surge como um corretivo de normas suscetíveis de comportar uma aplicação contrária ao sistema; noutros, ela surge como a única norma atendível³. Em todos eles, todavia, ela concretiza-se em regras de atuação. Em Direito, quem diz regras de atuação diz regras de proibição. Assim, a boa-fé objetiva abrange regras como as do artigo 15.º da LCCG, que considera nulas determinadas cláusulas contrárias à boa-fé.

II. Na boa-fé subjetiva está em causa um estado do sujeito. Esse estado é caracterizado, pela lei civil, ora como um mero desconhecimento ou ignorância

² Quanto ao Direito alemão, a obra de referência é hoje a de Dirk Looschelders/Dirk Olzen, no *Staudingers Kommentar*, §§ 241-243 (2009), 322 ss.; mantém-se o interesse da edição anterior de Jürgen Schmidt, no *Staudingers Kommentar*, § 242 (1995). Com elementos de diversos países, *La bonne foi*, Travaux AHC XLIII (1992) cit. e Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker (ed.), *Good Faith in European Contract Law* (2000).

³ REv 25-fev.-1988 (Cardona Ferreira), BMJ 374 (1988), 553-554.

de certos factos – artigos 119.º/3, 243.º/2, 1260.º/1 e 1340.º/4 – ora como um seu desconhecimento sem culpa ou uma ignorância desculpável – artigos 291.º/3 e 1648.º/1 – ora, finalmente, pela consciência de determinados factores – artigo 612.º/2⁴. Estas flutuações do legislador encobrem uma querela clássica, resolvida no século XIX, mas que, ao que supomos por falta de divulgação científica, não tem encontrado, entre nós, uma saída uniforme.

Vamos, por isso, fazer uma referência breve às duas concepções então em presença.

III. A boa-fé subjetiva podia ser usada em dois sentidos diversos:

- um sentido puramente psicológico: estaria de boa-fé quem pura e simplesmente desconhecesse certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que fosse;
- um sentido ético: só estaria de boa-fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposo; noutros termos: é considerada de má-fé a pessoa que, com culpa, desconheça aquilo que deveria conhecer.

A concepção ética postula a presença de deveres de cuidado e de indagação: por simples que sejam, sempre se exigiria, ao agente, uma consideração elementar pelas posições dos outros. Esta última concepção é, hoje, reconhecidamente, a que melhor corresponde às exigências da Ciência do Direito.

No desenvolvimento subsequente, interessa-nos a boa-fé objetiva ou, simplesmente, boa-fé: a que se traduz, diretamente, em regras de conduta.

3. *O sistema e os princípios mediantes*

I. Atalhando, podemos dizer que a boa-fé objetiva traduz, em cada situação e através de diversos sub-institutos, as exigências nucleares do sistema jurídico.

Desde logo, ela concretiza-se, essencialmente, em cinco institutos, todos de filiação germânica:

- a *culpa in contrahendo* – artigo 227.º/1;
- a integração dos negócios – artigo 239.º;
- o abuso do direito – artigo 334.º;
- a modificação dos contratos por alteração das circunstâncias – artigo 437.º/1;
- a complexidade das obrigações – artigo 762.º/2, todos do Código Civil.

⁴ Trata-se da boa/má-fé na ação pauliana, instituto onde ela assume uma feição especial; cf. RPt 19-mai.-1997 (Abílio Vasconcelos), CJ XXII (1997) 3, 188-190 (189).

Antes de fazer uma breve referência a estes institutos, cumpre sublinhar que nenhum deles deriva da boa-fé, em termos conceptuais: de resto, pela sua vaguidade, nem seria possível retirar da boa-fé seja o que for. Todos estes cinco institutos tiveram origens históricas diferentes, concretizando-se, por várias vias, antes de se acolherem à boa-fé. Apenas a reconstrução possibilitada pela terceira sistemática levou a uma certa aproximação dogmática entre eles.

II. Os cinco referidos institutos tornam-se incompreensíveis e inaplicáveis sem a intervenção da Ciência do Direito. Com efeito, eles lidam com conceitos indeterminados e com construções técnicas de alguma complexidade. Todos eles têm origem na resolução de questões concretas e não, propriamente, em desenvolvimentos teóricos. Além disso, todos eles requerem uma sindicância muito atenta da Ciência do Direito, com recurso a proposições firmes e pensadas: de modo algum eles poderão propiciar um Direito assente no sentimento ou um mero decisionismo imponderado.

Em medidas diversas, em todos eles afloram dois princípios que – trata-se de uma imagem científica auxiliar – atuam como fatores de mediação entre a boa-fé e o instituto considerado: o princípio da confiança e o princípio da primazia da materialidade subjacente. Tais princípios são induzidos das concretizações da boa-fé e, depois, usados na consecução de novas soluções.

4. *A confiança e a materialidade subjacente*

I. A confiança das pessoas é protegida desde o Direito romano, documentando-se, também, no Direito comparado⁵. A proteção mantém-se, por certo, hoje em dia, tendo sido, aliás, consideravelmente alargada. Mas é uma proteção delicada: o reconhecimento geral e absoluto da tutela da confiança levaria a que boa parte das soluções cominadas, em termos expressos, fosse desviada a favor daquilo em que, por uma razão ou outra, as pessoas acreditssem.

O Direito positivo tem uma palavra importante a dizer. A ponderação de análises históricas e comparativas mostra que ele é influenciado por fatores sócio-culturais. Assim, no Direito privado, quando se pretenda sedimentar um sistema que dê primazia à manutenção estática dos bens, a confiança é postergada; quando, pelo contrário, as preferências caminham para a sua circulação, a confiança é protegida. Neste domínio como noutros, não há modelos puros; apenas

⁵ Basile Jonesco, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé* (1927), 14 ss., Herbert Meyer, *Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht* (1909), 9 ss. e o nosso *Da boa-fé*, 1235 ss. A grande obra de referência sobre a tutela da confiança é o escrito maciço de Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1983, reimpr.).

oscilações em favor de um ou de outro dos extremos possíveis. No entanto, não é arriscado adiantar que o momento atual é de dinamismo no aproveitamento de bens e de segurança na posição dos administrados: a confiança surge, em consequência, valorizada.

II. No Direito português vigente – de acordo, aliás, com o que ocorre nas outras ordens jurídicas – a proteção da confiança efetiva-se por duas vias:

- através de disposições legais específicas;
- através de institutos gerais.

As disposições legais específicas de tutela da confiança surgem quando o Direito retrate situações típicas nas quais uma pessoa que, legitimamente, acredite em certo estado de coisas – ou o desconheça – receba uma vantagem que, de outro modo, não lhe seria reconhecida. Como meros exemplos, é o que sucede com a posição dos sujeitos perante certos atos de associações e sociedades civis puras – artigos 179.º, 184.º/2 e 1009.º – perante a procuração – artigo 266.º – perante a anulação ou declaração de nulidade dos atos jurídicos – artigo 291.º – e perante a aquisição de coisa a comerciante – artigo 1301.º – ou a herdeiro aparente – artigo 2076.º/1.

III. Os institutos gerais suscetíveis de proteger a confiança aparecem ligados aos valores fundamentais da ordem jurídica e surgem associados, por forte tradição românica, a uma regra objetiva da boa-fé. Preconiza-se, a propósito dessa tutela da confiança, no Direito positivo português vigente, a construção seguinte:

- a confiança é protegida quando se verifique a aplicação de um dispositivo específico a tanto dirigido;
- fora desses casos, ela releva quando os valores fundamentais do ordenamento, expressos como boa-fé ou sob outra designação, assim o imponham.

IV. Um estudo aturado das previsões legais específicas que tutelem situações de confiança e das consagrações jurisprudenciais dos institutos genéricos, onde tal tutela tenha lugar, permite apontar os pressupostos da sua proteção jurídica⁶. São eles:

- 1.º Uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa-fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias;

⁶ Intentou-se proceder a tal análise no escrito *Da boa fé*, 443 ss., 742 ss. e *passim*, com tentativa de síntese a pp. 1243 ss. Posteriormente, o tema foi tratado, em moldes paralelos, pelo saudoso Professor Baptista Machado, *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”* (1985) = *Obra dispersa I* (1991), 345-423 (416 ss.), com uma arrumação semelhante dos pressupostos de tutela da confiança.

- 2.º Uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível;
- 3.º Um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada;
- 4.º A imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante: tal pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao fator objetivo que a tanto conduziu.

A situação de confiança pode, em regra, ser expressa pela ideia de boa-fé subjetiva: a posição da pessoa que não adira à aparência ou que o faça com desrespeito de deveres de cuidado merece menos proteção.

A justificação da confiança requer que esta se tenha alicerçado em elementos razoáveis, suscetíveis de provocar a adesão de uma pessoa normal.

O investimento de confiança exige que a pessoa a proteger tenha, de modo efetivo, desenvolvido toda uma atuação baseada na própria confiança, atuação essa que não possa ser desfeita sem prejuízos inadmissíveis; isto é: uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requer proteção.

A imputação da confiança implica a existência de um autor a quem se deva a entrega confiante do tutelado. Ao proteger-se a confiança de uma pessoa vai-se, em regra, onerar outra; isso implica que esta outra seja, de algum modo, a responsável pela situação criada⁷.

V. A ideia que aflora na regra da primazia da materialidade subjacente é de fácil exteriorização: o Direito visa, através dos seus preceitos, a obtenção de certas soluções efetivas; torna-se, assim, insuficiente a adoção de condutas que apenas na forma correspondam aos objetivos jurídicos, descurando-os, na realidade, num plano material. A boa-fé exige que os exercícios jurídicos sejam avaliados em termos materiais, de acordo com as efetivas consequências que acarretem.

Num exemplo académico, seria contrário à boa-fé e, a esse título, abusivo, o comportamento do devedor que, obrigado a colocar determinada quantidade

⁷ Não haverá, deste modo, proteção quando o agente tenha uma posição especial que justifique o “atentado à confiança” por ele perpetrado; assim, pode um trabalhador impugnar a caducidade do contrato de trabalho, por invocada incapacidade e, depois, reformar-se por invalidez: RCb 3-mar.-1998 (Gonçalves Afonso), CJ XXIII (1998) 2, 68-71; também se admite que um trabalhador inicie uma relação laboral meses depois de ter pedido a reforma por invalidez: STJ 8-out.-1997 (Matos Canas), BMJ 470 (1997), 469-482; não foi considerado abuso do direito o invocar a nulidade do contrato de trabalho por falta de habilitações legais do trabalhador, mau grado ter já decorrido algum tempo de laboração: STJ 29-abr.-1998 (Vitor Devesa), CJ/Supremo VI (1998) 2, 270-273.

de tijolos num prédio do credor, os descarregasse no fundo de um poço: ainda quando o local da entrega ficasse ao critério do devedor, deve entender-se que a opção não poderia ser feita em termos danosamente inúteis.

Para facilidade de concretização – e sempre na base de uma pesquisa assente em casos práticos – podemos apontar três grandes vias de realização do princípio ora em estudo: (1) a conformidade material das condutas; (2) a idoneidade valorativa; (3) o equilíbrio no exercício das posições.

A conformidade material exige que, no exercício de posições jurídicas, se realizem, com efetividade, os valores pretendidos pelo ordenamento: não, apenas, o ritualismo exterior. Será pois contrária à boa-fé qualquer conduta que apenas na forma dê corpo ao que o Direito determine.

A idoneidade valorativa recorda a harmonia do sistema. Este não admitiria que alguém utilize a própria situação jurídica que tenha violado para, em função do seu ilícito, tirar partido contra outrem. Assim – e se normas específicas não existissem – seria contrário à boa-fé provocar um dano e exigir, a outrem, a sua reparação.

O equilíbrio no exercício das posições jurídicas recorda a permanente necessidade de sindicar, à luz da globalidade do sistema, as diversas condutas, mesmo permitidas.

5. *Aspetos evolutivos*

I. Durante boa parte do século XX, a boa-fé teve um papel decisivo no apuramento de importantes subinstitutos acima referidos: a *culpa in contrahendo*, o abuso do direito, a complexidade intraobrigacional, a integração dos contratos e a alteração das circunstâncias. As exigências do sistema nas respetivas áreas de aplicação permitiram a formação de domínios articulados dotados de modelos de decisão mais precisos. Os subinstitutos em causa foram-se autonomizando dos postulados de origem, num movimento consagrado pela reforma do BGB alemão de 2001/2002, ao codificar a *culpa in contrahendo*, a violação positiva do contrato e a alteração das circunstâncias⁸. Pergunta-se, deste modo, se a boa-fé não terá cumprido o seu papel: permitiu ao ordenamento conquistar novas áreas problemáticas, apurando soluções adequadas. Isto feito, ela perderia conteúdo prescritivo.

II. Parcialmente, assim é. O tratamento atual da boa-fé na Alemanha perdeu extensão, dada a reordenação da matéria subsequente à reforma de 2001/2002. No nosso Direito, o mesmo deslizar parece natural, tanto mais que dispomos, no Código de Vaz Serra, de elementos codificados relativos aos institutos *ex bona fide*. Não obstante, os subinstitutos *ex bona fide* não são de Direito estrito. Será sempre inevitável, na sua aplicação, um apelo às origens e uma sindicância com recurso ao

⁸ Vide o nosso *Da modernização do Direito civil* (2004), 111 ss.

sistema. E no Direito vigente essa necessidade mais se acentua perante a expressa referência feita à boa-fé nos substitutos dela derivados: artigos 227.º/1, 239.º, 334.º, 437.º/1 e 762.º/2.

Digamos que, mau grado um movimento que, através da consagração de substitutos mais precisos, conduz à depuração da boa-fé, esta mantém um papel ordenador e dogmático auxiliar.

III. Não será credível, todavia, afirmar que o Direito já cobre, com completeza e diferenciação, todos os problemas carecidos de colocação jurídica. Nas conjugações de problemas e de interesses apelam, em permanência, para as virtualidades criativas do sistema. A boa-fé, diretamente ou através dos seus princípios mediantes – a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente – pode ser chamada para enquadrar questões novas. Pense-se nas cláusulas contratuais gerais⁹, na defesa do consumidor¹⁰, no levantamento da personalidade coletiva¹¹ ou na procuração aparente¹². A boa-fé irá manter o seu papel como expressão de capacidade reprodutiva do sistema. Como alternativa: encontrar outra designação. Não vemos, porém, razão para abandonar a velha *bona fides*: uma presença constante e calorosa na caminhada bimilenária do nosso Direito civil.

II – A evolução do Direito da insolvência em 2012 e 2013

6. Os quadros gerais do CIRE

I. O Código da Insolvência de 2004 inovou, essencialmente, nas questões seguintes¹³: (1) a primazia da satisfação dos credores; (2) a ampliação da autonomia privada dos credores; (3) a simplificação do processo.

⁹ Artigo 15.º da LCCG; *Tratado de Direito civil*, I/1, 3.ª ed. (2005, reimp., 2011), 630–632.

¹⁰ Artigo 6.º do Anteprojeto Pinto Monteiro: “Na ponderação do princípio da boa-fé dever-se-á especialmente ponderar, entre outros fatores, a necessidade de assegurar a defesa do consumidor”.

¹¹ *Tratado*, IV, 699 ss.

¹² *Tratado*, V, 102 ss.

¹³ Em geral: Luís Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, 4.ª ed. (2012), 382 pp. e Catarina Serra, *O novo regime português da insolvência/Uma introdução*, 2004 e 4.ª ed. (2010), 176 pp., bem como a 5.ª ed. (2012), 209 pp. Desta Autora, vide ainda a monografia *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito* (2009), 530 pp.

Referimos, ainda, como bibliografia geral, além dos *Códigos anotados*, AAVV, *Análise teórico-prática do processo de insolvência* (2006), 168 pp.; Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência* (2007), 1080 pp.; Luís A. Carvalho Fernandes/João Labareda, *Colectânea de estudos sobre a insolvência* (2009), 339 pp.; Joana Albuquerque Oliveira, *Curso de processo de insolvência e de recuperação de empresas* (2011), 264 pp.; Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da insolvência*, 3.ª ed. (2011), 322 pp.; Rui Pinto (coord.), *Direito da insolvência/Estudos* (2011), 386 pp.

Estas linhas vêm, depois, entrecruzar-se em todo o Código, dando azo às mais diversas e inovatórias soluções.

Num moderno Direito da insolvência, existe um conjunto de questões económicas e políticas que cumprir ter presentes. Como auxiliar, podemos contar com a análise económica do Direito da insolvência¹⁴. Deverão ser ponderados os interesses dos credores, a concorrência e a concentração das empresas e o mercado de trabalho. Mas também opções como a dupla emprego/desenvolvimento e, naturalmente, a tutela das pessoas, devem ser tidas em boa conta.

Sobre tudo isto vão, depois, assentar os “custos da transação”: tanto maiores quanto mais complexo, mais demorado e mais inseguro for o processo de insolvência. Fica bem claro que estes “custos da transação” podem comprometer todos os outros objetivos do processo falimentar. Pede-se um processo eficaz, que respeite a verdade material¹⁵, mas que conduza a um epílogo rápido. Quanto mais depressa for possível entregar a falência aos credores, mais cedo ficará o Estado – particularmente na sua vertente jurisdicional – exonerado de uma responsabilidade que, de todo, não lhe incumbe.

II. A problemática sócio-económica ligada aos temas concursais levou os legisladores a privilegiar soluções que permitissem a recuperação das empresas. A ideia foi acolhida, entre nós, através do Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de julho e, depois, pelo Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e da Falência. A prática do sistema mostrou ser mau caminho. As empresas em dificuldades não se recuperam, pela natureza das coisas, só por si. A obrigatoriedade de percorrer o calvário da recuperação para, depois, encarar a fase concursal, traduzia-se, em regra, num sorvedouro de dinheiro, com especiais danos para os credores e os próprios valores subjacentes à empresa.

Podemos apontar três causas para essa situação: (1) a empresa recuperável deve ser retomada pelos novos donos sem passivo; ora a sua assunção no quadro da “recuperação” tendia a implicar a manutenção de passivos anteriores; (2) o processo de recuperação era lento; durante muitos meses, a empresa via aumentar o seu défice, de tal modo que a recuperação se ia desvanecendo; (3) as dificuldades de recuperação afastavam, do processo, os empresários mais dinâmicos e capazes; foi-se criando uma categoria de agentes que tiravam partido da situação sem, necessariamente, pretenderem relançar empresas. No fundo, havia um remar contra o mercado, só possível em cenários nos quais o Estado admitisse injetar importâncias maciças, para torneir as dificuldades. Como contraponto, apenas uma vantagem: o arrastamento das situações levava os trabalhadores a,

¹⁴ Ludwig Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4.ª ed. (2007), 81 ss., com indicações.

¹⁵ Neil Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings*, ZZPInt 8 (2003), 69-96.

progressivamente, procurar novos empregos, permitindo, aos poucos, convencer as pessoas da inevitabilidade do encerramento da empresa.

A primazia do interesse dos credores (46.º/1) pretende afastar o óbice da recuperação: esta deixa de ser o fim último do processo; surge à frente, como mera eventualidade, totalmente dependente da vontade dos credores. Mas esta primazia não funcionaria, apenas, em detrimento da empresa: ela exige, também, o sacrifício de terceiros que tenham contratado com a entidade insolvente. Donde o princípio geral do artigo 102.º/1, referente a negócios ainda não cumpridos: o seu cumprimento fica suspenso até o administrador da insolvência declarar optar pela execução ou recusar o cumprimento.

Temos um mundo de possibilidades, de acordo com os contratos em presença¹⁶. O CIRE dispõe sobre venda com reserva de propriedade (104.º), venda sem entrega (105.º), contrato-promessa (106.º)¹⁷, operações a prazo (107.º), locação (108.º e 109.º), mandato e gestão (110.º), prestação duradoura de serviço (111.º), procurações (112.º), trabalho (113.º), prestação de serviço (114.º), cessão e penhor de créditos futuros (115.º), contas correntes (116.º), associação em participação (117.º) e agrupamento complementar de empresas e agrupamento europeu de interesse económico (118.º). De um modo geral, a preocupação do novo regime é a de permitir, sendo esse o caso, o termo dos contratos envolvidos na falência, sem maiores encargos para os credores. Haverá, caso a caso, que procurar, nos regimes dos contratos expressamente versados no CIRE e nas regras neste previstas, as bases para a aplicação a outros negócios.

Por curiosidade: na ordem alemã, têm ocasionado especial atenção as situações de reserva de propriedade¹⁸, de mútuo¹⁹ ou de garantias pessoais²⁰, de trabalho²¹, de locação²² e de Direito de autor²³.

¹⁶ Vide os §§ 103-128 da InsO; indicações em Andres no Andres/Leithaus, *InsO/Kommentar*, 2.ª ed. (2011), 358 ss., Godehard Kayser/Wolfgang Marotzke, no *InsO/Heidelberger Kommentar*, 6.ª ed. (2011), § 103 ss. (865 ss.) e Harald Kroth, no Braun, *InsO/Kommentar*, 4.ª ed. (2010), 743 ss.

¹⁷ Vide, como espécie doutrinariamente interessante, STJ 14-jun.-2011 (Fonseca Ramos), CJ/Supremo XIX (2011) 2, 108-112 (109 ss.).

¹⁸ Natascha Kupka, *Die Behandlung von Vorbehaltskäufern nach der Insolvenzrechtsreform*, InVo 2003, 213-222.

¹⁹ Wolfgang Marotzke, *Darlehen und Insolvenz*, ZInsO 2004, 1273-1283.

²⁰ Cartas de conforto: Uwe Paul, *Patronatserklärungen in der Insolvenz der Tochtergesellschaft*, ZInsO 2004, 1327-1329.

²¹ Wolfgang Marotzke, *Die Freistellung von Arbeitnehmern in der Insolvenz des Arbeitgebers*, InVo 2004, 301-316.

²² Volkhard Frenzel/Nikolaus Schmidt, *Die Mietforderung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit in der Insolvenz des Mieters*, InVo 2004, 169-172, Andreas Ringstmeier, *Abwicklung von Mietverhältnissen in masseunzulänglichen Insolvenzverfahren*, ZInsO 2004, 169-174 e Peter von Wilmowsky, *Der Mieter in Insolvenz: die Kündigungssperre*, ZInsO 2004, 882-888.

²³ Barbara Stickelbrock, *Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz*, WM 2004, 549-563.

III. A reforma não se limitou a reconhecer a primazia da satisfação dos credores, como o objetivo último de todo o processo: ela consigna meios diretos para a prossecução desse encargo e, designadamente: coloca nas mãos dos credores as decisões referentes ao patrimônio do devedor e à sua liquidação. A autonomia privada dos credores denota-se nos pontos mais diversos: (1) qualquer credor, mesmo condicional, pode requerer a insolvência, nas condições do artigo 20.^o²⁴; pode, também, requerer medidas cautelares – 31.^o; (2) os credores podem eleger quem entenderem para o cargo de administrador, em detrimento do administrador provisório indicado pelo juiz – 53.^o/1²⁵; fixarão, nessa altura, a sua remuneração – 60.^o/2²⁶; a posição do administrador deve ser funcionalizada²⁷, tendo estabilidade²⁸; (3) a assembleia de credores pode prescindir da existência da comissão de credores, substituir os seus membros, aumentar o seu número ou criar a comissão, quando o juiz não a tenha previsto – 67.^o/1; (4) em toda a lógica da insolvência prevalece a assembleia de credores – 80.^o; (5) a assembleia de credores delibera sobre a manutenção em atividade do estabelecimento ou estabelecimentos ou sobre o seu encerramento – 156.^o/2; ela dá ainda o seu consentimento para atos jurídicos especialmente relevantes – 161.^o/1; o n.º 3 desse preceito enumera, a título exemplificativo, os atos de especial relevo, os quais incluem a venda da empresa; (6) a assembleia de credores pode aprovar um plano de insolvência – 192.^o e seguintes; (7) a assembleia de credores pode pôr termo à administração da massa insolvente pelo devedor – 228.^o/1, b).

De todas estas medidas, a mais visível é a da possibilidade de aprovação do plano de insolvência²⁹. Trata-se de uma figura inspirada no *Insolvenzplan* alemão – §§ 217 a 279 do InsO³⁰. O plano de insolvência vem substituir os quatro esquemas antes previstos no CPEF: (1) a concordata: ou redução ou modificação dos créditos (66.^o do CPEF); (2) a reconstituição empresarial: constituição de uma ou mais sociedades (78.^o/1 do CPEF); (3) a reestruturação financeira (87.^o do

²⁴ De notar que o artigo 98.^o/1 prevê um “prémio” para o devedor requerente.

²⁵ Harald Hess/Nicole Ruppe, *Anwahl und Einsetzung des Insolvenzverwalters*, NZI 2004, 641-645.

²⁶ Com alguns elementos: Peter Depré/Günter Mayer, *Die Vergütung des Zwangsverwalters nach dem “dritten Entwurf”*, InVo 2004, 1-3.

²⁷ Kurt Bruder, *Auskunftsrecht und Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters und seiner Mitarbeiter*, ZVI 2004, 332-336.

²⁸ Pode ser destituído com justa causa (56.^o/1); vide RPt 13-jul.-2011 (Filipe Carço), Proc. 1384/10.

²⁹ Vide Eduardo Santos Júnior, *O plano de insolvência/Algumas notas*, O Direito 2006, 571-591.

³⁰ Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4.^a ed. cit., 746 ss., Breuer, *Insolvenzrecht*, 2.^a ed. cit., 173 ss., Ulrich Foerste, *Insolvenzrecht*, 2.^a ed. (2004), 219 ss., Axel Flessner, no *InsO/Heidelberger Kommentar*, 6.^a ed. cit., prenot. §§ 217-269 (1648 ss.), Andres no Andres/Leithaus, *InsO/Kommentar*, 2.^a ed. cit., prenot. §§ 217-269 (688 ss.) e Eberhard Braun (org.), *InsO/Kommentar*, 4.^a ed. cit., prenot. §§ 217-269 (1253), todos com inúmeras indicações.

CPEF); (4) a gestão controlada (97.º do CPEF). Tais hipóteses eram consideradas demasiado rígidas. A recuperação de empresas na sua base surgia, ainda, dificultada pelo esquema lento e pesado que poderia levar à sua aprovação. Perante a lei nova, os credores poderão adotar as medidas que entenderem, no quadro do plano de insolvência³¹.

O artigo 195.º/2, b), ainda que a título exemplificativo, permite intuir quatro hipóteses de planos de insolvência: (1) o plano de liquidação da massa insolvente (*Liquidationsplan*); (2) o plano de recuperação (*Sanierungsplan*); (3) o plano de transmissão de empresa (*Übertragungsplan*); (4) o plano misto.

O conteúdo concreto depende, porém, da vontade das partes.

IV. Todo o processo de insolvência sofreu uma grande simplificação perante o anterior Código. Apenas alguns exemplos: (1) desaparece o dualismo recuperação/falência, substituído por um processo único: o da insolvência; (2) todo o processo e os seus apensos têm caráter de urgência, preferindo aos restantes; (3) é evitada a duplicação do chamamento dos credores ao processo; (4) os registos são urgentes; (5) o processo não pode ser suspenso; (6) as notificações são mais expeditas; (7) há apenas um grau de recurso. É evidente que a celeridade processual exige uma cultura de ligeireza, por parte dos operadores judiciais, particularmente dos advogados. Mas requer-se, ainda, um esforço judicial, no sentido de ultrapassar a escassez regulativa, através de novas rotinas que permitam prosseguir os fins da insolvência: a rápida satisfação dos credores e, sendo esse o caso, um plano de insolvência que faculte recuperar a empresa.

Nos artigos 249.º e seguintes, o CIRE ocupa-se da insolvência da pessoa singular, desde que: (1) não tenha sido titular da exploração de qualquer empresa nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência; (2) à data do início do processo, não tenha: dívidas laborais; mais de 20 credores; um passivo global superior a 300.000 euros.

Os artigos 235.º e seguintes preveem a exoneração do passivo restante³²: pode ser concedido, ao insolvente, a exoneração dos créditos sobre a insolvência, que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste. Encontramos matéria inspirada na *Rechtschuldbefreiung*

³¹ Todavia, não com relevo quanto a créditos fiscais, quando haja oposição do Estado: RPt 7-jul.-2011 (José Ferraz), Proc. 393/10 e RPt 13-jul.-2011 (Soares de Oliveira), Proc. 134/11: uma saída decorrente da Lei do Orçamento para 2011, que mais dificulta a recuperação das empresas. Mas *vide* RGm 18-out.-2011 (Catarina Gonçalves), Proc. 5036/10.

³² *Vide* RPt 9-jan.-2006 (Pinto Ferreira), CJ XXXI (2006) 1, 160-162.

dos §§ 286 ss. da InsO³³ e no processo de insolvência do consumidor – §§ 304 ss., do mesmo diploma³⁴. A ideia básica será: (1) a de simplificar o inerente processo; (2) a de facilitar a liberação do devedor, como base para uma nova partida.

O regime acabaria por ser pouco aberto. Veremos as possibilidades futuras de o reforçar. Categoria específica será a dos profissionais liberais³⁵.

7. *O Memorando da Troika*

I. A reforma da insolvência levada a cabo pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, decorreu das obrigações assumidas pelo Estado Português, através da assinatura do Memorando da Troika. Curiosamente, o Memorando da Troika ocupa-se da matéria da insolvência a propósito do seu ponto 2: *Regulação e supervisão do sector financeiro*, fazendo-lhe, depois, uma curta referência a propósito do sistema judicial.

II. Quanto à regulação e supervisão do sector financeiro, o Memorando refere a insolvência logo a abrir, a propósito dos objetivos. Diz ele:

Objectivos

Preservar a estabilidade do sector financeiro, manter a liquidez e apoiar uma desalavancagem equilibrada e ordenada do sector bancário; reforçar a regulação e supervisão bancária; concluir o processo relacionado com o Banco Português de Negócios e racionalizar a estrutura do banco público Caixa Geral de Depósitos; reforçar o enquadramento legal da reestruturação, saneamento e liquidação das instituições de crédito e do Fundo de Garantia de Depósitos e do Fundo de Garantia de Crédito Agrícola Mútuo; reforçar o enquadramento legal de insolvência de empresas e de particulares.

³³ Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 3.ª ed. cit., 649 ss.; Andres no Andres/Leithaus, *InsO/Kommentar*, 2.ª ed. cit., §§ 286–303; Hans-Georg Landfermann, no *InsO/Heidelberger Kommentar*, 6.ª ed. cit., prenot. §§ 286 ss. (1829 ss.); Andreas Lang, no Braun, *InsO Kommentar*, 4.ª ed. cit., §§ 286 ss. (1411 ss.) .

³⁴ Breuer, *Insolvenzrecht*, 2.ª ed. cit., 158 ss. *Vide* Wilhelm Klaas, *Fünf Jahre Verbraucherinsolvenz*, ZInsO 2004, 577–580 e Kai Henning, *Aktuelles zu Überschuldung und Insolvenzen natürlicher Personen*, ZInsO 2004, 585–594.

³⁵ Christian Tetzlaff, *Die Abwicklung von Insolvenzverfahren bei selbstständig-tätigen natürlichen Personen*, ZVI 2004, 2–9 e Christine Neumann, *Praxisprobleme bei der Insolvenz von selbstständigen*, ZVI 2004, 637–638.

De seguida, a insolvência surge a propósito do Fundo de Garantia de Depósitos. Respigramos o ponto 2.16.:

2.16. O Código de Insolvência será alterado até ao fim de novembro de 2011 a fim de assegurar que os depositantes garantidos e/ou os Fundos (tanto directamente como através de sub-rogação) gozem de prioridade sobre os credores não garantidos numa situação de insolvência de uma instituição de crédito.

III. Ocorre um ponto intitulado *Enquadramento legal da reestruturação de dívidas de empresas e de particulares*, que dispõe:

2.17. A fim de melhor facilitar a recuperação efectiva de empresas viáveis, o Código de Insolvência será alterado até ao fim de novembro de 2011, com assistência técnica do FMI, para, entre outras, introduzir uma maior rapidez nos procedimentos judiciais de aprovação de planos de reestruturação

2.18. Princípios gerais de reestruturação voluntária extra judicial em conformidade com boas práticas internacionais serão definidos até fim de setembro de 2011.

2.19. As autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a segurança social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação baseados em critérios claramente definidos, nos casos em que outros credores também aceitem a reestruturação dos seus créditos, e para rever a lei tributária com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas.

2.20. Os procedimentos de insolvência de pessoas singulares serão alterados para melhor apoiar a reabilitação destas pessoas financeiramente responsáveis, que equilibrem os interesses de credores e devedores.

2.21. As autoridades lançarão uma campanha para sensibilizar a opinião pública e as partes interessadas sobre os instrumentos de reestruturação disponíveis para o resgate precoce de empresas viáveis através de, por exemplo, formação e novos meios de informação.

O Memorando refere a monitorização do endividamento *de empresas e de particulares*. Fá-lo nos termos seguintes:

2.22. As autoridades prepararão relatórios trimestrais sobre os sectores de empresas e de particulares que incluam uma avaliação das respectivas pressões de financiamento e actividades de refinanciamento de dívida. As autoridades avaliarão os programas de garantia actualmente em vigor, bem como as alternativas de financiamento no mercado (market-based financing alternatives). Será constituído um grupo de trabalho para preparar planos de contingência para o tratamento eficiente dos desafios colocados pelo endividamento elevado nos sectores das empresas e de particulares. Estas actividades reforçadas de monitorização serão postas em vigor até fim de setembro de 2011, em consulta com a CE, o BCE e o FMI.

Finalmente, no ponto 7. *Condições de enquadramento*, a propósito das ações civis nos tribunais, surgem as menções seguintes:

7.12. Avaliar a necessidade de Secções especializadas nos Tribunais Comerciais com juízes especializados em processos de insolvência. [T4-2011]

7.13. O Governo irá rever o Código de Processo Civil e preparará uma proposta até ao final de 2011, identificando as áreas-chave para aperfeiçoamento, nomeadamente (i) consolidando legislação para todos os processos de execução presentes a tribunal; (ii) conferindo aos juízes poderes para despachar processos de forma mais célere; (iii) reduzindo a carga administrativa dos juízes e; (iv) impondo o cumprimento de prazos legais para os processos judiciais e em particular, para os procedimentos de injunção e para processos executivos e de insolvência. [T4-2011]

IV. A linguagem é pouco elegante e menos precisa. A sistematização da matéria surge insatisfatória. No que tange às insolvências civis, apontamos três vetores: (1) o incentivo à recuperação de empresas; (2) a maior rapidez processual; (3) a reabilitação das pessoas singulares.

8. *O regresso à recuperação, a simplificação e os credores*

I. A principal novidade introduzida no Código da Insolvência pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, consubstancia-se no processo especial de revitalização, presente nos artigos 17.º-A a 17.º-I, ora introduzidos e que constituem um novo capítulo II.

Esse processo funciona perante devedores que não possam cumprir as suas obrigações, mas que ainda sejam suscetíveis de recuperação (17.º-A). Cabe ao próprio devedor fazer um juízo de oportunidade nesse sentido, manifestando a sua vontade a, pelo menos, um dos seus credores, no sentido de encetar negociações (17.º-C). Essa declaração é comunicada ao juiz o qual nomeia, de imediato, um administrador provisório³⁶. Posto isso, todos os demais credores são notificados pelo próprio devedor, iniciando-se as negociações (17.º-D). Todas as ações destinadas a cobrar dívidas são suspensas, enquanto durarem as negociações (17.º-E). As negociações concluem-se com um plano de recuperação, assinado por todos os credores ou adotado por maioria³⁷, com homologação do tribunal (17.º-F).

O artigo 17.º-I prevê acordos extrajudiciais de recuperação do devedor, a homologar pelo tribunal.

³⁶ RPt 15-nov.-2012 (José Amaral), Proc. 1457/12.2.

³⁷ RLx 9-mai.-2013 (Isoleta Almeida Costa), Proc. 1008/12.9.

II. São tomadas diversas medidas de simplificação processual. Finalmente, os credores continuam a ser os donos do processo.

9. *Perspetivas*

I. O universo falimentar depende de variáveis económicas gerais. Estas são pouco animadoras. O país não parará de se endividar, enquanto não atingir taxas de crescimento da ordem dos 3%. Sabemos que, desde o ano 2000, com uma dívida cotada triplo A, juros baixos e dinheiro ilimitadamente disponível, não crescemos mais de 1%. Alcançar, na presente conjuntura, os 3%, é fisicamente impossível. O défice não diminuirá sustentadamente sem crescimento. As punções fiscais não adiantam, perante a inanição da economia. Pelo contrário: conduzem a quebras na cobrança de impostos, que irão agravar o défice. E o Estado não pode cortar mais despesas sem aumentar o desemprego e a crise de produção. Para fechar o círculo, não há soluções dentro do euro e fora do Memorando da Troika.

II. A experiência de recuperação das empresas de 1993 não foi conseguida. Apesar dos progressos alcançados em 2004, a insolvência mantém-se como um cemitério de empresas e de riqueza: cerca de 95% dos créditos são perdidos. A revitalização criada, como processo especial, em 2012, só funciona se houver dinheiro para injetar nas empresas em dificuldades. Não há. E o que houvesse, não está disponível, para tal efeito. A História da insolvência mantém-se, pois, num eterno oscilar entre a liquidação e a recuperação, sendo que esta em pouco ultrapassava os níveis vocabulares.

III. Tudo perdido? Fica um ponto interessante positivo: o da efetiva melhoria progressiva dos processos judiciais, graças, designadamente, às novas tecnologias. Esta via, embora não sendo milagrosa, é interessante, porquanto reduz os custos de transação. Cabe aos credores, donos efetivos do património em dificuldade, gerir, com eficácia, os valores inerentes, de modo a minimizar os danos. Partindo de um patamar atual de 95% de créditos perdidos, há uma larga margem futura para aperfeiçoar o Direito da insolvência. Um segundo aspeto positivo prende-se com a insolvência das pessoas singulares: dos seres humanos. Um processo expedito permitirá encerrar uma fase menos favorável da vida patrimonial dos devedores singulares infelizes. A sua reabilitação, em prazos curtos, permitirá novos reinícios de vida. Também o Direito da insolvência lida com pessoas.

IV. Fixados estes quadros, veremos até que ponto pode a Ciência do Direito afeiçoar a matéria, de modo a concatenar as exigências do Direito falimentar, sempre bruscas, com os valores fundamentais do ordenamento.

III – **A boa-fé in contrahendo**10. **De Jhering ao Direito europeu**

I. Entre as descobertas jurídicas mais significativas da época contemporânea conta-se a da *culpa in contrahendo*, devida a Jhering³⁸, em 1861³⁹. A inovação não foi absoluta: antes de Jhering, o fenómeno fora já visualizado: seja na jurisprudência comercial alemã⁴⁰, seja em certas leis territoriais, como o ALR prussiano⁴¹, seja, mesmo, no Direito romano⁴²; mas apenas depois dele, com o recurso muito sugestivo à fórmula *culpa in contrahendo* (cic), se pôde falar numa sua inclusão no campo da Ciência do Direito.

Jhering demonstra que, na presença de contratos nulos por anomalias ocorridas na sua formação, podem ocorrer danos cujo não-ressarcimento seja injusto. Perante tal situação, o responsável, por via das regras gerais sobre danos e culpa, deveria indemnizar pelo interesse contratual negativo, colocando o prejudicado na situação em que ele se encontraria se nunca tivesse havido negociações e contrato nulo⁴³.

³⁸ Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen* cit., B 8; vide Peter Gottwald, *Die Haftung für culpa in contrahendo*, JuS 1982, 877-885 (877), bem como a bibliografia referida em *Da boa fé*, 328, nota 3.

³⁹ Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, JhJb 4 (1861), 1-113, com múltiplas reimpressões posteriores. Existe uma tradução portuguesa de Paulo Mota Pinto: *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição* (2008), XIX + 91 pp., com uma interessante nota introdutória do tradutor.

⁴⁰ OAG Lübeck 17-jul.-1822, citado em Klaus Neumann, *Herkunft, Singehalt und Anwendungsbereich der Formel "Treu und Glauben" in Gesetz und Rechtsprechung* (1959, polic.), 50, com transcrições; nessa decisão, aceitou-se a boa-fé como norma de conduta, independente da vontade das partes; com base nela, condenou-se um comerciante a uma indemnização por, apesar de não se ter chegado à conclusão de um contrato válido, haver danos causados *contra bonam fidem*, à contraparte; vide *Da boa fé*, 317 ss. (319).

⁴¹ ALR I, 5, § 284 = *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* 1 (1794), 94, em tradução aproximada:

O que resulte, de Direito, por força de um certo grau de culpa, aquando do cumprimento do contrato vale também para o caso de um dos contraentes, na conclusão do contrato, não ter cumprido os deveres que lhe incumbiam.

⁴² Karl Heldrich, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss: im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung* (1924, reimpr., 1970), 3, 39 e *passim*; haveria, já então, um *dolus in contrahendo*, a enfrentar com a *actio doli*. Anote-se, ainda, que o próprio Jhering, *Culpa in contrahendo* cit., 3, refere antecedentes, que remontam, designadamente, a Cuiacius e a Donnellus. Muitos elementos podem ser confrontados em Dieter Medicus, *Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo*, FG Max Kaser 1986, 169-181 e em Jan Dirk Harke, HKK/BGB II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, §§ 241-432 (2007), § 311, II, III (1538-1541).

⁴³ A indemnização pelo interesse contratual positivo implicaria colocar o prejudicado na situação em que se encontraria se tivesse havido contrato válido.

O exato alcance do texto de von Jhering levanta dúvidas na doutrina especializada⁴⁴, sendo discutível a utilização, por ele feita, de certos textos romanos. Como explica Esser, ele não visa, no entanto, pesquisar a verdade histórica mas sim a verdade material⁴⁵, isto é: não se trata de indagar, em termos rigorosos, o alcance das fontes, mas antes de apurar as soluções mais adequadas, perante a Ciência do Direito.

II. A descoberta de Jhering permite exemplificar o modo de funcionamento da terceira sistemática⁴⁶, quando confrontada com novas necessidades para as quais, num momento inicial, não haja, ainda, resposta. A fase pré-contratual – que antecede a celebração de um negócio – é, em si, estranha ao sistema que assente na liberdade negocial: antes do contrato, não há normas que vinculem as partes; havendo-as, já não há contrato. Tratava-se pois de, mercê das necessidades sentidas na periferia, criar um novo instituto que quebrasse a lógica implacável da dicotomia liberdade/adstrição. Esse instituto foi recriado por Jhering: simplesmente, em vez de se conservar suspenso na periferia, como uma manifestação isolada de empirismo, ele foi reduzido em termos centrais: apelou-se à *culpa* ou à responsabilidade para o justificar, desenvolver e melhor definir nos seus contornos.

III. A *culpa in contrahendo*, saída dos trabalhos de Jhering, conheceu um desenvolvimento notável na pandetística tardia⁴⁷ e no Direito comum que a acompanhou⁴⁸. Todavia, ele foi insuficiente para que o BGB se lhe reportasse⁴⁹. A jurisprudência alemã do século XX estendê-la-ia, todavia, em larga escala, em termos a que haverá a oportunidade de regressar⁵⁰: valia como Direito consuetudinário. Finalmente, ela foi inserida no BGB pela reforma de 2001.

⁴⁴ Vide o estudo realizado em *Da boa fé* cit., 528 ss. e a referência a várias outras opiniões *idem*, 530 ss. Uma análise sobre o pensamento de Jhering foi levada a cabo por Claudio Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* (1990), 39 ss. e por Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo* 1 (2008), 166 ss.

⁴⁵ Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), 164, nota 104.

⁴⁶ *Tratado* I, 130-131.

⁴⁷ Assim, Carl Adolf von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7.^a ed. (1875), 165-166, Heinrich Dernburg/Johannes Biermann, *Pandekten* 1, 7.^a ed. (1902), § 10, 3 (27-28) e Windscheid/Kipp, *Pandekten* cit., 9.^a ed. § 307, 1, (2, 250-251, nota 2).

⁴⁸ Johann Krasser, *Haftung für Verhalten während der Vertragsverhandlungen/Die Entwicklung der Lehre von der “culpa in contrahendo” von Jhering bis heute* (1929), 48 pp., 1 ss. e 8 ss. Outra bibliografia em *Da boa fé*, 534 ss.

⁴⁹ Vide as indicações em Jan Dirk Harke, no HKK/BGB cit., II, § 311 II, III, Nr. 11, nota 50 (1543).

⁵⁰ Refiram-se, desde já, Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed. (2004), 591 ss.

No espaço jurídico francês, a *culpa in contrahendo* nunca conheceu grande desenvolvimento⁵¹; as referências que nele têm surgido e que, de modo manifesto, se filiam no pensamento alemão⁵², não devem ser tomadas por um influxo profundo que pressuporia, no mínimo, repercussões jurisprudenciais. Algumas decisões judiciais com interesse, nessa matéria, datam dos finais do séc. XIX e não tiveram seguimento. A incipiência pode explicar-se pela feição central da sistemática francesa, pouco aberta a inovações de tipo periférico e por particularidades da técnica napoleónica da responsabilidade civil⁵³. Ainda hoje a “responsabilidade pré-contratual” é, em França, reconduzida a um instituto de responsabilidade civil⁵⁴.

Em Itália, a *culpa in contrahendo* teve alguma divulgação doutrinária, por influência alemã, merecendo uma referência particular o nome de Faggella⁵⁵, com reflexos na própria França, através de Saleilles⁵⁶. Mas não foi possível, no silêncio do Código Civil de 1865, promover uma sua implantação: um certo predomínio individualista, no Direito, a tanto terá conduzido⁵⁷. O Código Civil de 1942 acolheu expressamente, apesar da falta de tradições práticas, a *culpa in contrahendo*, no seu artigo 1337.^o; este preceito não foi tanto o fruto de uma elaboração prévia do instituto, que faltou⁵⁸: surge antes como o produto da receção do pensamento jurídico alemão da terceira sistemática. A jurisprudência tem feito uma aplicação tímida do novo texto legal⁵⁹.

⁵¹ Murad Ferid/Hans Jürgen Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht 1/1, Einführung und Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. (1994), 453 ss.; Hans Stoll, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, FS von Caemmerer (1978), 435-474 (446-447, nota 48); Dieter Medicus, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, Gutachten (1981), 1, 479-550 (497).

⁵² Joanna Schmidt, *La sanation de la faute précontractuelle*, RTDC 72 (1974), 46-73 e *Négociation et conclusion de contrats* (1982). De todo o modo, cumpre salientar que, no Direito civil do Quebec, tem vindo a desenvolver-se uma regra objetiva de boa-fé na contratação: Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat* (1998), 111 ss.

⁵³ *Da boa fé*, 564 (jurisprudência) e 565, nota 148 (a responsabilidade civil francesa); *Tratado de Direito civil* II/3 (2010), 317 ss. e 341 ss...

⁵⁴ François Terré/Philippe Simler/Yves Lequette, *Droit civil/Les obligations*, 8.^a ed. (2002), 428-429.

⁵⁵ Gabrielle Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, St. Fadda 3 (1906), 271-342 e *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, ArchG 82 (1909), 128-150. Quanto à não antiguidade do pensamento italiano nesta matéria, Daniela Caruso, *La culpa in contrahendo/l'esperienza statunitense e quella italiana* (1993), 157 ss.

⁵⁶ Raymond Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTDC 6 (1907), 697-751 (705 ss.).

⁵⁷ Maria L. Loi/Branca Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale* (1975), 7.

⁵⁸ Francesco Benatti, *A responsabilidade pré-contratual*, trad. port. Vera Jardim/M. Caeiro (1970, mas ed. it. de 1963), 20.

⁵⁹ *Da boa fé*, 568-569, nota 166. Sobre o dispositivo legal italiano, vide Turco, *Interesse negativo cit.*, 96 ss. e, com indicações, Marco dell'Utri, em Pietro Rescigno, *Codice civile*, 1, 7.^a ed. (2008), 2407-2416.

11. *Papel e grupos de casos*

I. Perante um instituto como o da *culpa in contrahendo* (cic), não é suficiente o procurar discorrer em termos centrais. Com isso, consegue-se dizer que, na fase preparatória, as partes deveriam usar de correção ou de boa-fé, sem que tais conceitos indeterminados fossem dotados de bases mínimas para a sua concretização. Invertendo o flanco de estudo, cumpre antes indagar o seu papel ou seja, as necessidades que a cic vem satisfazer ou os interesses que ela veio contemplar. Para tanto, deve proceder-se a uma análise de decisões nas quais a cic foi concretizada, atentando, sobretudo, nos factos em jogo⁶⁰.

II. Os deveres de segurança, de informação e de lealdade pré-negociais tendem a concretizar-se em torno de grandes grupos de casos. Vamos referi-los, com recurso a elementos doutrinários e jurisprudenciais consagrados. Sucessivamente: (1) a vulnerabilidade pré-negocial; (2) a contratação ineficaz; (3) a interrupção injustificada de negociações; (4) tutela da parte fraca; (5) a responsabilidade por atos de terceiros.

A vulnerabilidade pré-negocial documenta-se nas múltiplas situações em que, mercê de contactos pré-negociais, uma das partes fica nas mãos da outra ou, pelo menos, se coloca numa situação de especial fraqueza, dependendo de deveres de segurança, de informação ou de lealdade, a cargo da outra⁶¹. Valem os casos, acima referidos, do linóleo, da casca de banana e do iate a motor, quanto à segurança. Mas também a informação e a lealdade podem ser chamadas à liça: afinal, um bom esclarecimento previne danos, outro tanto sucedendo com condutas adequadas⁶².

III. A contratação ineficaz, seja quando se origine um contrato nulo ou um contrato impugnável (anulável), pode originar responsabilidade pré-negocial⁶³. Boa parte da doutrina original de Jhering partiu, justamente, desse ponto.

⁶⁰ Uma análise mais extensa pode ser documentada em *Da boa fé* cit., 546 e ss. Vide, também, o nosso *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, sep. BMJ (1987), 30 ss.

⁶¹ Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, no Staudinger II, §§ 311, 311a, 312, 312a-I/*Vertragsschluss* (2013), § 311, Nr. 103 ss. (41 ss.); Almontasser Fetih, *Die zivilrechtliche Haftung bei Vertragsverhandlungen/ Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen, französischen, ägyptischen und islamischen Recht* (2000), XXVII + 229 pp., 64 ss.

⁶² Roland Schwarze, *Vorvertragliche Verständigungspflichten* (2001), XVII + 381 pp., 3 ss., 35 ss., 97 ss. e *passim*. A gestão da informação, no Direito privado, coloca múltiplos problemas: desde a proteção de dados à *privacy*, passando pela comercialização da informação: Benedikt Buchner, *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht* (2006), XVIII + 343 pp., 5 ss., 11 ss., 79 ss., 183 ss. e *passim*.

⁶³ Almontasser Fetih, *Die zivilrechtliche Haftung* cit., 70 ss.

Na hipótese, por exemplo, de surgir um contrato formalmente nulo, por uma das partes a tanto ter conduzido, pode haver *cic*, designadamente quando não seja possível construir uma situação de inalegabilidade.

A prática releva situações de dolo na conclusão do contrato: para além da anulabilidade daí resultante, pode haver *cic*⁶⁴. Outros vícios são retidos, para esse efeito, como o da nulidade por contrariedade aos bons costumes⁶⁵. Também na situação decidida pelo BGH, em 27-mar.-2009: responsabilidade do fornecedor que entregou material de construção nocivo para a saúde⁶⁶. A *cic* complementa, neste tipo de concretização, as regras relativas à invalidade dos contratos e ao vício da coisa vendida⁶⁷: em si, tais regras não apagam os danos que possam estar envolvidos.

III. A conclusão de um contrato é, até ao último momento, totalmente livre. Deste modo, à partida, pode qualquer uma das partes numa negociação desistir do contrato, sem dar justificações⁶⁸ e isso mesmo quando a contraparte contasse já com a sua conclusão⁶⁹. Diferentemente se passam as coisas se a parte desistente tiver, com a sua conduta, originado, na contraparte, uma confiança justificada de que, com segurança, se iria concluir um contrato: a interrupção injustificada das negociações conduz à *cic*⁷⁰.

A interrupção das negociações anima, no grau mais elevado, o confronto entre a boa-fé e a autonomia privada. O tema pode ser seguido ao longo da

⁶⁴ BGH 4-abr.-1968, WM 1968, 892-893 (893/I).

⁶⁵ BGH 16-jan.-2001, NJW 2001, 1065-1067 (1066-1067): um caso que envolveu *Schmiergeld* (luvas). Outros casos podem ser confrontados em Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, no Staudinger cit., § 311, Nr. 143 (55).

⁶⁶ BGH 27-mar.-2009, NJW 2009, 2120-2123- A tal propósito: Philipp S. Fischinger/Saskic Lettmaier, *Sachmangel bei Alfestverseuchung/Anwendbarkeit der cic neben den §§ 434 ff. BGB*, NJW 2009, 2496-2499.

⁶⁷ Gerhard Kohlhepp, *Das Verhältnis von Sachmängelhaftung und culpa in contrahendo im Kaufrecht* (1989), XVIII + 198 pp., 17 ss. e 112 ss.; podem considerar-se as hipóteses de, dolosamente, o vendedor esconder vícios, de falharem as qualidades garantidas ou de negligência do alienante; *idem*, 197.

⁶⁸ BGH 7-dez.-2000, NJW-RR 2001, 381-383 (382/II).

⁶⁹ BGH 13-abr.-1972, WM 1972, 772-773 (773/II); BGH 18-out.-1974, NJW 1975, 43-44 (44/I); BGH 28-mar.-1977, WM 1977, 618-620 (620/II).

⁷⁰ Assim: BGH 6-fev.-1969, MDR 1969, 641-642 (642/I); BGH 10-jul.-1970, NJW 1970, 1840-1841 (1841/I); BGH 25-nov.-1992, BGHZ 120 (1993), 281-290 (284 ss.); BGH 8-set.-1998, BGHZ 139 (1999), 259-273 (267 ss.). Vide Götz von Craushaar, *Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses*, JuS 1971, 127-131 (129 ss.).

História⁷¹ e no Direito comparado⁷². Particularmente visados são contratos de sociedade já acordados, em termos que levem uma das partes a arcar com despesas e investimentos⁷³.

IV. A tutela da parte fraca tem uma especial concretização nas relações com consumidores e, ainda, nas áreas sensíveis da banca⁷⁴ e dos seguros⁷⁵. Tal tutela concretiza-se, predominantemente, através de deveres de informação⁷⁶.

O desenvolvimento de regras especiais, particularmente no domínio das cláusulas contratuais gerais, da banca, dos seguros e dos valores mobiliários, tem vindo a concorrer com a cic. Não obstante, esta mantém a sua utilidade, suprindo os pontos não devidamente assegurados por regras especiais.

V. Finalmente, existe toda uma constelação de casos em que a cic abrange terceiros que, de algum modo, estejam envolvidos na conclusão do contrato⁷⁷. Podem estar nessa situação o representante, o gerente de sociedade, o consultor, o agente, o administrador de insolvência ou o fiduciário: qualquer um deles responderá por cic, a título pessoal, na hipótese de quebra de deveres preliminares que lhes sejam dirigidos⁷⁸.

Particularmente em áreas dominadas pela boa-fé, o Direito atual dispõe de meios para ultrapassar as clássicas separações conceituais entre esferas de imputação.

⁷¹ Wolfgang Küpper, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo* (1988), 375 pp., 45 ss.

⁷² *Idem*, referindo as experiências austríaca (95 ss.), suíça (102 ss.), da ex-DDR (107 ss.), de Itália (109 ss.), da Grécia (113 ss.), da França (114 ss.), dos EEUU (120 ss.) e da Inglaterra (134 ss.), além da alemã; quanto a esta, também Almontasser Fetih, *Die zivilrechtliche Haftung bei Vertragsverhandlungen* cit., 73 ss. Para o Direito espanhol: Anke de Villepin, *Schadensersatzansprüche wegen gescheiterter Vertragsverhandlungen nach spanischem Recht* (1999), VII + 133 pp., 46 ss.

⁷³ Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, no Staudinger cit., § 311, Nr. 135 (51-52).

⁷⁴ *Manual de Direito bancário*, 4.ª ed. (2010), 447 ss.

⁷⁵ *Direito dos seguros*, 549 ss.

⁷⁶ Nesse sentido vão muitos dos exemplos dados por Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, no Staudinger cit., § 311, Nr. 117-133 (45-51).

⁷⁷ Com muitas indicações, Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, no Staudinger cit., § 311, Nr. 167-201 (62-71).

⁷⁸ BGH 29-set.-1989, DNotZ 1990, 728-730: pode ser contrário à boa-fé não chegar ao contrato definitivo por falta de poderes de representação; vide a anot. de Karsten Schmidt, *Zur Durchsetzung vorvertraglicher Pflichten/Bemerkungen zum Urt. des BGH v. 29.9.1989 – V ZR 1/88*, DNotZ 1990, 708-712; Joachim G. Frick, *Culpa in contrahendo. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie* (1992), L + 263 pp. (235 ss.); quanto à responsabilidade pessoal do mediador de seguros: Fred Schlossarek, *Ansprüche des Versicherungsnehmers aus culpa in contrahendo/Ein Beiträge zur culpa in contrahendo im Bereich des Individualversicherungsrechts* (1995), XVI + 274 pp., 234 ss.

12. O sistema

I. A *culpa in contrahendo*, no termo desta análise, assume o papel, simples e complexo, de assegurar, nos preliminares contratuais, o respeito pelos valores gerais da ordem jurídica que, no caso considerado, aspirem a uma concretização. Digamos que, apesar da autonomia privada, se conserva uma preocupação de equilíbrio e de proporcionalidade no exercício dos direitos e das diversas posições jurídicas em geral⁷⁹ que, em casos vinculados, é sindicada e reafirmada pelo sistema, através da boa-fé.

II. Compreende-se, a esta luz, a aproximação feita entre a *cic* e a boa-fé. Iniciada pelos comercialistas do século XIX⁸⁰, a conexão dos preparatórios com a boa-fé impôs-se pela particular facilidade que oferecia, quando se tratasse de, para o instituto, encontrar uma base legal que não colocasse demasiadas exigências. Mais tarde, a aproximação ganhou um relevo substancial: os vetores comunicados pela boa-fé não deixavam de se revelar, ainda que com adaptações, nos preliminares negociais. Assim:

- a tutela da confiança: na fase da preparação dos contratos, as partes não devem suscitar situações de confiança que, depois, venham a frustrar; por exemplo, se um dos intervenientes tem uma intenção remota de contratar, não deve convencer a contraparte do contrário; a violação da confiança legítima provoca responsabilidade;
- a primazia da materialidade subjacente: a autonomia privada facultada às partes negociar livremente os seus contratos, interrompendo as negociações quando o entenderem; trata-se, porém, de um valor a aproveitar com esse sentido material – a busca livre de um eventual consenso – e não, apenas, numa conformidade exterior com o Direito; a negociação emulativa, dilatória, chicaneira ou, a qualquer outro título, estranha à autonomia privada, é contrária à boa-fé.

Muitas vezes estes dois vetores estão presentes. A situação de confiança dá lugar a realidades que a materialidade subjacente não pode esquecer⁸¹.

⁷⁹ Marcus Bieder, *Das ungeschriebene Verhältnismaßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung* (2007), XIX + 368 pp. (259 ss.).

⁸⁰ Heinrich Thöl, *Das Handelsrecht*, 5.^a ed., I, 2, (1876), § 237 (143).

⁸¹ Como exemplo: OLG Bamberg 18-ago.-2003, NJW-RR 2004, 974-976; por via da *culpa in contrahendo*, aplicam-se os princípios sobre sociedades irregulares a associações em participação atípicas; na mesma linha OLG Frankfurt 8-mai.-2003, NJW-RR 2004, 545.

13. O acolhimento

I. Cabe proceder a uma breve análise do texto de 1966, hoje em vigor. Para efeitos de estudo, cumpre ter presente o teor do artigo 227.º, epígrafado “culpa na formação dos contratos”. Dispõe⁸²:

1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º.

O primeiro ponto parece residir no “negociar com outrem para conclusão de um contrato”. Pergunta-se: a *culpa in contrahendo* é (apenas) contratual ou terá um alcance negocial?

Com efeito, embora inserido numa subsecção intitulada “perfeição da declaração negocial”, o artigo 227.º prefigura uma formação de contratos. Os artigos subsequentes – o 228.º (duração da proposta contratual), o 229.º (redução tardia da proposta), o 230.º (irrevogabilidade da proposta), o 231.º (morte ou incapacidade do proponente ou do destinatário), o 232.º (âmbito do acordo de vontades), o 233.º (aceitação com modificações), o 234.º (dispensa de declaração de aceitação) e o 235.º (revogação da aceitação ou da rejeição) têm, todos, a ver com a conclusão contratual.

II. Ao contrário do BGB, o Código Vaz Serra não previu, na Parte geral, uma rubrica especialmente dedicada à formação do contrato. Deste modo, as regras contratuais surgem no seio de preceitos dirigidos ao negócio. E num comum fenómeno de contágio linguístico, certas regras negociais surgem reportadas a contratos, quando, na realidade, visam os negócios em geral.

Se atendermos ao espírito da lei, parece claro que o legislador (objetivo) pretendeu colocar todo o espaço que precede a conclusão de um negócio, sob a égide do sistema. Não se jogam, apenas, contratos. Assim, perante qualquer negócio, mesmo unilateral ou, até, em face de simples atos jurídicos (*vide* o artigo 295.º), funcionam as regras da *culpa in contrahendo*⁸³.

III. O segundo ponto prende-se com “negociar”. A *cic* manifesta-se apenas perante negociações? A história do instituto mostra que não. Os casos do linóleo (1911) e da casca de banana (1961) mostram que os deveres de segurança pré-negociais surgem independentemente de quaisquer negociações, formais ou

⁸² DG n.º 274, de 25-nov.-1966, 1905/II.

⁸³ Referindo a aplicabilidade da *cic* a todo o tipo de negócios, incluindo os preliminares: STJ 21-mar.-2013 (Gabriel Catarino), Proc. 6805/03.

informais. Basta uma especial proximidade que tenha a ver com a eventual conclusão de um negócio, para que ocorra a relação pré-negocial complexa. A sua densidade será mínima: mas não nula.

Também aqui o espírito da lei e os valores do sistema explicam que “negociar” deve ser tomado em sentido muito amplo. Não se requerem negociações formais ou informais: a simples proximidade negocial é suficiente.

IV. O terceiro ponto reporta “tanto nos preliminares como na formação”. Esta fórmula, um tanto bizarra na sua referência a preliminares, fixa, aparentemente, duas fases na preparação do contrato⁸⁴:

- os “preliminares”, que pressuporiam toda a troca de informações necessárias, para se alcançar um acordo;
- a “formação”, que exprimiria a formalização do acordo, designadamente quando estivesse em jogo uma forma solene, que requereria atividades de redocumentação.

Distinções deste tipo são sempre tendenciais, uma vez que se reportam a uma realidade essencialmente unitária e muito mutável. Além disso, num procedimento negocial complexo, não há apenas as duas fases prefiguradas pelo legislador. Abaixo veremos até onde se pode ir, num estudo analítico sobre o tema.

V. Em quarto lugar, manda o artigo 227.º/1 “proceder segundo as regras da boa-fé”. Esta locução presta-se a desenvolvimentos linguísticos. E eles não têm faltado, seja na doutrina, seja nas decisões que visam aplicar o preceito. Faz-se apelo, a tal propósito, à “lisura”, à “honestidade”, às “práticas corretas”, à “lealdade”, à “decência”, às “práticas corretas” e à “ética dos negócios”. Essas e outras expressões apreciativas e valorativas são úteis, como auxiliares de interpretação e de aplicação. Todavia, elas não são suficientes para, do preceito, dar a verdadeira dimensão.

A boa-fé referida no artigo 227.º/1 é a objetiva, presente em preceitos como os artigos 334.º (abuso do direito), 437.º/1 (alteração das circunstâncias) e 762.º/2 (deveres acessórios). Ela equivale a uma remissão para os valores fundamentais do sistema, presentes nas situações consideradas. Os valores em causa são mediados, como é sabido, pelos princípios da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente⁸⁵. O seu alcance é inesgotável. Analiticamente, ela origina

⁸⁴ Trata-se de um ponto muito enfatizado por Almeida Costa, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações* (1984), 49 ss. e, em *obiter dicta*, retomado pela jurisprudência.

⁸⁵ *Tratado de Direito civil I*, 4.ª ed. (2012), 966 ss.

deveres de segurança, de informação e de lealdade, como referido e em termos hoje pacíficos na jurisprudência. Compreensivamente, temos os cinco grandes grupos de casos em que vimos ordenarem-se as situações de *cic*: vulnerabilidade pré-negocial, contratação ineficaz, interrupção injustificada de negociações, tutela da parte fraca e responsabilidade por atos de terceiros.

Em suma: remeter para as “regras da boa-fé” é reenviar o tema para a Ciência do Direito: uma Ciência do Direito evoluída, capaz de acolher e de concretizar conceitos indeterminados e que não tenha resistências quanto a procurar, na história, os pontos de referência úteis para a evolução do instituto.

VI. Finalmente, remata o 227.º/1: “sob pena de responsabilidade pelos danos que culposamente causar a outra parte”. Desde logo, cabe enfatizar que o preceito não delimita nem exclui quaisquer danos: são todos os que sejam “culposamente causados”. Este ponto tem importância por desamparar literalmente as restrições ao interesse negativo ou de confiança. Repare-se que ele era conhecido, designadamente por Vaz Serra, aquando da confecção do Código Civil. Ao argumento literal junta-se o histórico: não se limitou, com conhecimento de causa. Veremos se, depois, o sistema obriga a outra solução.

“Culposamente” representa um juízo de culpa, isto é, de censura jurídica perante quem inobserve conscientemente uma norma jurídica. Abrange, nos termos gerais, quer o dolo, quer a mera negligência⁸⁶. Todavia: estamos perante uma situação de responsabilidade obrigacional, onde, por via do artigo 799.º/1, sempre se presumiria a culpa. Não é de esperar que o legislador se repita. “Culposamente”, quer pela semântica do preceito, quer pelos vetores gerais, implica mais qualquer coisa: o advérbio visa delimitar os danos a indemnizar. E tais serão os que resultem da inobservância (culposa) das regras da boa-fé, por oposição a todos aqueles que possam surgir. Adiante veremos as consequências utilíssimas que, daqui, emergem.

VII. O artigo 227.º/2 remete, no tocante à prescrição, para o artigo 498.º. Trata-se de uma previsão de prescrição subjetiva, uma vez que começa a correr não a partir do momento em que o direito possa ser exercido (306.º/1), mas apenas quando o titular dele tenha conhecimento, ainda que ignorando a identidade do responsável (hipótese pouco verosímil, na *cic*) ou a extensão dos danos. Consequentemente, o prazo é curto: três anos. Paralelamente, corre a prescrição ordinária, objetiva e de vinte anos.

O legislador, mau grado a natureza obrigacional da responsabilidade, optou pela prescrição aplicável às imputações aquilianas: mais flexível e capaz de servir,

⁸⁶ *Tratado de Direito civil* II/3 (2010), 470 ss.

com justiça, a segurança jurídica. Recorde-se que este tipo de prescrição foi generalizado, pela reforma do BGB de 2001/2002⁸⁷. É de esperar que, com o tempo, se adote igual solução, entre nós.

14. *A concretização atual*

I. Os inícios da *cic* na jurisprudência foram difíceis. A doutrina era escassa e restritiva. Além disso, as próprias partes não invocavam o artigo 227.º do (então) novo Código Civil, nem alegavam os competentes factos: ao ponto de os tribunais, numa posição pedagógica (correta), chamarem a atenção para essa omissão⁸⁸. Posteriormente, os tribunais vieram a manejar a *cic* com uma tranquilidade crescente. Na presente edição do *Tratado*, vamos optar por ordenar, desde já, alguns casos relevantes, de acordo com os cinco grupos típicos acima ordenados: vulnerabilidade pré-negocial, contratação ineficaz, interrupção injustificada de negociações, tutela da parte fraca e responsabilidade de terceiros. No seio desses casos, é possível apontar a trilogia dos deveres prévios, em deveres de proteção, de informação e de lealdade, acolhidos pelos tribunais⁸⁹, tal como a temos vindo a expor. Vamos ver.

II. A vulnerabilidade pré-negocial traduz situações nas quais uma das partes detém elementos, designadamente informações, decisivas para a outra, mas omite comunicá-las à contraparte, aquando das negociações. Assim:

STJ 10-dez.-2009: é responsável o banco que não informou, em negociações, que não estava habilitado, pela supervisão, para certa atuação⁹⁰;

STJ 19-mai.-2010: há *cic* por parte do banco que promove certo negócio na base de informações erradas⁹¹;

STJ 15-mai.-2012: depois de tudo assente para uma escritura de compra e venda, o comprador não comparece por não lhe ter sido dada a informação de que havia processos administrativos relativos ao local; o Supremo entendeu que não se justificava o não-comparecimento; temos dificuldade em acompanhar; aparentemente, ambas as partes omitiram informação: é óbvio que a existência dos processos devia ter sido comunicada; todavia, não se pode faltar sem aviso prévio, a uma escritura combinada.

⁸⁷ *Tratado V*, 144 ss.

⁸⁸ *Vide*, com indicações, *Da boa fé*, 576, nota 183.

⁸⁹ Por último (neste momento): *STJ 6-nov.-2012* (Nuno Cameira), Proc. 4068/06.

⁹⁰ *STJ 10-dez.-2009* (Salazar Casanova), Proc. 3795/04.

⁹¹ *STJ 19-mai.-2010* (Fonseca Ramos), Proc. 369/05: subjacente está a ideia, muito fecunda, de que o banco, até pela sua posição, tinha um dever de diligência de se esclarecer devidamente.

Não se documentam, na jurisprudência portuguesa, situações de violação de deveres de segurança, por danos à vida ou à integridade física: as partes têm procurado saídas de tipo aquiliano, o que bem se compreende, dada a habitação existente, confortada por a previsão do artigo 483.º/1 ser mais extensa e generosa do que o correspondente alemão. Mas em STJ 10-dez.-2009, acima referido, foram (e bem, embora pecando por defeito) arbitrados danos morais, numa situação de omissão informativa por parte de um banco⁹². Dogmaticamente, houve uma violação de um dever de segurança destinado a proteger a integridade moral dos envolvidos.

III. Documenta-se, em certos moldes, a cic pelo segundo tipo: a contratação ineficaz ou inadequada⁹³. Ela costuma acudir perante situações de vício da coisa, que não possam ser enquadradas (totalmente) com recurso ao regime da compra e venda. Assim:

STJ 6-dez.-1978: fora celebrada uma promessa de compra e venda de um imóvel no pressuposto de que o mesmo seria transmitido livre de inquilinos; os projetados transmitentes não conseguiram a desocupação, vindo a ser condenados na restituição simples do sinal e, por via do artigo 227.º, no ressarcimento das despesas⁹⁴;

RLx 24-abr.-2008: incorre em cic o vendedor de uma fração autónoma de um prédio que não tenha afecto um lugar condigno de garagem, além da anulação⁹⁵;

RCb 21-dez.-2010: age contra a boa-fé *in contrahendo* a entidade que vende um *Mercedes*, viciando a quilometragem: de 320.000 para 120.000 km; repare-se que a pura invalidação do negócio não permitiria solucionar o problema⁹⁶.

Não é dogmaticamente correto vir entender que a cic não pode coabitar com a invalidade por dolo⁹⁷. Uma das funções da cic (desde Jhering!) é justamente a de complementar o regime das invalidades, permitindo ressarcir danos das pessoas que, delas, sejam vítimas.

IV. O grupo de casos que, à distância, mais tem ocupado os nossos tribunais é o da rutura injustificada de negociações. Recordamos dois casos emblemáticos: o primeiro, relatado pelo saudoso conselheiro Octávio Dias Garcia e o segundo,

⁹² STJ 10-dez.-2009 (Salazar Casanova), Proc. 3795/04, acima referido.

⁹³ STJ 6-nov.-2012 (Nuno Cameira), Proc. 4068/06, acima referido, afirma que a cic funciona quer perante a rutura de negociações, quer perante contratos indesejados

⁹⁴ STJ 6-dez.-1978 (Rodrigues Bastos), BMJ 282 (1979), 156-159.

⁹⁵ RLx 24-abr.-2008 (Carla Mendes), Proc. 1322/2008.

⁹⁶ RCB 21-dez.-2010 (Arlindo Oliveira), Proc. 2634/09.

⁹⁷ Como fez STJ 20-jan.-2005 (Ferreira de Almeida), Proc. 04B4349: o Supremo revogou as decisões das instâncias que aplicaram a cic, num caso de venda de veículos com a quilometragem viciada, invocando justamente que ela não poderia coabitar com a invalidade por dolo.

pelo conselheiro Solano Viana e que esteve na origem da importante anotação de Almeida Costa:

STJ 19-jan.-1978: desenrolara-se uma negociação tendente à doação de quotas de uma sociedade; os projetados donatários, confiantes na doação, realizaram uma série de despesas; houve rutura: as instâncias recusaram o pedido indemnizatório, por entenderem que sendo o negócio definitivo formal, não havia lugar a culpa; o Supremo, e bem, desamparou tal argumento e recambiou o processo para as instâncias, para aí se apurar a eventual ocorrência dos pressupostos da *cic*⁹⁸;

STJ 5-fev.-1981: os réus iniciaram negociações com vista à aquisição de quotas de uma sociedade; os autores ficaram convencidos de que a transação se iria concretizar e iniciaram, em consequência, atividades dispendiosas, nessa base; os réus foram condenados em indemnização, pela rutura injustificada⁹⁹.

Em datas mais recentes, sublinhamos:

RLx 7-out.-2010: a propósito do fornecimento de material clínico para um hospital, houve rutura injustificada da negociação de um *leasing* relativo à aquisição; há *cic*¹⁰⁰;

STJ 16-dez.-2010: no decurso de negociações, chega-se a acordo quanto a determinada venda; o projetado vendedor realiza diversas obras, tendo essa operação em vista; a contraparte, sem justificação, não cumpre; há indemnização por *cic*¹⁰¹;

STJ 18-dez.-2012: numa negociação tendente à aquisição de um estabelecimento (loja), os compradores entusiasmaram-se (justificadamente) e investiram trabalho próprio e da família e assumiram custos; há rutura injustificada; cabe a *cic*¹⁰².

Situações de rutura injustificada de negociações foram apontadas e decididas em STJ 18-set.-2000¹⁰³, RPt 15-dez.-2003¹⁰⁴, STJ 28-abr.-2009¹⁰⁵ e em STJ 31-mar.-2011¹⁰⁶.

⁹⁸ STJ 19-jan.-1978 (Octávio Dias Garcia), BMJ 273 (1978), 206-209 = RLJ 111 (1978), 211-214, com anot. de Vaz Serra, favorável.

⁹⁹ STJ 5-fev.-1981 (Solano Viana), RLJ 116 (1983), 81-84, anot. Almeida Costa, publicada em separata: *Ruptura das negociações* cit. Na base deste acórdão, RPt 26-fev.-1980 (Machado Costa), CJ V (1980) 1, 58-61, bem documentado e que o Supremo veio confirmar.

¹⁰⁰ RLx 7-out.-2010 (Rui da Ponte Gomes), Proc. 3061/08.

¹⁰¹ STJ 16-dez.-2010 (Silva Salazar), Proc. 44/07; o Supremo sublinha a violação da lealdade e da confiança e admite o ressarcimento do dano positivo.

¹⁰² STJ 18-dez.-2012 (António Joaquim Piçarra), Proc. 1610/07.

¹⁰³ STJ 18-set.-2000 (Lopes Pinto), Proc. 01A615.

¹⁰⁴ RPt 15-dez.-2003 (Fonseca Ramos), Proc. 0355987; este aresto explica que bastam meras declarações de molde a conduzirem à rutura das negociações.

¹⁰⁵ STJ 28-abr.-2009 (Azevedo Ramos), Proc. 09A0457.

¹⁰⁶ STJ 31-mar.-2011 (Fernando Bento), Proc. 3682/05 = RLJ 141 (2012), 309-323, que não reconheceu a *cic* por não se terem provado danos.

Há, ainda, diversa jurisprudência, abaixo referida a propósito do tema do cômputo da indenização: pelo interesse negativo ou pelo positivo.

Saliente-se ainda que, no foro administrativo, surgem questões deste tipo: após uma adjudicação de obras públicas, verifica-se que o dono não promove a celebração do contrato à adjudicatária: há cic¹⁰⁷.

V. A tutela da parte fraca, ainda que não assumida expressamente, enquanto tal, ocorre em diversos e significativos arestos. Assim:

RLx 2-jul.-2001: a propósito da concessão de exploração de uma bomba de gasolina, negociada durante três anos, a multinacional concedente não disse que só admitia contratar por cinco anos; há cic¹⁰⁸;

RPt 5-dez.-2003: um banco negocea um mútuo com um deficiente, convicto de que haveria uma bonificação nos juros; contrata nessa base; apura depois o (seu) erro e pretende repercutir o sobrecusto no consumidor, debitando-lho; não o pode fazer, por cic¹⁰⁹;

STJ 17-set.-2012: um banco promove determinada negócio, depois rejeitado pelas autoridades de supervisão; os interessados, confiantes no banco (a *Deutsche Bank*), suportaram despesas e deixaram empregos; há cic¹¹⁰.

VI. Por fim, a responsabilidade de terceiro por cic também surge documentada. Desde logo, o devedor responde, em termos de cic, por atos do seu representante¹¹¹.

15. *A construção atual*

I. Como foi referido, a cic obteve uma consagração judicial, no princípio do século XX, por permitir aplicar as regras da responsabilidade obrigacional, perante as dificuldades da aquiliana. No Direito alemão, perante o atual § 311/2 do BGB, não há margem para dúvidas: existe uma relação específica entre as partes em negociações, expressa num vínculo sem dever de prestar principal, mas cuja observância, traduzida no acatamento de feixes de deveres acessórios, de segurança, de informação e de lealdade, deva ser assegurada.

¹⁰⁷ STA 22-out.-2009 (Pais Borges), Proc. 0557/08.

¹⁰⁸ RLx 2-jul.-2001 (Rua Dias), Proc. 0026047.

¹⁰⁹ RPt 5-dez.-2003 (Fonseca Ramos), Proc. 0355837; como se vê, a “indenização” foi automaticamente aferida ao interesse positivo.

¹¹⁰ STJ 17-set.-2012 (Bettencourt de Faria), Proc. 3729/04, arbitrando, todavia, indenizações diminutas.

¹¹¹ RPt 27-nov.-2000 (Pinto Ferreira), Proc. 0051054.

A violação da relação pré-negocial é fonte de responsabilidade obrigacional, aplicando-se, designadamente, o artigo 799.º, com a sua presunção de culpa. Esta era a posição tradicional na nossa jurisprudência, sufragada pela doutrina¹¹² e chegando, até há pouco tempo, a ser unânime.

Entre as decisões mais antigas, recordamos STJ 4-jul.-1991¹¹³, STJ 9-fev.-1993¹¹⁴, RLx 29-out.-1998¹¹⁵ e STJ 10-mai.-2001¹¹⁶. Nas mais recentes, temos presentes, como exemplos: RLx 11-jul.-1996¹¹⁷, STJ 28-fev.-2002¹¹⁸, RLx 20-jan.-2005¹¹⁹ e RPt 15-mai.-2005¹²⁰.

II. As dúvidas quanto à natureza obrigacional da *cic* advieram, fundamentalmente, de um escrito de Almeida Costa¹²¹. No ponto essencial, afirma este ilustre Autor¹²²:

Quanto à culpa, parece que a solução preferível, no caso, é de esta não se presumir. Com efeito, a obrigação de indemnização pela ruptura dos preliminares, embora se trate de uma ruptura ilegítima, sempre representa uma limitação significativa da autonomia privada – também um valor a ter em conta, mesmo no plano do interesse coletivo. Ora, não é razoável que ao contraente que sofre essa diminuição na sua esfera negocial ainda acresça uma presunção de culpa, com o correspondente ónus da prova.

O Autor aflora outros argumentos, designadamente o 227.º/2, que remete para uma regra aquiliana (498.º).

Se bem se entende, o essencial desta doutrina, contrariada na Alemanha e apoiada em Itália, como explica Almeida Costa, assenta num pré-entendimento: o de que a *cic* contradita a autonomia privada. Ora a prática centenária desse

¹¹² Carlos Mota Pinto, *Cessão da posição contratual* (1970), 351, Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das obrigações* 1 (1988), 130, nota 2, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações* (1989), 72 ss. e nós próprios, *A boa fé*, 585 e em numerosas intervenções posteriores. Essa orientação acaba por dominar nos Autores mais recentes; p. ex., Mariana Fontes da Costa, *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção* (2011), 66 ss., indicando os desvios relativamente à responsabilidade obrigacional.

¹¹³ STJ 4-jul.-1991 (Ricardo da Velha), BMJ 409 (1991), 735-750 (748-749).

¹¹⁴ STJ 9-fev.-1993 (Pedro Sousa Macedo), BMJ 424 (1993), 607-614 (611).

¹¹⁵ RLx 29-out.-1998 (Ana Paula Boularot), CJ XXIII (1998) 4, 132-135 (133/II).

¹¹⁶ STJ 10-mai.-2001 (Quirino Soares), CJ/Supremo IX (2001) 1, 70-75 (74/I).

¹¹⁷ RLx 11-jul.-1996 (Folque de Magalhães), Proc. 0013051.

¹¹⁸ STJ 28-fev.-2002 (Araújo Barros), Proc. 02B182

¹¹⁹ RLx 20-jan.-2005 (Fátima Galante), Proc. 8739/2004.

¹²⁰ RPt 15-mai.-2005 (Abílio Costa), Proc. 8739/2004.

¹²¹ Mário Júlio de Almeida Costa, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações* cit., 86 ss., bem como a referência feita em *Direito das obrigações* (2009), 12.ª ed., 301 e 301, nota 3.

¹²² *Responsabilidade civil* cit., 93.

instituto não permite documentar riscos para a liberdade contratual. Pelo contrário: a existência de uma certa proteção evita que tudo soçobre num mar de dúvidas e de desconfianças.

É certo que a presunção de culpa joga contra o responsável. Mas o lesado deve provar as negociações, o seu grau de adiantamento, a sua confiança, o investimento de confiança e os danos. Não é nada fácil: a presunção de culpa oferece-se, a esta luz, como um modesto contrapeso.

III. Afastado o episódio da natureza delitual da *cic*, surge uma outra e já aludida construção: a da terceira via. Como foi referido, a ideia de que, entre a responsabilidade obrigacional e a delitual ou a aquiliana haveria uma terceira hipótese (a da terceira via) ficou a dever-se a uma intuição do Prof. Canaris, em 1983, tendo sido retomada por outros autores. Tratava-se de explicar, perante o rigoroso Direito alemão da responsabilidade civil, as situações enformadas por relações sem prestação principal, como as da *culpa in contrahendo*, as da permanência de certos deveres perante a nulidade do contrato, as desses mesmos deveres, na pendência do contrato e a *culpa post pactum finitum*. A terceira via permitia, no fundo, construir uma relação sem uma fonte voluntária específica (contrato ou equiparado) e sem um delito suscetível de ser reconduzido ao § 823 do BGB. A ideia teve um êxito moderado, na Alemanha, tendo perdido a sua razão de ser perante a reforma de 2001/2002 e as alterações então introduzidas nos §§ 241/II e 311, do BGB. As relações sem prestação principal foram, expressamente, reconduzidas à “primeira via”, assim se desatando o tema. Resta acrescentar que, quanto sabemos, a referência à “terceira via” desapareceu dos comentários ao BGB: mesmo dos mais exaustivos¹²³.

IV. Todavia, num curioso fenómeno de contaminação cultural, a ideia de uma “terceira via” veio merecer a simpatia de alguns civilistas portugueses de primeira água, particularmente impressionados pela figura do Prof. Canaris e por um pequeno artigo de Picker, quase desconhecido na terra de origem, mas muito ponderado entre nós¹²⁴. A partir daí, o receio ancestral de evitar parecer desatualizado levou a que a “terceira via”, perdida a terra de origem, se viesse manter, em nosso juízo algo tardiamente, no nosso Direito civil.

¹²³ Designadamente: o Staudinger, no denso volume relativo aos §§ 311 e 312, do BGB.

¹²⁴ Referimo-nos ao já citado Eduard Picker, *Positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo/Zur Haftung zwischen Vertrag und Delikt*, AcP 183 (1983), 369-520.

V. As primeiras referências, quase implícitas, a uma “terceira via” na responsabilidade civil surgiram em autores como Baptista Machado¹²⁵ e Sinde Monteiro¹²⁶ e, explícitas, em Carneiro da Frada¹²⁷ e Menezes Leitão¹²⁸. Este último Autor dá um alcance sistemático de grande relevo, uma vez que o conceito lhe permite agrupar os institutos da responsabilidade pré-contratual, da *culpa post pactum finitum*, do contrato com proteção de terceiros e da relação corrente de negócios¹²⁹. Contra pronuncia-se Almeida Costa que, embora apreciando a ideia, considera não ser ela necessária, perante o nosso Código Civil¹³⁰.

VI. A “terceira via” desapareceu da sua terra de origem, como dissemos. Vale a pena mantê-la entre nós? Com que vantagens?

Começemos pelas hipóteses explicativas sistematizadoras. Os institutos ligados às relações obrigacionais sem dever de prestar principal têm, entre nós, cómodo arrimo na boa fé, explicitamente prevista para o efeito: 227.º/1 e 762.º/2. Eles visam, mercê de uma especial conexão entre as partes, proporcionar determinadas tutelas, através da actuação dos envolvidos. Em suma: trata-se de orientar, pela positiva, a atuação das pessoas e não de as responsabilizar *ab initio*. Inserir toda essa matéria na área da responsabilidade, ainda que a coberto de uma “terceira via” é, do nosso ponto de vista, uma conceção patológica do Mundo e do Direito. As pessoas respeitam, na grande maioria dos casos, os deveres de conduta que se perfilam em todo o circuito do jurídico: desde o *in contrahendo* até ao *post pactum finitum*. O designativo *culpa* é puramente histórico e não deve arrastar tudo isto para a responsabilidade. Preferimos, pois, tratar a matéria como paracontratualidade: corresponde a uma visão realista e afirmativa do Direito¹³¹.

Queda um último teste: qual é o regime propiciado pela “terceira via” e quais as suas vantagens? Os autores que a defendem não são claros. De todo o modo, parece-nos plausível que, ao apelar a uma “terceira via”, se pretenda enfraquecer

¹²⁵ João Baptista Machado, *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”* (1985), em *Obra dispersa*, 1 (1991), 345-423 (371 ss.) e *A cláusula do razoável* (1986), *idem*, 457-621 (520 ss., 557 e *passim*).

¹²⁶ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações* (1989), 514 ss. (529).

¹²⁷ Manuel Carneiro da Frada, *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil?/O problema da imputação dos danos causados a terceiros pelos auditores das sociedades* (1997), 85 ss., *Teoria da confiança e responsabilidade civil* (2004), 757 ss. e *passim* e *Direito civil/responsabilidade civil* (2005), 62 ss.

¹²⁸ Luís Menezes Leitão, *A responsabilidade civil do gestor cit.*, 340 ss. e *Direito das obrigações cit.*, 1, 8.^a ed., 352 ss.

¹²⁹ Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações cit.*, 1, 8.^a ed., 355-365.

¹³⁰ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 12.^a ed. cit., 540-541.

¹³¹ *Tratado de Direito civil II/2* (2010), 629 ss.

o regime dos artigos 798.º e seguintes, isto é, o da responsabilidade obrigacional. Afigura-se uma pretensão inaceitável. Estão em causa obrigações: nenhum preceito legal autoriza a sua despromoção. Além disso, a *Realpolitik* diz-nos que os nossos tribunais são excessivamente limitados nas indemnizações que atribuem. Tudo o que, objectivamente, venha aumentar a complexidade dos institutos e enfraquecer os vínculos é formalmente desrecomendável.

Em suma: os diversos factores depõem no sentido da inaceitabilidade, hoje, da chamada terceira via, como forma de reduzir o que chamamos paracontratualidade.

Mas essa noção terá vantagens numa área totalmente diferente: a dos deveres do tráfico. Estes advêm não da boa fé, com objectivos de, pela positiva, assegurar riqueza: antes emanam da responsabilidade aquiliana, visando reforçar os bens nela em jogo. Tais deveres são específicos: mas são muito gravosos para a liberdade das pessoas, escapando totalmente à sua vontade: directa (contrato) ou indirecta (contacto social e paracontratualidade). Por isso, apesar da especificidade, quem, por eles e pela sua alegada inobservância, queira ser indemnizado, terá de provar a sua existência, a ilicitude da sua violação e a culpa do agente. Aí o regime será, de facto, intermédio.

Até melhor: situaríamos, aí, a “terceira via”, deixando bem claro que mais não é do que uma dependência da responsabilidade aquiliana.

VII. A referência a uma “terceira via”, como modo de enquadrar a cic, penetrou nalguma jurisprudência: designadamente em STJ 27-set.-2012, que adere a ela, depois de citar alguma doutrina¹³².

Temos de nos entender quanto ao conteúdo prático de tal referência. Vamos transcrever Menezes Leitão, Autor emblemático, particularmente neste domínio¹³³; depois de aproximar a cic da “terceira via”, explica as consequências:

Em relação à *culpa in contrahendo*, o regime aplicável será preponderantemente o da responsabilidade obrigacional, sujeitando-se, por isso, o autor de facto à presunção de culpa prevista no artigo 799.º e ficando a responsabilidade por actos dos auxiliares sujeita ao regime do 800.º. Haverá, no entanto, a aplicação de algumas soluções de responsabilidade delitual, uma vez que parece que não se deverá aplicar à *culpa in contrahendo* a exigência de capacidade negocial, e a lei manda expressamente aplicar a regra da prescrição da responsabilidade delitual (art. 227.º, n.º 2).

¹³² STJ 27-set.-2012 (Bettencourt de Faria), Proc. 3729/04; este aresto chega mesmo a dizer que se trata de orientação dominante na jurisprudência, referindo STJ 4-abr.-2006 e STJ 16-dez.-2010; mas não: STJ 4-abr.-2006 (Nuno Cameira), Proc. 06A222, refere simplesmente que todos os danos devem ser indemnizados, enquanto STJ 16-dez.-2010 (Fonseca Ramos), Proc. 1212/06, se inclina para o interesse negativo; nenhum refere a “terceira via”.

¹³³ Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, 1, 8.ª ed. (2009), 361-362.

Irrespondível. Estamos, pois, no âmbito da responsabilidade obrigacional, com os desvios apontados. Ora, a “terceira via” (muito fluida, é certo) tinha o sentido, designadamente, de evitar a presunção de culpa ...¹³⁴. Por isso e pela nossa parte, a manter essa categoria, preferíamos remetê-la para os deveres do tráfego¹³⁵. Receamos que, na prática, ela funcione como mais um pretexto para reduzir indemnizações.

IV – O dever de contratar

16. *Generalidades*

I. No topo do problema da cic põe-se o tema da obrigação de contratar. Poderão as exigências da boa-fé *in contrahendo* ir ao ponto de suprimir a autonomia privada, obrigando à conclusão do negócio?

A obrigação de contratar traduz uma situação jurídica pela qual um sujeito (o obrigado) fica adstrito à celebração de um contrato, isto é: à emissão de declaração de vontade que, em conjunto com a da outra parte, dá azo a um negócio jurídico bilateral.

A eventualidade de semelhante adstrição contraria a lógica contratualística sedimentada no século XVIII e questiona a dogmática pandetística elementar¹³⁶. Se há obrigação, falta o contrato; e havendo contrato, falece a obrigação de o concluir.

Todavia, o Direito antigo, designadamente através de regras corporativas e de posturas locais, já permitia documentar múltiplas restrições à liberdade contratual, as quais incluíam mesmo deveres de contratar¹³⁷.

II. Sob o liberalismo e as modernas codificações, surgiam expressas previsões legais que obrigavam à contratação. Como exemplo, aponta-se o artigo 422.º do ADHGB¹³⁸, segundo o qual uma sociedade ferroviária, aberta ao público para o transporte de mercadorias, não pode recusar a conclusão de um contrato de

¹³⁴ Eduard Pickert, *Forderungsverletzung und culpa in contrahendo* cit., 399 ss., justamente na medida em que esbate a natureza negocial da situação

¹³⁵ *Tratado* II/3, 748 ss.

¹³⁶ Wolfgang Kilian, *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*, AcP 180 (1980), 47-83 (47-48). Como referência: Jan Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (1999), 722 pp., 110 ss. e *passim*.

¹³⁷ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed. (1967), 201-202; em Wolfgang Kilian, *Kontrahierungszwang* cit., 48, nota 5, podem ser confrontados diversos exemplos do século XVI.

¹³⁸ *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, de 1861; na versão de Hannover (1864), 77/II.

frete, desde que os bens a transportar cumpram as disposições regulamentares¹³⁹. Novos casos foram apontados, no campo dos transportes, da restauração e dos espetáculos públicos¹⁴⁰.

A legislação de emergência, promulgada durante a Grande Guerra de 1914-1918 e no subsequente pós-guerra, veio multiplicar as situações de contratação obrigatória. O fenómeno não foi, de imediato, reconhecido¹⁴¹; todavia, a multiplicação de situações de contratação obrigatória permitiu a fixação de grandes linhas¹⁴².

III. A grande questão a colocar residia na natureza de base da contratação obrigatória: seria um fenómeno de exceção, para enfrentar ocorrências extraordinárias, como a da Guerra de 1914-1918 e a da crise de 1929, ou estaríamos antes perante um dado estrutural, próprio das sociedades desenvolvidas? A resposta tendeu para esta última hipótese¹⁴³: a multiplicação de intervenções do Estado em áreas económicas e sociais sensíveis, o alargamento da contratação a camadas mais extensas de consumidores, até atingir, praticamente, toda a população, o surgimento de situações de monopólio, no campo do fornecimento de bens e serviços essenciais e a difusão de pensamentos sociais ou, mesmo, socialistas, promoveram a multiplicação de situações de contratação obrigatória.

IV. Uma obrigação de contratar surge, já o dissemos, como um corpo estranho na lógica civilística. Por isso, ela vem acompanhada por referências que indiciam isso mesmo. Como exemplos¹⁴⁴, ela já foi considerada:

- como uma forma jurídica sem escopo e sem sentido¹⁴⁵;
- como um despir da sua natureza de contrato, enquanto instituto de Direito privado¹⁴⁶;
- como um corpo estranho na economia¹⁴⁷;

¹³⁹ Johannes Biermann, *Rechtswang zum Kontrahieren*, JhJb XXXII (1893), 267-322 (267-268), com outras indicações.

¹⁴⁰ Rudolf Fürst, *Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften*, LZ 1910, 177-190 (181-183).

¹⁴¹ Justus Wilhelm Hedemann, *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit* (1919), 20 pp., 1 e 17, explicando que só muito raramente surgiam obrigações de contratar.

¹⁴² Hans Carl Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag* (1920), II + 168 pp.; trata-se da habilitação deste conhecido autor.

¹⁴³ Wolfgang Kilian, *Kontrahierungszwang* cit., 49-50.

¹⁴⁴ Seguimos, em parte, o alinhamento de Wolfgang Kilian, *Kontrahierungszwang* cit., 51.

¹⁴⁵ Erich Molitor, *Zur Theorie des Vertragswang*, JhJb 73 (1923), 1-32 (32); (...) *vor der zwecklosen und unsinnigen Rechtsform des Vertragswangs* (...).

¹⁴⁶ Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft* cit., 4.^a ed., § 33, 6, d) (611).

¹⁴⁷ Rudolf Isay, *Kontrahierungszwang für Monopole?*, Kartell-Rundschau 1929, 373-394 (379).

- como um abalo nos princípios da nossa ordem jurídica privada¹⁴⁸;
- como uma socialização do Direito privado¹⁴⁹.

Tais locuções são significativas, para melhor documentar a singularidade do fenómeno. E recordam que a obrigação de contratar, para não surgir, efetivamente, como um contrasenso contrário à autonomia privada, deve ser apoiada em valores estruturantes do sistema¹⁵⁰.

O dever de contratar pode surgir por expressa injunção legal¹⁵¹, particularmente em situação de monopólio¹⁵² ou de fornecimentos de bens ou serviços vitais, como a energia¹⁵³. E no limite, poderá ocorrer *ex bona fide* ou por exigência do sistema¹⁵⁴?

17. *Previsões legais*

I. No Direito português, encontramos as diversas previsões de obrigações de contratar:

- artigo 4.º/1 do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de maio¹⁵⁵, relativo a práticas individuais restritivas do comércio: proíbe, a um agente económico recusar a venda ou a prestação de serviços a outro agente económico segundo os usos normais da respetiva atividade ou de acordo com as disposições legais ou regulamentares aplicáveis; o n.º 3 desse preceito fixa a série de exceções;

¹⁴⁸ Justus Wilhelm Hedemann, *Das bürgerliche Recht* cit., 17.

¹⁴⁹ Hans Carl Nipperdey, *Kontrahierungszwang* cit., 105.

¹⁵⁰ Manuel Banck, *Kontrahierungszwang der Verwertungsgesellschaften gemäß § 11 WahrnG und seine Ausnahmen* (2012), 197 pp., 28 ss. (funções da obrigação de contratar) e 37 ss.

¹⁵¹ Franz Bydlinski, *Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwangs*, AcP 180 (1980), 1-46 (28 ss.) e *Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts*, JZ 1980, 378-385; Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, no Staudinger cit., § 311, Nr. 3 (13), com indicações legislativas atualizadas, com referência a 2012.

¹⁵² Swen Vykydal, *Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang/unter besonderer Berücksichtigung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft* (1996), 297 pp., 140 ss., 167 ss. e *passim*.

¹⁵³ *Idem*, 52 ss.; Ulrich Scholz, *Kontrahierungszwang in der Versorgungswirtschaft/Dargestellt am Beispiel der Anschluss und Versorgungsunternehmen gegenüber Stromverbrauchern* (1997), 297 pp., 41 ss. e 95 ss.

¹⁵⁴ Jan Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* cit., 643 ss.

¹⁵⁵ Alterado, ainda, pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que o republicou em anexo; mas não no artigo 4.º.

- seguros obrigatórios: existem dezenas de situações em que é obrigatória a celebração de contratos de seguro¹⁵⁶; não se especifica com que seguradora; todavia, proliferam apólices únicas, idênticas para todos;
- fornecimento de energia elétrica: os comercializadores de último recurso estão obrigados à prestação universal, nos termos dos Decretos-Leis n.º 29/2006, de 15 de fevereiro (48.º/1) e n.º 172/2006, de 23 de agosto (53.º/3), retomados pelo artigo 11.º/1 do Regulamento de Relações Comerciais do Sector Energético, da ERSE;
- fornecimento de serviço de correios: é obrigatório, nos termos do artigo 2.º do Regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/88, de 18 de maio;
- serviços de comunicação eletrónicas: é direito dos utilizadores aceder às redes acessíveis ao público – 39.º/1, da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, entre outros.

Existem outros exemplos, na área dos serviços públicos.

II. Na falta de previsão legal específica, a obrigação de contratar pode emergir:

- de um prévio acordo nesse sentido, com natural relevo para o contrato-promessa (410.º);
- de uma exigência de boa-fé, por via do 227.º/1.

A obrigação de contratar *ex bona fide* exige uma forte situação de confiança, imputável à contraparte, de que o contrato em jogo iria ser celebrado e isso ao ponto de o interessado ter realizado um considerável investimento de confiança¹⁵⁷.

Nessa eventualidade, o dever de contratar impõe-se tendo, como contraface, a ilicitude da interrupção injustificada das negociações. A indemnização que daí, eventualmente, decorra será calculada de acordo com o interesse positivo.

18. *Deveres mitigados*

I. A *culpa in contrahendo* serviu, historicamente, para levar ao sistema toda uma área que, antes, lhe era estranha: a que decorre desde o encontro entre as partes e até à efetiva conclusão de um contrato, válido e equilibrado. Porém, dado esse passo, ela cedo veio a sofrer a erosão de institutos mais precisos e mais

¹⁵⁶ No sítio do ISP/Instituto de Seguros de Portugal, podem ser consultados os diplomas em vigor que impõem seguros.

¹⁵⁷ O dever de contratar *ex bona fide* conduz, quando quebrado e como abaixo afirmado, a uma indemnização pelo interesse positivo; *vide* Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, no Staudinger cit., § 311, Nr. 159 (59).

diferenciados. Paralelamente, ela proporcionou uma progressiva integração sistématica. Principiaremos por este último aspecto.

In contrahendo, ocorre uma especial proximidade entre as partes, que as coloca à mercê uma da outra. Em tais condições, compreende-se que surjam deveres de segurança (física e patrimonial), de lealdade (incluindo o sigilo e a não-concorrência) e de informação (completa e verídica): a boa-fé e o sistema a tanto conduzem. Mas tal proximidade não é exclusiva das fases pré-contratuais: ela ocorre, também, na vigência do contrato, nas hipóteses em que o contrato seja nulo e, até, depois da cessação do contrato ou *post pactum finitum*. Podemos defender com Canaris – o grande investigador desta construção – uma teoria unitária dos deveres de proteção, de lealdade e de informação, assentes na tutela da confiança e na primazia da materialidade subjacente¹⁵⁸.

Além desta progressão doutrinária, recorde-se que a densificação legislativa crescente, designadamente na área da defesa do consumidor, tem levado ao surgimento de deveres de proteção e de informação de base legal¹⁵⁹.

II. Sabemos hoje que, na fase preliminar, as partes podem estabelecer os mais diversos acordos parcelares, bem como recorrer à contratação mitigada. A rejeição doutrinária das soluções contratualistas da *culpa in contrahendo* não nos pode fazer esquecer que, na realidade, as partes vão progredindo, nas negociações, por aproximação e na medida em que haja consenso. Deste modo, é de esperar que, perante súbitas erupções danosas, se estejam, antes do mais, a violar convénios já conseguidos¹⁶⁰. O âmbito do artigo 227º/1 do Código Civil irá regredindo, à medida que a Ciência do Direito se mostre capaz de trabalhar com tais acordos.

18. *Deveres mitigados stricto sensu*

I. Perante uma esquematização de tipo tradicional, a postura dos interessados, em face de um eventual contrato definitivo, só poderia ser de aquiescência ou de recusa. Ou pretendem o acordo e assentem; ou não é o caso e faltarão o contrato. As necessidades do tráfego vieram determinar outra hipótese: a de os interessados, não querendo ainda o contrato, se obrigarem, no futuro, a concluí-lo.

¹⁵⁸ Vide *Da boa fé* cit., 632 ss. e *passim*; vide Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de proteção* (1994).

¹⁵⁹ Artigos 5.º e 8.º da LDC. O artigo 9.º/1 da mesma LDC refere "...a lealdade e a boa fé, nos preliminares...". Além disso, devemos contar com o útil concurso de outros institutos, como o dos vícios na coisa vendida. Vide Reinhard Singer, *Fehler beim Kauf/Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo*, FG (Wissenschaft) 50 Jahre BGH 1 (2000), 381-405.

¹⁶⁰ Vide Maria Raquel Rei, *Do contrato-quadro* (1997, inédito), 41 ss.

Teremos, então, o contrato-promessa. Dentro desta possibilidade abriram-se, depois, outras sub-hipóteses e, designadamente: a de haver contratos-promessas com e sem execução específica. No primeiro caso, ocorrendo o incumprimento, o promitente fiel poderia sempre obter, do tribunal, uma sentença que suprisse a abstenção do faltoso; em suma: celebrado o contrato-promessa, as partes teriam meios de fazer surgir o contrato definitivo. No segundo caso, o incumprimento do contrato-promessa apenas poderia dar lugar a medidas compensatórias.

II. O espaço que fica entre a completa ausência de compromissos e o contrato-definitivo foi-se, ainda, densificando¹⁶¹. Poderiam, pelas partes, ser estabelecidos vínculos mais lasso, de conteúdo variável e que teriam em vista uma futura composição de interesses. Chamaremos, genericamente, a essas figuras “contratação mitigada” ou *mitigada stricto sensu*, para excluir as figuras, já referidas, dos acordos de cortesia e dos acordos de cavalheiros¹⁶².

III. A contratação mitigada tem vindo a ser consignada pela prática dos negócios. Diversas figuras têm sido autonomizadas¹⁶³. Temos:

- tratativas: abrangem troca de correspondência e abordagens preliminares;
- a carta de intenção (*letter of intent*): trata-se de uma declaração, normalmente em forma epistolar e que consigne uma vontade já sedimentada de, em determinadas condições, concluir certo contrato, embora sem se obrigar a tanto¹⁶⁴; a carta de intenção é, muitas vezes, usada no comércio internacional onde, mercê da diversidade linguística e das dificuldades de redocumentação, se recorre, preliminarmente, a instrumentos mais simples¹⁶⁵; há várias

¹⁶¹ Martin Weber, *Der Optionsvertrag*, JuS 1990, 249-256 (249) e Baptista Machado, *A cláusula do razoável* (1986), em *Obra dispersa*, 1 (1991), 457-621 (457 ss.).

¹⁶² Sobre todo este tema, *vide*, entre nós, os importantes estudos de Eduardo Santos Júnior, *Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, ROA 1997, 565-604; Maria Raquel Rei, *Do contrato-quadro* (1997, inédito e já citado) e Patrícia Afonso Fonseca, *As cartas de intenção, no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo da sua relevância jurídica*, O Direito 138 (2006), 1085-1147 (1108 ss.).

¹⁶³ Em especial, Marcus Lutter, *Der Letter of Intent/Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, 3.^a ed. (1998), Martin Weber, *Der Optionsvertrag* cit., 251 ss., Reinhard Bork, no *Staudingers Kommentar* cit., I, §§ 134-163, § 145, Nr. 14 (583-589), Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil* cit., 9.^a ed., 427-428 e Holger Jahn, *Der Letter of Intent* (2000), XIX + 261 pp., 18-45. Tem muito interesse a enumeração de Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat* (1998), 124 ss., à luz do Direito do Quebec; ela distingue: 1) acordos de honra; 2) cartas de intenção; 3) punctação; 4) acordos de princípio.

¹⁶⁴ Reinhard Bork, no *Staudingers Kommentar* cit., 589 e Enrico Caruso, *Le dichiarazioni d'intenti*, em Realmonte, *I rapporti giuridici preparatori* (1996), 275-323.

¹⁶⁵ Burghard Piltz, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, NJW 2003, 2056-2063 (2060/I).

hipóteses de textos¹⁶⁶; a carta de intenção é ainda usada para demonstrar uma vontade séria de adquirir, de modo a poderem ser iniciadas auditorias (*due diligence*)¹⁶⁷;

- o acordo de negociação (*instruction to proceed* ou *Vereinbarung über den Verhandlungsablauf*): ocorre em negociações complexas e consigna uma vontade comum das partes de executar, desde logo, determinados pontos, prosseguindo na negociação, dentro de determinados parâmetros;
- o acordo de base (*head of agreement*, *principle of agreement* ou *Grundvereinbarung*): também em negociações complexas, podem as partes, obtido um acordo em área nuclear, formalizá-lo desde logo; as negociações prosseguirão, depois, a nível técnico, para aplainar os aspetos secundários¹⁶⁸;
- o acordo-quadro (*Rahmenvertrag*): em negociações tendentes a originar múltiplos contratos, as partes assentam num núcleo comum a todos eles¹⁶⁹;
- o protocolo complementar (*side letter* ou *Zusatzvereinbarung*): tendo em vista um contrato nuclear, as partes concluem um convénio acessório, tendente a completá-lo¹⁷⁰.

Um exemplo de contrato preparatório frequente entre nós e que podemos reconduzir à contratação mitigada é o do “contrato de reserva”: um potencial comprador mostra-se interessado mas pretende conservar total liberdade de decisão; o vendedor “reserva” a coisa vendida durante um pequeno prazo, comprometendo-se a aguardar a decisão do comprador¹⁷¹.

IV. Em princípio, todas estas figuras são juridicamente relevantes. Assim, perante elas, cabe desde logo e pela interpretação, verificar qual a vontade dos participantes e, designadamente: se eles se consideram vinculados pelos seus termos e de que modo.

A grande dúvida tem a ver com o incumprimento: pode a parte faltosa ser coagida ao acatamento?

¹⁶⁶ Rolf A. Schütze/Lutz Weipert, *Münchener Vertragshandbuch* 4, 5.^a ed. (2002), dão-nos fórmulas de cartas de intenção.

¹⁶⁷ Klaus J. Müller, *Gestaltung der Due Diligence durch den Vorstand der Aktiengesellschaft*, NJW 2000, 3452-3456 (3455).

¹⁶⁸ Ute Jung, *Die Einigung über die “essentialia negotii”* cit., 28 ss.; OLG Karlsruhe 14-jun.-1995, NJW-RR 1996, 997.

¹⁶⁹ Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil* cit., 9.^a ed., 428.

¹⁷⁰ Há bastante jurisprudência; p. ex., em BGH 12-nov.-2003, NJW-RR 2004, 518, discutia-se a validade de um protocolo complementar a um contrato de arrendamento.

¹⁷¹ REv 22-jun.-2004 (Ana Resende), CJ XXIX (2004) 3, 255-258 (256-257 e 258/I).

Em Direito, qualquer acordo válido deve ser cumprido, salvo quando, nele, se diga outra coisa. Tudo dependerá de saber se o acordo mitigado tem um conteúdo suficientemente explícito ou se se limita a obrigar as partes a prosseguir nas negociações. Sendo bastante, o conteúdo deve ser acatado¹⁷². Não o sendo, a parte faltosa apenas poderá ser condenada em indemnização, por interrupção injustificada das negociações. O Tribunal não pode, de todo o modo, substituir-se às partes, negociando por elas.

V. Pergunta-se, por fim, pela natureza destes acordos. A locução “contratação mitigada”, embora sugestiva, pode enganar. Não se trata de vínculos “mais fracos” mas, antes, de vínculos diferentes. As partes podem adotar deveres de procedimento, de esforço e de negociação, tendo em vista um fim eventual. Tais deveres são tão dignos como outros quaisquer: só surgem diferentes dos deveres que, eventualmente, virão à luz na contratação final.

19. *Relevância processual*

I. Nos casos em que não existe um preciso dever de concluir um determinado contrato, o que, como vimos, só ocorre perante normas específicas ou em casos-limite, por exigência da boa-fé, pergunta-se pelo sentido e pela consistência de um dever de “negociar” ou de “renegociar”. Não havendo uma imagem precisa do negócio final, tal dever é, tão-só, procedimental: as partes “obrigadas” a negociar devem aceitar as comunicações uma da outra; no limite, devem encontrar-se e trocar propostas e contrapropostas. Não havendo acordo, o dever de negociar foi acatado. Qual o sentido de tal dever?

II. Desde logo, as considerações acima efetuadas sobre os deveres mitigados mostram-nos que não existem, apenas, “deveres” finais: também lidamos com deveres intercalares e com deveres instrumentais.

Um dever de negociar traduz-se na obrigação de respeitar certos deveres acessórios, ditados pela boa-fé. Esses deveres obrigam a uma disponibilidade para ouvir e à troca de informações efetivas quanto aos desejos, objetivos e disponibilidades de cada um. Finalmente, eles vedam atitudes bruscas, contraditórias e injustificadas. Sobrelevam, em nome da boa-fé, os anunciados princípios da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.

¹⁷² Tal o caso (mal) decidido em STJ 24-out.-1995 (Torres Paulo), BMJ 450 (1995), 443-468 (461 ss.), de resto bem documentado e cuidadoso; fora aí celebrado um “contrato preliminar dum contrato-promessa”, mediante o pagamento duma denominada “taxa de inscrição”; o Supremo, impressionado por não se tratar dum contrato-promessa habitual, optou pela não-execução específica, mau grado haver elementos suficientes para a encerrar.

III. Apesar de processuais, os deveres apontados têm um relevo substantivo. A experiência ensina que a disponibilidade para ouvir e para propor permite encontrar vias de solução novas e interessantes para todos. Além disso, a negociação faculta uma descompressão das realidades humanas, particularmente em momentos de crise e legítima, pelo procedimento, as saídas a que se chegue ou onde se caia. Nunca há perda de tempo.

V – Situação económica difícil

20. *Previsões legais*

I. Segundo o artigo 17.º-B do CIRE, aditado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril,

(...) encontra -se em situação económica difícil o devedor que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito.

A ideia de “dificuldade séria” pode ser ponderada de diversas formas. Por isso, o CIRE, na versão de 2012, veio formalizar esse conceito: no fundo, ele depende de uma manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, de encetarem negociações conducentes à revitalização, por meio da aprovação de um plano de recuperação. À partida e cumpridos certos formalismos, tal manifestação de vontade não é suscetível de controlo judicial¹⁷³.

II. Mas se esta formalização é necessária para balizar o processo de revitalização, nada impede que, por via doutrinária, se construa um modelo de situação económica difícil apto a suportar a concretização da boa-fé. Tal modelo deve partir da noção comum: está em situação económica difícil a pessoa ou a entidade que, de acordo com as regras da experiência, se vá defrontar brevemente com a situação de não poder cumprir as suas obrigações.

Em qualquer das suas modalidades: os credores de um sujeito que se encontre em situação económica difícil tem o dever de renegociar contratos e/ou dívidas?

¹⁷³ RPt 15-nov.-2012 (José Amaral), Proc. 1457/12, RGm 16-mai.-2013 (Conceição Bucho), Proc. 284/13 e RGm 30-mai.-2013 (Moisés Silva), Proc. 178/11.

21. *Procedimentos*

I. O CIRE, na sequência da reforma de 2012 prevê, perante uma situação técnica de “dificuldade séria”, um processo especial de revitalização (PER).

No âmbito desse processo e iniciado, nos termos apontados, o PER, todos os credores são convidados a participar nas negociações. Se não participarem, correm o risco de, com o voto maioritário dos restantes, se chegar a um plano de recuperação que, uma vez homologado pelo juiz, se torna vinculativo para todos (17.º-F/6).

II. Quanto às negociações: os intervenientes regem-se pelos termos que hajam convenicionado entre si ou, na falta de acordo, pelas regras definidas pelo administrador judicial (17.º-D/8). Além disso e nas negociações, eles devem atuar de acordo com os princípios orientadores fixados na RCM n.º 43/2011, de 25 de outubro.

Essa RCM alinha onze princípios:

- 1.º O PER visa um compromisso e não um direito; deve comportar uma forte probabilidade de êxito;
- 2.º As partes devem atuar de boa-fé;
- 3.º Podem ser criadas comissões ou designados representantes ou consultores;
- 4.º Há um período de suspensão que surge como concessão dos credores e não como um direito dos devedores;
- 5.º No período de suspensão, os credores envolvidos não devem agir contra o devedor;
- 6.º Nesse período, o devedor não deve praticar atos que prejudiquem os credores;
- 7.º O devedor deve agir com transparência, partilhando toda a informação;
- 8.º Toda a informação deve ser transmitida aos credores, sendo tratada como confidencial;
- 9.º As propostas e acordos devem traduzir a lei vigente e a posição relativa de cada credor;
- 10.º As propostas de recuperação devem basear-se num plano de negócios viável e credível;
- 11.º Se no período de suspensão for concedido um crédito adicional, ele deve ser considerado pelas partes como garantido.

O essencial destes princípios corresponde a concretizações da boa-fé, na dupla dimensão da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.

III. Impõem-se, ainda, referências breves a três instrumentos que postulam negociações em situações económicas difíceis: o SIREVE, o PARI e o PERSI.

O SIREVE, de Sistema de recuperação de Empresas por Via Extrajudicial foi estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto. Dirige-se a empresas em situação económica difícil ou de insolvência iminente (2.º) e visa promover um acordo de recuperação subscrito pelo devedor e por credores que representem, no mínimo, 50% do total das dívidas.

O processo inicia-se através de um requerimento ao IAPMEI, requerimento esse que suspende o prazo do artigo 18.º/1 do CIRE, para a apresentação à insolvência. O IAPMEI profere (ou não) despacho de aceitação do requerimento (6.º) tendo, depois, 30 dias para fazer um juízo técnico (7.º). Segue-se, sendo o juízo favorável, negociações, nas quais se observam os princípios da RCM n.º 43/2011 (11.º/1). Aprovado o acordo, extinguem-se as execuções, salvo no tocante aos credores que não tenham subscrito o acordo (13.º). O SIREVE não opera perante processo de insolvência e em face do PER, nas condições do artigo 18.º.

IV. O Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, prevê o PARI (Plano de Ação para o Risco de Incumprimento) e o PERSI (Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento).

O PARI deve ser elaborado e “implementado” pelas instituições de crédito, de modo a acompanhar a execução dos contratos de crédito e a acompanhar os clientes em risco de incumprimento, propondo soluções (11.º).

O PERSI é um procedimento perante clientes em mora, que pressupõe uma negociação (14.º a 16.º).

22. *O manto da boa-fé*

I. Em todas as situações descritas, há que agir de boa-fé. E, designadamente, que observar deveres de segurança, de lealdade e de informação, de modo a assegurar a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente.

II. Ao abrigo da boa-fé, as partes devem efetivamente negociar, procurando soluções. O procedimento explicitado nos diplomas aplicáveis tem esse sentido sendo que vale, por si. Não há elementos para construir um dever de contratar, uma vez que falta qualquer modelo de “contrato definitivo” que possa ser imposto. Mas funcionam deveres de lealdade, que fixam obrigações de disponibilidade, de atenção e de resposta, perante sugestões que sejam feitas.

III. Ainda a boa-fé leva a que, independentemente dos estritos enquadramentos, as partes devam manter-se informadas, perante situações de dificuldade, iniciando contactos e, até, negociações.

As sanções são fracas. No limite, pode intervir o abuso do direito.

23. O dever de renegociar: sentido e limite

I. O dever de renegociar deve ser reconduzido ao campo da atuação mitigada. A boa-fé pode impô-lo em situações-limite. Fora delas, valem as disposições explícitas apontadas. É certo que se trata de um puro dever procedimental. Mas tem relevância substantiva: legitima o processo, acalma as partes, obriga-as a procurar soluções racionais e opera – ou pretende operar – como a construção de um quadro de bom-senso em que se salve o que possa ser salvo.

II. A boa-fé intervém, todavia ainda, nas próprias negociações e fixa o limite para além do qual ninguém é obrigado a mantê-las.