



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Contratos de aquisição de participações sociais e as cláusulas de declarações e garantias

David Luís Moreira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Contratos de aquisição de participações sociais e as cláusulas de declarações e garantias

David Luís Moreira

Sob a orientação do **Prof. Doutor José Engrácia Antunes**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

“Se me persuado de que esta vida não tem outra face que não seja a do absurdo, se sinto que todo o seu equilíbrio depende dessa perpétua oposição entre a minha revolta consciente e a obscuridade onde ela se debate, se admito que a minha liberdade não tem sentido a não ser em relação ao seu destino limitado, então devo dizer que o que conta não é viver melhor, mas viver mais.”

- Albert Camus

RESUMO:

A tremenda relevância prática das cláusulas de declarações e garantias (ou «*representations and warranties*»), em especial nos contratos de compra e venda de participações sociais, reflete a necessidade de averiguar sobre a sua integração jurídica no domínio da prática contratual submetida à lei portuguesa. A presente dissertação pretende, assim, abordar as razões na génese da estipulação destas cláusulas, bem como as suas funções e vantagens, analisando ainda as compartimentações possíveis ao abrigo do direito português e, bem assim, eventuais limitações às mesmas.

ABSTRACT:

The immense relevance of the representations and warranties clauses, in particular concerning share purchase agreements, illustrates the need to examine its legal relevance within contractual practices subject to Portuguese law. As such, this study aims to assess the underlying rationale for the stipulation of these clauses, as well as its functions and advantages, and examine the potential compartments for such clauses under Portuguese legislation, along with any limitations to them.

PALAVRAS-CHAVE:

Declarações e Garantias, Representations and Warranties, Contratos de Compra e Venda de Participações Sociais, Aquisição de Empresas.

KEYWORDS:

Representations and Warranties, Share Purchase Agreements, Business Acquisitions, Mergers and Acquisitions.

Índice

INTRODUÇÃO	9
A NECESSIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE «DECLARAÇÕES E GARANTIAS» NOS CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS	10
2.1. Caracterização	11
2.2. Funções, finalidades e vantagens	13
A ORIGEM ANGLO-SAXÓNICA DAS «REPRESENTATIONS AND WARRANTIES»	15
3.1. O conceito de «representation» e o conceito de «warranty»	16
3.2. A contratualização conjunta de «representations» e «warranties»	18
3.3. A desconformidade das «representations and warranties»	19
ENQUADRAMENTO DAS «DECLARAÇÕES E GARANTIAS» NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	21
4.1. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2016	22
4.2. As declarações e garantias como elemento concretizador dos deveres acessórios do vendedor e mecanismo de objetivação da responsabilidade	24
4.3. A desconformidade das declarações e garantias e o cumprimento defeituoso	26
4.4. A amplitude da garantia contratualizada	27
4.5. O dano indemnizável	29
4.6. A estipulação singular ou conjunta de «declarações» e «garantias»	31
4.7. O conhecimento prévio do adquirente sobre a desconformidade das declarações e garantias	34
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAVV. – Autores vários

Ac. – Acórdão

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Op. cit. – Obra citada

Pp. – Páginas

Reg. – Regulamento

ss. – Seguintes

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

v. – Vide

Vol. – Volume

Nota: As referências bibliográficas efetuadas ao longo da presente investigação seguem um formato simplificado (autor, título da obra, página). Não obstante, as mesmas referências bibliográficas estão incluídas de acordo com um formato extenso (autor, título da obra, edição, editora, ano) na secção final da presente dissertação.

I

Introdução

A tremenda relevância prática das cláusulas de declarações e garantias (ou «*representations and warranties*»), associada à sua controvertida construção doutrinal e jurisprudencial, parecem-nos razões mais do que suficientes para refletirmos sobre a sua integração jurídica na prática contratual portuguesa, em especial no domínio da compra e venda de participações sociais.

As profundas diferenças entre o nosso sistema de matriz civilística e os ordenamentos jurídicos de “origem” destas cláusulas levam a uma diminuição da sua operatividade nos contratos sujeitos à lei portuguesa e, no limiar, à insegurança quanto à posição jurídica de cada uma das partes contratantes. Demonstra-se, assim, fundamental o seu estudo nos regimes anglo-saxónicos, procurando desenvolver uma dogmática, da medida do possível, coerente com os ditames aplicados entre aqueles regimes.

Nesta senda, a presente investigação pretende abordar as razões na génese da estipulação de declarações e garantias, bem como as suas funções e vantagens, analisando ainda as compartimentações possíveis daquelas cláusulas ao abrigo do direito português e, bem assim, eventuais limitações às mesmas.

II

A necessidade de estipulação de «declarações e garantias» nos contratos de aquisição de participações sociais

A contratualização de cláusulas de declarações e garantias em contratos de compra e venda de participações sociais¹ insere-se num movimento maior além da mera importação de padrões contratuais tipicamente utilizados neste género de transações²: o da imperiosidade daqueles contratos regularem, em concreto, o risco associado ao negócio em questão, através de uma descrição extremamente detalhada da relação contratual, adaptada à complexidade da sociedade visada³, que assegure uma estrutura garantística, máxime da posição do comprador. Portanto, àquele convém que o vendedor afirme, de forma clara, o estado de coisas existente sobre a sociedade visada pelo negócio, ou porventura ausente, verificável em dado período, e, mais que isso, é necessário que tais afirmações se moldem a uma asseguaração da veracidade das declarações prestadas.

O risco associado a estas transações resulta, em grande parte, da assimetria informativa em que o comprador se encontra face ao vendedor quanto à sociedade visada e ao quadro patrimonial subjacente a esta. Tal assimetria é, em regra, combatida pela realização de uma *due diligence*, isto é, uma “auditoria societária” à sociedade visada. Todavia, a realização daquela estará, desde logo, limitada pela vontade e abertura do vendedor em permitir o acesso a informação confidencial e sensível da sociedade. Ainda assim, uma auditoria efetuada corretamente e com uma profunda análise de todos os aspetos da sociedade visada poderá não ser suficiente para identificar determinadas contingências ocultas, o que reforça a relevância da proteção contratual obtida pelo contrato.

Diga-se, desde logo, que, entre nós, não se verifica uma total ausência de meios de

¹ Estas cláusulas são utilizadas nos mais variados contratos, apesar da sua enorme significância no âmbito das aquisições de empresas. Não obstante o foco da presente investigação ser a sua estipulação nos contratos de compra e venda de participações sociais, cremos que o enquadramento jurídico que propomos será transversal à prática contratual.

² A opção por este modelo contratual é seguida não só quando existe algum elemento de conexão internacional (numa tentativa de apresentar aos contraentes um modelo com o qual estejam mais familiarizados) mas também nos contratos puramente “domésticos”.

³ A multiplicidade de ativos subjacente a uma sociedade comercial, conjugada com a complexidade resultante de qualquer empresa, da qual derivam várias relações jurídicas, designadamente com clientes, fornecedores, credores, trabalhadores, sócios, administradores e entidades reguladoras, exige uma alta pormenorização da relação contratual e daquilo que o comprador projeta “obter” pela transmissão das participações sociais.

reação no caso de perturbações na sociedade cujas participações são adquiridas. Contudo, os regimes legais potencialmente aplicáveis oferecem manifesta complexidade, em prejuízo da segurança jurídica e da operacionalidade desses meios de tutela, podendo ainda revelar-se inadequados e insuficientes na proteção da posição do comprador⁴, o que contribuirá para a referida indispensabilidade da estipulação de um regime contratual que acautele a posição do comprador, motivando as partes a conferir certeza e segurança jurídica ao seu negócio⁵.

Portanto, mercê da subsistência dessas incertezas e inadequações⁶, convém ao adquirente que o vendedor afirme contratualmente a situação fáctica da sociedade visada, garantindo que aquilo que descreve sobre a mesma existe. A estipulação de cláusulas de declarações e garantias afigura-se altamente prudente, até pela pormenorização e maleabilidade que proporcionam ao negócio em concreto.

2.1. Caracterização

Em linhas gerais, as cláusulas de declarações e garantias constituem declarações negociais sobre determinadas situações de facto⁷, presentes ou passadas, cuja veracidade e exatidão é concomitantemente garantida pela parte declarante, tipicamente o vendedor, relativas aos mais diversos aspetos da transação visada, que nos negócios sobre participações sociais referem-se, por um lado, às qualidades do objeto imediato do negócio (as participações sociais) e, por outro, ao plano patrimonial subjacente à sociedade visada (onde se incluirá a empresa). São, na maioria das vezes, expressas contratualmente pelo vocábulo “o vendedor declara e garante que...”.

Destaca-se o facto de serem relativamente complexas, com uma descrição muitas

⁴ Algumas das soluções conferidas ao adquirente pelo regime legal da venda de bens onerados e coisas defeituosas revelam-se desadequadas a este género de transações. A anulação do contrato (art. 905.º e 913.º do Código Civil), por exemplo, pressupõe um efeito retroativo que é dificilmente compatível com este tipo de negócios. A reparação ou substituição demonstrar-se-á igualmente inadequada perante a complexidade da empresa subjacente à sociedade visada.

⁵ As partes procuram, desde logo, precaver potenciais disputas litigiosas pós-aquisição, que se poderão revelar extensas e extremamente dispendiosas.

⁶ Aliás, é comum a tentativa de exclusão dos mecanismos previstos legalmente, por via de cláusulas de «*exclusive remedy*».

⁷ Excluimos do âmbito das declarações e garantias as chamadas “declarações de ciência”, porquanto proferidas pelo vendedor sobre situações ou ocorrências relevantes de que tenha conhecimento (por exemplo, sobre o desfecho de um determinado litígio em que seja parte a sociedade), estas apenas debelam o carácter oculto daquelas ocorrências e, em regra, têm como finalidade excluir a responsabilidade do vendedor sobre as mesmas (v. ANTÓNIO TELES / JOÃO CARMONA DIAS, *Garantia na alienação de empresas*, p. 97).

vezes detalhada das características e qualidades da sociedade em causa⁸, e conterem também, em regra, uma regulamentação pormenorizada do regime de responsabilidade do vendedor caso as mesmas não correspondam à realidade⁹. Oferecem, assim, um regime contratual “garantístico automático”, que, a par das cláusulas que definem os efeitos jurídicos resultantes da respetiva desconformidade, são das cláusulas mais discutidas deste tipo de contratos aquando da sua negociação.

Não se trata, naturalmente, de garantias das obrigações, em sentido técnico e tradicional, mas reconhece-se nestas a premissa geral de previsão de uma frustração ou de acautelar um insucesso. Comparativamente às garantias tradicionais, as declarações e garantias representam um mecanismo sintético e célere no reforço da tutela do comprador neste tipo de negócios. A cláusula acaba por representar um desvio de ordem convencional, em relação aos pressupostos da habitual obrigação de indemnização, na medida em que o adquirente poderá vir a exigir a reparação dos danos sofridos, independentemente do estado subjetivo do vendedor (culpa) no que diz respeito à desconformidade.

Exemplos comuns destas cláusulas, entre muitos outros, são aquelas que incidem sobre a titularidade das participações sociais a serem transmitidas e a inexistência de eventuais ónus ou direitos de terceiros que sobre estas recaiam, a situação contabilística e financeira da sociedade visada, a composição patrimonial desta, o cumprimento das suas obrigações fiscais e de regras administrativas aplicáveis, os litígios pendentes em que a sociedade visada seja interveniente, a titularidade de determinados ativos e a inexistência de ónus sobre estes, as licenças ou autorizações detidas pela sociedade para o exercício da respetiva atividade, a situação laboral dos respetivos trabalhadores, a existência de determinadas relações contratuais com fornecedores, bem como a administração da sociedade e a sua conformidade com as exigências legais aplicáveis e as melhores práticas de mercado.

A doutrina portuguesa tem avançado com uma categorização destas cláusulas em dois grandes núcleos, o primeiro constituído pelas garantias ditas *formais* e o segundo pelas

⁸ A redação destas cláusulas pressupõe, em maior ou menor medida, o conhecimento da sociedade visada, o que passará, na grande maioria dos casos, pela realização, como já referimos, de uma “auditoria societária”. Com efeito, tal auditoria apresenta uma tremenda relevância na elaboração e estruturação das respetivas declarações e garantias, ao contribuir para a definição dos elementos de maior risco associados à sociedade visada que merecerão especial atenção no que diz respeito ao que é garantido pelo vendedor no contrato.

⁹ Sem prejuízo das hipóteses em que as partes não definem concretamente a responsabilidade emergente da falta de veracidade das declarações e garantias. Tais lacunas levantam as maiores dificuldades para o intérprete, que terá necessariamente de indagar sobre a vontade das partes quanto aos efeitos destas cláusulas, recorrendo a uma integração coerente das mesmas ao abrigo da matriz do nosso sistema jurídico.

de caráter *económico* ou *patrimonial*. As formais visam essencialmente acautelar o plano legal das participações sociais da sociedade visada, enquanto que as económicas, de importância claramente superior, procuram assegurar a consistência patrimonial, reditícia, operativa e gestonária daquela sociedade¹⁰.

2.2. Funções, finalidades e vantagens

A finalidade primordial das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de compra e venda de participações sociais é a de alocar o risco resultante da potencial desconformidade das informações prestadas pelo vendedor sobre aquilo está a ser transacionado, as participações sociais, e, em especial, sobre toda a conjuntura da sociedade visada, incluindo a empresa subjacente a esta e o respetivo ativo patrimonial¹¹. Assim, fornecem ao comprador uma proteção, uma salvaguarda, que visa solucionar, em grande parte, a falta de “visibilidade” e “acesso” à realidade da sociedade visada. Daí que através destas cláusulas o comprador tem a garantia que o vendedor responderá pela não obtenção do “resultado” declarado no contrato no que diz respeito a todo e qualquer aspeto da sociedade visada.

As declarações e garantias desempenham, portanto, uma função económica tremenda no âmbito dos contratos em que são estipuladas, porquanto a distribuição do risco entre as partes constitui um dos elementos basilares na determinação do preço. Uma maior alocação do risco à esfera do vendedor implicará que o mesmo exija do comprador um preço global superior.

Igualmente relevante é a função informativa e “divulgadora” destas cláusulas, que se materializa sobretudo no seio das negociações das partes, como um mecanismo de transmissão de informação entre o vendedor, assente numa posição bem mais favorável quanto ao seu conhecimento sobre a sociedade em apreço, e o comprador¹². Este, ao

¹⁰ Para uma extensa exposição sobre a presente classificação das “garantias”, v. FÁBIO CASTRO RUSSO, *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo*, pp. 123-129, e ENGRÁCIA ANTUNES, *A empresa como objeto de negócios*, pp. 783 e ss.

¹¹ Entre a doutrina espanhola (v. CARRASCO PERERA, *Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento*, pp. 266-267) existe, aliás, o entendimento que as cláusulas de declarações e garantias têm como função principal a extensão da responsabilidade do vendedor a eventuais contingências associadas à empresa subjacente à sociedade visada, porquanto o vendedor, de outro modo, não seria responsabilizado por desconformidade na dita empresa.

¹² JUAN AGUAYO, *Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español*, pp. 124 e ss.

apresentar uma proposta das declarações e garantias que procura ver prestadas pelo vendedor, promove uma posição divulgadora desse vendedor, que sentir-se-á compelido a transmitir certas informações desconhecidas pelo comprador como forma de negociar e reduzir aquilo que vai declarar e garantir¹³. A estipulação destas cláusulas funcionará, portanto, como um complemento à *due diligence* realizada, colmatando as incertezas resultantes da sua realização e as dificuldades em averiguar sobre a sociedade visada em total plenitude. Da mesma forma, promovem o expediente de investigação, análise e confirmação pelo vendedor do estado de coisas que irá declarar e garantir.

Além disso, estas cláusulas, na medida em que esclarecem o que cada uma das partes espera e pode contar com o negócio, diminuem dúvidas que possam haver e tornam mais certo e previsível o seu “resultado”, tanto para o comprador, ao possibilitar, por exemplo, revisões de preço se a situação da sociedade não corresponder ao acordado, como para o vendedor, ao definir e, muitas vezes, limitar, as situações em que pode haver lugar a reivindicações do adquirente, tornando o negócio e o encaixe do preço preciso e definitivo. Tal é particularmente relevante para os sócios de capital que não acompanham a atividade da sociedade tão afincadamente¹⁴. Mediante a contratualização destas cláusulas, o sócio de capital tem uma compreensão muito mais condensada sobre o grau de risco ao qual se está a submeter, pois verá com clareza aquilo que está a assegurar perante o comprador e conseguirá aferir a extensão financeira das possíveis contingências associadas à sociedade visada e ao próprio negócio.

São ainda vantajosas pelo facto de prevenirem disputas litigiosas entre as partes. Ao regularem, em concreto, a obrigação indemnizatória do vendedor por referência a uma potencial desconformidade das declarações e garantias, as partes criam um mecanismo contratual que, em regra, operará “automaticamente” e permitirá, portanto, evitar o recurso aos meios judiciais, visto que o referido mecanismo foi especificamente acordado pelas partes para facilitar a responsabilização da parte incumpridora.

¹³ É de apontar, aqui, o entendimento de FÁBIO CASTRO RUSSO (v. *Due Diligence e Responsabilidade*, pp. 22-23) quanto à inexigibilidade por parte do vendedor de advertir o comprador sobre circunstâncias que afetem negativamente a sociedade visada desde que aquele tenha fornecido acesso a toda a documentação requerida pelo comprador aquando da *due diligence*. O autor considera que o vendedor terá, em princípio, cumprido o seu dever pré-contratual de informação. A nosso ver, é difícil estabelecer um princípio absoluto neste contexto, pois são comuns os casos em que o vendedor fornece propositadamente uma quantidade exorbitante de documentação para, precisamente, dificultar a identificação de uma contingência pelo comprador.

¹⁴ Nestes sócios, que não intervêm na atividade propriamente dita da sociedade, verifica-se uma assimetria informativa quase idêntica àquela em que o comprador se encontra. Razão pela qual, por vezes, esses sócios efetuam *due diligences* à própria sociedade.

III

A origem anglo-saxónica das «representations and warranties»

É pacífica a afirmação de que as cláusulas de declarações e garantias foram importadas da prática contratual anglo-saxónica¹⁵. Causa, portanto, alguma surpresa o modo como as cláusulas de declarações e garantias têm sido tratadas pela doutrina e pelos tribunais portugueses, que negligenciam, na sua maioria, o estudo destas figuras no âmbito da sua origem anglo-saxónica.

A doutrina portuguesa tem procurado explicar estas cláusulas e desenvolver a sua dogmática recorrendo unicamente a exemplos de outras jurisdições romanísticas. De certo modo, é compreensível que se procure perceber como é que estes institutos foram aplicados noutros ordenamentos jurídicos com a mesma matriz civilística que o nosso, e daí extrair conclusões que possam ser melhor aproveitadas para a prática jurídica portuguesa. Contudo, entendemos que uma análise efetuada exclusivamente com base nessas referências mais imediatas corre o risco de uma certa “diluição” do sentido originário da figura das *representations and warranties*.

Em rigor, o estudo destas matérias que não tenha em consideração a sua matriz e alcance no direito anglo-saxónico poderá, por um lado, impedir o intérprete português de alcançar o significado original destas figuras e, por outro lado, de modo potencialmente mais gravoso, impossibilitá-lo de interpretar e aplicar a vontade de partes (diversas vezes, estrangeiras) habituadas a convencionar as cláusulas de *representations and warranties* com um determinado sentido e propósito. Uma análise incompleta poderá deformar o intuito com que as declarações e garantias são utilizadas pelas partes, com prejuízos para a segurança do tráfego jurídico, sobretudo em contratos de compra e venda de participações sociais de cariz transnacional, que é precisamente o caso em que estas cláusulas são utilizadas com maior frequência e acuidade. Parece-nos, pois, essencial examinar a origem e alcance destas cláusulas no direito anglo-saxónico, numa perspetiva de direito comparado, analisando o

¹⁵ A influência anglo-saxónica é marcante, o que se demonstra pelos anglicismos utilizados. Essa influência é visível, entre nós, na terminologia utilizada nos “processos de aquisição de empresas”, de que são exemplo a *due diligence*, o *signing* e o *closing*, entre outros. É típico dos contratos de aquisição de participações sociais estipular-se um período intercalar (período entre o *signing* e o *closing*), no qual se procede à execução de formalidades complementares e, mais importante, se pretende dar azo à verificação das «*conditions precedent*» (outras cláusulas típicas daqueles contratos, que nem sempre são condições no sentido do art. 270.º do Código Civil), das quais os efeitos translativos do contrato estão dependentes.

tratamento que lhes é dada nesses ordenamentos jurídicos e, *mutatis mutandis* e na medida do possível, procurar aproveitar algo desse tratamento para o contexto português.

Isto posto, é de realçar, primeiramente, que nos regimes da *common law*, o adquirente de uma empresa, seja através de um *share deal* ou de um *asset deal*, aufere de uma proteção legal diminuta perante de uma aquisição desconforme àquilo que projetava adquirir. Esse facto advém de alguns dos princípios jurídicos inerentes àqueles sistemas, tal como a ampla autonomia e liberdade contratual e o princípio do *caveat emptor*, que incumbe o comprador de assegurar, por intermédio do contrato, o nível de proteção de que necessita, e que não é a função da lei proporcionar essa proteção¹⁶. Terá sido precisamente a insuficiência, naqueles sistemas, de meios de tutela legal do adquirente que justificaram a criação e disseminação das estipulações contratuais em apreço.

3.1. O conceito de «representation» e o conceito de «warranty»

As *representations* consistem em declarações de facto, prestadas por alguma das partes, sobre um determinado estado de coisas atual ou passado¹⁷, nas quais a contraparte (o declaratório) se baseia para celebrar um negócio. Assim, por definição, aquelas antecedem a celebração do contrato em causa, podendo ser expressas oralmente ou até deduzirem-se de uma determinada conduta. A declaração deverá ser ou ter sido “material”, no sentido de ser determinante para a formação e manifestação da vontade do contraente («*reliance*»).

Por sua vez, as *warranties* correspondem a uma “promessa” contratual («*contractual promise*») de que uma determinada declaração de facto é verdadeira. As *warranties* representam a contratualização de declarações de facto, as *representations*, transpondo as ditas declarações para o plano contratual. O efeito pretendido pela incorporação das declarações no contrato é justamente gerar responsabilidade contratual na hipótese de não verificação do estado de coisas declarado. A tal efeito soma-se a vertente garantística inerente à *warranty*, à “promessa”

¹⁶ NEIL SINCLAIR, *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, pp. 2 e ss. O autor realça o risco inerente aos *share deals*, porquanto a possibilidade de o comprador estar a adquirir as participações sociais de uma sociedade com passivos ocultos ou ativos onerados que não foram evidenciados na *due diligence* é tremendamente superior.

¹⁷ A referência temporal destas declarações não poderá, portanto, ser futura. A título de exemplo, se as *representations* tivessem por objeto um estado de coisas futuro, na hipótese de se verificar uma desconformidade das mesmas («*misrepresentation*»), seria impossível determinar se, no momento em que a declaração foi prestada, esta era verdadeira ou não, porquanto o evento declarado seria mormente futuro (neste sentido, v. KENNETH A. ADAMS, *Eliminating the Phrase Represents and Warrants from Contracts*, pp. 214-215).

contratual, relativamente àquilo que é afirmado pelo vendedor no contrato, o que permitirá, em regra, ao comprador imputar ao vendedor a responsabilidade correspondente em praticamente todo e qualquer caso de desconformidade das *representations and warranties*.

Entre a doutrina e jurisprudência norte-americana, é frequente a referência ao caso *Metropolitan Coal Co. v. Howard*, no qual foi exposta justamente a seguinte definição:

*“A warranty is an assurance by one party to a contract of the existence of a fact upon which the other party may rely (...) it amounts to a promise to indemnify the promisee for any loss if the fact warranted proves untrue, for obviously the promisor cannot control what is already in the past.”*¹⁸

Não se deve, assim, confundir a “promessa” inerente à *warranty* com as típicas obrigações contratuais – «*undertakings*» ou «*obligations*» – onde o elemento fundamental de «*performance*» existe (ou, por outras palavras, o dever de prestação obrigacional). Como referiu o tribunal no caso referida *supra*, o “promitente” não consegue “controlar” aquilo que está no passado, o que implica que a única obrigação aqui existente, no seu sentido tradicional, é a de indemnizar o comprador no caso de as declarações prestadas não se confirmarem.

Daí que, ao conferir uma *warranty*, o garante não se compromete a atingir um estado de coisas concreto, não lhe subjazendo um dever de prestar, uma obrigação específica de comportamento, seja de ação ou de omissão¹⁹. O garante, através da cláusula de *representations and warranties*, apenas se vincula à sua responsabilização contratual, perante a contraparte, caso o estado de coisas que declarou e garantiu não exista.

Resumidamente, as *representations and warranties* constituem, assim, a incorporação contratual do estado de coisas, presente ou passado, representado pelas partes sobre a plenitude da transação visada, idealizando-se o programa contratual a ser cumprido quanto à “transmissão da sociedade visada”.

¹⁸ Noção expressa no caso *Metro. Coal Co. v. Howard*, 155 F.2d 780, 784 (2d Cir. 1946), sendo que inúmeras decisões judiciais posteriores dão seguimento a esta mesma noção de *warranty*. Ainda neste sentido, fazemos referência à noção avançada por JACEK JASTRZQBSKI: “By bargaining for a seller’s warranty, the buyer does not bargain for the seller’s promise to perform but rather for the seller’s promise to be liable if the warranted facts or circumstances turn out not to be true.” (*Sandbagging and the Distinction between Warranty Clauses and Contractual Indemnities*, p. 231).

¹⁹ JUAN AGUAYO, *op. cit.*, pp. 184-188. A título de exemplo, se o vendedor declara e garante que à data da celebração do contrato existem apenas 5 ações judiciais intentadas contra a sociedade visada, não existirá aqui um dever de prestação quanto ao cumprimento de uma obrigação por parte do vendedor. Existirá apenas uma assunção de responsabilidade pela potencial desconformidade daquilo que declarou e garantiu.

3.2. A contratualização conjunta de «representations» e «warranties»

Sem prejuízo da diferenciação que referimos *supra*, na prática contratual anglo-saxónica, sobretudo na norte-americana, concretamente no âmbito dos processos de aquisição de empresas, as *representations* e as *warranties* têm sido abordadas como se se tratassem de sinónimos ou, talvez mais corretamente, como se se tratassem de uma realidade uniforme, atribuindo-se pouca relevância à diferenciação existente entre estas figuras e as consequências jurídicas díspares que cada uma poderá originar. Tal é, presumivelmente, atribuível ao facto de que nos contratos de aquisição de participações sociais é extremamente comum estipularem-se cláusulas de restrição dos mecanismos legais de proteção ao dispor das partes («*exclusive remedy*»), limitando-os, em regra, à via indemnizatória («*damages*»)²⁰, aliadas às cláusulas de acordo integral («*entire agreement*»)²¹, o que implicará que a maioria das consequências jurídicas associadas à estipulação de *representations* fiquem, desde logo, afastadas²², cingindo-se ao regime suscitado pela estipulação contratual de *warranties*.

Não obstante, verificam-se diferenças concretas entre a estipulação das duas figuras, em especial quanto às consequências despoletadas pela desconformidade de uma *representation* e de uma *warranty*.

No primeiro caso, verificar-se-á uma *misrepresentation*, que no limite poderá levar à anulação do contrato, enquanto que no segundo verificar-se-á um *breach of warranty*, equivalente ao incumprimento contratual. Daí que, diversas vezes, na sua maioria entre a prática inglesa, a negociação das partes passa por evitar que determinado termo correspondente a uma *representation* seja inserido no clausulado contratual, de modo a evitar que haja uma eventual cessação do contrato e todos os inconvenientes que a mesma trará²³.

²⁰ Facto que se resume à previsibilidade e certeza associada à via indemnizatória, tendo em conta o carácter analítico dos modelos contratuais anglo-saxónicos, e às dificuldades associadas a outras vias legais, como a anulação do negócio, porquanto as partes pretendem, em regra, manter o negócio que celebraram.

²¹ Cláusulas em que as partes convencionam que o contrato em questão representa a integralidade do acordo entre as partes e que o adquirente não se baseou em mais nenhuma declaração do vendedor, exterior ao contrato, além daquilo que se encontra expressamente previsto no próprio clausulado. No sentido da admissibilidade destas cláusulas como meio de afastar a aplicabilidade do regime da *misrepresentation*, referimos as decisões dos tribunais superiores ingleses no caso *EA Grimstead & Son Ltd v. McGarrigan* [1998] e no caso *Watford Electronics Ltd v. Sanderson CFL Ltd* [2001].

²² KENNETH A. ADAMS, *op. cit.*, p. 218.

²³ Adicionalmente, as típicas limitações convencionadas sobre as *warranties* serão dificilmente convencionáveis em relação às *representations*. Estipulação de prazos de caducidade ou tetos quantitativos, por exemplo, não terá, em princípio, sucesso quanto às *representations* (v. ROBERT THOMPSON, *op. cit.*, pp. 18-19). Nesse sentido, o seu regime retira certeza e segurança à posição negocial do vendedor, razão pela qual o mesmo tentará excluir as *representations* do contrato.

3.3. A desconformidade das «representations and warranties»

Como referimos, existe uma clara distinção entre os regimes jurídicos associados à estipulação de uma *representation* e à estipulação de uma *warranty*, não obstante ambos os termos terem por finalidade a asserção de um determinado estado de coisas.

As declarações que se revelem falsas ou incorretas são tidas como *misrepresentations*²⁴. Aqui, a parte lesada terá necessariamente de demonstrar que a sua vontade de celebrar o negócio se formou com base na *representation* em questão («*reliance*»). Em regra, uma *misrepresentation* permitirá à parte lesada (declaratário) exigir uma indemnização que o coloque na posição que estaria previamente à celebração do contrato. No limite, a parte lesada poderá resolver o contrato, mas apenas em hipóteses suficientemente gravosas que assim o justifiquem.

A desconformidade das *warranties*, que, como referimos, são tidas como cláusulas do contrato, suscitará um *breach of warranty*, equivalente ao incumprimento contratual («*breach of contract*»), seja este parcial ou total. Neste âmbito, a parte lesada terá apenas de demonstrar que aquilo que foi garantido pela *warranty* é inexato ou não é conforme para que o lesante seja responsabilizado, sendo irrelevante a «*reliance*» da parte lesada relativamente à informação que foi garantida²⁵.

A falta de veracidade de uma *warranty* é, portanto, uma forma de incumprimento do contrato, gerando as consequências jurídicas associadas ao mesmo, que, em teoria, permitiria à parte lesada recorrer aos diversos mecanismos de reação previstos legalmente, como *damages*, *specific performance* ou ainda *rescission*²⁶. Contudo, pela natureza das *representations and warranties*, o recurso a todos estes remédios legais estará limitado. A via da *specific performance* não terá, desde logo, êxito, pois, como vimos, não existe uma *obligation* inerente àquelas

²⁴ Reguladas concretamente pela lei inglesa, especificamente o *Misrepresentation Act* de 1967, mas já não pela lei norte-americana.

²⁵ Cfr. o caso dos tribunais ingleses *Harlington and Leinster Enterprises Ltd v. Christopher Hull Fine Art Ltd* [1991] 1 QB 564.

²⁶ Neste sentido, v. ALBERT J. ROSENTHAL, *Remedies in Disputes Arising Out of Agreements to Buy and Sell Businesses*, p. 841. No caso *Idemitsu Kosan Co Ltd v. Sumitomo Corporation* [2016] EWHC 1909, os tribunais identificam precisamente os efeitos suscitados pela desconformidade de uma *warranty*: “*When a seller, by the terms of the contract under which he sells, warrants something about the subject matter sold, he is making a contractual promise [...] to which he will be held as a matter of contract in the sense that any breach of the warranty will be actionable as a breach of contract, subject to any other relevant terms of the contract and to general principles of the law of contract, for example as to remedies*”.

cláusulas, impossibilitando que o vendedor seja compelido a cumprir²⁷. Já quanto à *rescission*, existem divergências doutrinárias quanto ao seu êxito no âmbito de um *breach of warranty*, havendo autores que defendem que a desconformidade das *warranties* nunca poderá ter como consequência a cessação do contrato²⁸.

Considerando que as *damages* são, frequentemente, o único mecanismo ao qual a parte lesada recorrerá, esta poderá reivindicar “aquilo a que teria direito se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido”²⁹, aí incluindo todos os danos que a parte lesada consiga provar dentro do previsível («*remoteness*»)³⁰. O comprador que apresente uma *contractual claim* poderá, assim, exigir a diferença entre o valor (objetivo, de mercado) que teria o bem se a *warranty* fosse verdadeira e o seu valor efetivo (também objetivo, de mercado). Na hipótese de o comprador apresentar uma *tort claim* por *misrepresentation*, o dano indenizável corresponderá à diferença entre o preço pago e o valor objetivo (de mercado) do bem recebido³¹.

²⁷ A *specific performance*, idêntica à execução específica entre nós, não é passível de efetivação, porquanto a natureza não obrigacional das *representations and warranties* não permitirá que a parte incumpridora seja coercida a efetuar uma dada prestação (neste sentido, v. ENRIQUE BARROS BOURIE / NICOLÁS ROJAS COVARRUBIAS, *Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales*, p. 524).

²⁸ Neste sentido, v. CHEN-WISHART, *Contract Law*, p. 467.

²⁹ ADAM KRAMER, *The Law of Contract Damages*, pp. 227 e ss. Em contexto de aquisição de empresa, a medida indenizatória é calculada por referência ao dano global sofrido pelo comprador. Se na determinação do preço as partes recorreram a um mecanismo de valoração como o EBIDTA, é provável que o tribunal pondere o dano do comprador através de um método idêntico. A título de exemplo, o dano resultante da falta de um ativo da sociedade não será necessariamente ponderado pelo valor concreto desse ativo, mas sim pela influência valorativa que a inexistência do ativo terá na determinação do preço global acordado.

³⁰ Assim contemplando, por exemplo, os lucros cessantes. Contudo, tal implicará um teste de “previsibilidade”. O dano deverá ser “previsível”, não apenas como sendo possível, mas como não sendo improvável. Neste contexto, a doutrina inglesa tem por referência primordial o caso judicial *Hadley v Baxendale* [1854] 9 Ex 341.

³¹ Os tribunais superiores ingleses, no caso *Karim & Anor v Wemyss* [2016] EWCA Civ 27, forneceram um exemplo que, de forma simples, retrata as diferenças entre a determinação do dano indenizável consoante se verifique uma situação de desconformidade de uma *warranty* ou de uma *representation*: supondo que o sujeito A tem na sua posse um quadro, sobre o qual refere ao sujeito B que o mesmo foi pintado por um artista famoso. Se o quadro fora efetivamente pintado por um artista famoso, o seu valor seria de £10.000,00. O sujeito B compra o quadro ao sujeito A por £8.000,00. Entretanto, descobriu que, na realidade, o quadro não tinha sido pintado por um artista famoso, tendo um mero valor de £100,00. Neste contexto, se o sujeito A, no contrato celebrado, prestou uma *warranty*, o sujeito B poderá reivindicar danos determinados nos termos do seguinte cálculo: £10.000,00 – £100,00 = £9.900,00. Porém, se o sujeito A prestou apenas uma *representation*, o sujeito B poderá apenas reivindicar uma indemnização segundo o seguinte cálculo: £8.000,00 – £100,00 = £7.900,00. Ainda, num contexto semelhante, considerando que a pintura tal como garantida (*as warranted*) teria um valor de £10.000,00, mas o seu valor real (de mercado) era apenas £8.000,00 (igual ao valor pago), o sujeito B, por desconformidade da *warranty* prestada, teria direito a recuperar £2.000,00, contudo, por *misrepresentation* não teria recuperado qualquer valor. Para uma exposição exemplificativa adicional, v. CHEN-WISHART, *op. cit.*, p. 484.

IV

Enquadramento das «declarações e garantias» no ordenamento jurídico português

Cabe, agora, proceder ao devido enquadramento das cláusulas de declarações e garantias no ordenamento jurídico português, em especial no domínio dos contratos de compra e venda de participações sociais submetidos à lei portuguesa, porquanto estas cláusulas não encontram regulação óbvia entre nós.

Daquilo que evidenciamos quanto às declarações e garantias no contexto dos regimes anglo-saxónicos, subsistem algumas questões sobre a transposição das mesmas, de forma quase idêntica, para um regime de matriz civilística como o nosso. Como vimos, as *representations and warranties* não são mais do que informações prestadas, sobre um circunstancialismo presente ou passado, integradas no contrato, acarretando que as consequências jurídicas resultantes da sua desconformidade sejam, em regra, aferidas ao nível das vicissitudes contratuais.

Entre nós, as declarações de facto podem revestir várias formas e suscitar diferentes efeitos jurídicos, incluindo declarações negociais que concorrem para determinar contratualmente o objeto devido do contrato ou para constituir obrigações de garantia autónomas, como podem consubstanciar declarações unilaterais desprovidas de carácter modelador do conteúdo negocial mas geradoras de confiança no destinatário, e portanto suscetíveis de fundamentar a responsabilidade do declarante pela quebra de confiança do declaratório, ou mesmo apenas como meras declarações juridicamente inoperantes, mas cuja inscrição em documento tem evidente relevância probatória quanto a factos psicológicos imputáveis ao adquirente ou ao alienante³².

Ainda assim, de todas as compartimentações atribuíveis à prestação de declarações entre as partes no seio da celebração de um contrato de compra e venda de participações sociais, verifica-se uma habitual dificuldade entre as decisões da nossa jurisprudência em indagar sobre a contratualização de informações ao abrigo do regime da responsabilidade civil contratual, optando antes por enquadrar as ditas hipóteses nas figuras da responsabilidade pré-contratual ou do erro³³. cremos, no entanto, que a desconformidade

³² PAULO CÂMARA / MIGUEL BRITO BASTOS, *O direito da aquisição de empresas: uma introdução*, p. 39.

³³ A título de exemplo, referimos o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.05.2009 (Proc.

das cláusulas de declarações e garantias deve, primordialmente, passar pela esfera das vicissitudes contratuais, e não pela infração de deveres pré-contratuais ou pelos vícios na formação da vontade negocial³⁴, independentemente de as mesmas constituírem, no seu cerne, uma prestação de informações entre as partes.

Do exposto, realçamos, desde já, que o “cumprimento” das declarações e garantias não passa pela conformação, pelo vendedor, da situação efetiva da sociedade visada com a situação fáctica descrita na cláusula de declarações e garantias, pois as mesmas, como já referimos, não integram um dever de prestar³⁵. Nem assim poderia ser, pois as declarações em apreço são referentes a um estado de coisas presente ou passado³⁶, o que impossibilitaria o respetivo cumprimento, no seu sentido tradicional. Neste contexto, a não verificação do estado de coisas relativo à sociedade visada, tal como previsto no contrato, cairá na esfera do incumprimento contratual *lato sensu*³⁷, uma vez que o programa contratual fixado pelas partes não foi integralmente cumprido.

4.1. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2016

Pelo carácter inédito quanto à pronúncia sobre a estipulação de declarações e garantias, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2016³⁸ não pode deixar de servir

3503/06.0TBOER-A.L1-6) e o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13.05.2003 (Proc. 03A878), os quais abordaremos, em concreto, mais adiante, na secção 4.5 do presente capítulo.

³⁴ Não obstante, os regimes da responsabilidade pré-contratual ou do erro manterão a sua aplicabilidade, como referiremos *infra*, apesar da sua secundariedade em relação à solução contratual.

³⁵ O “cumprimento” das declarações e garantias deverá, portanto, ser entendido em sentido amplo, não se restringindo ao cumprimento da obrigação contratual principal, mas sim de todo o interesse contratual do comprador (v. ENRIQUE BARROS BOURIE / NICOLÁS ROJAS COVARRUBIAS, *op. cit.*, p. 522).

³⁶ É nosso entendimento que a contratualização de declarações e garantias sobre circunstâncias futuras – como, por exemplo, o vendedor garantir que a sociedade visada atingirá um dado montante de lucros – constituirá, em regra, uma obrigação contratual no seu sentido tradicional, através da qual o vendedor se vincula a um dever de prestar, quanto à concretização do circunstancialismo lucrativo referido. Cabe referir que, diversas vezes, as partes contratantes utilizam as cláusulas de declarações e garantias para (erradamente) convencionar aquilo que, na verdade, constitui obrigações, no seu sentido tradicional, ou «*covenants*», correspondentes, em termos sucintos, a “promessas” de realizar ou providenciar algo, ou de se abster de realizar ou providenciar algo.

³⁷ No sentido da integração destas cláusulas na esfera do incumprimento contratual (no entanto, numa ótica de concretização da obrigação de entrega do vendedor), v. ANTÓNIO TELES / JOÃO CARMONA DIAS, *op. cit.*, p. 97; PATRÍCIA AFONSO FONSECA, *A Negociação de participações de controlo. A jurisprudência*, pp. 38-39; e, ainda, RICARDO QUEZADA FUENTES, *La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios*, pp. 26 e ss.

³⁸ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 01.03.2016, Proc. n.º 4915/04.9TVLSB.L1.S1. Em termos sucintos, a situação de facto que esteve na base do referido acórdão foi a seguinte: em dois contratos de compra e venda de ações de duas sociedades comerciais portuguesas foram prestadas, pelas vendedoras, várias declarações e

como ponto de referência de qualquer estudo sobre o alcance destas cláusulas no ordenamento jurídico português³⁹. Não obstante, são identificáveis algumas limitações presentes naquele Acórdão, que, a nosso ver, deverão ser revisitadas e progressivamente desenvolvidas, de forma a colmatar a dogmática, entre nós, das cláusulas de declarações e garantias⁴⁰.

Em suma, o Supremo Tribunal de Justiça, através da referida decisão, expressou-se no sentido do carácter autónomo destas cláusulas no plano contratual, isto é, entendeu que a estipulação de declarações e garantias institui um regime contratual avulso ao regime da responsabilidade civil contratual, mediante o qual o vendedor responde por eventuais divergências entre aquilo que declara e a realidade, suscitando-se mormente um dever de prestar em sentido estrito, e não um tradicional dever de indemnizar.

Nas palavras das AA. no processo em apreço, e que o Tribunal expressou concordância, as partes haviam contratualmente estipulado, ao abrigo da sua autonomia privada (tendo o Tribunal firmado a admissibilidade destas cláusulas à luz do princípio da liberdade contratual), um regime específico para a desconformidade entre as qualidades do objeto do negócio declaradas pelas vendedoras e as reais características daquele. Assim, as vendedoras responderiam automaticamente - isto é, de forma objetiva - pelas divergências entre o que expressamente declararam quanto à situação económico-financeira das sociedades vendidas e a realidade, «haja o que houver». A verificação da desconformidade não geraria um dever de indemnizar na aceção do regime legal da responsabilidade civil, mas sim um dever de prestar em sentido estrito.

Do exposto, sublinha-se que o Supremo Tribunal de Justiça tomou dogmaticamente o passo de afastar as cláusulas de declarações e garantias do âmbito dos regimes legais

garantias relativas não só às participações sociais, mas também relativas a especificidades e circunstâncias sobre as sociedades visadas pelo negócio. As vendedoras declaravam terem conhecimento e aceitarem que as compradoras adquiriam as ações tendo por base as declarações e garantias prestadas no contrato, garantindo aquelas, de forma irrevogável, incondicional e sem reservas, a veracidade e a exatidão das mesmas.

³⁹ Sem prejuízo de outras decisões da jurisprudência portuguesa que mencionaremos ao longo desta investigação, as quais indagaram sobre cláusulas de porte idêntico, contudo sem aferi-las como uma transposição das *representations and warranties*.

⁴⁰ A nosso ver, o Supremo Tribunal de Justiça absteve-se de cimentar, com precisão, a amplitude daquilo que concebe como «haja o que houver» como critério para a “garantia” prestada pelo vendedor. Em seguida, a forma como o dano indemnizável é delimitado pelo Tribunal levanta algumas dúvidas e, em geral, verifica-se uma falta de fundamentação sobre o raciocínio para a opção tomada. A decisão não se pronunciou, ainda, sobre a suscetibilidade de lacunas no regime contratual das declarações e garantias, nem até que ponto estas se sobrepõem (afastando) ou se articulam com os regimes legais potencialmente aplicáveis, que, à partida, poderiam vir a ser chamados para colmatar aquelas lacunas.

existentes, rejeitando a sua integração no nosso ordenamento ao abrigo dos ditames da responsabilidade civil contratual. A contratualização de declarações e garantias constitui um acordo contratual *per se*, segundo o entendimento do referido tribunal.

Este enquadramento rejeita, portanto, uma integração das declarações e garantias, e da sua desconformidade, no domínio do regime geral do incumprimento contratual (ao contrário do que verificamos no contexto anglo-saxónico). Neste sentido, o Tribunal acolheu a opinião, em concreto, de que “não é correto, de um ponto de vista jurídico, qualificar como incumprimento a violação das garantias por parte do vendedor”⁴¹. Não cremos ser este o enquadramento mais congruente (e, porventura, satisfatório) das cláusulas de declarações e garantias no nosso ordenamento jurídico. Daí que nos seguintes itens tentaremos oferecer um enquadramento que cremos ser mais adequado ao abrigo do direito das obrigações português.

4.2. As declarações e garantias como elemento concretizador dos deveres acessórios do vendedor e mecanismo de objetivação da responsabilidade

É unânime entre a dogmática contratual que a relação obrigacional é hoje um complexo múltiplo de elementos jurídicos, uma realidade heterogénea, composta por múltiplos elementos orientados para a realização contratual almejada pelas partes. Daí que se enfatize, entre a doutrina, o “princípio da concretização”, nos termos do qual a conduta do devedor deve visar a prestação a que se vinculou atendendo ao “terreno do contrato”, isto é, às concretas circunstâncias que coenvolvem a execução contratual, e máxime à prossecução

⁴¹ O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça é especialmente surpreso em comparação com outras decisões da jurisprudência portuguesa em que se averiguou de “garantias” contratuais idênticas. A título de exemplo, a decisão do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de maio de 2014 (Proc. 3163-08.3TVLSB.L2-2), na qual se averiguou sobre a cláusula no contrato de compra e venda da totalidade das ações da sociedade visada, onde os vendedores garantiam que esta não tinha qualquer passivo bancário, nem era titular de qualquer dívida ao Estado ou à Segurança Social ou a terceiros, para além das dívidas correntes resultantes do normal giro da sociedade (nos termos da cláusula 6.^a do referido contrato: “*A B S.G.P.S. e a B garantem que nesta data, a F não tem qualquer passivo bancário nem é titular de qualquer dívida ao Estado e à Segurança Social ou a terceiros, para além das dívidas correntes resultantes do normal giro da sociedade.*”), o tribunal entendeu verificar-se uma situação de cumprimento defeituoso, à qual seriam aplicáveis as normas da venda de coisas defeituosas. Tendo a sociedade visada sido, após a celebração do negócio referido, demandada para o pagamento de uma dívida avultada que não se enquadrava no escopo das dívidas decorrentes do normal giro da sua atividade, o Tribunal decidiu condenar os vendedores na obrigação de pagar ao adquirente um “valor igual ao montante da aludida dívida que, nos termos do contrato, as vendedoras haviam garantido não existir”, por considerar existir uma “parcial desconformidade entre as qualidades asseguradas pelo vendedor e as efetivamente existentes”, nos termos dos art. 913.º e ss. do Código Civil.

e satisfação do interesse do credor⁴².

Neste sentido, é princípio estruturante do nosso direito das obrigações, vertido no art. 406.º do Código Civil, que os contratos devem ser pontualmente cumpridos. Essa pontualidade não visa apenas o aspeto temporal, mas ainda que o contrato deve ser executado ponto por ponto, satisfazendo-se cabalmente todos os deveres dele resultantes.

A dita relação contratual complexa compreende, em primeiro plano, os deveres principais de prestação – nos quais se integra a obrigação de transmissão das participações sociais – e, em segundo plano, os deveres secundários de prestação, correspondentes àqueles atos instrumentais exigíveis ao vendedor na execução e cumprimento do contrato, para que o adquirente obtenha o pleno fruir do objeto principal do negócio. Ao lado destes, surgem os deveres acessórios de conduta, cujo conteúdo não compreende uma prestação e que emergem, tipicamente, do princípio da boa-fé⁴³. Caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual, surgindo como o resultado do comprometimento das partes quanto ao cumprimento das obrigações principais, com estas coenvolvidas, podendo ter estado na base de todo o desenvolvimento negocial, quiçá determinando-o⁴⁴. De entre o leque de deveres acessórios identificados entre a doutrina, o dever acessório de informação ou esclarecimento é aquele que consideramos estar, aqui, em apreço.

Assim, as cláusulas de declarações e garantias, dispostas em contratos submetidos à lei portuguesa, devem tendencialmente ser enquadradas, por um lado, como um instrumento contratual de concretização dos deveres acessórios de conduta do vendedor, em concreto o dever acessório de informação⁴⁵, e, por outro, como um mecanismo de objetivação da

⁴² MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, p. 365.

⁴³ GIL VALENTE MAIA, “Boa fé e responsabilidade civil decorrente da violação de deveres acessórios de conduta: o critério do «perímetro contratual» na delimitação do regime de responsabilidade aplicável”, in *Revista JULGAR Online*, janeiro de 2020. Todos os referidos deveres se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a relação complexa contratual.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 604.

⁴⁵ A integração das cláusulas de declarações e garantias no âmbito dos deveres acessórios de conduta permite ainda “escapar” a algumas querelas doutrinárias basilares no domínio da aquisição de participações sociais e da transmissão de empresa. São essas fundamentalmente a questão da equiparação entre a “transmissão indireta” e a “transmissão direta” da empresa – isto é, que perante uma transmissão de participações sociais de controlo podemos considerar estar perante uma transmissão da empresa subjacente à sociedade – e a questão da aplicabilidade dos regimes da venda de bens onerados e coisas defeituosas àqueles negócios. A título de exemplo, se optássemos por enquadrar as declarações e garantias como cláusulas de delimitação da obrigação de entrega do vendedor, colidiríamos com algumas opiniões entre a doutrina, que não admitem a referida equiparação, de que o vendedor sócio não poderia sequer transmitir a empresa subjacente à sociedade, mas apenas as próprias participações sociais, razão pela qual não poderia haver uma delimitação das características e qualidades da empresa no contrato. Ora, sem prejuízo da extensa discussão doutrinária neste âmbito, não pretendemos, aqui, retratar a mesma. Não obstante, referimos que a doutrina portuguesa, bem como a

potencial responsabilidade do vendedor pela desconformidade daquilo que declarou e garantiu.

Por outras palavras, o vendedor, ao aceitar prestar declarações e garantias, delimita o seu dever acessório de conduta no âmbito obrigacional, concretizando, em específico, o seu dever acessório de informação através do conjunto de declarações que presta, e, simultaneamente, assume uma posição garantística perante uma eventual divergência entre a realidade e aquilo que manifestou na própria cláusula, respondendo, objetivamente e de forma automática, pelos danos provocados ao comprador em toda e qualquer situação de desconformidade das declarações e garantias.

Uma vez realizada a prestação principal (a transmissão das participações sociais), caso se venha a concluir pela desconformidade das declarações contratualizadas e, portanto, por uma infração do dever acessório de informação, então teremos de convir que o vendedor não cumpriu a integralidade do contrato, nem tão pouco o interesse do comprador, tal como estava vinculado contratualmente⁴⁶, resultando num cumprimento defeituoso.

4.3. A desconformidade das declarações e garantias e o cumprimento defeituoso

Em sequência do referido, é inequívoco que, desde que o vendedor declare e assegure a existência de um certo estado de coisas, qualquer falta em relação ao “prometido” e, assim, qualquer falha no cumprimento dos respetivos deveres acessórios de conduta concretizados

jurisprudência, já ofereceram extensivamente os critérios que têm como necessários para a referida equiparação, bem como admitem, na sua maioria, a aplicabilidade dos regimes legais referidos à transmissão de participações sociais. Deixamos, assim, algumas referências doutrinárias e jurisprudenciais sobre esta matéria: no sentido da equiparação referida, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.11.2014, Proc. 282/04.9TBAVR.C2.S1, bem como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.06.2011, Proc. 3222/05.4TBVCT.S2; entre a doutrina portuguesa, cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, pp. 779 e ss.; FERRER CORREIA / ALMENO DE SÁ, “Parecer”, in *A Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, pp. 271 e ss.; COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*; PINTO MONTEIRO / MOTA PINTO, *Compra e venda de empresa – A venda de participações sociais como venda de empresa («share deal»)*, pp. 86-87; SOVERAL MARTINS, *Transmissão da empresa societária: algumas notas*, pp. 415 e ss.

⁴⁶ Acolhemos, aqui, a noção de «incumprimento *lato sensu*», a que se reporta MENEZES CORDEIRO (v. *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, p. 103), remetendo para a inobservância de quaisquer elementos atinentes à posição do devedor no contrato, em especial deveres acessórios de conduta subjacentes à obrigação principal. É, aliás, hoje ponto assente que o devedor responde, não só pelo cumprimento dos deveres principais e secundários de prestação, mas também pela observância dos deveres acessórios de conduta (v. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, p. 902; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 459 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, p. 276; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 63).

no contrato implicará um cumprimento defeituoso do mesmo⁴⁷. No limite, verificar-se-á incumprimento contratual definitivo do vendedor. Efetivamente, o plano contratual estabelecido entre as partes, a “imagem” da sociedade delineada pelas declarações do vendedor, o dever acessório de informação materializado contratualmente, não foi integralmente cumprido pelo vendedor, o que, a nosso ver, acarretará, primordialmente, a figura do cumprimento defeituoso.

O comprador poderá, assim, obter o ressarcimento do seu interesse contratual positivo, mediante o exercício, nos termos gerais, de uma ação de indemnização, em conformidade com o disposto nos artigos 798.º e 799.º do Código Civil, ou, ainda, potencialmente exercer o seu direito à resolução do contrato pelo incumprimento definitivo do mesmo. Mercê a “garantia” do vendedor e a correspondente objetivação da sua responsabilidade, o adquirente não terá de demonstrar que a desconformidade procede de culpa do vendedor, tendo apenas de provar a existência da desconformidade das declarações e garantias e o dano causado.

Sublinhamos que pela natureza das declarações e garantias, como declarações sobre um estado de coisas presente ou passado, às quais não subjaz uma obrigação específica de comportamento, bem como pela natureza da generalidade dos deveres acessórios de conduta, o exercício de uma ação de cumprimento, nos termos do art. 817.º do Código Civil, não se demonstra admissível⁴⁸. A sua infração apenas pode dar origem à obrigação do vendedor de indemnizar pelos danos causados e não a uma ação de cumprimento⁴⁹.

4.4. A amplitude da garantia contratualizada

A incondicionalidade da responsabilidade do vendedor não deverá servir para dispensar uma interpretação do contrato e da vontade efetiva das partes quanto aos efeitos da cláusula de declarações e garantias estipulada, nem para firmar um caráter absoluto de

⁴⁷ Verifica-se uma situação de «cumprimento defeituoso» quando o vendedor, embora realizando uma prestação, essa prestação não corresponde integralmente à obrigação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do comprador. Assim, verifica-se que no cumprimento defeituoso a ilicitude poderá resultar da “violação de deveres acessórios, que acompanham o dever de prestação principal, enquadrando-se, por isso, no quadro da violação da obrigação, entendida esta como relação obrigacional complexa” (v. MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 274-277).

⁴⁸ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, pp. 498 e ss. Ainda, neste sentido, cfr. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13.10.2016, Proc. 967/14.1TBACB.C1.S1.

responsabilidade objetiva para todo e qualquer caso⁵⁰. Daí que, em primeira mão, a vontade das partes determinará a amplitude da garantia conferida pelo vendedor ao comprador sobre as declarações que prestou, podendo, aliás, convencionar-se diversas limitações à mesma⁵¹.

As lacunas contratuais neste âmbito são comuns, não havendo, diversas vezes, uma regulação contratual concreta sobre até que ponto e circunstância o vendedor se responsabiliza (objetivamente) pela desconformidade das declarações e garantias.

Como já vimos, pela via da objetivação da responsabilidade do vendedor, este assume uma responsabilidade pelo risco da desconformidade das declarações e garantias, desconsiderando-se condicionalismos relativos ao estado subjetivo do vendedor, isto é, da sua culpa na verificação das divergências entre o declarado e a realidade. A dispensa de culpa associada à estipulação destas “garantias” exige, assim, que se determine o grau de responsabilidade objetiva aplicável: pura, impura e impuríssima⁵².

Uma responsabilidade objetiva impuríssima permitiria ao vendedor afastar a mesma através da prova de que adotou o cuidado ou diligência apropriada. Uma responsabilidade objetiva impura permitiria ao vendedor afastar a sua responsabilidade em casos de desconformidade resultante de força maior. A responsabilidade objetiva pura implicaria que o vendedor respondesse perante o comprador por toda e qualquer desconformidade, em qualquer situação, mesmo que a desconformidade seja resultante de um caso de força maior.

Neste contexto, recorreremos ao entendimento de ALMEIDA COSTA sobre as obrigações de garantia, segundo o qual “o devedor promete ainda mais do que nas obrigações de resultado, pois assume o risco da não verificação do efeito pretendido”, respondendo «haja o que houver» e não lhe sendo lícito invocar a causa estranha que tenha tornado a prestação impossível⁵³. Em consonância com a premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal de Justiça segundo a qual “o vendedor assume plenamente o risco da não verificação da «situação» garantida”, transpomos o entendimento de que a responsabilidade a que o vendedor se vinculará, em regra, e se nada mais for convencionado, por uma eventual desconformidade das declarações e garantias, será uma responsabilidade objetiva pura.

⁵⁰ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, pp. 71-72.

⁵¹ Exemplos comuns dessas limitações são, desde logo, as cláusulas de força maior, bem como outras limitações tipicamente associadas às declarações e garantias, como as cláusulas de «*best knowledge*», sobre o conhecimento do vendedor ou as cláusulas de limitação do valor máximo de indemnização («*liability cap*»).

⁵² NUNO PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade objetiva*, pp. 109-110.

⁵³ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 1040.

O vendedor garante, assim, ao comprador um certo estado de coisas, independentemente de qualquer fator que tenha determinado uma potencial desconformidade desse estado de coisas perante a realidade, incluindo circunstâncias fortuitas ou de força maior que impossibilitaram a veracidade do declarado⁵⁴. Nem a impossibilidade subjetiva, nem a impossibilidade objetiva liberam o vendedor, uma vez que este assumiu integralmente o risco de uma potencial desconformidade das informações que prestou sobre a sociedade visada.

4.5. O dano indemnizável

Conforme referimos, o comprador poderá exercer uma ação de indemnização pelo cumprimento defeituoso do contrato. O montante da indemnização dependerá, nos termos gerais, da extensão do dano efetivo, a provar pelo comprador. Sempre que alguém esteja obrigado a reparar um dano, diz-nos o art. 562.º do Código Civil que se deve “reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

Desde logo, devido à complexidade de todo o ativo pertencente à sociedade visada, a reconstituição *in natura* revela-se, na maioria dos casos, difícil de concretizar. Razão pela qual, em praticamente todas as transações daquele tipo, as partes convencionam que qualquer reparação por danos a ser conferida ao comprador terá natureza pecuniária.

A indemnização pecuniária, nos termos gerais, incluirá tanto os danos emergentes como os lucros cessantes⁵⁵ (art. 564.º do Código Civil) e medir-se-á pela diferença entre a situação real em que o facto deixou o lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria sem o dano sofrido, conforme o art. 566.º, n.º 2, do Código Civil, atendendo-se à diferença entre as *situações patrimoniais* respeitantes ao lesado, e não apenas à diferença entre o valor

⁵⁴ Neste sentido, cfr. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 270.

⁵⁵ Quanto aos lucros cessantes, cabe, aqui, referir sucintamente o entendimento proposto por FÁBIO CASTRO RUSSO (*op. cit.*, pp. 134-135), tendo por base a compreensão das cláusulas de declarações e garantias como idênticas às cláusulas de seguro. Não aderimos ao referido entendimento, porquanto consideramos aplicável, como referido, o regime geral do art. 564.º do Código Civil. Ora, o referido autor, por inspiração na doutrina italiana, considera aplicável o *principio indemnitario* vigente nos contratos de seguro, segundo o qual o segurado estaria impedido de “enriquecer com o sinistro”. O autor considera que, entre nós, será igualmente aplicável, por *analogia legis*, a norma do art. 130.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, porquanto entende que a *ratio* subjacente à mesma existe também na contratualização de declarações e garantias, cláusulas que se assemelham à contratação de um seguro, neste caso pela cobertura do risco associado à potencial desconformidade daquelas, concluindo pela ilação de que o dever de indemnizar resultante daquelas cláusulas em contratos sujeitos ao direito português não abrangeria, em regra, os lucros cessantes.

hipotético e o valor real da coisa diretamente atingida, com o propósito de assim abranger, em concreto, lucros cessantes, compensação de vantagens, perdas ou despesas reflexas⁵⁶.

Por outras palavras, a indemnização passará por restituir a situação em que estaria o adquirente se o vendedor tivesse cumprido o contrato (interesse contratual positivo). Não se trata apenas de atribuir ao adquirente o valor objetivo da prestação, mas de o colocar na situação patrimonial em que ele estaria sem a existência do cumprimento defeituoso, incluindo todas as consequências patrimoniais que esse facto teve⁵⁷. No cálculo mencionado, os danos futuros serão também incluídos, desde que estes sejam “previsíveis”.

Admitimos a dificuldade em quantificar a inexatidão ou falta de veracidade de informações prestadas no âmbito do contrato, em especial no contexto da aquisição de participações sociais. Sem prejuízo, as declarações e garantias, pelo seu conteúdo fulcral neste género de transações, desempenham um papel crítico no cumprimento integral do contrato. cremos, portanto, que o dano resultante da desconformidade de declarações sobre um certo de estado de coisas deve ser aferido, em moldes semelhantes, às hipóteses em que o conteúdo desse estado de coisas fosse efetivamente o objeto principal do negócio. Por outras palavras, o dano será aferido identicamente às situações em que a empresa é transmitida e se verifica uma deficiência na mesma.

Neste contexto, alude CATARINA MONTEIRO PIRES que o adquirente apenas poderá exercer uma pretensão de ressarcimento de danos se for possível concluir que o valor das ditas participações é inferior ao valor que existiria se a afirmação resultante da “garantia” correspondesse à realidade. A autora dá o exemplo de um imóvel que não constitui propriedade da sociedade visada, apesar do vendedor ter declarado e garantido esse facto. Assim, haverá que verificar o valor da supressão patrimonial causada pela falta do imóvel, o qual poderá não corresponder à totalidade do valor do próprio imóvel⁵⁸.

Todavia, nesta questão, acolhemos a *teoria do fim tutelado pelo contrato*, segundo a qual a

⁵⁶ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 907. Sublinhamos, ainda, que a exclusão de determinadas categorias de prejuízos (tal como lucros cessantes, danos pessoais, danos indiretos, etc.) do cálculo da indemnização é, em princípio, admissível (p. 915).

⁵⁷ MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, 2008, pp. 1473-1475. Segundo o autor, a indemnização incluirá, portanto, incluindo todas as consequências patrimoniais que o não cumprimento teve, desde as despesas com o contrato, os gastos tornados inúteis com a celebração do negócio e preparação do cumprimento, a oneração com deveres de ressarcir terceiros (por exemplo, clientes), o lucro cessante do negócio, bem como outros danos concomitantes ou consequenciais, e por exemplo, as vantagens concretas que se teria retirado da prestação recebida.

⁵⁸ CATARINA MONTEIRO PIRES, *op. cit.*, p. 111.

distinção entre os danos indemnizáveis e não indemnizáveis se fará tendo em vista os reais interesses tutelados pelo fim do contrato⁵⁹. Tendo presente que em qualquer aquisição de participações sociais – sejam participações de controlo que permitam ao comprador exercer um domínio sobre a empresa, sejam participações que não conferem controlo, mas que naturalmente terão por referência o valor da empresa subjacente, porquanto esta será o fator determinante na formação de lucros – o valor da empresa revelar-se-á primordial em qualquer fixação do preço pago pelo comprador, cremos que o dano indemnizável deverá ser aferido pela diminuição, não só do valor das participações adquiridas, mas ainda do valor de toda a globalidade que é a empresa e o ativo patrimonial subjacente à sociedade visada.

O entendimento referido vai, em parte, de encontro àquilo que o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 1 de março de 2016, entendeu, ao prescrever que o dano indemnizável é aferido com base na *“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”*. Podemos, assim, deduzir que o ativo subjacente à sociedade, expresso pelas contas da mesma, deverá ser tido em conta na fixação do dano indemnizável.

É curioso notar, no entanto, que o Tribunal optou por não acolher o conceito de “Prejuízos” convencionado pelas partes no contrato (o qual era bastante mais amplo que a noção de dano indemnizável defendida pelo Acórdão), nem aplicar, pelo menos integralmente, o regime do artigo 564.º do Código Civil. Parece, portanto, que o Tribunal entendeu estar em causa um outro conceito lógico próprio de «dano», fundado na realidade jurídica, económica e financeira subjacente às declarações e garantias, que justifica a não aplicação da regra legal geral e a interpretação restritiva das normas contratuais e da vontade das partes quanto ao dano indemnizável. Não tendo, porém, o Tribunal detalhado o raciocínio subjacente à conclusão que extrai a este respeito, não é possível retirar grandes ilações da solução encontrada na decisão.

4.6. A estipulação singular ou conjunta de «declarações» e «garantias»

Certo é, que o facto de estas estipulações surgirem epigrafadas de “declarações e garantias”, como tão frequentemente sucede na prática contratual, não permite, por si só, concluir por um regime unitário aplicável⁶⁰, apesar de, como referimos, tendencialmente

⁵⁹ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 880 e ss.

⁶⁰ Referimos, desde logo, as hipóteses em que os contratantes estipulam declarações e garantias sobre situações

expressar a vontade das partes para um regime no sentido que detalhamos *supra*.

Embora se possa, em rigor, distinguir as “declarações” das “garantias”, a verdade é que com frequência os dois termos surgem ligados complementarmente. Diz-se, na maioria dos casos, a seguinte expressão: “o vendedor declara e garante que...”. Apesar de no direito anglo-saxónico existir uma clara diferenciação, como vimos, entre aquilo que consubstancia uma *representation* e aquilo que consubstancia uma *warranty*, bem como os respetivos efeitos, entre nós, tal diferenciação não terá, em princípio, a mesma relevância jurídica. Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão *supra* mencionado, trata as cláusulas de declarações e garantias como se de uma realidade única se tratassem, concentrando-se meramente na vertente garantística das mesmas.

É de realçar, desde logo, que a intitulação, epígrafe e terminologia das cláusulas no contrato não implica, só por si, a atribuição de uma determinada qualificação jurídica às mesmas⁶¹. No caso de as partes designarem uma dada cláusula como “declarações do vendedor” não significa que automaticamente se considere o conteúdo dessa cláusula como meras “declarações”, existindo a possibilidade de estas efetivamente materializarem “garantias”, atendendo-se à vontade das partes e ao sentido universal do contrato. Cremos, no entanto, que a não inclusão do termo “garantia” ou “o vendedor garante (...)” significará, em regra, que o vendedor não pretende responsabilizar-se objetivamente pela conformidade do circunstancialismo descrito no contrato sobre a sociedade visada.

Daí que a contratualização de um determinado termo (ou a omissão do mesmo) será, em primeiro plano, uma boa indicação que as partes pretenderam atribuir um dado efeito à cláusula que estipulam⁶². Cabe-nos, assim, perceber de que forma os tribunais portugueses

futuras, que, a nosso ver, constituirão verdadeiras obrigações contratuais (no seu sentido tradicional).

⁶¹ A natureza e efeitos das declarações e garantias não podem assim ser fixados com base na mera terminologia atribuída no contrato, pois tal implicaria a existência de “*términos jurídicos sacramentales*” (v. ENRIQUE BARROS BOURIE / NICOLÁS ROJAS COVARRUBIAS, *op. cit.*, p. 515). Entre nós, a distinção entre uma “garantia” e uma “declaração” (que não garante) é, em primeira linha, um problema de interpretação da declaração de vontade, nos termos do art. 236.º e seguintes do Código Civil. A propósito idêntico, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA referem que não é suficiente que o vendedor tenha dado como existentes determinadas propriedades ou atributos do objeto do contrato, é necessário que o vendedor tenha garantido a existências das qualidades por ele atribuídas à coisa, responsabilizando-se pela sua existência perante o comprador (v. *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª Edição, 1997, p. 209). Daí que, em regra, as “garantias” sejam expressas, mas não ficam excluídas as garantias tácitas. Quanto a estas não bastará uma mera verosimilhança e que “só é legítimo descobrir declarações negociais, ainda que tácitas, quando haja verdadeira vontade, dirigida aos efeitos e minimamente exteriorizada, ainda que de modo indireto” (v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, pp. 544-545).

⁶² Apenas quando as partes não tenham indicado, em concreto, aquilo que intencionam para as repercussões jurídicas do “acionamento” da cláusula, deverá o tribunal procurar deduzir aquilo que as partes pretendiam

têm decidido sobre hipóteses de contratualização de meras declarações de facto e que consequências jurídicas advêm da inexatidão das mesmas, e daí compreender uma possível relevância da diferenciação entre os termos «declarações» e «garantias».

A tendência maioritária da jurisprudência quanto à inexatidão das declarações de facto, incorporadas em contratos de compra e venda de participações sociais, tem sido a de depreender tais cláusulas ao abrigo do regime da responsabilidade pré-contratual, por violação de deveres de boa-fé na negociação do contrato, ou, ainda, no regime do erro, por vícios na formação da vontade negocial. A título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de maio de 2003⁶³, no qual o vendedor declarava no contrato de cessão de quotas que a situação contratual dos trabalhadores da sociedade não sofria alterações desde uma determinada data, foi tido que a inexatidão de tal declaração não consubstanciava uma violação de uma cláusula contratual, porquanto aquela “não constitui uma cláusula que deva ser cumprida, antes se traduz numa informação condicionante, um pressuposto relevante da formação da vontade de contratar”. Daí que o tribunal concluiu pela aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual, nos termos do art. 227.º do Código Civil.

No mesmo sentido, a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão de 7 de maio de 2009⁶⁴ que as declarações prestadas pelo vendedor no contrato sobre a existência de certos contratos de arrendamento “não se configuram como facto a prestar”, não se retirando do contrato que os cedentes das quotas se tenham vinculado à realização de quaisquer contratos de arrendamento, e que a verificar-se a sua falsidade ou desconformidade poderão apenas gerar responsabilidade pré-contratual.

Portanto, a questão que se coloca é se existirá algum propósito, em termos práticos, de reconhecer no direito português a distinção entre “declarações” e “garantias”⁶⁵. Apesar de, em princípio, a não inclusão no contrato do termo *representations* ou “*the seller represents...*” implicar, em regra, uma exclusão de uma eventual reivindicação por *misrepresentation* no direito anglo-saxónico, a não utilização do termo “declarações” ou “o vendedor declara...” não terá um efeito jurídico idêntico nos contratos subordinados à lei portuguesa, isto é, não se

através do restante clausurado, o sentimento universal do contrato e ainda a prática comum neste contexto.

⁶³ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13.05.2003 (Proc. 03A878).

⁶⁴ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.05.2009 (Proc. 3503/06.0TBOER-A.L1-6).

⁶⁵ Poder-se-á dizer que a análise feita entre nós enferma de um “pecado original” na medida em que aquelas têm sido abordadas como se se tratassem de sinónimos ou, talvez mais corretamente, como se se tratassem de uma realidade unívoca descrita de forma composta: declarações e garantias.

verificará uma exclusão da aplicabilidade do regime da responsabilidade pré-contratual ou, porventura, do regime do erro ao contrato em questão (aliás, os regimes jurídicos referidos não poderão, por natureza, ser afastados *ab initio*)⁶⁶.

Mesmo que as partes omitam o termo “declarações”, optando apenas pela expressão “o vendedor garante que...”, continuaremos a estar perante um conjunto de declarações, um leque de informações, prestadas pelo vendedor e, simultaneamente, garantidas por este. Por outras palavras, a omissão do termo “declarações” não retira à cláusula a qualidade de declarações de facto sobre um certo estado de coisas. Da mesma forma, a figura da responsabilidade pré-contratual manter-se-á aplicável à desconformidade destas cláusulas, mesmo que, em primeiro plano, a desconformidade das mesmas passe pelo regime do cumprimento defeituoso do contrato.

4.7. O conhecimento prévio do adquirente sobre a desconformidade das declarações e garantias

Pergunta-se, pois, se o adquirente deverá auferir do benefício garantístico das declarações e garantias caso se venha a estabelecer que este tinha conhecimento, previamente à celebração do negócio, que uma determinada declaração e garantia prestada pelo vendedor não era efetivamente verdadeira⁶⁷. Ou, por outro lado, deverá a natureza garantística destas cláusulas e a sua concetualização segundo um critério «haja o que houver» implicar que o conhecimento do adquirente seja igualmente irrelevante para a obrigação de indemnizar do

⁶⁶ Ainda assim, a cláusula que poderá surtir um efeito próximo à exclusão da responsabilidade pré-contratual, ou do erro, é a tipicamente denominada por “acordo completo” ou “acordo integral” (*«entire agreement»*). Através desta, as partes excluem a relevância de “quaisquer declarações, manifestações, informações ou opiniões prévias à celebração do contrato” em questão e convencionam que o texto do mesmo representa a vontade integral das partes, o que afastará, em princípio, a possibilidade de o adquirente alegar uma violação dos deveres negociais por parte do vendedor e, conseqüentemente, invocar a responsabilidade pré-contratual deste ou, ainda, o seu erro na celebração do negócio (não é, contudo, seguro que os tribunais portugueses plenamente desconsiderem toda a fase pré-negocial e circunstâncias prévias à celebração do negócio pelo facto de o contrato prever uma cláusula deste género).

⁶⁷ Concretamente, no período de negociação do contrato, o adquirente conhecedor da referida falta de veracidade não estaria a negociar a prestação de uma *garantia*, estaria na verdade a negociar uma eventual reivindicação pós-contratual. Como refere FREDERICK R. FUCCI (v. *Arbitration in M&A Transactions: Laws of New York and Delaware Part II*, pp. 3 e ss.): “*When a buyer makes a claim that the buyer breached a representation or warranty, the seller often responds that the [buyer] knew of the situation and chose to close anyway. Thus, many disputes arise in both the litigation and arbitration contexts over claims of “sandbagging”, which is generally understood to mean when a buyer closes on a transaction in spite of knowing that one or more of the representations or warranties of the seller are not true and sues for breach of them later.*”

vendedor?⁶⁸

Neste contexto, a *due diligence* realizada pelo adquirente à sociedade visada (previamente à celebração do negócio) constitui o elemento primordial sobre aquilo que será tido como o seu conhecimento, enquanto fundamento de “inalegabilidade” da desconformidade em questão, podendo a informação e documentação à qual teve acesso e sobre a qual tomou conhecimento constituir uma situação de prova de efetivo conhecimento ou, porventura, uma situação de “conhecimento devido”, conquanto a fácil cognoscibilidade poderá ser equiparada ao efetivo conhecimento do adquirente. Ainda assim, não se olvide que a complexidade da auditoria societária frequentemente impedirá que se verifique uma “fácil cognoscibilidade”⁶⁹.

Atendendo à qualificação que atribuímos às declarações e garantias como concretizadoras dos deveres acessórios de conduta, cabe aferir sobre como estes afetam a posição do comprador. Segundo ANTUNES VARELA, os deveres acessórios recaem igualmente sobre o comprador, “a quem incumbe evitar que a prestação se torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao [vendedor] a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida”⁷⁰. Em conformidade com o entendimento do referido autor, o comprador, dotado do dito conhecimento, estaria obrigado a informar o vendedor da desconformidade daquilo que este visa declarar e garantir.

Somos, no entanto, do entendimento que a desconsideração do estado subjetivo (a culpa) do vendedor em virtude da “garantia” por si conferida deve, igualmente, estender-se ao estado subjetivo do comprador, tornando irrelevante a “culpa” do mesmo para a verificação da desconformidade verificada⁷¹. Um dos argumentos em prol de irrelevância do

⁶⁸ Entre a doutrina anglo-saxónica, o argumento primordial em defesa da irrelevância do conhecimento do adquirente baseia-se na inexistência do elemento de «*reliance*» na estipulação contratual de *warranties*, ao contrário do que se verifica no regime das *representations* (para uma exposição integral sobre o argumento, v. MATTHEW J. DUCHEMIN, *Whether Reliance on the Warranty is Required in a Common Law Action for Breach of an Express Warranty*, juntamente com JACEK JASTRZQBSKI, *Sandbagging and the Distinction between Warranty Clauses and Contractual Indemnities*). Como referem os autores, o declaratório não tem de crer na veracidade da declaração negocial do declarante, porquanto o propósito da *warranty* é justamente dispensar o encargo do declarante em confirmar a situação garantida.

⁶⁹ Daí a estipulação habitual de uma cláusula no contrato segundo a qual os direitos do adquirente resultantes das declarações e garantias prestadas não serão, de nenhuma forma, limitados ou reduzidos pela realização da *due diligence*.

⁷⁰ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 127.

⁷¹ Daí que o argumento invocado no sentido da aplicação do instituto da culpa do lesado, nos termos do art. 570.º do Código Civil, proporcionando uma redução do valor da obrigação de indemnização do vendedor, não

conhecimento do adquirente é, por um lado, que o vendedor não deverá beneficiar da capacidade de investigação do adquirente, ficando eximido de algum tipo de responsabilidade em resultado da averiguação de informação e análise efetuada por aquele. Por outro, o adquirente não deverá ser penalizado por ter empregue justamente essa capacidade de averiguação e análise de informação na auditoria que realizou.

Sem prejuízo do referido, a omissão do comprador em suscitar perante o vendedor a desconformidade que conhecia, em especial no período de negociação dos termos do contrato, será porventura enquadrável no âmbito da responsabilidade pré-contratual, por infração de deveres negociais de boa-fé. Todavia, tal não isentará o vendedor de ter de ressarcir o comprador pelo dano resultante da desconformidade das declarações e garantias.

poderá ter o nosso acolhimento. Segundo CATARINA MONTEIRO PIRES (*op. cit.*, p. 40), o instituto referido seria aplicável, porquanto o adquirente poderia ter utilizado o conhecimento que possuía para negociar uma posição contratual mais favorável, incluindo um preço menor para a transação.

V

Conclusão

1. As declarações e garantias constituem um mecanismo contratual de prestação de informações entre as partes relativas às mais variadas facetas do negócio, expresso sob a forma de declarações negociais respeitantes a um estado de coisas, presente ou passado, cuja veracidade e exatidão é garantida pela parte que as presta.
2. A integração destas cláusulas no ordenamento jurídico português dever ser encarada ao abrigo dos deveres acessórios de conduta, como uma materialização e concretização, através do contrato, do dever acessório de informação e esclarecimento. A componente garantística das cláusulas deve ser tida como uma responsabilização de natureza objetiva, segundo um critério «haja o que houver», do vendedor.
3. Neste sentido, o vendedor responderá perante o comprador pela desconformidade das declarações e garantias, independentemente de culpa sua, incluindo em situações de desconformidade resultantes de circunstâncias fortuitas ou de força maior.
4. A desconformidade das declarações e garantias constituirá uma infração de deveres acessórios de conduta, resultando num cumprimento defeituoso do contrato.
5. Mercê a natureza das declarações e garantias e, ainda, dos próprios deveres acessórios de conduta, qualquer pretensão do comprador em resultado da desconformidade daquelas estará, em princípio, restrita a uma de natureza indemnizatória.
6. A utilização do termo “declarações e garantias” não importa a automática subsunção da cláusula a um dado regime e interpretação, mas tendencialmente representará um forte indício da vontade das partes. A contratualização apenas do termo “garantias” não retirará a natureza de declarações de facto a estas cláusulas. Já a omissão desse mesmo termo implicará, em regra, que o vendedor não se pretende responsabilizar objetivamente por uma eventual desconformidade das informações prestadas.
7. O conhecimento prévio do comprador sobre a desconformidade daquilo que é declarado e garantido pelo vendedor não terá, em regra, relevância, devido à componente garantística da cláusula, que abrangerá o estado subjetivo tanto do vendedor como do comprador. Assim, poderá apenas relevar para efeitos de responsabilidade pré-contratual do comprador.

Referências bibliográficas

- AAVV., *A Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, Lex, 1993.
- ADAM KRAMER, *The Law of Contract Damages*, 2.^a Edição, Hart Publishing, 2017.
- ALBERT J. ROSENTHAL, “Remedies in Disputes Arising Out of Agreements to Buy and Sell Businesses”, in *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 825, Vol. 12, n.º 5, 1971.
- ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Transmissão da empresa societária: algumas notas”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008.
- ÁNGEL CARRASCO PERERA, “Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento”, in *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Thomson Aranzadi, 2004.
- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Violação positiva do contrato (Anotação ao Acórdão do STJ de 31 de Janeiro de 1980)”, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982, pp. 139 e ss.
- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Almedina, 2010.
- ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, “Compra e venda de empresa – A venda de participações sociais como venda de empresa («share deal»)”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137.º, n.º 3947, Coimbra Editora, 2008.
- ANTÓNIO TELES / JOÃO CARMONA DIAS, “Garantia na alienação de empresas”, in *Aquisição de Empresas*, Coimbra Editora, 2011.
- CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos IV – Funções. Circunstâncias. Interpretação.*, 2.^a Edição, Almedina, 2018.
- CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, 1992.
- CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, Almedina, 2018.
- CATARINA MONTEIRO PIRES, “Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, 2016, pp. 105-136.
- CATARINA TAVARES LOUREIRO / MANUEL CORDEIRO FERREIRA, “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.

CLEMENTE V. GALVÃO, “Conteúdo e Incumprimento do Contrato de Compra e Venda de Participações Sociais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, 2010.

ENRIQUE BARROS BOURIE / NICOLÁS ROJAS COVARRUBIAS, *Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales*, Estudios de Derecho Civil V, Universidad de Concepción, 2009, pp. 512-524.

FÁBIO CASTRO RUSSO, “Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 2, Vol. 4, Almedina, 2010, pp. 115-136.

FÁBIO CASTRO RUSSO, “Due diligence e responsabilidade”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011.

FERNANDO GOMEZ, “El incumplimiento contractual en Derecho español”, in *Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 3/2007, 2007.

FREDERICK R. FUCCI, “Arbitration in M&A Transactions: Laws of New York and Delaware Part II”, in *Dispute Resolution Journal*, Vol. 71, n.º 3, 2016.

GIL VALENTE MAIA, “Boa fé e responsabilidade civil decorrente da violação de deveres acessórios de conduta: o critério do «perímetro contratual» na delimitação do regime de responsabilidade aplicável”, *Revista JULGAR Online*, janeiro de 2020.

GREGORIO SALATINO, “Representations and Warranties’ in Sale and Purchase Agreements: The Italian Perspective”, in *Global Trade and Customs Journal*, Issue 10, 2016.

ISABEL PEIXOTO PEREIRA, “Venda de participações sociais, negociação do estabelecimento e desconsideração da personalidade colectiva (a despropósito de dois acórdãos)”, in *Revista JULGAR*, n.º 8, 2009.

JACEK JASTRZQBSKI, “Sandbagging and the Distinction between Warranty Clauses and Contractual Indemnities”, in *UC Davis Business Law Journal* 207, 2018.

JESSICA RODRIGUES FERREIRA, “Share deal e vícios no património da sociedade alvo - breves notas a propósito da tutela do adquirente”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 10, Vol. 19, Almedina, pp. 169-206.

- JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Compra e Venda de Empresas”, in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, 1999, pp. 139-168.
- JOÃO COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade – Das Empresas no Direito*, Almedina, 1996, pp. 342-358.
- JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “A empresa como objeto de negócios. “Asset deals” versus “Share deals””, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 2/3, n.º 68, 2008, pp. 715-793.
- JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, 2017.
- JOHN C. COATES, *M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of Practice*, ECGI - Law Working Paper n.º 292/2015, 2015.
- JUAN AGUAYO, *Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español*, Thomson Reuters, 2011.
- KENNETH A. ADAMS, “Eliminating the Phrase Represents and Warrants from Contracts”, in *Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 16, 2015, pp. 203-229.
- LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 6.ª edição, Almedina, 2008.
- MARCELO SHIMA LUIZE, “Cláusulas de Indenização e Resolução Contratual em Operações de Fusão e Aquisição: Necessidade ou Mera Reprodução do Modelo Anglo-Saxão?”, in *Estudos Aplicados de Direito Empresarial*, Almedina, 2016, pp. 143-190.
- MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed., Almedina, 2018.
- MATTHEW J. DUCHEMIN, *Whether Reliance on the Warranty is Required in a Common Law Action for Breach of an Express Warranty*, *Marquette Law Review*, Vol. 82, n.º 3, 1998.
- MINDY CHEN-WISHART, *Contract Law*, 4.ª Edição, OUP Oxford, 2012.
- NEIL SINCLAIR, *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, Thomson Reuters, 2014.
- NUNO PINTO OLIVEIRA, “Contributo para a 'modernização' das disposições do Código Civil português sobre a impossibilidade da prestação”, in *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, Almedina, 2009.
- NUNO PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade objectiva”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º especial – II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, dezembro de 2012, pp. 107-121.

PATRÍCIA AFONSO FONSECA, “A negociação de participações de controlo. A jurisprudência”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011.

PATRICK ATIYAH, “Misrepresentation, Warranty and Estoppel”, in *Alta Law Review*, Vol. 9, 1971, pp. 347-385.

PAULO CÂMARA / MIGUEL BRITO BASTOS, “O direito da aquisição de empresas: uma introdução”, in *Aquisição de Empresas*, Coimbra Editora, 2011.

PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008.

PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, Almedina, 2015.

PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 1997.

RICARDO QUEZADA FUENTES, “La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios”, in *Revista de Derecho*, n.º 8, Escuela de de Postgrado, 2015.

RICHARD A. LORD, “Some Thoughts About Warranty Law: Express and Implied Warranties”, in *North Dakota Law Review*, Vol. 56, n.º 4, 1980, pp. 509-700.

RAÚL VENTURA, “Participações Dominantes: Alguns aspetos do domínio de sociedades por sociedades”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 39, Vol. I, 1979, pp. 45-51.

SIDNEY KWESTEL, “Express Warranty as Contractual - The Need for a Clear Approach”, in *Mercer Law Review*, Vol. 53, Touro Law Center Legal Studies, 2002, pp. 557-580.

TOR SANDSBRAATEN, *Undergraduate thesis on the concepts of conditions, warranties, representations and covenants*, University of Oslo, Department of Private Law, 2006.