



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A pertinência da *due diligence* – questões subjacentes no processo negocial

Por Cristina Jesus da Rocha Alves

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A pertinência da *due diligence* – questões subjacentes no processo negocial

Por Cristina Jesus da Rocha Alves

Sob Orientação da Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

A diligência é a mãe da boa sorte

Miguel de Cervantes

Resumo

Tendo em conta a importância da *Due diligence* nos processos de aquisições de empresas, serve a presente dissertação para demonstrar e salientar a referida através da exposição de institutos jurídicos que, não tutelam de forma eficaz o adquirente, sendo necessário colmatar essa falta.

Palavras-Chave: *Due diligence*; Informação; Aquisição «indireta»; Meios de tutela; Declarações e Garantias; Responsabilidade Pré-Contratual; Venda Onerosa; Venda Defeituosa.

Abstract

Given the importance of *Due diligence* in acquisition processes, this dissertation serves to demonstrate and emphasize this exposure of legal institutes that do not effectively protect the acquirer, and it is necessary to fill the lack.

Keywords: *Due diligence*; Information; «Indirect» acquisition; Means of protection; Representations and Warranties; Pre contractual liability; Onerous resale; Faulty resale.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	9
Introdução.....	10
1. A <i>Due diligence</i> - Enquadramento	12
1.1. Breve Contextualização	12
1.2. Função	14
1.3. Áreas de análise	15
1.4. Âmbito do Processo Negocial.....	16
1.5. A importância da informação e (o ónus de) autoinformação do comprador ...	18
2. A estipulação da vontade das partes através de Cláusulas de Garantia.....	22
2.1. Declarações e Garantias.....	22
2.2. As Cláusulas de Garantia no decurso de uma <i>Due diligence</i>	23
2.3. Direito Comparado	24
2.3.1. Consequências jurídicas	24
2.3.2. <i>Quantum</i> correspondente ao «dever de prestar»	25
2.4. Questões emergentes.....	26
3. Problemas decorrentes do processo negocial e respetivos meios de tutela.....	27
3.1. A Responsabilidade Pré-Contratual decorrente da violação dos ditames da Boa-fé	27
3.1.1. O Princípio da Boa-Fé.....	27
3.1.2. A Teoria da Tutela da Confiança	28
3.1.3. Regime Jurídico da Responsabilidade Pré-Contratual	29
3.1.4. Fundamento da Responsabilidade Pré-Contratual	31
3.1.5. Apuramento do <i>Quantum</i> Indemnizatório.....	32

3.2. A questão da (in)aplicabilidade do regime de compra e venda de bens onerados e defeituosos	34
3.2.1. « <i>Asset deal</i> » e « <i>Share deal</i> ».....	34
3.2.2. Equiparação da venda de participações sociais.....	35
3.2.3. Critérios para admissão da equiparação de compra e venda.....	36
3.2.4. Vícios da empresa – o regime de incumprimento na compra e venda.....	37
3.2.4.1. Regime da venda de bens onerados.....	38
3.2.4.2. Regime da venda de bens defeituosos.....	39
3.2.5. Questões emergentes.....	40
4. Análise crítica dos institutos jurídicos enquanto meios de tutela do comprador	41
4.1. Conflitualidade entre regimes	41
4.2. Posição Adotada	42
5. Considerações Finais	45
6. Referências Bibliográficas.....	46

Advertência

A presente dissertação foi escrita de acordo com o novo acordo ortográfico.

Os artigos da lei que se citarão ao longo da presente dissertação, sem outra referência, pertencem ao Código Civil.

Lista de Siglas e Abreviaturas

AA. - Autores

Ac. - Acórdão

Art./Arts. – Artigo/ Artigos

Cfr. – Confronte

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Cit. – Citada

nº. - Número

Ob. – Obra

Op. cit. – *Opus citatum*

p./pp. – Página/Páginas

p.ex. – Por exemplo

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ROC – Revisor Oficial de Contas

ss. – Seguintes

SROC – Sociedade de Revisor Oficial de Contas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação do Porto

v.g. – *Verbi gratia*

Vol. – Volume

Introdução

A presente dissertação tem como intuito dar a conhecer, sob um ponto de vista académico, a importância da *due diligence* face a complexidade crescente do tráfego jurídico, nomeadamente em matéria de aquisição de empresas.

Destarte, a realização desta auditoria, origina inúmeras vantagens para as partes. Permitindo a correta e informada avaliação dos riscos e oportunidades, no decurso do processo negocial, colmata a assimetria informativa e, conseqüentemente, tutela a parte mais fraca da relação jurídica: o comprador.

Todavia, não sendo um mecanismo obrigatório, as partes poderão optar pela não realização da *due diligence*, apercebendo-se mais tarde, das desconformidades existentes.

Propomo-nos, neste sentido, a desenvolver a questão central que se coloca: compreender se os meios de tutela a cargo do adquirente, conferem-lhe uma proteção eficaz.

Nesta senda, no primeiro capítulo abordaremos a génese da *due diligence*, finalidades, áreas que versa, âmbito do processo negocial. Investigaremos, também, a importância da diligência de um adquirente na procura de informações relativas à empresa-alvo, assim como, os elementos que compõem a auditoria, a *due diligence checklist*.

De seguida, analisaremos os institutos jurídicos, de forma a compreender se constituem meios de tutela eficazes, quando surjam vicissitudes na aquisição «indireta» da empresa. Desde logo, começaremos por investigar o regime das declarações e garantias, que precedem o processo negocial, e visam evitar eventuais desconformidades, entre a estipulação contratual levada a cabo pelas partes, e a situação real.

Iremos ainda abordar, a responsabilidade pré-contratual, mais concretamente, a importância da boa-fé na formação dos contratos, e quais as consequências decorrentes da sua ausência.

Para melhor compreender a pertinência da *due diligence*, desenvolveremos o regime da venda de bens onerados e defeituosos, enquanto mecanismo de tutela do comprador, após a alienação da empresa.

Por fim, reserva-se a parte final deste estudo para considerações relativas aos institutos suprarreferidos.

1. A *Due diligence* - Enquadramento

1.1. Breve Contextualização

O termo anglo-saxónico *due diligence*, tem como significado literal «diligência devida» remetendo para um padrão de diligência exigível¹. Também designada por auditoria societária, no decurso deste processo é possível obter informação sobre a sociedade-alvo, incluindo as suas participações sociais, o património social² e todas as relações que envolvam a sociedade, nomeadamente, com os seus sócios e mesmo entre estes³.

Catarina Monteiro Pires⁴ afirma que a expressão «auditoria» não é uma tradução rigorosa de *due diligence*. Salaria que no que à última diz respeito, existe a seguinte ambiguidade de sentido entre “diligência-processo” e “diligência-cuidado”⁵: embora a auditoria vise que a atividade seja desenvolvida com determinada cautela, esta reporta-se ao momento prévio à aquisição, que através da apreciação dos riscos e oportunidades inerentes à empresa-alvo⁶ permitirá avaliar o objeto negocial e determinar o seu preço.

Proveniente dos países da *Common Law*, enquanto modelo negocial maximalista, a *due diligence* reveste um papel fundamental em relação à autonomia privada das partes contratantes.

No entendimento de Engrácia Antunes, a transmissão da empresa é desencadeada por uma “regulação contratual pormenorizada e complexa”⁷, comumente repartida em três etapas fundamentais, primeiramente a fase preparatória, que antecede o acordo negocial⁸; a fase obrigacional propriamente dita que culmina com a celebração

¹ Ob. cit. RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista 2012*, p. 14 in CORDEIRO, A. Menezes, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64, n.º.1 do CSC)*, nota 24.

² Englobando a empresa eventualmente explorada pela sociedade-alvo.

³ V.g. em caso de conflito entre eles.

⁴ *Op. cit.* PIRES, Catarina Monteiro, *A aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 2018, p. 32.

⁵ *Idem.*

⁶ Desta forma, procede-se a “um exame detalhado, sistemático e cuidado da empresa visada”, *ibidem*, p.320.

⁷ ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"* 2008, p.750; Advirta-se, que o *iter* negocial variará, consoante vários fatores, como a dimensão da empresa; grau de complexidade; riscos associados à operação; (existência ou) modalidades de financiamento. Cfr. ANTUNES, José Engrácia, *Direito dos contratos mercantis*, 2017, p. 61.

⁸ Esta fase é primordialmente formada por acordos preliminares com o intuito de coadjuvar as partes no decurso das negociações.

do acordo negocial de transmissão⁹; e a fase executória¹⁰, na qual as partes, em detrimento das condições contratualizadas podem/devem proceder à celebração do acordo de execução¹¹.

Caberá descortinar, quanto a este propósito, os antecedentes históricos¹² que deram origem à *due diligence*, de forma a compreender melhor este fenómeno.

O primeiro deles remonta a 1933, e trata-se de um diploma legal que versava sobre os valores imobiliários, denominado *Securities Act*, com origem nos Estados Unidos da América.

Na altura, os *brokers*, acusados de prestar informações inexatas aos investidores, sobre a sociedade objeto do seu investimento, utilizavam a *due diligence defense* como forma de excluir a responsabilidade civil decorrente de tais atos. Cabia aos alegados responsáveis demonstrar, após uma investigação razoável, a ausência de fundamento para crer que as informações prestadas eram falseadas.

O segundo antecedente histórico funda-se no princípio *Caveat Emptor*¹³, “o comprador que se acautele”. Deste modo, incumbe ao adquirente o ónus de ser proativo na indagação, obtenção e avaliação de todas as informações relativas ao objeto do negocial, pois, na falta de cautelas durante o processo negocial será, em princípio, negada a tutela *ex lege*.

⁹ Este acordo abrange de forma minuciosa e exaustiva a regulação das obrigações do adquirente, (v.g. o pagamento do preço) e do alienante (v.g. deveres de informação).

¹⁰ ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"* 2008, p.749. O Autor caracteriza está fase como a “real”.

¹¹ Observe-se, que também poderá ser designado de *closing document*. A expressão *closing* em sentido lato poderá ser utilizada quer para determinar a data a partir do qual se produzem os efeitos do contrato quer para referir a data do efetivo cumprimento das obrigações decorrentes. *Ibidem* pág.749, nota 71.

¹² Para maiores desenvolvimentos *vide* RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2012, p.14 ss.

¹³ Este princípio encontra-se presente do direito da compra e venda da *Common Law*, embora não tenha tido acolhimento no direito pátrio, as cautelas afiguram-se relevantes. A título de exemplo, nos «*share deals*» as denominadas cautelas são de garantia, cuja redação presume, em maior ou menor medida, o conhecimento do *iter* transacionado. *Vide* infra ponto 2.

1.2. Função

Cumpra observar, preliminarmente, que a auditoria visa essencialmente quatro funções: formativa, garantística, valorativa e probatória¹⁴.

É consensualmente aceite que a principal será a formativa, pois providencia informação completa e objetiva, permitindo às partes criar a sua vontade negocial de forma livre e esclarecida, identificando potenciais contingências no decurso do processo negocial¹⁵.

Outra função¹⁶ que lhe é atribuída, é a garantística, que visa examinar o objeto negocial de forma a garantir ao adquirente a inexistência de quaisquer vícios materiais ou ocultos. A elaboração de uma prévia *due diligence* garantirá maior precisão aquando da elaboração de eventuais cláusulas de garantia¹⁷.

A realização da auditoria auxilia a determinação do preço negocial¹⁸, identificando uma função valorativa do processo negocial. Por fim, a auditoria consagra uma função probatória, pois contém toda a documentação pré-contratual relevante sobre as partes contratantes do processo negocial, o que poderá ser crucial no futuro, designadamente para efeitos probatórios¹⁹.

¹⁴ Op. ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p.753 ss; RUSSO, Fábio Castro *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2012, p.16.

¹⁵ Evidencie-se que os resultados provenientes da *due diligence* determinarão «quais» e «em que termos» se contrata.

¹⁶ O Autor considera que “a principal função – ou, pelo menos, a função para a qual todas as demais convergem – seja a informativa”. Ob. Cit. RUSSO, Fábio Castro *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2012, p.16.

¹⁷ Vide infra ponto 2.

¹⁸ Designadamente no que tange ao montante e a um (eventual) diferimento do seu pagamento. No entanto, convém ressaltar que, a capacidade lucrativa da empresa-alvo é o fator-chave na avaliação do objeto negocial e consequentemente na determinação do preço.

¹⁹ Note-se que esta função probatória não abrange somente comprador, vendedor e a empresa negociada, englobando ainda os membros do órgão de administração da sociedade compradora com exclusão da responsabilidade daí decorrente (*Business Judgment Rule*, art. 72.º CSC), para mais desenvolvimentos PIRES, Catarina Monteiro, *A aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 2018.

1.3. Áreas de análise

Como se depreende, a *due diligence* não se encontra limitada quanto ao seu campo de ação, podendo versar várias matérias²⁰, consoante o objetivo pretendido da concreta sociedade-alvo. Dado que se trata de um processo altamente complexo, requer um grupo multidisciplinar composto por peritos e consultores especializados.

De acordo com o entendimento de Fábio Castro Russo²¹, na generalidade dos casos será possível falar de um conteúdo mínimo da auditoria, que pode incidir sobre diversas vertentes, entre as quais, a *legal due diligence*, sobretudo a cargo de sociedades de advogados, visando analisar uma série de questões relevantes, abrangendo toda a estrutura jurídica da sociedade-alvo.

Hassel²² atribui uma dimensão prospetiva à auditoria jurídica, mediante a qual, será possível detetar eventuais riscos fiscais e elaborar uma correta planificação fiscal.

Por sua vez, a *financial due diligence* examina a situação patrimonial e financeira, incluindo as respetivas demonstrações financeiras, cuja realização incumbirá a especialistas nessa área, como é o caso do ROC ou SROC.

O mencionado conteúdo mínimo abrangerá também o *commercial due diligence*, através do qual investiga alguns aspetos como a organização comercial, a posição de mercado e toda a envolvente empresarial.

Por seu turno, o *human resources due diligence* explora a componente dos quadros e do pessoal da empresa.

Finalmente, o *techincal due diligence*, avalia a inovação e tecnologia, nomeadamente, dos bens imateriais da sociedade-alvo.

As especificidades da empresa podem impor outras áreas de atuação, podendo discorrer sobre questões mais específicas, como as práticas ambientais e ecológicas, intitulada de *environmental due diligence*.

Reforçamos que todas as informações relativas aos diversos pontos referidos anteriormente, culminam, usualmente, no *due diligence memorandum*²³. Trata-se de um documento de encerramento que contém todas as conversações levadas a cabo entre os

²⁰ Vide RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades* em Revista, 2012, p.16 ss. E também ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p.753 ss.

²¹ Idem p.19 ss.

²² *Ibidem*, p.20 in HASSEL, *Der Einfluss (...)*, cit.,4-6.

²³ ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p.753 ss.

peritos das partes, e uma síntese dos resultados obtidos, expondo as vantagens e os inconvenientes do negócio, o denominado *pre-acquisition audit*.

1.4. Âmbito do Processo Negocial

Durante o processo de negociação, a intensidade da *due diligence* afere-se mediante as características *sui generis* da própria operação, podendo incidir sobre toda a operação, apenas sobre a fase preliminar²⁴ ou sobre a fase final da operação.

Em relação à iniciativa para realizar a *due diligence*, na generalidade dos casos, partirá da iniciativa do comprador, que diligentemente, recolhe informação relevante para formar a sua vontade negocial.

O potencial adquirente, ao levar a cabo a auditoria, incorre em custos significativos,²⁵ no entanto, fá-lo por pretender melhorar a sua posição jurídica.

Importa ressaltar, contudo, que a auditoria pode ocorrer também por iniciativa do vendedor, facto este, que poderá ser motivado por duas razões peculiares como explica Fábio Castro Russo²⁶. Desta forma, procura ter um conhecimento mais aprofundado, ou, aquando da realização do «leilão», pretende colocar todos os interessados em posição de igualdade, fornecendo-lhes as informações obtidas em sede de auditoria.

Convém assinalar que, durante o processo de auditoria, o adquirente envia ao alienante a *due diligence checklist*²⁷, um documento onde indica quais as informações que considera serem pertinentes para a sua decisão de contratar.

Quanto às restantes informações, que não solicita ou até mesmo exclui, leva-nos a concluir que não tem qualquer interesse para o âmbito do processo negocial.

Nesta senda, Fábio Castro Russo²⁸ admite que o dever pré-contratual de informação intensificar-se-á a tudo a que respeite o objeto da auditoria, ainda que por

²⁴ Não raras vezes, os negócios transmissivos empresariais são precedidos de acordos preparatórios, mediante os quais, as partes manifestam vontade em iniciar ou dar continuidade às negociações, de acordo com os ditames da boa-fé, não gerando qualquer obrigação contratual v.g. cartas de intenção ou memorandos de entendimento.

²⁵ Estes custos poderão decorrer das despesas levadas a cabo pela equipa multidisciplinar, mas também, poderão ser mensuráveis no tempo despendido na realização da *due diligence* p.ex. custos de oportunidade e lucros cessantes. Para mais desenvolvimentos, RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2012, p.21.

²⁶ Idem p.20 ss.

²⁷ *Ibidem*, p.21.

²⁸ *Ibidem*, p.21-22.

via indireta. Relativamente à informação em relação às quais não demonstrou interesse, o dever de informação é menos intenso.

Por outro lado, Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos²⁹ declaram que através da elaboração da *due diligence checklist* o potencial comprador delimita as questões em relação às quais considera existir maior probabilidade de verificação dos riscos associados depreciativos do valor da empresa. Ora, os factos contidos nos documentos da *checklist* podem não ser fulcrais e, ainda assim, serem do interesse do potencial adquirente; o inverso também é possível.

Note-se, ainda, que se o alienante tiver conhecimento de factos relevantes, que não foram solicitados pelo adquirente, por os desconhecer, incumbe-lhe transmitir essa informação.

Catarina Monteiro Pires³⁰ ressalta que a *due diligence checklist* não poderá ser vista como uma delimitação absoluta quanto à informação a obter, uma vez que a realização da auditoria não anula, de forma alguma, o dever de informação do vendedor. Segundo a Autora, os elementos incluídos na lista são imprescindíveis para a tomada de decisão do comprador. Contudo, não se poderá cingir somente a esses elementos, usando como exemplo um caso de «*risco extraordinário*» onde um comprador normal, usando da diligência que lhe é exigível, não poderia prever.

Em face desta divergência doutrinal, a jurisprudência não tomou ainda posição sobre este ponto específico.

²⁹ Ob. cit. BASTOS, Miguel Brito; CÂMARA, Paulo, *O direito da aquisição de empresas: uma introdução, Aquisição de Empresas*, 2011, p.27 ss.

³⁰ Para mais desenvolvimentos vide PIRES, Catarina Monteiro, *A aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e Litígios*, 2018, p.38.

1.5. A importância da informação e (o ónus de) autoinformação do comprador

Em consequência do aumento da complexidade do tráfego jurídico e económico, tem-se assistido a um crescimento da desigualdade informativa. Assim sendo, surge a necessidade de criar mecanismos de gestão de risco para proteger a parte mais débil, com o intuito de colmatar a sua falta de informação³¹.

Segundo Fábio Castro Russo “o combate à assimetria é o desiderato a atingir”³², pois a relação negocial, não raras vezes, é pautada por uma acentuada assimetria informativa.

Quanto a este aspeto, podemos verificar que a *due diligence* assume uma função de mitigação de assimetria informativa³³ entre as partes, e, como tal, poderão ser feitas duas considerações quanto à auditoria em apreço: por um lado, temos uma perspetiva preventiva, com o intuito de colmatar o défice formativo que precede a celebração do contrato ou, pelo menos, para prevenir a tomada de conhecimento defeituoso da sociedade-alvo por outra via; por outro, poderá salientar-se o carácter meramente tendencial da assimetria informativa verificado em determinados contextos³⁴.

Face ao exposto, podemos concluir que a realização de uma *due diligence* visa nivelar o desequilíbrio negocial entre as partes, com a pretensão de tutelar a parte mais fraca da relação jurídica³⁵.

Particularmente relevante, será a questão de saber, se existirá na esfera do adquirente, um ónus de realização da *due diligence*, debate este, que já fez correr muita tinta na doutrina portuguesa³⁶.

Para Engrácia Antunes o alienante encontra-se adstrito a um “dever informativo pré-contratual”³⁷, segundo o qual, deve informar de forma verdadeira elucidativa sobre

³¹ Fácil é assim de se perceber que o adquirente, não raras vezes, é a parte que necessita de ser tutelada tendo em conta que, apenas tem acesso à informação que circula no mercado, ou, que obteve por parte do alienante. Este último será, à partida, o contraente com maior conhecimento quanto ao estado e valor do *iter negotii*. “Sendo, sob este prisma, o devedor da informação” ob. cit. RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2012, p.21.

³² *Ibidem* p.15.

³³ Vide ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p.752 ss.

³⁴ Vejamos o seguinte exemplo, numa compra e venda de participações sociais os membros do órgão da administração da sociedade-alvo são também os seus potenciais adquirentes, nestes casos a auditoria revelar-se-á inoperante.

³⁵ Comumente será o comprador.

³⁶ Como infra se verá.

os aspetos fundamentais da sociedade-alvo, para que o adquirente possa criar correta e livremente a sua vontade negocial sobre o objeto negocial.

Não obstante, caberá também ao adquirente, o dever de se informar relativamente a todos os dados da empresa que sejam objeto de publicidade legal, e “relativamente aos quais não lhe será lícito, em princípio, alegar desconhecimento”³⁸.

Como explica Catarina Monteiro Pires³⁹ da letra da lei não resulta um dever de realização de *due diligence* a cargo do comprador, o que poderá ser justificado por duas razões peculiares. Cumpre, desde logo, salientar que estamos perante o domínio do direito privado, onde a vontade das partes dita o desenvolvimento negocial. Ademais, tendo em consideração o carácter *sui generis*⁴⁰ da auditoria, seria inoportuno a imposição de um dever realização de *due diligence*, facilmente seria suprido com a disponibilização de informação por parte do vendedor⁴¹.

De acordo com a interpretação de Eva Moreira da Silva “A omissão de informação recai somente sobre a parte que não observou o seu ónus de auto-informação. A auto-informação não será, portanto, propriamente um dever. Cada um procura informar-se, se quiser. Mas, se não o fizer, arcará com as consequências”⁴².

Menezes Cordeiro⁴³ afirma que o potencial comprador está adstrito a um «*Obliegenheit*», consistindo o «*encargo*»⁴⁴, na permissão de adoção de uma determinada conduta, realizada com o intuito de obter uma vantagem imediata para a contraparte. Ora, para a «*teoria do encargo*», em causa não está apenas o interesse do onerado, se assim fosse, não faria sentido falar em encargo, mas sim em ónus.

Saliente-se, quanto a este aspeto, que o regime dos encargos se aproxima mais dos deveres “de direção diversa”⁴⁵, aquando do incumprimento ou da culpa do faltoso. Tendo em vista a especificidade da sua natureza peculiar, enquanto modalidade de

³⁷ ANTUNES, J. Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p.764.

³⁸ *Ibidem* p.766.

³⁹ Vide, PIRES, Catarina Monteiro, *A aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e Litígios*, 2018, p.26 ss.

⁴⁰ Muitas vezes incerto.

⁴¹ Todavia, cabe atender aos casos em que o risco envolvido ou o valor da aquisição é tão irrisório que não se justifica a realização da auditoria.

⁴² SILVA, Eva Sónia Moreira da - *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo), o caso da indução negligente em erro* 2010, p.26.

⁴³ Vide CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado do Direito Civil Português, Vol. I*, 2012, pp. 918-919.

⁴⁴ Entre nós CORDEIRO, A. Menezes, “propõem-se o termo “encargo” para exprimir a *Obliegenheit*” ou também «incumbência», *Ibidem*.

⁴⁵ Ob. cit. CORDEIRO, A. Menezes, *Direito dos Seguros*, 2016, p.589.

adstrição não poderá ser exigido o seu cumprimento⁴⁶, gerando apenas sanções enfraquecidas que diminuem a posição jurídica da própria pessoa ligada ao encargo⁴⁷.

Em sentido contrário, Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos⁴⁸ declaram, por sua vez, que os deveres de informação apenas se constituem, quando o adquirente não dispuser de meios próprios para a recolha de informação.

Mediante o exposto, não caberá ao alienante nenhum dever de informar a contraparte, quanto a aspetos da sociedade-alvo que poderiam ser conhecidos através de uma *due diligence*⁴⁹. Rigorosamente falando, compete ao potencial adquirente, o ónus de realização da auditoria. A sua falta não constituirá um ilícito, mas corresponderá a um conhecimento da existência de um vício da empresa⁵⁰.

Para os Autores Mota Pinto e Pinto Monteiro, existe na esfera do comprador um ónus⁵¹ de informação, devendo este proceder a uma cuidada auditoria à sociedade que visa adquirir. Contudo, se o comprador não acatar o ónus a sua conduta não se tornará ilícita, nem terá infringido qualquer dever⁵², no entanto, perderá ou deixará de poder auferir uma vantagem na sua esfera jurídica⁵³.

Seguindo a linha de pensamento destes Autores, torna-se particularmente relevante balizar a relação jurídica existente entre o alienante e o adquirente, delimitando, por sua vez, o risco do comprador e fixando os deveres pré-contratuais do vendedor.

⁴⁶ CORDEIRO, ob. A. Menezes, *Tratado do Direito Civil Português, Vol. I*, 2012, p. 918 ss. Nas palavras do Autor acima citado “o encargo corresponde estruturalmente a um dever; segue, no entanto, um regime particular”.

⁴⁷ O Autor dá o exemplo do comprador quando aliena uma coisa com defeito (913.º), tem a possibilidade, mediante determinadas situações, de denunciar o comprador (916.º, n. 1) pelo vício da *res*, dentro do prazo estabelecido (art.916.º, n. 2). Pelo que, se o comprador não denunciar o vício dentro do prazo previsto vê determinados remédios a caducarem (art. 917.º). Neste sentido, Menezes Cordeiro afirma que “O encargo é, pois, aqui, o “dever” de denunciar o vício dentro de certo prazo; não tendo sido respeitado, desaparece, por caducidade, o poder de denúncia. *Idem*.

⁴⁸ Para mais desenvolvimentos, BASTOS, Miguel Brito; CÂMARA, Paulo, *O direito da aquisição de empresas: uma introdução, Aquisição de Empresas*, 2011, pp.27 ss.

⁴⁹ Ou quanto a factos cujo conhecimento não sejam determinantes para a decisão de contratar.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ “Por ónus entendemos a necessidade de adoção de um comportamento para a realização de um interesse próprio”. Ob. cit. MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, *Teoria geral do Direito Civil*, 2012, p.188.

⁵² Saliente-se, quanto a este aspeto, que não existe nenhum dever por parte do comprador para proceder à realização de uma auditoria. Ademais, os deveres de informação que pendem sobre o vendedor são impostos pela *bona fide*.

⁵³ Neste âmbito, não existe uma obrigatoriedade inerente à conduta do onerado. Contudo se o onerado não praticar certo ato não poderá realizar certo interesse. Para os AA. “O ordenamento jurídico não desaprova o não acatamento do ónus; ao invés, desaprova a violação de um dever. O onerado se quer evitar um certo prejuízo, deve comporta-se de determinada forma; de outro modo, suportará o prejuízo sem que lhe reprove o ter-se comportado assim”. *Ibidem*, p.188.

Todavia, urge destacar, que o adquirente deverá usar a *diligentia in suis rebus*. Se, porventura, declinar ou desconsiderar as informações disponibilizadas pelo alienante, deveremos aplicar o instituto da culpa do lesado *ex vi* no 570.⁵⁴. Nas palavras de Ana Prata “não pode falar-se, relativamente ao lesado, de culpa em sentido técnico, pois não se está perante a inobservância de um verdadeiro dever jurídico (de diligência), já que tal omissão de diligência apenas se repercute desvantajosamente nos seus próprios interesses”⁵⁵.

⁵⁴Este instituto prevê que o lesado seja também causa do dano. Ademais, de acordo com a *ratio* da lei, não nos parece legítimo excluir na totalidade a responsabilidade do vendedor, com fundamento na culpa do lesado, pelo simples facto de o potencial adquirente não ter realizado a auditoria. Pois, a não realização da mesma poderá prender-se com inúmeras razões, p.ex. de índole financeira. Neste sentido, PIRES, Catarina Monteiro, *A aquisição de empresas e de participações acionistas: Problemas e Litígios*, 2018, p.38-39.

⁵⁵ Ob. cit. PRATA, Ana, *Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiros e portugueses*, 2018, p. 162.

2. A estipulação da vontade das partes através de Cláusulas de Garantia

2.1. Declarações e Garantias

Aqui chegados, urge destacar, um significativo meio de tutela do comprador, as cláusulas de garantia: “mediante estas cláusulas as partes clarificam o objeto do negócio e as qualidades inerentes, diminuindo possíveis dúvidas, tornando-o mais certo e previsível”⁵⁶. As aludidas cláusulas revestem uma característica peculiar, por antecederem o negócio jurídico, não chegam a gerar um incumprimento na esfera do vendedor.

De origem anglo-saxónica e muito frequente na *praxis* negocial, haverá que distinguir as designadas cláusulas de declarações e garantias (*representations* e *warranties*).

Destarte, as *representations* consistem numa declaração, onde é definido e qualificado o objeto negocial, com o objetivo de assegurar a integração das qualidades acordadas pelas partes no contrato.

Por sua vez, as *warranties* correspondem a uma promessa sobre a veracidade dos factos declarados, criando obrigações recíprocas entre as partes.

Estas cláusulas são “destinadas essencialmente a assegurar a fidedignidade, certeza e vinculatividade jurídicas das representações sobre as partes quanto ao objeto direto (das participações sociais) e indireto (empresa societária) do negócio”⁵⁷ com o propósito de esclarecer as dúvidas das partes⁵⁸.

Como se sabe, no caso aludido estamos perante o domínio das obrigações de garantia, que se caracterizam pela particularidade da transmissão do risco, segundo o qual recai sobre o garante a obrigação de efetuar uma prestação a favor da contraparte aquando da verificação do evento danoso⁵⁹.

⁵⁶ Vide LOUREIRO, Catarina Tavares e FERREIRA, Manuel Cordeiro, *As cláusulas de declarações e garantias no direito português – Reflexões a propósito do acórdão do supremo tribunal de justiça de 1 de março de 2016*, 2016, p. 16.

⁵⁷ *Op. Cit.* ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"* 2008, p. 783.

⁵⁸ Vide LOUREIRO, Catarina Tavares e FERREIRA, Manuel Cordeiro, *As cláusulas de declarações e garantias no direito português – Reflexões a propósito do acórdão do supremo tribunal de justiça de 1 de março de 2016*, 2016: “é o de alocar o risco resultante do contrato, garantindo a existência de determinadas características ou qualidades do objeto do negócio ao comprador solucionando a falta de visibilidade que este terá relativamente a esse objeto – o vendedor assegura um determinado «estado de coisas» à data da aquisição, responsabilizando-se pela sua não verificação”, p.16.

⁵⁹ Contrariamente ao que ocorre nos critérios normais de repartição onde o risco é suportado pelo garantido. Com efeito, o garante deverá efetuar uma prestação a favor do garantido. Para mais

Deste modo, podemos afirmar que estas cláusulas assumem uma função de repartição do risco, suprindo a tendencial assimetria informativa, adquirindo relevância como meio de tutela do adquirente através de um “sistema garantístico automático”⁶⁰.

O alienante deverá prestar todas as informações sobre as qualidades da sociedade-alvo, assegurando a veracidade da mesma, sob pena de assumir o risco independentemente de culpa⁶¹.

Nesta senda, o adquirente poderá rever/reduzir o preço acordado quando se comprove que a situação da sociedade não corresponde à situação hipotética. Já o vendedor, poderá ver reduzida ou limitada a sua responsabilidade quanto ao leque de situações que possam dar origem a reclamação por parte do comprador.

Quanto ao balizamento temporal, à luz da prática jurídica fixa-se entre um a três anos, no entanto, a vontade das partes ganha primazia, pelo que de acordo com o art. 330.º poderão alterar ou acordar outro prazo.

2.2. As Cláusulas de Garantia no decurso de uma *Due diligence*

Saliente-se, quanto a este propósito, o um nexos funcional existente entre a *due diligence* e as cláusulas de garantia⁶².

Sem embargo, a auditoria em apreço tem como finalidade primordial a obtenção de informação detalhada sobre a sociedade-alvo que contribuirá para a correta avaliação dos riscos e oportunidades do objeto negocial e para a determinação do preço⁶³.

desenvolvimentos RUSSO, Fábio Castro, *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo* in *Direito das Sociedades em Revista*, 2010.

⁶⁰ Cit. LOUREIRO, Catarina Tavares e FERREIRA, Manuel Cordeiro, *As cláusulas de declarações e garantias no direito português – Reflexões a propósito do acórdão do supremo tribunal de justiça de 1 de março de 2016*, 2016, p.18. Na medida em que, não é necessária a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil para dar azo a uma violação das cláusulas, basta a existência de uma desconformidade entre a realidade societária e as declarações prestadas.

⁶¹ Mário de Almeida Costa refere que “Efetivamente, nas obrigações de garantia o devedor promete ainda mais do que nas obrigações de resultado, pois assume o risco da não verificação do efeito pretendido. Assim, responde haja o que houver (...)” Ob. Cit. COSTA, Mário de Almeida, *Direito das Obrigações*, 2009, p.1040, o que se demonstra compatível face à luz do princípio da liberdade contratual art. 405.º.

⁶² Como observa Fábio Castro Russo “(...) é inegável que a redação destas cláusulas só ganhará – desde logo em precisão – com uma prévia *due diligence*”. Ob. cit. RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade* in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista* 2012, p. 17.

⁶³ Com efeito, um dos fatores fundamentais na avaliação da empresa-alvo com vista à aquisição da mesma prende-se com a sua capacidade lucrativa, coadjuvando na determinação do preço. Já no que diz respeito à modalidade do pagamento, poderá aferir-se mediante três formas: sendo determinado diretamente; poderá não ser determinado, mas ajustável; poderá ainda ser parcialmente determinado e parcialmente eventual. Sendo que, neste último caso, ficará dependente da verificação de um evento futuro. Para mais desenvolvimentos, RUSSO, Fábio Castro, *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo* in *Direito das Sociedades em Revista*, 2010, p.117.

Como descreve Fábio Castro Russo⁶⁴ “a extensão (e «credibilidade») da informação obtida em sede de *due diligence* se encontra em relação de *proporcionalidade inversa*⁶⁵ com o conteúdo das cláusulas de garantia” na medida em que as informações apuradas durante a auditoria influenciam o conteúdo das primeiras.

2.3. Direito Comparado

2.3.1. Consequências jurídicas

As consequências decorrentes da desconformidade entre a situação acordada pelas partes e a situação societária real retiram-se do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2016: “Não existindo incumprimento em sentido clássico, a violação da cláusula de garantia não gera um dever de indemnizar na aceção do regime legal da responsabilidade civil, mas apenas um dever de prestar em sentido estrito”.⁶⁶

Neste âmbito, quanto aos casos em que o vendedor viole as garantias dadas por si não fará sentido falar em incumprimento, visto que, não se encontra adstrito à adoção de um comportamento (obrigação específica), mas sim assunção de um risco. O vendedor assegura a existência de um determinado conjunto de características objeto do negócio que, não existindo, será responsável pela não verificação.

Cumprir observar, neste âmbito, que as consequências resultantes da desconformidade ou violação destas garantias no ordenamento jurídico inglês não foram transpostas para o nosso ordenamento, este é o entendimento de Catarina Tavares Loureiro e Manuel Cordeiro Ferreira.⁶⁷

Desta forma, no direito inglês, quando estamos perante um incumprimento ou incorreção de uma *representation*, o declaratório poderá resolver o contrato ou exigir uma indemnização pelos danos causados, conforme o regime estipulado no *Misrepresentation Act* de 1967.

Ora, esta solução parece corresponder à anulação do contrato tal como se encontra consagrada no art. 433.º do Código Civil português, que tem por finalidade

⁶⁴Idem, p. 123.

⁶⁵ Itálico do Autor.

⁶⁶ Ac. STJ 1 de março de 2016, relator Fernando do Vale, processo nº.80/17.0YFLSB.

⁶⁷Vide LOUREIRO, Catarina Tavares e FERREIRA, Manuel Cordeiro, *As cláusulas de declarações e garantias no direito português – Reflexões a propósito do acórdão do supremo tribunal de justiça de 1 de março de 2016*, 2016, p.20 ss.

(quando viável) a restituição da situação que se verificaria caso o contrato não tivesse sido celebrado, com efeitos *ex tunc*⁶⁸.

Por sua vez, quando se trate de uma desconformidade ou violação de uma cláusula contratual, ou seja, de uma *warranty* a consequência passará por uma indemnização pelos danos causados.

2.3.2. *Quantum* correspondente ao «dever de prestar»

Sob o mesmo ponto de vista, haverá que analisar como se procede ao cálculo de danos. Mediante o exposto, os Autores⁶⁹ afirmam que no direito britânico, na hipótese assente de estarmos perante uma *misrepresentation*, o beneficiário poderá invocar o regime da responsabilidade civil contratual⁷⁰, exigindo a reparação pelos danos causados independentemente de existir uma cláusula contratual expressa para o efeito.

Em sentido diverso, no caso de uma *warranty* o comprador apenas poderá exigir o valor hipotético, isto é, aquilo a que teria direito se o contrato tivesse sido rigorosamente cumprido.

A jurisprudência portuguesa no douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2016 pronunciou-se acerca do «dever de prestar», afirmando que o mesmo deve corresponder “à diferença entre o valor económico-financeiro da sociedade garantido pelas recorridas através das contas apresentadas e o seu valor real, que teria determinado o preço do negócio”⁷¹.

Por sua vez, Fábio Castro Russo⁷² reconhece uma certa afinidade do direito português com o italiano, pois, à semelhança do que ocorre na doutrina italiana também o direito pátrio colhe a exclusão dos lucros cessantes⁷³ designadamente quanto a normas de onde advém a responsabilidade objetiva do vendedor⁷⁴.

⁶⁸ *Idem*, p.22.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Que prevê a reconstituição *in natura*.

⁷¹ Ac. STJ 1 de março de 2016, relator Fernando do Vale, processo n.º.80/17.OYFLSB.

⁷² *Op. cit.* RUSSO, Fábio Castro, *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo in* Direito das Sociedades em Revista, 2010, p. 133 ss.

⁷³ A definição é-nos dada por José Moitinho de Almeida “A ressarcir reporta-se, ou à perda de benefícios resultantes da destruição da coisa ou da sua inutilização momentânea (lucros esperados) ob. cit. ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, 1971, p. 157”.

⁷⁴ V.g. venda de bens alheios (art. 899.º) e venda de bens onerados (art. 909.º), para mais desenvolvimentos *vide* RUSSO, Fábio Castro, *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo in* Direito das Sociedades em Revista, 2010, p.133 ss.

Como descreve, da doutrina majoritária italiana retira-se o princípio *indennitario*⁷⁵ vigente em matéria de contratos de seguro, onde ocorre uma estipulação beneficiária entre o tomador do seguro e o beneficiário⁷⁶. A *ratio* deste princípio visa, sobretudo, impedir o enriquecimento do segurado com a ocorrência do sinistro.

Posto isto, podemos verificar que o «dever de prestar» fruto da consequência direta da violação do sistema «garantístico» apenas se cinge aos danos emergentes, excluindo os lucros cessantes, salvo convenção em contrário.

2.4. Questões emergentes

Patrícia Afonso Fonseca⁷⁷ escreveu quanto às declarações de garantia:

Com a crescente utilização de cláusulas de declarações e garantias em contratos sujeitos à lei portuguesa, é inevitável que os tribunais portugueses sejam, mais cedo ou mais tarde, chamados a pronunciarem-se sobre esta realidade e sobre o seu enquadramento à luz do nosso ordenamento jurídico.

Volvidos cerca de cinco anos após a publicação supra, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 1 de março de 2016 veio a reconhecer a validade das cláusulas de declarações e garantias enquanto regime autónomo da responsabilidade civil contratual, não se limitando apenas a admitir a sua relevância no âmbito do processo de formação da vontade negocial⁷⁸.

⁷⁵ Este é o entendimento de Fábio Castro Russo. *Idem*.

⁷⁶ Relembramos, quanto a este ponto, que tanto as *representations* como as warranties enquadram-se no âmbito das obrigações de garantia. *Ibidem*.

⁷⁷ FONSECA, Patrícia Afonso, *A Negociação de participações de controlo: a jurisprudência*, 2012, p.38.

⁷⁸ A título de exemplo, veja-se, a decisão proferida pelo Acórdão do STJ de 13 de maio de 2013 in FONSECA, Patrícia Afonso, *A Negociação de participações de controlo: a jurisprudência*, 2012, p.38.

3. Problemas decorrentes do processo negocial e respectivos meios de tutela

3.1. A Responsabilidade Pré-Contratual decorrente da violação dos ditames da Boa-fé

3.1.1. O Princípio da Boa-Fé

Na pendência das negociações tendentes a um processo de aquisição, as partes deverão adotar um comportamento honesto com o intuito de esclarecerem dúvidas ou possíveis falhas de informação da contraparte. Desta forma, decorre da esfera jurídica de cada uma das partes certas normas de conduta que pautam a sua atuação, por força do princípio da boa-fé descrito no art. 227.º.

O princípio da boa-fé enquanto cláusula geral acolhida pelo direito pátrio engloba vários deveres de atuação “segundo é de esperar de um honrado participante no tráfego jurídico”⁷⁹ que se desdobram em deveres de lealdade⁸⁰, proteção e informação⁸¹.

Carlos Ferreira Almeida esclarece que o dever pré-contratual de informação⁸² tem como propósito a obtenção de um consentimento racional e esclarecido, de forma a suprir a assimetria do poder negocial⁸³. O Autor afirma ainda que estamos perante interesses inconciliáveis pois, por um lado, o potencial adquirente visa conhecer todos os factos relevantes para a negociação e em sentido diverso, o alienante tenciona usar a informação como um trunfo negocial. Sob este prisma, a troca de informação constitui um “valor transacionável, que confere significativo poder negocial”⁸⁴.

⁷⁹ *Op. Cit.* SILVA, Eva Sónia Moreira da, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo), o caso da indução negligente em erro*, 2010, p. 232.

⁸⁰ Saliente-se, quanto a este aspeto, que o dever de lealdade insere-se no dever de informação. Não obstante, o dever de lealdade visa impedir a transmissão de informação relativa a segredos da sociedade, impedindo os seus administradores de transmitirem determinadas informações desconhecidas no mercado e cuja divulgação poderá intentar contra o interesse social. Sem embargo, essas mesmas informações são as mais pertinentes para o adquirente e para a correta determinação do preço.

⁸¹ Aludindo ao dever supradescrito, impede sobre o vendedor a disponibilização de todas as informações relevantes para a determinação da vontade contratual da contraparte. Da letra da lei não resulta qualquer imposição, levando-nos a concluir que o mesmo deve ser apurado tendo em conta as particularidades do contrato e a ponderação dos interesses das partes. Saliente-se, no entanto, que a informação prestada deverá ser “completa, verdadeira, atual clara e objetiva”, conforme consta no art.7.º Código dos Valores Mobiliários.

⁸² Todavia, tal como ocorre com o princípio da boa-fé, também o dever pré-contratual de informação tem um carácter geral, sendo árduo para um intérprete do 227.º determinar qual o seu conteúdo.

⁸³ Este também é o entendimento de Ana Prata, *vide Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e português*, 2018, p.51 ss.

⁸⁴ *Ob. Cit.* ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Contratos I: conceito, fontes, formação*, 2017, p. 230.

3.1.2. A Teoria da Tutela da Confiança

O princípio da boa-fé conforme consta no art. 227.º, n.º. 1 consagra a responsabilidade pré-contratual, resultante da ausência da boa-fé na medida em que afirma: “quem negocea 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”.

Segundo este instituto da *culpa in contrahendo*, construção do jurisconsulto germânico Jhering, a parte que culposamente violou uma obrigação pré-contratual⁸⁵ provocando prejuízos à contraparte deverá indemnizá-la por “levar a outra parte a convencer-se legitimamente que o contrato viria a ser celebrado”⁸⁶.

Embora com enquadramentos distintos, esta é o entendimento da doutrina dominante. Autores como João Batista Machado, Menezes Cordeiro afirmam estarmos perante a tutela da confiança nas negociações pré-contratuais⁸⁷. Também a Jurisprudência portuguesa tem decido neste sentido, veja-se, a este propósito, o presente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/07/2017⁸⁸:

A responsabilidade pré contratual – situada na fase vestibular (ou negociatória) – destina-se a tutelar a confiança das partes que não devem ser arrastadas para situações de frustração de expectativas por rompimento injusto, ou arbitrário, do “iter negocial”, causando danos resultantes da não celebração do negócio.

Por sua vez, Manuel Carneiro Frada fundamenta que no decurso do processo de formação de um contrato surge “um mínimo de confiança recíproca”⁸⁹ segundo o qual, as partes criaram expectativas legítimas acerca da sua celebração.

Deste modo, quando ocorre uma rutura injustificada das negociações ou se comprove que o parceiro negocial prestou informações falsas, inexatas ou omitiu

⁸⁵ Incorrerá em responsabilidade aquele que, com culpa ou sem ter usado o padrão de diligência exigível, violou uma obrigação pré-contratual provocando prejuízos à contraparte. Ob. PRATA, Ana, *Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e portugueses*, 2018, p.

⁸⁶ Para mais desenvolvimentos SILVA, Eva Sónia Moreira da, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo), o caso da indução negligente em erro*, 2010, p. 288 ss.

⁸⁷ Veja-se, PIRES, Catarina Monteiro *A aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e Litígios*, 2018, nota 28.

⁸⁸ Acórdão do STJ de 13 de julho de 2017, relator Sebastião Póvoas, processo n.º. 2360/16.2TSVFR.P1.S1.

⁸⁹ FRADA, Manuel Carneiro, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2018, p. 99.

esclarecimentos necessários para a formação da vontade negocial⁹⁰ advirá responsabilidade por «culpa na formação do contrato».

3.1.3. Regime Jurídico da Responsabilidade Pré-Contratual

Não obstante o supra exposto, revela-se pertinente, clarificar qual a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Não se tratando de uma questão pacífica na doutrina portuguesa, as divergências assumem uma de três posições, responsabilidade pré-contratual, responsabilidade extracontratual ou ainda, uma terceira via, *tertium genus*.

Para Almeida Costa⁹¹ o dever de indemnizar a contraparte por rutura ilegítima das negociações deverá resultar da aplicação do instituto da responsabilidade extracontratual.

O autor explicita as suas razões⁹², afirmando que, a responsabilidade aquiliana em matéria de prescrição será a menos gravosa para o responsável. Veja-se, quanto a este aspeto, que o prazo de três anos decorrente do art. 498.º n.º 1, conta-se a partir do conhecimento dos factos constitutivos do direito, em face do regime da responsabilidade pré-contratual submetido ao prazo ordinário de vinte anos, de acordo com o art. 309.º.

Um outro aspeto que milita a favor desta teoria prende-se com o facto de a culpa, *ab initio*⁹³, não se presumir quando estamos perante um caso de responsabilidade delitual conforme consta no art. 487.º, diferentemente do que ocorre na responsabilidade contratual *ex vi* no art. 799.º n.º 1.

Saliente-se, o facto de não existir nenhum vínculo contratual entre as partes, uma vez que, o contrato não se encontra formado e como tal a responsabilidade emergente não poderá ser «contratual»⁹⁴.

⁹⁰ Esta vontade negocial corresponde aos termos e às circunstâncias decisivas para a decisão de contratar.

⁹¹ *Op. cit.* COSTA, Mário de Almeida, *A responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, pp. 251-256. O Autor refere ainda outras razões como é o caso da responsabilidade solidária, que não irá ser tratada no presente estudo.

⁹² *Idem*.

⁹³ Existem várias disposições referentes à responsabilidade delitual que consagram presunções de culpabilidade, conforme consta no art. 491.º, 492.º n.º 1 e 493.º.

⁹⁴ Este também é o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Vide ob.*, PRATA, Ana, *Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e português*, 2018, nota de 758.

A *ratio* do n.º 2 do art. 227.º determina que a responsabilidade pela «culpa na formação dos contratos» prescreve nos termos do art. 498.º acabando por aplicar o instituto da responsabilidade extracontratual, em matéria prescricional.

A *contrario sensu* Antunes Varela e Galvão Telles⁹⁵ reiteram que apesar de o contrato não se encontrar formado, a aplicação das regras da responsabilidade contratual advém de um dever geral de não prejudicar a contraparte.

Desta forma, a sujeição a este regime específico revela-se a mais ajustada à ponderação dos interesses das partes pois, apesar de não haver um vínculo contratual, existe uma relação criada entre as partes que se encontra muito próxima da relação contratual.

Todavia, surge uma terceira via, um regime híbrido⁹⁶ da responsabilidade por *culpa in contrahendo* que vem acolhendo maior aceitação por parte da jurisprudência. Veja-se, a este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 10/07/2019:⁹⁷

Esta terceira via tem por subjacente que, ainda que à responsabilidade pré-contratual não possa ser aplicável o regime do contrato visado, porque não concluído, pode integrar obrigações resultantes das próprias negociações (de natureza já negocial) e não apenas as derivadas de um dever de conduta genérico, justificando a aplicação (por analogia e por interpretação extensiva das normas próprias de cada um daqueles dois regimes, conforme a situação concreta.

A última hipótese é defendida por Menezes Leitão, Sinde Monteiro e Carneiro Frada⁹⁸.

⁹⁵ Ob. PRATA, Ana, *Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e portugueses*, 2018, p. 259.

⁹⁶ Que se situa entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

⁹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de julho de 2019, relator Francisca Mota Vieira, processo n.º.947/19.0T8PVZ-A.P1.

⁹⁸ Vide LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações Vol. I, Introdução. Da constituição das obrigações*, 2019, nota 805.

3.1.4. Fundamento da Responsabilidade Pré-Contratual

A teoria da tutela da confiança justificada⁹⁹ encontra estreita ligação entre os deveres acessórios e *bonae fides* pela constituição de situações de tutela de confiança justificada. Conforme consta no art. 227.º n. 1, as partes encontram-se adstritas a adoção de um comportamento diligente e honesto no decurso do processo de negociações, tendo em vista a proteção da confiança mútua e das expectativas de cada uma.

No que tange à aplicação da *culpa in contrahendo* podemos dividi-las em duas fases distintas, no decurso da negociatória quando se assiste a rutura ilegítima e/ou injustificada das negociações, ou na decisória aquando da celebração de um negócio válido ou inválido quando uma das partes violou os deveres pré-negociais decorrentes do princípio da boa-fé¹⁰⁰.

Destarte, haverá que salientar os pressupostos que obrigam à reparação do dano causado. Mediante o exposto, podemos afirmar que a *culpa in contrahendo* opera aquando da criação de uma razoável confiança na conclusão de um contrato e exista uma rutura das conversações/negociações com carácter injustificado, gerando a produção de um dano no património de uma das partes, provada a relação da causalidade entre este dano e a confiança suscitada¹⁰¹.

Desta forma, a parte encontra-se obrigada a reparar os danos causados à contraparte. Cabe indagar, em que termos e em que medida deverão esses danos ser reparados.

⁹⁹ Os Autores divergem quanto à autonomia da mesma e à imposição de deveres. O presente trabalho não tratará esta matéria.

¹⁰⁰ Cfr. SILVA, Eva Sónia Moreira da, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo), o caso da indução negligente em erro*, 2010, p.283 ss.

¹⁰¹ Para mais desenvolvimentos, veja-se o Acórdão 18/12/2012, relator António Joaquim Piçarra, processo nº. 1610/07.0TMSNT.L1.S1. In Heinrich Ewald Höster, A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, pág. 473, Pedro Pais de Vasconcelos, in Teoria Geral do Direito Civil, 2010, 6ª edição, pág. 490.

3.1.5. Apuramento do *Quantum* Indemnizatório

Questiona-se, quanto a este propósito, se deveremos aplicar o dano positivo («in contractu») que tende “(...) colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse cumprido. Reconduz-se, assim, aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo do contrato ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso”¹⁰².

Ou, por sua vez, o dano negativo («in contrahendo») visa “repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respetiva conclusão”¹⁰³ no direito indemnizatório.

Uma corrente da doutrina representada por Menezes Cordeiro e Jorge Ribeiro de Faria¹⁰⁴, opta pela indemnização pelo interesse contratual positivo sustentando que, em caso de violação dos ditames da boa-fé, deverão ser ressarcidos todos os danos causados à contraparte.

De acordo com a interpretação de Almeida Costa¹⁰⁵ tanto o interesse contratual positivo como o negativo abrangem lucros cessantes e danos emergentes¹⁰⁶, no entanto, a sua índole é distinta.

Note-se, quanto a este propósito, que a indemnização pelo interesse contratual positivo não poderá cumular com a indemnização do interesse contratual negativo. Na medida em que, a primeira pretende colocar o lesado na situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, já a segunda visa colocar o lesado na situação hipotética em que se encontraria se não tivesse estipulado o contrato¹⁰⁷.

Face ao descrito, podemos afirmar que a corrente maioritária da doutrina e jurisprudência, *em regra*¹⁰⁸, consideram que há lugar à indemnização pelo interesse pré-

¹⁰² A distinção é-nos dada por COSTA, Mário de Almeida, *Direito das Obrigações*, pág. 598.

¹⁰³ *Ibidem*, p.598 ss.

¹⁰⁴ *Op. Cit.* PRATA, Ana, *Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e portugueses*, 2018, p. 221 ss.

¹⁰⁵ *Op. cit.* COSTA, Mário de Almeida, *A responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, p. 207.

¹⁰⁶ O Código Civil trata desta matéria no seu art. 564.º n. º1.

¹⁰⁷ Isto é, se não houvesse confiado que no decurso das negociações a contraparte cumpriria os deveres inerentes da boa-fé, devendo ser ressarcido pelos danos emergentes e lucros cessantes. *Vide* PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, 2009.

¹⁰⁸ Itálico nosso. Vários, são os AA. Como Vaz Serra e Almeida Costa que defendem a indemnização por danos negativos, no entanto, admitem, excecionalmente os danos positivos quando em causa esteja a conclusão do negócio. No entanto, a presente matéria não será alvo de estudo, para mais desenvolvimentos PRATA, Ana, *Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e portugueses*, 2018, nota 670.

contratual negativo. Vários são os Autores que têm este entendimento, desde logo, Menezes Leitão, Galvão Telles, Calvão da Silva¹⁰⁹.

Neste sentido Mota Pinto e Pinto Monteiro¹¹⁰ reiteram que o propósito da indemnização pelos danos negativos tem como intuito colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse “verificado o evento que obriga à reparação”¹¹¹, conforme consta no art. 562.º.

Não obstante, alegado e provado o facto gerador da responsabilidade *ex vi* no art. 562.º, com a violação de um dever pré-contratual de informação por parte do vendedor é-lhe incumbido provar que, ainda que o tivesse cumprido, o comprador teria o mesmo procedimento. O comportamento do comprador poderá versar sobre três situações distintas¹¹².

Num primeiro cenário se o dever de informar tivesse sido pontualmente cumprido e o comprador optasse por não celebrar o contrato poderia ser indemnizado por indução de erro dolosa ou negligente¹¹³ de acordo com o preceito do art. 227.º n.º 1.

No caso *sui generis* de o comprador que, apesar de não ter sido informado corretamente, não teria deixado de concluir aquele negócio poderá ser indemnizado com fundamento no art. 227.º n.º 1. A finalidade desta indemnização prende-se com o facto de o lesado, se tivesse sido corretamente informado, poderia ter celebrado um outro negócio mais vantajoso para si. O pedido de indemnização não exclui a validade e eficácia do contrato podendo, ainda, através da restauração natural conduzir a uma modificação do negócio.

Por fim, prevendo uma causalidade entre a violação do dever pré-contratual e a celebração do contrato naquelas condições acordadas e não noutras, poderá ser concretizável a modificação/redução do preço por via indemnizatória¹¹⁴. Expondo-se à consequência de poder beneficiar da eficácia do negócio tal qual como foi concluído, ainda que dolosamente, ou então, à sua invalidade total.

¹⁰⁹ Embora com enquadramentos e formulações diferentes. No entanto, esta matéria não será aqui tratada. *Op. Cit.* PRATA, Ana, Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e portugueses, 2018, p.209.

¹¹⁰ MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, MONTEIRO, *Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)*, 2007-2008, p.95 ss.

¹¹¹ Note-se, que esta restituição natural obriga à sua reparação/desvinculação do contrato, no entanto, se não for possível a restituição *in natura* deverá aplicar-se a norma do art. 566.º.

¹¹² *Idem*, p. 96-98.

¹¹³ Estes grupos reportam-se aos casos em que se verifica a violação de um dever pré-contratual de informação.

¹¹⁴ A modificação ou a redução do preço por esta via, deverá ser efetuada para as condições em que o lesado teria concluído o negócio caso tivesse sido corretamente informado, conforme consta no art. 562.º.

3.2. A questão da (in)aplicabilidade do regime de compra e venda de bens onerados e defeituosos

3.2.1. «*Asset deal*» e «*Share deal*»

A empresa poderá ser adquirida por uma de duas formas, podendo ser através de uma transmissão direta, um «*asset deal*», quanto a estes casos afirmamos que estamos perante uma verdadeira transmissão da empresa, na medida em que, transferem-se todos os elementos que constituem a empresa para o adquirente.

Por sua vez, quando ocorra uma transmissão indireta, através de um «*share deal*», apenas as participações sociais serão objeto de transmissão. Assim sendo, a titularidade da empresa continuará a pertencer à sociedade-alvo, ainda que, em termos económico-financeiros, pertença ao adquirente¹¹⁵.

Em termos sumários a diferenciação jurídica *supra* tem bastante importância, uma vez que, incumbe indagar qual a aplicabilidade do regime da garantia de vícios materiais entre a pessoa que aliena uma coisa (transmissão direta) e aquela que compra um direito¹¹⁶ (transmissão indireta).

Como descreve Engrácia Antunes “a transmissão indireta se transformou hoje na principal, senão mesmo hegemónica, modalidade de negociação empresarial”¹¹⁷, pelo que, apenas esta modalidade vai ser alvo de estudo no presente trabalho.

¹¹⁵ Para mais desenvolvimentos RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2012, p.23. E também ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p. 745 ss.

¹¹⁶ Quando se trate da compra de direitos apenas poderão surgir vícios de direito v.g. venda de bens onerados podendo consistir em direitos reais de gozo (usufruto), de garantia sobre a coisa vendida (penhor) ou também objeto de apreensão judicial (arresto) .

¹¹⁷ *Op. cit.* ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p.724.

3.2.2. Equiparação da venda de participações sociais

A questão essencial que se coloca quanto a este aspeto, a saber, o regime previsto para a compra e venda direta da empresa poderá, porventura, ser equiparado ao da venda de participações sociais maioritárias ou de controlo¹¹⁸.

Com efeito, nos casos em que estamos perante uma compra e venda da empresa enquanto tal, a mesma poderá padecer de vícios materiais reportando-nos para os casos v.g. de venda de bens defeituosos. Não obstante, se se tratar de uma compra e venda de participações sociais, como é o caso da compra e venda de direitos, em princípio, apenas poderão surgir vícios de direito, v.g. venda de bens onerados. Quer com isto dizer que, a venda de «direitos» não poderá ser equiparada à venda de uma «coisa».

No entanto se assim é, podemos afirmar que as participações sociais atribuem ao sócio um poder jurídico indireto e limitado¹¹⁹, na medida em que este apenas dispõe de direitos organizativos e económicos, não detendo quaisquer direitos reais de disposição. Essa faculdade, apenas é conferida à empresa societária, que é detentora da propriedade da empresa.

Neste sentido, Coutinho de Abreu¹²⁰ afirma que:

se a parte social existe e está livre de encargos imprevistos, não pode o comprador reclamar contra onerações e defeitos da empresa – esta não foi comprada, e a parte social adquirida proporciona-lhe todos os direitos atribuídos por lei e pelos estatutos à socialidade

Ora, a doutrina portuguesa, seguindo a doutrina e jurisprudência alemã dominante, vem admitindo a equiparação da venda de participações sociais de controlo à venda da empresa mediante algumas adaptações¹²¹. Identifica-se, quanto a este ponto, Autores como Engrácia Antunes, Pinto Monteiro e Mota Pinto.¹²² Esta solução adotada visa colmatar a brecha da lei quanto à responsabilidade por vícios materiais da empresa.

A equiparação deverá também ser realizada quando se comprove que a pretensão das partes seja a de atribuir ao alienante a titularidade da empresa.

¹¹⁸ Neste sentido “O sócio com maioria absoluta dos votos não deixa de ter, direta ou indiretamente, o poder de gestão empresarial em domínios essenciais”. Ob. cit. ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Da Empresarialidade: As empresas no Direito*, 1996, nota 911.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 350.

¹²¹ Embora com formulações distintas, que não serão tratadas no presente estudo. Uma breve nota deve ser feita, no que tange ao incumprimento deverá também ser equiparado, ao regime da compra e venda da empresa.

¹²² *Op. Cit.* RUSSO, Fábio Castro, *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2012, nota 24.

Mota Pinto e Pinto Monteiro vêm clarificar as razões atinentes de aquisição da empresa mediante a aquisição de participações sociais, afirmando que “esta verifica-se, pelo menos, quando se adquire não apenas uma posição maioritária, mas antes a totalidade, ou a quase totalidade, das participações sociais, compra e venda e as partes pretendem atribuir ao comprador a *titularidade da empresa*¹²³”.

Conforme descreve Engrácia Antunes¹²⁴:

Em matéria de transmissão indireta de empresas, o comprador beneficia da dupla proteção que resulta da aplicação dos regimes legais referidos – de natureza especial (garantias por vícios na compra e venda) ou geral (“culpa in contrahendo e erro sobre a base negocial) – ao negócio direto (compra e venda de participações) e ao próprio negócio indireto (compra e venda de empresa).

Efetivamente, se o adquirente apenas alienasse as participações sociais (ainda que maioritárias) e não outros bens que pertencessem à sociedade, bem como a própria, não poderia ser responsabilizado por ónus ou defeitos de uma *res* que não negociou.

Posto isto, “se a parte social existe e está livre de encargos imprevistos, não pode o comprador reclamar contra a oneração e defeitos da empresa – esta não foi comprada”¹²⁵ apenas responderia por ónus ou limitações que afetassem essa mesma participação.

3.2.3. Critérios para admissão da equiparação de compra e venda

Em todo o caso, independentemente do critério a adotar, a aplicação analógica deverá ser ponderada com cautela.

Nesta senda, Ferrer Correira afirma que deverão ser utilizados critérios gerais de interpretação do negócio jurídico analisando caso a caso cada contrato negociado: “saber se se quis tão-só a aquisição de direitos de participação, ou se, para além disso,

¹²³ Itálico dos AA. Ob. cit. MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, MONTEIRO, *Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)*, 2007-2008, p.81.

¹²⁴ *Op. cit.* ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"*, 2008, p. 779.

¹²⁵ Vide ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Da Empresarialidade: As empresas no Direito*, 1996, p.350.

se pretendeu, através da compra e venda de tais direitos, a compra da empresa, e, portanto, a obtenção da ‘posição de empresário’¹²⁶.

Por sua vez, Engrácia Antunes¹²⁷ admite que a equiparação dependerá de uma ponderação de três fatores cruciais, entre eles, a vontade das partes, a morfologia do poder de controlo societário e o fundamento das normas aplicadas.

Todavia, de entre os critérios adotados deparamo-nos com o requisito quantitativo da percentagem de capital social¹²⁸, parte significativa da doutrina rejeita esta construção fundamentando que se torna inexecutível a adoção de um requisito puramente numérico uma vez que, qualquer critério quantitativo fixado em abstrato conduz a resultados iníquos¹²⁹. Ademais, a importância do capital social variará consoante as circunstâncias específicas de cada empresa societária.

Pinto Monteiro e Mota Pinto apontam para os “critérios de interpretação e qualificação do contrato”¹³⁰ sustentando que:

O critério decisivo é, portanto, o da qualificação do contrato, tendo como base os elementos obtidos pela sua interpretação. Parte significativa da doutrina, que rejeita a regra do limite numérico de participações adquiridas, aponta, com efeito, para o critério da interpretação do contrato: a percentagem constitui apenas mais um indício do objeto do contrato, a acrescer a outros que mostrem, por interpretação, ter-se adquirido efetivamente uma empresa explorada pela sociedade, e não uma simples participação no capital social.

3.2.4. Vícios da empresa – o regime de incumprimento na compra e venda

O Código Civil regula que, em matéria de compra e venda, mais precisamente de alienação o vendedor encontra-se adstrito a entregar a *res* sem defeito e, por sua vez, o comprador obriga-se a efetuar o pagamento da coisa.

No entanto, o mesmo poderá não ocorrer quando se verifique alguma desconformidade podendo, a empresa alienada apresentar vícios.

¹²⁶ Apóstrofo dos AA. Vide MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, *Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)*, 2007-2008, p.84 in A. FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ, *op. cit.*, pp. 269-271.

¹²⁷ Para mais desenvolvimentos ANTUNES, José Engrácia, *A empresa como objecto de negócios: "asset deals" versus "share deals"* 2008, p. 729 ss.

¹²⁸ Segundo este critério, deverão ser vendidas todas as participações sociais, representado a venda de todo o património social. Vide MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, *Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)* p. 85 ss.

¹²⁹ V.g. a impossibilidade de encontrar um limite número perfeitamente seguro. Idem.

¹³⁰ *Ibidem* p.87.

Para tal, será necessário clarificar o conceito de vício. Como descreve Romano Martinez “o defeito oculto é aquele que, sendo desconhecido do comprador, pode ser legitimamente ignorado, pois não era detetável através de um exame diligente”¹³¹.

Complementado a afirmação supra, os Autores Pinto Monteiro e Mota Pinto definem, quanto à extensão que, “os vícios [da empresa] terão, pois, de ser vistos em relação, não a cada objeto, mas a toda a unidade funcional que foi adquirida”¹³².

De forma a ver os seus direitos assegurados, a lei consagra um conjunto de meios de tutela ao comprador, quando este se aperceba que adquiriu uma empresa com certos vícios. Saliente-se, contudo, que esta proteção apenas se justifica quando desconhece tais factos.

Conforme nos ensina Romano Martinez¹³³ o cumprimento defeituoso referido no art. 799.º, enquanto regime geral, apresenta-se como uma das modalidades em matéria de não cumprimento das obrigações. Sem embargo, quanto ao regime especial a propósito da compra e venda caberá indicar as consequências específicas de bens onerados e defeituosos.

3.2.4.1. Regime da venda de bens onerados

A empresa alienada poderá padecer de vícios quando sobre o direito transmitido possam incidir ónus ou limitações que “*excedam* os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria” *ex vi* no art. 905.^o¹³⁴.

A “existência de irregularidades jurídicas no bem vendido que impeçam o gozo ou a disposição deste pelo comprador¹³⁵”, saliente-se quanto a este propósito, que, esses ónus ou limitações constituem vícios de direito que incidem ou existem sobre direitos de terceiro, como é o caso dos direitos reais de gozo, garantia de coisa vendida, objeto de apreensão judicial, entre outros.

¹³¹ *Op. cit.* MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações: Parte Especial: Contratos*, 2017, pp.132-133.

¹³² *Ob. cit.* MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota *in Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)*, 2007-2008, p.91.

¹³³ *Vide* MARTINEZ, Romano Pedro, *Direito das Obrigações: Parte Especial: Contrato*, 2017, p.122, nota 1.

¹³⁴ Itálico nosso.

¹³⁵ *Ob. cit.* LEITÃO, Luís Menezes *Direito das Obrigações Vol. III, Contratos em especial*, 2019, pp.123 ss.

A solução nestes casos passará, mediante a verificação de certos requisitos¹³⁶, pela anulabilidade do contrato por erro sobre a base do negócio¹³⁷ de acordo com os arts. 247.º, 251.º ou dolo¹³⁸ conforme consta no art. 253.º.

No entanto, a lei civil consagra outros meios de tutela do comprador como é o caso da eventual convalescença do contrato (906.º); expurgação de ónus ou limitações (907.º); indemnização em caso de dolo (908.º), de simples erro (909.º) ou por incumprimento da obrigação de fazer convalescer o contrato (910.º); redução do preço (911.º).

3.2.4.2. Regime da venda de bens defeituosos

Note-se, contudo, que a empresa alienada poderá ver o seu valor diminuído em virtude de um vício que desvalorize ou impeça a realização do fim a que se destina, ou não exiba as qualidades asseguradas ou necessárias pelo alienante a essa função, neste âmbito, estamos perante a venda de coisas defeituosas¹³⁹ conforme consta no art 913.º, n.º1.

Como descreve Menezes Leitão¹⁴⁰ o art. 913.º, n.º 1 assenta em dois pressupostos determinantes, o primeiro diz respeito à ocorrência de um vício¹⁴¹ e o segundo, por sua vez, à existência de repercussões que o defeito teve sob o âmbito do programa contratual.

No que concerne aos efeitos da venda da coisa defeituosa o art.913.º n.º 1 *in fine* estabelece que “(...) observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguinte”.

Assim sendo, aplicam-se, também as consequências jurídicas previstas para a venda de coisas defeituosas, tendo o adquirente ao seu dispor diversos meios jurídicos para sanar o vício.

¹³⁶ Quanto a estes casos, a lei considera um desvalor menos grave, pois o contrato será anulável (e não nulo) aquando da verificação dos requisitos legais da anulabilidade.

¹³⁷ Em caso de erro exige-se a essencialidade e cognoscibilidade, dessa essencialidade do erro, para o declaratório *ex vi* no art. 247.º, 251.º ss.

¹³⁸ Somente será necessário que o dolo tenha sido determinante da vontade do declarante referido no art. 254.º, n.º 1, salvo se provier de terceiro, nestes casos exige-se que o destinatário conhecesse ou devesse conhecer a situação *ex vi* no art. 254.º n.º 2.

¹³⁹ Apenas se consideram os defeitos qualificados como essenciais.

¹⁴⁰ Ob. cit. LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações Vol. III, Contratos em especial*, 2019, p.122.

¹⁴¹ Afigura-se relevante a distinção entre «vício», ressalvando o seu sentido pejorativo, abrange as características da *res* que levaram a que fosse valorada negativamente. Em sentido diverso, no caso de «falta de qualidades» existe uma desconformidade com o respetivo contrato. Idem pp.122-123.

Atente-se à seguinte “sequência lógica”¹⁴², o comprador que tiver alienado a empresa defeituosa poderá pedir a anulação por erro ou vício¹⁴³ através da reparação do defeito ou mediante a substituição da coisa¹⁴⁴ (arts. 906.º, 914.º); frustrada esta via poderá pedir a redução do preço (art. 911.º); não sendo possível caberá ao comprador requerer a resolução do contrato (art. 913.º). Em *ultima ratio* surge, de forma complementar e não substitutiva, a possibilidade de ser indemnizado nos termos do art. 562.º, em caso de dolo (art. 908.º), em caso de simples erro (art. 909.º) e por fim, por incumprimento da obrigação de fazer convalescer o contrato (art. 915.º).

3.2.5. Questões emergentes

Aquando da realização dos preceitos supra, as hipóteses elaboradas pelo legislador não foram pensadas para corresponderem ao conceito de vício proveniente da compra e venda empresarial.

Ora, a empresa enquanto objeto unitário de negócios¹⁴⁵ envolve um tal grau de complexidade que apenas poderá ser aplicado mediante adaptações.

Esta evidência torna-se ainda mais clara no que diz respeito aos prazos para denúncia de vícios¹⁴⁶, excessivamente curtos e inadequados, tendo em conta o tecido empresarial.

Embora não seja a mais adequada, esta solução figura-se a única possível.

¹⁴² “Os diversos meios jurídicos facultados ao comprador em caso de defeito da coisa vendida não podem ser exercidos em alternativa. Há uma espécie de sequência lógica (...)” *vide* MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações: Parte Especial*, 2017, p.141

¹⁴³ Desde que se verifiquem os requisitos previstos.

¹⁴⁴ Julgamos que a intenção do legislador foi, primeiramente, reparar a *res* defeituosa. Contudo, quando esta não se afigure possível a substituição passa por ser a solução recomendável.

¹⁴⁵ *Vide* MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, *Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)*, 2007-2008, p. 91.

¹⁴⁶ Conforme consta do art. 916.º.

4. Análise crítica dos institutos jurídicos enquanto meios de tutela do comprador

4.1. Conflitualidade entre regimes

Após estudados os diversos meios de tutela que o adquirente dispõe à luz do regime jurídico da compra e venda empresarial, haverá que analisar se os mesmos poderão concomitantemente ser aplicáveis¹⁴⁷.

Quanto a este propósito, indaga-se, mediante a verificação de uma ocorrência que tanto poderá ser enquadrada no regime da venda de bens onerados (905.º) ou defeituosos (913.º) como no regime de declarações de garantias, se poderá haver uma complementaridade ou, no limite, uma sobreposição de regimes.

A *ratio* da lei é clara, quanto a estes casos. Da redação do artigo 912.º n.º1 *a contrario*, retira-se que tanto as disposições do art. 905.º como a do art. 913.º reportam-se a normas injuntivas e, como tal, padecerá de nulidade qualquer cláusula de garantia que vise afastar o respetivo regime legal.

Também a jurisprudência¹⁴⁸ positiva que face a este regime devem ser respeitados os limites da lei, levando-nos a concluir que as ditas cláusulas apenas poderão assumir uma função de complementaridade em relação à *culpa in contrahendo*.

Observe-se, contudo, que não fará sentido existir uma relação de subsidiariedade entre a responsabilidade pré-contratual e o regime de bens onerados ou defeituosos, uma vez que a indemnização representa um dos vários meios de tutela a cargo do adquirente.

Por fim, em matéria de não cumprimento no regime geral, o art. 809.º¹⁴⁹ sob a epígrafe «renúncia do credor aos seus direitos» diz-nos que será nula qualquer cláusula pela qual o credor renuncie antecipadamente a qualquer dos seus direitos previstos em caso de incumprimento. Revelando-se incompatível tendo em conta o teor das cláusulas de garantias.

¹⁴⁷ Para mais desenvolvimentos *vide* RUSSO, Fábio Castro, *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo in* Direito das Sociedades em Revista, 2010; LOUREIRO, Catarina Tavares e FERREIRA, Manuel Cordeiro, *As cláusulas de declarações e garantias no direito português – Reflexões a propósito do acórdão do supremo tribunal de justiça de 1 de março de 2016*, 2016.

¹⁴⁸ Veja-se, neste sentido, o Acórdão do STJ 1 de março de 2016, relator Fernando do Vale, processo n.º. processo n.º.80/17.0YFLSB.

¹⁴⁹ Em virtude da remissão do art. 799.º, n.º.1 para o art. 809.º

4.2. Posição Adotada

Após breve análise acerca das aludidas cláusulas de declarações e garantias, haverá que tecer algumas considerações, afigurando-se essencial atender à sua origem. Estamos em total concordância com Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos quando afirmam “que as *representations and warranties* norte-americanas não têm, no quadro dos sistemas continentais, como é o português, um enquadramento jurídico uniforme”¹⁵⁰.

Ora, as cláusulas em análise foram pensadas e elaboradas para um sistema anglo-saxónico pelo que, as aplicações das mesmas revelam-se incompatíveis e incongruentes face a um sistema jurídico de índole romano-germânico, como o direito pátrio.

Dessa factualidade resultam várias limitações possíveis, designadamente no que tange à responsabilidade emergente da violação das ditas cláusulas e dos seus requisitos.

Constituindo um sistema maleável “na medida em que, esclarecem o que cada uma das partes espera e pode contar com o negócio, diminuindo dúvidas que possa haver e tornando mais certo e previsível o seu resultado”¹⁵¹. Todavia, o facto das ditas cláusulas atribuírem às partes o papel pela interpretação do contrato (em particular art. 236.º e ss.) origina inúmeras incertezas jurídicas, impossibilitando a criação de um enquadramento jurídico uniforme.

Mediante o exposto, uma nota breve deve ser feita quanto ao facto de não de estas cláusulas não terem colhido a devida atenção quer por parte da doutrina, quer por parte da jurisprudência. Seguimos de perto Clemente Galvão quando afirma que o assunto não se encontra suficientemente sedimentado na doutrina “e só muito esporadicamente ter sido tratado nos tribunais”¹⁵².

Aludindo ao instituto da responsabilidade pré-contratual, em linha de concordância com Patrícia Afonso Fonseca, somos levados a considerar que a tutela conferida pelo instituto da culpa revela-se “insuficiente e limitada”¹⁵³ comparativamente com o regime da venda de bens onerados e da venda de bens defeituosos.

¹⁵⁰Cit. BASTOS, Miguel Brito Bastos; CÂMARA, Paulo, *O direito da aquisição de empresas: uma introdução, Aquisição de Empresas*, 2011, p. 38.

¹⁵¹ GALVÃO, Clemente V., *Conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais* in Revista da Ordem dos Advogados, ano 70, 2010.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ *Op. cit.* FONSECA, Patrícia Afonso, *A Negociação de participações de controlo: a jurisprudência*, 2012, p.35.

A Autora aponta, quanto a este aspeto, que a *culpa in contrahendo* apenas consagra a via indemnizatória e, como o próprio nome indica, não terá aplicação em caso de ausência de culpa¹⁵⁴.

Aqui chegados, caberá tecer algumas considerações atinentes ao regime da venda de bens onerados previsto no art. 905.º e da venda de bens defeituosos *ex vi* no art. 913.º.

Atendamos, em primeira linha, que tanto a doutrina maioritária como a jurisprudência têm aceite a equiparação da compra e venda de participações sociais à compra e venda da empresa, ainda que com determinadas adaptações.

Contudo, surgem fundadas dúvidas sobre o regime da compra e venda de coisas oneradas de acordo com o art. 905.º e regime da compra e venda de defeituosas referido no art. 913.º, no que tange à sua adequação, quando em causa esteja um regime tão complexo como o da empresa. Ora, estes regimes pensados e elaborados para a compra e venda de coisas ou, rigorosamente falando, para a venda do direito de propriedade sobre coisas¹⁵⁵ revelam-se desajustados face às particularidades da empresa enquanto objeto unitário de negócios¹⁵⁶.

Atente-se às consequências jurídicas designadamente em matéria de erro¹⁵⁷, cujo efeito retroativo previsto no art. 289.º n.º 1 nem sempre é exequível face à realidade empresarial. Também, a redução do preço surte poucos efeitos dado que, na falta de regulação convencionada será inverosímil prever esse montante, conforme consta no art. 884.º *ex vi* no art. 911.º do mesmo diploma. Ademais, não é possível calcular a redução do preço de forma equitativa uma vez que se repercute na empresa como um todo.

A isto, soma-se a escassez jurisprudencial¹⁵⁸, uma vez que, decorrido mais de vinte e cinco anos, somente o Acórdão de 31 de março de 1993 (respeitante à Sociedade

¹⁵⁴ *A contrario sensu* do regime de bens onerados onde é possível o vendedor ser responsabilizado mesmo sem culpa sua *ex vi* no art. 909.º. Por fim, a Autora conclui “(...) o instituto da *culpa in contrahendo* é muitas vezes usado como forma de complementar as regras do vício da coisa sempre que estas sejam insuficientes ou já não possam ser aplicadas pelo decurso do prazo”. Desta forma podemos afirmar que este instituto consagra um regime complementar.

Ob. cit. Idem p.36 in CORDEIRO, António Menezes, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31-3-03», ROA, 1995, I, p.183.

¹⁵⁵ Veja-se GALVÃO, Clemente V., *Conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais* in Revista da Ordem dos Advogados, ano 70, 2010.

¹⁵⁶ Vide MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, *Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)*, 2007-2008, p. 91.

¹⁵⁷ Para mais desenvolvimentos PIRES, Catarina Monteiro, *A aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 2018.

¹⁵⁸ Vide FONSECA, Patrícia Afonso, *A Negociação de participações de controlo: a jurisprudência*, 2012

Financeira Portuguesa)¹⁵⁹ versou sobre esta matéria, fruto de decisão proferida por um Tribunal Arbitral.

¹⁵⁹ Disponível em: www.portal.oa.pt.

5. Considerações Finais

Chegados a este ponto, haverá que tecer algumas considerações, atinentes a todo o estudo desenvolvido.

A *due diligence* enquanto processo que precede a celebração de contrato com vista à aquisição de uma empresa, constitui um mecanismo de mitigação da assimetria informativa visando, desta forma, potenciar vantagens para ambas as partes, designadamente para o comprador.

Assim sendo, face a crescente complexidade dos negócios jurídicos, podemos afirmar que a auditoria em análise constitui uma *conditio sine qua non* no que concerne a aquisições empresariais bem-sucedidas.

Verificamos, quanto a este ponto, que a prossecução da aquisição sem a realização da auditoria em apreço, acarreta inúmeras desvantagens, implicando um cenário mais penoso para o adquirente.

Este ponto acentua-se, após a indagação das alternativas estudadas, as cláusulas de declarações e garantias, a *culpa in contrahendo*, e o regime da compra e venda de bens onerados, e da compra e venda de bens defeituosos.

Desde logo, assistimos a um compartimento entre o direito societário e o direito civil, onde constatamos que o último consagra vários regimes jurídicos, que se propõem a proteger o interesse das partes. No entanto, nem todos acautelam plenamente os interesses do comprador.

Em termos sumários, podemos concluir que o nosso ordenamento jurídico não oferece, amiúde, resposta face às exigências da *praxis* negocial.

Por fim, após todas as considerações, sugerimos, à luz do que ocorreu no ordenamento jurídico alemão, (relativamente aos regimes da compra e venda de bens onerados e defeituosos), uma revisão legislativa, de forma a conceder aos regimes supracitados, um tratamento coerente, uniforme e adequado, dirigido especificamente à realidade empresarial.

6. Referências Bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de

- *Da Empresarialidade: As empresas no Direito*, Tese de doutoramento em Direito Comercial apresentada à Universidade de Coimbra pela Faculdade de Direito Coimbra, Almedina, Coimbra, 1996 (reimpressão).

ALMEIDA, Carlos Ferreira

- *Contratos I: conceito, fontes, formação*, 6ª. Edição, Almedina, Coimbra, 2017 (reimpressão).

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de

- *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971.

ANTUNES, José Engrácia

- *A empresa como objecto de negócios: "Asset deals" versus "Share deals"*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Vol. II/III, Ano 68, nº2-3, 2008, pp.715-793.

- *Direito dos Contratos Mercantis*, Almedina, Coimbra, 2017 (reimpressão).

BASTOS, Miguel Brito Bastos; CÂMARA, Paulo

- *O direito da aquisição de empresas: uma introdução*, *Aquisição de Empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.13-64.

CORDEIRO, António Menezes

- *Direito dos Seguros*, 2ª. Edição, Almedina, Coimbra, 2016 (revista e atualizada).

- *Tratado do Direito Civil Português, Vol. I, Introdução, Fontes do Direito, Aplicação das leis no tempo, doutrina geral*, 4ª. Edição, Coimbra, Almedina, 2012 (revista e atualizada).

COSTA, Mário de Almeida

- *Direito das Obrigações*, 12ª. Edição, Almedina, Coimbra, 2009 (revista e atualizada).

- *A responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3793, Ano 116.º, 1983-1984, Coimbra Editora, Coimbra pp. 172-179; 204-210; 251-256; 276-279.

FRADA, Manuel Carneiro da

- *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Tese de doutoramento em Direito apresentada à Universidade de Lisboa pela Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2018.

FONSECA, Patrícia Afonso

- *A Negociação de participações de controlo: a jurisprudência in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 27-40.

GALVÃO, Clemente V.- *Conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, I/IV – Lisboa, jan. - dez. 2010, disponível em: www.portal.oa.pt

LEITÃO, Luís Menezes

- *Direito das Obrigações Vol. I, Introdução. Da constituição das obrigações*, 15ª. Edição, Almedina, Coimbra, 2019 (reimpressão).

- *Direito das Obrigações Vol. III, Contratos em especial*, 13ª. Edição, Almedina, Coimbra, 2019.

LOUREIRO, Catarina Tavares; FERREIRA, Manuel Cordeiro

- *As cláusulas de declarações e garantias no direito português – Reflexões a propósito do acórdão do supremo tribunal de justiça de 1 de março de 2016 in Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º.44, 2016, disponível em: www.uria.com

MARTINEZ, Pedro Romano

- *Direito das Obrigações: Parte Especial: Contratos*, 2ª. Edição, Almedina, Coimbra, 2017 (reimpressão).

MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota

- *Compra e venda da empresa. A venda de participações sociais como venda de empresa (share deal)*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3947, Ano 137.º, 2007-2008, Coimbra Editora, Coimbra, p. 76-102.
- *Teoria geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012 (reimpressão).

PINTO, Paulo Mota

- *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

PIRES, Catarina Monteiro

- *A aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e Litígios*, Almedina, Coimbra, 2018.

PRATA, Ana

- *Responsabilidade pré-contratual: uma perspetiva comparada dos direitos brasileiros e português*, Almedina, Coimbra, 2018.
- *Notas sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*, Almedina, Coimbra, 2002 (reimpressão).

ROLDÃO, Nuno Moura e TEIXEIRA, Ana Guedes

- *O processo de auditoria legal, Aquisição de Empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 107-126.

RUSSO, Fábio Castro

- *Due diligence e responsabilidade in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p.13-26.
- *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo in Direito das Sociedades em Revista, Vol. 4*, Almedina, 2010, p.115-136.

SILVA, Eva Sónia Moreira da

- *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo), o caso da indução negligente em erro*, Tese de doutoramento em

Direito Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada à Universidade do Minho pela
Faculdade de Direito, Almedina, Coimbra, 2010.