



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA

CARLOS EDUARDO VALVERDE CARVALHO

**CLÁUSULAS DE DECLARAÇÃO E GARANTIA
NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE
PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DE CONTROLO**

Trabalho realizado sob a orientação da:
Professora Doutora Maria do Rosário dos Anjos

maio 2023



CARLOS EDUARDO VALVERDE CARVALHO

**CLÁUSULAS DE DECLARAÇÃO E GARANTIA
NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE
PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DE CONTROLO**

**Dissertação de Mestrado Em Direito
Área de Ciências Jurídico-Empresariais**

Dissertação apresentada na Universidade Lusófona do Porto para obtenção do Grau em Direito, na área de Ciências Jurídico-Empresariais.

Dissertação defendida em provas públicas na Universidade Lusófona do Porto no dia 24/05/2023, perante o júri seguinte:

Presidente: Professor Doutor Rui Manuel da Silva Branco de Melo de Albuquerque,
por delegação da Diretora do ciclo de Estudos

Arguente: Professor Doutor Fábio da Silva Veiga

Orientadora: Professora Doutora Maria do Rosário Pereira Cardoso dos Anjos

maio 2023

É autorizada a reprodução integral desta tese/dissertação apenas para efeitos de investigação, mediante declaração escrita do interessado, que a tal se compromete.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha amada esposa, companheira, amiga, revisora e principal incentivadora com quem partilho todos os momentos e a quem dedicarei todos os dias da minha vida; ao meu amado filho por se incumbir de encher de alegria e cores os dias mais cinzas, à minha sogra pelo apoio incondicional, aos meus pais pela educação, amor e dedicação de uma vida inteira e fim à Deus, por caminhar ao meu lado nos momentos de alegria e por me carregar nos momentos de angústia.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos os meus professores, desde aqueles que se dedicaram aos ensinamentos da mais tenra idade, até aos que abrilhantaram e incentivaram os meus pensamentos e questionamentos sobre todas as questões da vida; especial à minha primeira professora Cleonice – *in memoriam* – e a minha orientadora Dra. Maria Rosário Anjos.

Agradeço à Universidade Lusófona do Porto, e a todos os irmãos portugueses pela receptividade e pelo acolhimento dispendido a mim e a toda minha família pelo período em que vivemos em Portugal.

Ao *Synerg Cooworking* pelo apoio e pelo suporte em momentos de pandemia, por se fazerem presentes tal como uma família.

Às minhas colegas de mestrado, portuguesas e brasileiras, pelo estudo, pela troca de conhecimento e pelo apoio de todas as horas.

À Rede de Hotéis Nacional Inn e à família Miguel por apoiar e fomentar, através da confiança em mim depositada, meu crescimento profissional e pessoal, a quem serei eternamente grato.

Meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

Na primeira parte do estudo, o objetivo será analisar a origem das cláusulas de declaração e garantia com um olhar histórico cultural para compreensão das funções principais no sistema do *common Law*, sob a ótica das expectativas de direito das partes que celebram contrato de transmissão de controlo de sociedades empresariais, sem deixar de ocupar-se dos princípios e dos institutos característicos destas cláusulas com o intuito de estabelecer limites à característica negocial destas cláusulas, bem como abordar a segurança jurídica a ponto de oferecer confiabilidade necessária aos termos dos contratos de *M&A (Mergers and Acquisitions)*.

Na segunda parte, o objetivo será estudar a *due diligence* e o dever de informação, estabelecer diferenças teóricas entre declarações e garantias. Assim, o estudo de decisões dos tribunais portugueses oferecem importantes contributos para um “ponto de virada” na forma do enquadramento jurídico destas cláusulas, importantes para a problemática que o presente estudo pretende se dedicar: o acórdão do STJ de 1º de março de 2016, ao admitiu a possibilidade de previsão das cláusulas de declaração e garantia como um sistema autónomo - art. 405º. do Código Civil -, permitiria afastar a aplicação de regimes jurídicos, alguns dos quais permitiriam a anulação do negócio jurídico?

Palavras chaves: cláusulas de declaração e garantia; participações societárias; *due diligence*; controlo societário.

Abstract

In the first part of the study, the objective will be to analyze the origin of the declaration and guarantee clauses, with a cultural historical look to understand the main functions in the common law system, from the perspective of the legal expectations of the parties that enter into a transmission contract control of business companies, without neglecting to deal with the principles and institutes characteristic of these clauses with the aim of establishing limits to the negotiation characteristic of these clauses, as well as addressing legal certainty to the point of offering the necessary reliability to the terms of M&A contracts (Mergers and Acquisitions).

In the second part, the objective will be to study due diligence and the duty of information, establishing theoretical differences between declarations and guarantees. Thus, the study of Portuguese court decisions offers important contributions to a “turning point” in the form of the legal framework of these clauses, important for the problem that the present study intends to address: the STJ judgment of March 1, 2016, by admitting the possibility of forecasting declaration and guarantee clauses as an autonomous system - art. 405º of the Civil Code -, would it allow the application of legal regimes to be ruled out, some of which would allow the annulment of the legal transaction?

Keywords: declaration and warranty clauses; equity interests; due diligence; corporate control.

ÍNDICE GERAL

AGRADECIMENTO	4
RESUMO	5
Abstract	6
Capítulo 1 - Introdução e Apresentação da Problemática	9
1.1. Introdução e contextualizações preliminares	9
1.2. Delimitação do estudo:	12
I. Características do <i>common law</i> que contribuíram para o surgimento das cláusulas de declaração e garantia.	14
I.1. – Condições pré-contratuais como norte para a formação do conteúdo contratual.....	15
I.2 – Configuração jurídica do <i>common Law</i>	16
I.3 - Tipos legais em aberto: não verificação de tipos contratuais na legislação	17
I.5 – Os princípios jurídicos aplicáveis aos contratos no <i>common Law</i>	21
I.5.1 – A regra da <i>parol evidence rule</i>	21
I.6 – Cláusulas de declaração, de garantia e <i>indemnities</i>	23
I.7 - <i>Sandbagging</i> como forma de negociação e a (im)possibilidade jurídica.	28
Capítulo 2 – BREVE ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 1 DE MARÇO DE 2016.....	32
II. Destaque aos aspectos jurídicos relevantes do Acórdão.....	32
II.2. Limitações da decisão	35
Capítulo 3 – PARTICIPAÇÕES DE CONTROLO E A <i>DUE DILIGENCE</i>	37
III.1 – Participações de controle e a caracterização da venda de estabelecimento empresarial	38
III.2 – O dever de informação pré-contratual e a <i>due diligence</i>	40
III.3 – Obrigação de <i>Due Diligence</i> do vendedor?	44
III.4 – Função e a importância da <i>due diligence</i> em relação às garantias.	46
Capítulo 4 – Cláusulas de Garantias e as tutelas nas hipóteses de violação.	53

IV.1 – A livre estipulação de garantias e a questão da interpretação das cláusulas do contrato.....	54
IV.2 – Autonomia das partes x regimes legais aplicáveis.....	58
CONCLUSÃO.....	63
Bibliografia	66
Lista de Acórdãos.....	67
Anexo - Acórdão do STJ de 1 de Março de 2016	68

Capítulo 1 - Introdução e Apresentação da Problemática

1.1. Introdução e contextualizações preliminares

Vivemos em um mundo com fronteiras cada vez mais abertas para circulação de pessoas, riquezas e repleto de possibilidades de negócios. As pessoas superaram as dificuldades impostas pela distância e hoje são capazes de se deslocarem com mais segurança e rapidez; também superaram o obstáculo da comunicação aperfeiçoando uma linguagem cada vez mais universal e descomplicada, facilitadas pelas trocas de mensagens instantâneas.

O fenômeno da globalização, aliado ao rompimento destes obstáculos, fomenta a circulação de riquezas e a quantidade de negócios fica mais intensa a cada dia, se apresentando como uma realidade que se estabelece com o objetivo de perpetuar por muitos anos.

Os números demonstram essa tendência de grande volume de transações. Ao se tratar apenas de fusões e aquisições, os números exprimem a realidade: segundo os dados divulgados em janeiro de 2021 pelo diretório internacional *Transactional Track Record* (TTR), houve um considerável crescimento nos valores dispendidos para aquisições (5%) durante o ano de 2020, ano mais severo da pandemia da Covid-19¹, com destaque para a conclusão da aquisição de capital da Brisa pelo consórcio liderado pela holandesa *APG Asset Management*.

Embora estas recentes estatísticas apontem para uma redução do volume de transações realizadas (22% menor do que em relação a 2019), o aumento dos valores das negociações reforça a importância da segurança jurídica conferida pelas cláusulas contratuais, o que contribui para construir um campo fértil para as *Mergers and Acquisitions* - Fusões e Aquisições (doravante “M&A”).

Dentre todas as possibilidades de negócios a serem realizados quando tratamos de compra e venda de participações societárias, o presente estudo se dedicará à análise daqueles que versem sobre transferências de participações sociais de que representem a

¹Bandeira, M. (2021, janeiro 181) Fusões e aquisições em Portugal caíram mas valor movimentado aumentou 5% em 2020, O Jornal Económico, Recuperado em 21, novembro de 2021, de <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/fusoes-e-aquisicoes-em-portugal-cairam-mas-valor-movimentado-aumentou-5-em-2020-689368>

transferência do controlo societário. Mais precisamente, o estudo se dedicará análise da natureza jurídica das declarações, do dever de informação, da importância da *due diligence*, da sua obrigatoriedade ou não e as implicações da sua realização, abordando a posição jurídica do adquirente e do vendedor, bem como um aprofundamento em relação às garantias, o estudo das espécies e das tutelas disponíveis em relação à violação.

É neste cenário que as cláusulas de declaração e garantias exercem sua primordial função de conferir segurança às partes contratuais. Em definição, pode-se dizer que a cláusula de declaração e garantia se trata de uma técnica contratual por meio da qual as partes fazem afirmações positivas ou negativas sobre diversos aspetos do bem objeto do negócio, cuja veracidade e exatidão são garantidas pela parte que presta tais afirmações.² Esta definição apresentada por Mariana Mendes não aborda todos os conceitos aplicáveis, especialmente quando analisada à luz do direito português, mas de forma preliminar aponta resumidamente o caminho a se trilhar para desenvolver o tema; conceito este que será desenvolvido ao longo deste estudo.

As cláusulas de declaração e garantia tiveram sua origem e desenvolvimento nas relações jurídicas-negociais no “*commom law*”, presente em quase todos os negócios de venda e compra realizados no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, aplicados para além dos contrato de transferência de controlo de sociedades empresariais.

Inconteste parece ser a importância dos contributos jurídicos que estas duas nações - em que os negócios de compra e venda se intensificaram, com uma velocidade e quantidade sem precedentes – prestaram para o desenvolvimento das relações negociais e, para que nos interessa no presente estudo, primordialmente para o desenvolvimento da segurança jurídica dos compradores e dos vendedores de sociedades empresariais.

Nesse particular sentido – o de conferir aos negócios maior segurança para vendedores e compradores - sugeriram as “*representations and warrianties*”, as chamadas “cláusulas de declaração e garantia”, que utilizadas como uma técnica de redação de contratos sobre a qual se objetiva estabelecer limites para as responsabilidades dos

² MEDEIROS, M. M. *Cláusulas de declaração e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos*. Tese em mestrado, Universidade de São Paulo -USP, São Paulo, 2006, p.178.

contratantes em relação a vários aspetos do bem alienado, busca formalizar declarações sobre seu estado e sua qualidade, bem como estabelecer as devidas garantias quanto a veracidade de tais declarações prestadas por aqueles que detêm as informações necessárias pra tal mister.

A utilização das cláusulas de declaração e garantias no *commom law* consolidaram na prática anglo-saxã o instituto da *misrepresentation*: a tutela do estado apenas se verifica quando há afirmações falsas sobre o objeto da negociação, não estabelecendo a mesma proteção quando há omissão de informações, por mais importantes que sejam para a formação da vontade do comprador.

Tecnicamente, o sistema anglo-saxão conseguiu estabelecer as responsabilidades do vendedor/declarante, forçando-o a fazer declarações objetivas sobre o objeto do contrato – *misrepresentations* – bem como inserir a respectiva cláusula contratual firmando uma consequência em caso de não se verificar, na prática, o cenário montado por tais afirmações, funcionando como uma garantia – *warranty* – de forma a tratar como institutos diferentes, de modo a conjugar os regimes de responsabilidade contratual e pré-contratual.

O que se verifica na prática é a proliferação de cláusulas contratuais moldadas a partir dos costumes do mercado. As responsabilidades são definidas e distribuídas ao longo da relação contratual por meio de cláusulas com o formato de declarações de fato, noutros dizeres, o vendedor faz declarações diretas sobre o estado e sobre as qualidades do bem objeto de alienação e, assim também o faz em relação à garantia pactuada, no formato que pode apresentar aspetos genuínos da localidade onde se celebra o contrato, mas que pretende conferir responsabilidades caso o bem a que se refere às declarações não apresenta as qualidades que deveria ter, de acordo com as afirmações do vendedor.

Presenciamos uma importação de institutos contratuais cada vez mais intensa, impulsionada pelo crescente número de fusões ao longo do mundo. Em Portugal, a forma de enquadrar as cláusulas de declaração e garantias no contexto da compra e venda de quotas sociais que transferem o controlo de sociedades empresárias sofreu alteração ao longo dos anos: nos primeiros julgados, os tribunais enquadravam defeitos ou ônus da empresa alienada no regime da formação da vontade, justificando como a existência de erro no objeto vendido, ao passo que nos julgados mais recentes, há

importantes decisões que, de forma mais robusta, justificam o entendimento que possibilita o enquadramento no regime do incumprimento.

Apesar de apresentar um enfrentamento mais adequado das questões nas decisões mais recentes, e dos contributos para um enquadramento mais acertado, os tribunais ainda deixaram questões importantes a serem respondidas.

1.2. Delimitação do estudo:

A abordagem ao tema de um ponto de vista prático, passando por análises dos tribunais para compreender o enquadramento jurídico das tutelas frente à estipulação das cláusulas de declaração e garantia no direito português, será de suma importância para ao final apresentar as perguntas que ainda não foram respondidas e algumas das possíveis soluções para tais questionamentos.

Entretanto, para a correta abordagem, de forma introdutória será necessário conhecer a origem destas cláusulas contratuais, o contexto na qual foram criadas e as funções originalmente por eles exercidas, nos auxiliará a perceber melhor a expectativa das partes que as celebram.

O que se pretende na presente investigação é, de forma crítica, compreender a abordagem dos tribunais em relação às vendas de sociedades com defeitos – ou ônus – e a função das cláusulas de declaração e garantia, bem como as tutelas aos interesses segundo o regime jurídico em Portugal.

Considerando ser imensa a gama de possibilidade dos negócios envolvendo a compra e venda de participações societárias, serão consideradas nesta investigação apenas aquelas que versarem sobre a transferência de participações acionistas. O contrato de compra e venda de participações acionistas por si só já apresenta muitas especificidades, a começar pelo campo dos deveres de cada parte, ainda na fase pré-contratual, como por exemplo, o dever de informação.

O dever de informação será o ponto de partida para determinar as características do negócio, para determinar a natureza das vicissitudes que deverão apontar ao comprador os caminhos dentre os regimes jurídicos possíveis para tutelar seus direitos diante das expectativas almejadas.

A esta altura, a partir de uma compreensão do dever de informação e da natureza jurídica dos negócios e vicissitudes, o estudo se ocupará em apontar as

consequências jurídicas aplicáveis às declarações falsas no contexto de alienação de quotas societárias: tutela fundamentada na venda de bens defeituosos, na venda de bens onerados e na violação de garantias.

CAPÍTULO I – COMMOM LAW E AS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÃO E GARANTIA

I. Características do *commom law* que contribuíram para o surgimento das cláusulas de declaração e garantia.

As características do sistema jurídico nos países do *commom law* se mostraram um terreno fértil para o desenvolvimento de uma técnica contratual particular, em que a redação das cláusulas visam prever todas as possibilidades possíveis fáticas possíveis que porventura possam a se verificar na prática quer sejam possibilidades que antecedam a assinatura dos contratos, quanto aquelas que possam vir a se verificar durante a sua execução e até mesmo aquelas que possam vir a se apresentar após a execução ou vigência.

Em virtude dessas características, os contratos formulados nestes países possuem cláusulas longas e muito detalhadas, com o fito de abranger a totalidade de possibilidades de defeitos do objeto, falhas em sua execução, bem como fazer menção às possíveis penalidades e possibilidades de resolução das mais diversas situações. Assim, é comum encontrarmos grandes obras contratuais, das quais preliminarmente são formuladas declarações de ambas as partes contratantes sobre o objeto da contratação, sobre sua qualidade e seu estado atualizado, sobre a existência ou não de ônus e defeitos, procurando sempre estabelecer garantias sobre tais declarações, que servirão de alicerce para a contratação.

As declarações e as garantias são estabelecidas antecipadamente, em um momento pré-contratual, formuladas em uma etapa de negociações prévias, e servirão como uma pedra fundamental para a construção da base, do alicerce da confiança que se pretende estabelecer para a viabilização da concretização do negócio entre os contratantes.

As características jurídicas do *commom law* possibilitaram o desenvolvimento da construção desta estrutura contratual, cada vez mais presente na atualizada noutros sistema jurídicos - como dito anteriormente – e assim sendo, se faz extremamente necessário litas alguns dos traços mais importantes desse sistema jurídico.

I.1. – Condições pré-contratuais como norte para a formação do conteúdo contratual.

Prática comum em qualquer negociação de aquisição – aqui sempre se referindo à transferência de controlo de sociedade empresariais por meio da transmissão de quotas sociais – são as negociações que precedem a assinatura do contrato que efetivamente transfere a titularidade do bem objeto da alienação. Nesta fase negocial – sendo comum a referência de fase pré-contratual – as partes fazem declarações acerca do objeto a ser alienado; o vendedor faz menção acerca das qualidades da empresa, sobre sua saúde financeira, de modo a justificar o valor pedido e exige garantias do pagamento; por sua vez o comprador faz os questionamentos que entende pertinente para averiguar se o bem vale o preço que está sendo pedido, realiza a pesquisa sobre o objeto do negócio - *due diligence* - e exige garantias sobre as declarações feitas pelo vendedor. Essas tratativas preliminares, por assim dizer, podem fazer parte integrante do contrato definitivo e, para que assim aconteça, independente do sistema jurídico sob qual foi convencionado, essa promessa negocial deve preencher alguns requisitos. No *common law* não é diferente.

No *common law*, a análise dos termos que formam o contrato é feita de maneira objetiva e, para que as promessas e declarações feitas em fase pré-contratual façam parte do contrato, imprescindível que se tenha segurança de que as partes trataram como verdadeiras cláusulas contratuais, da maneira como foram formuladas. Noutra forma de analisar, a questão passa pela certeza de que as promessas foram estabelecidas pela parte como verdadeiros termos contratuais – *terms of contract* – ou se devam receber o tratamento de meras declarações em fase negocial (*mere representations*).

Os critérios adotados também devem ser objetivos para correta análise com o fito de saber se tais declarações devam fazer parte do contrato, ou seja, se farão parte do acordo de vontades. Sendo indiscutível que a formação do contrato parte da manifestação de vontade exclusiva das partes contraentes, esse acordo de vontades, no *common law*, deve ser avaliado a partir das atitudes – ou atos praticados – pelas partes para se chegar a esse acordo, sendo menos relevantes aqueles as circunstâncias reveladas a partir de subjetividades. Assim os tribunais atuantes no sistema anglo-saxão analisam a questão fazendo verificações objetivas dos atos praticados, por meio de requisitos objetivos, (i) de modo a investigar o lapso temporal entre a declaração e a

celebração do contrato – quanto maior o intervalo de tempo, menor relevância a declaração terá -, (ii) sob o ponto de vista da parte contrária, quanto mais importante a existência daquela declaração para a aceitação do negócio, maiores são as chances desta declaração fazer parte do contrato, (iii) a posição da parte declarante também é determinante, de modo que quanto mais condições de declarar a verdade, bem como a de verificar a sua veracidade, maiores são as chances destas declarações incorporarem o contrato.

Não obstante, muito importante para ser considerada parte de um contrato, a promessa deve fazer parte do contrato principal. O entendimento é de que se uma promessa ficou de fora do contrato definitivo, é porque as partes entenderam que essa promessa não deverá ser considerada uma condição contratual e por isso foi excluída da redação definitiva.

Com estas considerações e partindo dos entendimentos antes expostos é que, portanto, se torne comum a intenção das Partes contratantes cuidar para que faça parte do contrato definitivos, de forma expressa e ainda da maneira mais detalhada possível, todas as tratativas lançadas em fase pré-contratual para que tais declarações não sejam interpretadas como *mere representations*, aumentando as chances de serem contempladas como verdadeiros “*term of the contract*”.

A interpretação lançada por tribunais e também a que se apresenta mais aceita entre os autores especializados, é que apenas os termos do contrato podem ser considerados como tratativas que foram suficientemente discutidas entre os contraentes e, assim sendo, justificariam a tutela das pretensões contratuais que constituem seus termos e, em sentido opostos, não merecem guarida as declarações feitas em fase pré-contratuais, que não fizeram parte do contrato definitivo. Isso acontece, pois o entendimento é de que tais declarações ficaram de fora do contrato definitivo por terem sido objeto de deliberações e, por suposto, propositalmente deixada de fora do pacto final, porquanto se apresentam como questões resolvidas, já superadas.

1.2 – Configuração jurídica do *common Law*.

Como cediço, os contratos elaborado tendo como base a tradição jurídica do *common law* se apresentam de forma detalhada, com a previsão de situações - tais quantas possíveis - para delimitar as responsabilidades, por meio de declarações e garantias. A técnica contratual desse sistema jurídico se desenvolveu pela característica

legal da sua tradição jurídica: o fato de não existir leis específicas que normatizem os tipos contratuais impossibilita que as partes optem por uma regulação legal de um tipo contratual de modo a ser possível elaborar um contrato apenas com as suas especialidades, moldando-o às condições fáticas negociais admitidas pela lei.

No *common law*, as obras contratuais são longas, extensas, eis que para surtirem os efeitos jurídicos esperados, para que sejam alcançados os horizontes de tutela almejados pelos contratantes, as partes necessitam regular todas as situações possíveis, estabelecer em linhas escritas, de forma expressa, todos os aspectos relevantes da contratação, inclusive aqueles que, em outras tradições jurídicas como a romano-germânica, encontram previsão em regimes jurídicos estabelecidos em leis específicas³.

I.3 - Tipos legais em aberto: não verificação de tipos contratuais na legislação

A normatização dos tipos legais na tradição romano-germânica tem como costume estabelecer em lei de modo a fixar em seus artigos os tipos contratuais típicos, bem como os requisitos para a sua classificação e para conferi validade aos contratos e assim tutelar os interesses dos contratantes. Do mesmo modo é típico desta tradição jurídica estabelecer em forma de artigos de lei as consequências para o caso de não serem observadas as obrigações assumidas pelos contraentes. Entre nós, são fixados no Código Civil, no *Livro II Direito das Obrigações, Título I – Das obrigações em geral, Capítulo II – Fontes das Obrigações, Secção I – Contratos*, as normas bastantes para regular os tipos contratuais e, adiante, os tipos de obrigações assumidas e as respectivas garantias.

No direito brasileiro, a exemplo do que ocorre em Portugal, o Código Civil de 2002 após grande reforma filosófica que modificou a cultura jurídica do país, passou a fixar suas disposições atinentes aos contratos e as relações entre as partes contratantes no Título VI do Livro I da Parte Especial. Tanto no direito português quanto no direito brasileiro, adeptos da tradição romano-germânica, as partes possuem autonomia na contratação e, portanto, na estipulação das garantias.

³ CARTWRIGHT, J. *Contract Law: na introduction to the English Law pf ontract for the civil lawyer*. 3ª ed. Osford, Portland: Bloomsbury, 2016, página 62-63

I.4 – Da ausência do princípio da boa-fé na fase pré-contratual do *common Law*.

Ao contrário do que ocorre na tradição jurídica romano-germânica que possui como pilares de interpretação os princípios do direito que não se encontram normatizados ou contemplados legalmente, o direito do *common law* não reconhece direitos genéricos, lastreados em princípios abstratos, preferindo particularizar a análise das razões em cada caso concreto.

Quando tratamos da fase de formação dos contratos, o *common law* talvez apresente o traço característico mais distintivo da tradição romano-germânica, aquele que difere da essência do *civil law*, pois naquele sistema não se reconhece válido o dever abstrato e genérico de agir segundo os princípios de boa-fé, não sendo admitidos argumentos sobre o dever de informação da contraparte. Na fase de execução, ao verificar-se factos inesperados ou que possam gerar alguma espécie de incumprimento, a contraparte não poderá lançar mão de argumentos baseados na boa-fé, ou no argumento de que a parte contrária não adotou um comportamento ou deixou de cumprir um dever que se esperava por ser aquela atitude a considera mais correta pela sociedade, naquele determinado momento.

Nesse ponto, salienta-se que no direito inglês não existe previsões legais sobre o dever de agir em respeito e atenção os princípios da boa-fé na formação dos contratos, como ocorre entre nós na previsão expressa no artigo 227.º do Código Civil, ou a exemplo do artigo 422 do Código Civil brasileiro⁴.

Na tradição do *common law* inglês, seu tribunal – *House of Lords* – acaba por rejeitar como válida a atribuição às partes contratantes consistente na obrigação de negociar segundo o princípio da boa-fé, pelo fato que esse dever afrontaria a natural posição de contraposição das partes de um contrato. Noutros dizeres e, na forma de entender expressa em alguns julgamentos, não faria sentido conferir uma posição de destaque ou maior relevância às considerações ligadas a moral e ética de certa sociedade em detrimento à natural contraposição de interesses das partes de um contrato.

⁴ Código Civil brasileiro – “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

No célebre julgado *Walford v. Miles, a House of Lords* ⁵, se manifestou sobre o tema. No caso, os réus tinha uma empresa e intencionavam vendê-la e, para tanto, havia dois compradores interessados. A primeira interessada em adquirir ofereceu-lhes a quantia de £1,9 mil milhões, ao passo que a segunda interessada ofereceu-lhes a quantia de £ 2 mil milhões, tendo a sua oferta aceita.

Durante as negociações, os réus exigiram dos segundos interessados na aquisição uma garantia – carta bancária – de que teriam o valor para a aquisição, comprometendo-se em não vender a empresa para outros interessados. Entretanto, os réus acabaram por vender a empresa a um comprador diferente. Então, os segundos interessados abriram um processo judicial alegando primordialmente que a garantia de não vender a empresa a outros grupos se equiparava ao acordo de *lock-out* (acordo que impede que os réus continuassem a negociar com outros interessados), no entanto não existiu uma formalização específica desse acordo em um contrato escrito.

A Câmara dos Lordes não aceitou a argumentação dos reclamantes, pois considerou que um contrato ou um acordo formal prevendo o *lock-out* poderia ter força executória, mas, entretanto um contrato com termos genéricos não poderia ser executado. Indo mais além, um acordo para se negociar a boa-fé seria impraticável, pois na pré-contratual, enquanto as negociações existiam, qualquer uma das partes negociantes teria o direito de desistir do negócio, a qualquer momento e independentemente de motivação. Portanto, a conclusão é que o acordo em termos genéricos, incerto com cláusulas em aberto, não poderia ser considerado um acordo com conteúdo jurídico capaz de gerar indenizações.

O doutrinador e professor de Oxford John Cartwright⁶ assinalam três principais razões para justificar a não existência do dever genérico da parte em agir segundo princípios éticos e morais, segundo a da boa-fé: (i) os tribunais ingleses não veem com bons olhos a ideia de generalizar princípios abstratos tal como o da boa fé, com aplicação automática em todos os casos, preferindo, como dito anteriormente, analisar cada caso ao verificar as particularidades do factos concretos. (ii) os princípios do direito, como o da boa-fé, são caracterizados por conceitos vagos e abstratos – que se alteram em função da ética e da moral de cada sociedade, podendo mudar de tempos em

⁵ *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128 [1992] 1 All E.R. 453(HL)

⁶ CARTWRIGHTM, J. *Contract Law: na introduction to the English Law of contracts for the civil lawyer*. 3ª ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p.64-65 e 75-76.

tempos – e essa característica seria incompatível com a ideia de certeza do direito, tão clara nos tribunais do *common law* e, por fim, (iii) Os interesses das partes em um contrato bilateral, naturalmente se apresentam em lados opostos, e os tribunais ingleses entendem tratar-se de uma inconsistência impor certo dever de negociarem atendendo às regras abstratas da boa-fé.

Como vimos, no *common law* inglês não há previsão expressa do princípio da boa-fé, o que no direito americano não ocorre, eis que se pode observar a obrigação (dever) de negociar em atenção aos princípios da boa-fé, conforme previsão na Parte 3, no § 1-304. *Obligation of good Faith*⁷ do *Uniform Commercial Code*, que determina que a todo contrato ou a toda obrigação prevista dentro do *Uniform Commercial Code* se impõe uma obrigação de agir em boa fé, tanto no momento do seu desempenho, quanto no momento da sua execução. Também há no § 205 do *Restatement (2nd) of Contracts*⁸ que impõe a cada parte um dever de boa fé e de justa negociação nos contratos, desde a fase de negociação até a sua execução.

Entretanto, também os tribunais americanos não admitem que se imponha o dever da boa fé em detrimento às cláusulas de um contrato formalmente constituído. Segundo apontamentos feitos por Allan Farnsworth, a posição tradicionalmente adotada é a da liberdade contratual em que é permitido as partes desistir das negociações a qualquer tempo e sem a necessidade de apresentar jutos motivos. Nesse sentido, as partes que resolvem entrar em negociações, acabam por assumir totalmente os riscos tanto de alcançar os objetivos (conseguir os lucros desejados) quanto de suportar os prejuízos em caso de frustradas as pretensões. Ainda segundo o autor, prevalece nos tribunais a visão da tradição do aceite da oferta, onde a parte que recebe a oferta fica protegida pela faculdade de aceita-la enquanto válida, ou seja, antes de sua revogação. Entretanto e ainda segundo as ponderações feitas por Allan Farnsworth, essa visão tradicional do aceite da oferta vem encontrando obstáculos para sua aplicação, eis que

⁷ Uniform Commercial Code - § 1-304. Obligation of Good Faith - Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement., Recuperado em 16 fevereiro, 2023 de <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304>.

⁸ Restatement Second of Contracts - § 205. Duty of Good Faith and Fair Dealing – Every contracts imposes upon party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement. (§ 205. Dever de Boa Fé e Negociação Justa Todo contrato impõe a cada parte um dever de boa fé e negociação justa em seu desempenho e sua execução.) - <https://docplayer.net/28746007-Restatement-second-of-contracts.html>

aos contratos atuais, oriundos de negociações cada vez mais complexas, dificilmente se aperfeiçoam sobre o sistema tradicional da oferta e da aceitação.⁹

É possível verificar a construção de uma doutrina a partir da jurisprudência dos tribunais do *common Law* – mais comum na jurisprudência inglesa - a figura jurídica do *promissory stoppel*. Essa doutrina cuida de impossibilitar que os negociantes que emitem certas declarações sobre a qualidade do bem, voltem atrás em suas afirmações. Esta construção jurisprudencial funciona apenas como um impedimento, noutros dizeres, caso o declarante alegue que eventuais declarações realizadas na fase pré-contratual e que constarem expressamente no contrato não poderão surtir seus efeitos jurídicos quando da execução do contrato e pode gerar o dever do declarante em arcar com eventuais indenizações. Entretanto, a figura jurídica do *promissory stoppel* não tem o condão de criar um novo direito a outra parte, se limitando a estipulação de indenizações.

I.5 – Os princípios jurídicos aplicáveis aos contratos no *common Law*.

Ainda, características importantes a serem contempladas no presente estudo ainda com o objetivo de compreender de maneira mais profunda o mecanismo jurídico das cláusulas de declaração e garantia são os princípios aplicáveis aos contratos afetos às cláusulas de declarações e garantias: princípio *caveat emptor*, a regra da *parol evidence rule*, e a regra *ejusdem generis*. Apesar de não levar em sua terminologia jurídica a chancela de princípio, as regras da *parol evidence rule* e *ejusdem generis*, como se verá adiante, ambas funcionam como regras tradicionais norteadoras da interpretação dos contratos e, por consequência aplicáveis na interpretação das cláusulas de declaração e garantia.

I.5.1 – A regra da *parol evidence rule*.

A *parol evidence rule* é uma regra tradicional oriunda da ação interpretativa do *common Law* Estadunidense, de larga aplicação nas cláusulas dos contratos de fusão ou nas cláusulas de restrição probatória, e neste último, referem-se às regras de condução nas hipóteses de produção de provas orais sobre cláusulas contratuais.

A regra também conhecida como *four corners of the contract rules*, traduz a essência da *parol evidence rule* ao priorizar que as intenções das partes devem ser

⁹ Farnsworth, A.E. *Precontractual liability and preliminar agréments: fair dealing and failed negotiations*. *Columbia Law Review*, vol. 87, n.2, mar./1987, p. 221-223

estipuladas por escrito. O contrato escrito é o regramento completo e exclusivo, único e irrefutável das obrigações nascidas entre s contratantes, e apenas aquilo que estiver estipulado nos “quatro cantos de suas laudas” – o contrato se lê apenas pelo que existir entre os quatros cantos da folha “*four corners*” é que dever ser considerado para a interpretação da intenção dos contratantes. Noutros sentidos, pode-se afirmar que o que não estiver estipulado no contrato por escrito não tem validade.

Nesse particular, é tradição no direito Estadunidense a prevalência absoluta das evidências documentais – produzidas por meio de documentos escritos - em detrimento às evidências as produzidas de forma oral, sendo estas últimas consideradas deveras frágeis, viciadas pela parcialidade e pela incerteza porquanto os documentos assinados pelas partes sempre prevalecerão. Este entendimento é o mesmo de se afirmar que as provas testemunhais jamais terão o condão de contrariar os termos de um contrato escrito e assinado, ou qualquer documento que exprima a intenção dos signatários, que traduza a livre manifestação de vontade das partes.

Noutros dizeres a *parol evidence rule* não admite que se interprete aquilo que está escrito por aquilo que não foi escrito. As evidências apresentadas de forma não escrita não servirão para modificar, acrescentar ou restringir, contradizer ou confirmar tudo aquilo que foi consignado no documento escrito.

Nesse sentido, todas as alegações de que aquilo que constou das cláusulas do contrato devem ser interpretados de acordo com o contexto da negociação, levando-se em consideração mensagens trocadas na fase pré-contratual, por hipótese, tão usual em disputas judiciais que tratam da interpretação da intenção das partes contratantes, pela regar do *parol evidence rule* não deverão ser levadas em consideração, devendo prevalecer o escrito no contrato, em detrimento absoluto ao que fora escrito ou tratado de forma verbal antes da sua celebração definitiva.

Conclui-se que na interpretação dos contratos, em relevância à regra do *parol evidence rule*, que não apenas aquilo que fala sobre o contrato deverá ser levando em consideração, como também qualquer fragmento escrito, quer seja troca de mensagens ou quaisquer outros acertos, minutas e protocolos de intenções - *Memorandum of Understanding* -, se não forem de certa forma introduzidos, referenciados ou até mesmo reproduzidos no contrato, não deverão ser considerados para fins de execução dos

contratos, ficando tais acordos (verbais ou escritos) às margens da apreciação do poder judiciário.

Como mencionado no início deste ponto, a regra de que tratamos aqui é um entendimento tradicional dos tribunais Estadunidenses e, por tradicional, entende-se de tratar de aplicações antigas, remontando ao século XIX, mas que sofreu suas “repaginações” ao longo do século XX, o que nos permite dizer que foram amenizadas, ou até mesmo, mitigadas pela modernidade das relações contratuais, reflexo da evolução dos negócios praticados impostos pela crescente presença do capitalismo naquele país.

I.6 – Cláusulas de declaração, de garantia e *indemnities*.

Analisadas as principais características e dos princípios mais relevantes aplicáveis nos contratos à luz do *common law*, passamos ao estudo das cláusulas de declaração e garantia, entretanto, importante iniciarmos o estudo analisando a estrutura das chamadas *indemnities*.

1.6. I. As *indemnities*, ou como preferimos nos referir o “acordo de indenização” é a estipulação contratual que confere aos contratantes a promessa de proteção de perdas originadas por um ou por vários acontecimentos, afetando diretamente o negócio celebrado. Neste acordo, uma das partes promete um pagamento certo (pound-for-pound) por perdas experimentadas pela outra parte, específicas a determinados eventos¹⁰. Afastamos a tutela conferida pelo dano, eis que pela estipulação da vontade das partes e para que o pagamento ocorra (obrigação), não haverá necessidade de configuração de dano em sentido jurídico, apenas a verificação de dados objetivos: a ocorrência do evento estipulado nas cláusulas gera o dever de ressarcimento na exta extensão da perda sofrida, não havendo a necessidade de se comprovar, por hipótese, a existência ou não dano.

A vantagem do acordo de indenização no *common law* é libertada das partes em estabelecer livremente o alcance do ressarcimento, podendo abranger não apenas as perdas, como também danos causados pelas perdas (danos por ricochete), despesas, gastos com honorários de advogados, demandas judiciais movidas por terceiros, dentre outros. Além destas vantagens, podem as partes incluir outros indivíduos que não

¹⁰ BISMARCK, N.V., *Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom*, 1ª Edição, Wolters Kluwer, Zuidpoelsingel, 2013, p.40.

fizeram parte da contratação originária: há possibilidade de estabelecer, por exemplo, ressarcimento para a própria sociedade alvo da aquisição, já que esta não é parte contratante, e sim objeto da transação.¹¹ Essa seria a principal causa da adoção do acordo de indemnização nos contratos de aquisição de sociedades empresárias no Reino Unido, devido às regras específicas tributárias que acabam por impor à sociedade alvo o recolhimento de tributos em virtude de benefícios aferidos pelo acionista: a sociedade alvo efetuaria o recolhimento dos tributos que seriam ressarcidos por meio das indenizações estipulados em contrato¹².

1.6.II. Analisada a estrutura principal do acordo de indemnização, necessário avançar para a análise conceitual das cláusulas de declaração e garantia, para ao final estabelecer a relação entre os institutos estudados nesse capítulo.

O conceito de cláusulas de declaração no *common Law* nos remete à ideia de uma afirmação formal (expressa) ou implícita feita pelo vendedor ao comprador, em momento anterior à contratação ou no momento da instrumentalização do contrato, com relação a fatos passados ou atuais, à circunstâncias ou ao estado de fato referente à sociedade, pertinentes ao contrato, que influenciam ou que pudessem influenciar na contratação. Noutros dizeres, as declarações que aqui cuidamos deverá, necessariamente, ter a relevância de influir na contratação, de modo que eventual falsidade ou fraudulência poderia levar ao comprador a desistir do negócio.

Os efeitos das cláusulas de declarações atingem a declaração de vontade, no caso, na vontade de contratar ou não contratar; de compra ou de não comprar determinadas participações societária. Noutros dizeres, a eficácia das declarações, quando se tratarem de declarações relevantes falsas ou fraudulentas é, portanto, extracontratual. Importante perceber que as declarações influenciam na contratação e só podem assim ser entendidas quando realizadas em momento anterior à contratação, ou em sede de preliminares no momento da contratação.

Na Inglaterra, a consequência das desconformidades ou violações das cláusulas de declaração é regulada por lei, mais precisamente no *Misrepresentation Act* que, em seu artigo 1º que estabelece “Removal of certain bars to rescission for innocent

¹¹ Sinclair, N., *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*, 9ª Edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2014, p. 5; Bismarck, N.V., *Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom*, 1ª Edição, Wolters Kluwer, Zuidpoolingel, 2013, p.40.

¹² Sinclair, N., *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*, 9ª Edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2014, p. 3 e 4.

misrepresentation”¹³. Nesse sentido, a lei estabelece a possibilidade de remoção de barreiras para a resolução do contrato em casos de violação de uma declaração, estabelecendo, portanto, a possibilidade do beneficiário declaratório – no nosso caso de estudo, o adquirente – de anular o negócio.

Conforme bem observado por CATARINA TAVARES LOUVEIRO e MANUEL CORDEIRO FERREIRA, “*A rescission parece aqui corresponder à anulação do contrato (como sucede na essência do regime da resolução do Direito português, nos termos do artigo 433.º e ss. Do Código Civil) produzindo sempre efeitos retroativos (ex tunc) e impondo às partes o restabelecimento da situação que se verificaria se não tivesse sido celebrado o contrato*”¹⁴. Assim sendo, nos parece ser totalmente compatível com a aplicação na regra do artigo 289º, de modo a ser possível o reconhecimento desde possível o restabelecimento da situação que se verificava antes da celebração do contrato.

Desse modo, tomando como parâmetro o direito inglês, é possível estabelecer dois principais efeitos das declarações falsas ou fraudulentas, à escolha do contratante enganado: (i) o primeiro dos efeitos é a anulação do negócio, restituindo às partes ao status *a quo* da celebração do contrato, excepcionando os contratos em que fica impossível restabelecer os contraentes ao mesmo estado que se encontravam no momento anterior à celebração. Se imaginarmos a compra de participação societária, quase sempre será impossível restabelecer às partes a mesma posição d’antes da contratação. (ii) O segundo efeito é a pretensão indenizatória da parte prejudicada pelos prejuízos causados pelo declaratório – o que pode ser levado a efeito em conjunto com a anulação do contrato ou de forma autónoma, vedado o duplo ressarcimento -, sendo que a declaração seguirá como responsabilidade extracontratual, visando apenas recolocar a parte prejudicada no estado em que estaria se a declaração falsa não existisse. Neste ponto, apenas para efeito de comparação, se as declarações fossem admitidas como cláusula contratual, remeteria à responsabilidade contratual, devendo então a indemnização obedecer ao paradigma de recondução da parte à situação em que estaria se a afirmação fosse verdadeira.

¹³ Misrepresentation Act 1967, recuperado de <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/7>

¹⁴ Loureiro, C. T. & Ferreira, M. C., *As Cláusulas de Declaração e Garantia no Direito Português – Reflexões a Propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2016*, Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, Nº. 44, 2016, págs. 15-30 GeGe Global, Universidad de La Rioja, p. 22

1.6.III. A principal diferenciação entre as cláusulas de declaração e as cláusulas de garantia é que nesta sua eficácia é contratual, enquanto aquelas, como vimos, tem eficácia extracontratual. Conceitualmente, referindo-se às situações futuras, as cláusulas de garantias estabelecem promessas em relação à qualidade da coisa alienada, ou ao estado da sociedade, servindo como garantia na hipótese de que, após a celebração do contrato, o adquirente constatasse que a situação, ou as qualidades prometidas, não existem.

As garantias são promessas contratuais, não tratam de questões que formaram a vontade de contratar das partes, não abordando matérias fundamentais ao contrato, e assim sendo, não dão ensejo à pretensão de anulação do negócio, conduzindo à indenização independentemente de culpa. Portanto, o principal traço característico das cláusulas de garantia, em todas as hipóteses, é o de gerar apenas a pretensão indenizatória¹⁵.

Apesar das distinções conceituais, cláusulas de declarações e garantias podem existir e surtir efeitos simultaneamente, mesmo quando passíveis de causar confusão, quando, por exemplo, uma declaração feita em fase pré-contratual com o fito de influir na vontade de contratar é transportada para o contrato em si. Nesse caso, no direito inglês, a declaração incluída no conteúdo contratual assume o papel de garantia – eficácia contratual – sem perder a qualidade de declaração, podendo ser utilizada para a anulação do negócio.

Ainda assim, uma cláusula de declaração que não estiver incluída formalmente no conteúdo do contrato pode ser considerada como garantia, a depender da possibilidade do julgador em concluir que se trata de um pacto lateral de garantia (*collateral warranty*), por ser possível definir que a vontade das partes era de elevar determinada declaração ao status de promessa contratual.

Entretanto, os tribunais americanos tradicionalmente oferecem tratamento diverso às garantias contratuais, ou às afirmações fáticas sobre o estado e a qualidade da coisa, não admitindo como promessa contratual. Neste entendimento, tais afirmações referenciavam predicados fáticos do contrato, gerando eficácia extracontratual, como se fossem declarações e, portanto, deveriam ser objeto de provas processuais cujo ônus de

¹⁵ Mcmeel, G., *The construction of contracts: interpretation, implication and rectification*. 2ª Edição, Oxford University Press, 2011, p.554.

apresenta-las seria da parte prejudicada que pretendesse anulação do contrato. Esse ônus afastava a possibilidade dos compradores em se valer de remédios processuais por diversas razões, como por exemplo por terem conhecimento da falsa declaração ou porque celebraram o contrato por razões não especificadas nas declarações que apenas após a celebração do contrato se descobriu a falsidade ou a fraude.

Nesse sentido, as partes contratantes passaram a estabelecer em seus contratos a construção de cláusulas de declarações onde o vendedor “declara e garante que” determinada afirmação é verdadeira. Com essa estruturação de cláusula, muitos aplicadores do direito passaram a admitir que a cláusula de garantia conferisse à mera afirmação de um fato relacionado ao estado da coisa o status de uma promessa contratual de que tais declarações eram verdadeiras, transportando a eficácia antes extracontratual em uma obrigação contratual, atribuindo ao comprador (em verdade à parte prejudicada) uma pretensão independente, autônoma, lastreada na convenção de vontades dos contraentes, independentemente da existência de comprovação culpa ou de ciência da falsidade da declaração.

Portanto, a construção de cláusulas de declaração e garantia passou a ser costumeiramente utilizada nos contratos de aquisições de participações societárias por assegurar ao comprador o remédio necessário de ambos os institutos. Atualmente, as cláusulas de declaração e garantia abarca um sistema único de declarações, quando então ambas são atreladas às mesmas consequências jurídicas.

Neste cenário de compra e vendas de participação societárias, o comprador norte-americano passou a se valer da proteção de ambos os institutos. De se considerar, entretanto, que nem sempre a anulação do negócio é possível, ou desejada, principalmente quando tratamos de transferência de participações societárias. Nesse sentido é relevante destacar que, ainda que a utilização das cláusulas de declaração e garantia assegure a utilização dos remédios dos dois institutos, às partes é assegurada a possibilidade de estabelecerem regulação específica, em contrato, das consequências de uma violação da garantia de uma declaração.

Nos clausulados modernos de alienação de participações societárias é possível notar a recorrente preocupação em cuidar para que as cláusulas contratuais também

estabeleçam uma consequência jurídica exclusiva para os casos de violação e, em sua generalidade, a solução adotada é justamente o acordo de indenização¹⁶.

A questão sobre saber qual o regime jurídico deverá ser se aplicado em caso de declarações falsas e de garantias dependerá essencialmente da estipulação no contrato, ou da estipulação presente na cláusula de indenização. Apesar da diversidade de regimes, no *common Law* as consequências jurídicas aplicáveis frente às cláusulas de declaração e garantia não se diferenciam pelo fato das declarações se tratarem de fatos presentes ou passados ou de promessas futuras, uma vez que da mesma declaração podem ser extraído os remédios de ambos os institutos.

I.7 - *Sandbagging* como forma de negociação e a (im)possibilidade jurídica.

Sandbag, em uma tradução livre para o português, significa “saco de areia”. Na língua inglesa pode se apresentar dessa maneira, ou seja, como um substantivo, ou também como um verbo: *Sandbagging*.

O significado mais conhecido para *Sandbagging* está relacionado ao esporte: trata-se de termos comumente usados no xadrez ou no *pôquer* quando se pretende referir àquele jogador que, propositalmente, apresenta um desempenho bem abaixo de suas capacidades, quer seja por uma estratégia de jogo, quer seja para atrair apostadores.

Opiniões divergentes à parte, para muitos esses atletas astutos - que se utilizam de todos os subterfúgios do jogo gestual, intelectual e de paciência - podem ser considerados como adeptos da boa e velha “malandragem”, no bom sentido da palavra.

Mas qual a ligação de *Sandbagging* com termos e institutos jurídicos?

Oriundas do “Common Law” norte-americano e da Inglaterra, *Sandbagging* é o nome que se dá a determinadas cláusulas contratuais, comuns nos contratos de M&A (Mergers and Acquisitions, que traduzindo para o português significa Fusões e Aquisições societárias), que basicamente permite ao comprador ser indenizado por eventuais perdas e danos que lhe são causados por “declarações falsas” do vendedor, mesmo quando o comprador sabia que tais declarações não eram verdadeiras.

¹⁶ West, G.D. & Shah, K. M., (2007) *Debunking the myth of the sandbagging byer: when sellers as buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom?* The M&A lawyer, vol 11, p.5, recuperado de (<https://www.weil.com/~media/files/pdfs/sandbagging.pdf>)

Noutros dizeres, imaginemos a hipotética situação: um vendedor ávido para conseguir um comprador para sua empresa faz declarações tais que o convence a comprá-la. Geralmente tais declarações garantem que a empresa à venda é altamente rentável, não possui grandes passivos: o verdadeiro negócio da China!

Entretanto, o sabido comprador, desconfiado de que tais declarações “são boas demais para ser verdade”, resolve - ele mesmo - investigar melhor, e acaba descobrindo que a empresa não é tão rentável assim, que possui uma saúde financeira até que aceitável, mas bem pior do que declara o vendedor.

Nessa situação hipotética, comprador e vendedor resolvem fechar o negócio. O comprador faz o vendedor acreditar que ele confia em todas as informações por ele prestadas, e firmam o contrato com a cláusula de *pró-sandbagging*, permitindo a possibilidade de uma indemnização em eventuais perdas ou danos, oriundas das declarações prestadas pelo vendedor.

É fácil entendermos que erros, declarações falsas e inexatidões nas declarações de um vendedor podem gerar o dever de indemnizar o comprador que acreditou nestas declarações para fechar o negócio, desde que tenha experimentado prejuízos em função deste contexto.

Se o comprador sabia das inexatidões das declarações, fingiu desconhecer-las e fechou o negócio com o intuito de pleitear a indemnização, atingindo o vendedor com um *sandbag*, ou melhor, com uma demanda judicial, terá direito a indemnização?

A resposta pode ser sim, e em nada tem a ver com a “malandragem” insinuada no título deste texto.

Tudo dependerá se no contrato foram formuladas cláusulas para regulamentar essa situação (cláusulas *pró-sandbagging*).

O comprador que realiza uma boa *due diligence*, sobre a empresa que pretende adquirir, passa a ter mais conhecimento sobre ela do que o próprio vendedor. Quanto maior e mais complexa a operação de fusão, mais provável que o comprador consiga reunir informações tais que o coloque em uma posição de vantagem sobre o vendedor.

Sabendo disso e optando pelas cláusulas que autorizam a indemnização, o comprador passa a ter um poder maior de barganha, negociando as cláusulas de declaração e garantias com o vendedor, almejando, é claro, uma maior vantagem

financeira na operação, contando com a indenização pela inexatidão de tais declarações e garantias.

A inclusão dessas cláusulas se justifica, do ponto de vista do comprador, que pode alegar necessitar dessa segurança para poder realizar negócios que, geralmente, atingem cifras gigantescas. Também poderá alegar que, se as declarações e as garantias prestadas pelo vendedor são verdadeiras, este não tem nada a temer em aceitar eventuais indenizações sobre sua veracidade.

As cláusulas de declaração e de garantias prestados pelo vendedor têm impacto direto no preço dos negócios, mas esse é um “jogo” que pode ser jogado por dois: se por um lado tais declarações podem induzir algum comprador desavisado a fechar um negócio pouco vantajoso, também permite ao comprador bem-informado conseguir mais vantagens do que imagina o vendedor.

Em nossos tribunais, há entendimentos que não apenas aceitam tais cláusulas quando expressas, como também as considera nas omissões dos contratos.

Mas, nem tudo que reluz é ouro, e a medalha dessa disputa pode não estar nas mãos daquele que faz uso da tática do jogo de xadrez. Alguns tribunais sustentam que a confiança é um elemento necessário para a caracterização do dever de indenizar.

Nesse sentido, se o comprador diligenciou a ponto de saber de todos os problemas da empresa mesmo com as declarações prestadas pelo vendedor, é sinal que não confiou em tais declarações, que, por sua vez, não exerceram influência na decisão de fechar o negócio.

Recente decisão do TJ de São Paulo destacou a importância em se estabelecer as cláusulas de indenização em contratos de aquisições de quotas. O Acórdão da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de São Paulo decidiu demanda sobre o contrato de aquisição de quotas empresariais, em que os compradores foram obrigados a fazer um aporte na sociedade, para arcar com uma dívida originada de uma Reclamação Trabalhista já existente quando da aquisição.

A decisão de primeiro grau ressaltou que os compradores deveriam ter checado sobre a existência de eventuais demandas trabalhistas – dever de diligência empresarial. Por outro lado, o vendedor deveria ter comunicado aos compradores a existência da

demanda laboral, decidindo pela culpa concorrente entre as partes, com a condenação de ressarcimento, pelo devedor, de metade dos valores aportados na sociedade.

Em mencionado acórdão, o TJSP ressaltou que a decisão deveria ser mantida, pois também decorria de ausência de cláusulas de indenização (pró sandbagging) delimitando as responsabilidades atribuíveis a cada parte.

Nesse “jogo” de interesses opostos, muito comuns nas negociações de fusão e aquisição, é que, atualmente, atribui-se cada vez mais relevância às cláusulas Sandbagging, que garantem maior segurança jurídica nas transações para ambas as partes.

Capítulo 2 – BREVE ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 1 DE MARÇO DE 2016.

II. Destaque aos aspectos jurídicos relevantes do Acórdão

Trata-se de Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2016 tendo como gênese a análise de dois contratos de compra e venda de ações e as declarações e garantias deles constantes.

As sociedades “A” e “B”, integrantes do mesmo grupo, celebraram com as sociedades “C” e “D”, dois contratos de compra e venda de ações que atribuiriam às sociedades adquirentes o controlo da sociedade visada “F”.

Em referidos contratos, pelas vendedoras, foram formuladas várias declarações referentes à titularidade das suas ações e de sua situação económica, fiscal e sobre a inexistência de eventuais ônus, encargos ou dívidas sobre a propriedade destas ações. Também fizeram declarações sobre as qualidades da sociedade alvo da aquisição, notadamente àquelas referentes à situação de direito e económicas, assegurando a veracidade das informações em relação aos documentos relativos à prestação de contas da sociedade e da situação fiscal. As vendedoras ainda declaram que todas as informações prestadas representadas pelas documentações apresentadas eram verdadeiras e refletiam a verdadeira situação da sociedade visada, não contendo omissão ou defeitos a ponto de diminuir o valor do negócio ou de tornar inverídicas as informações prestadas.

Por parte das adquirentes, em um dos contratos celebrados, foi ainda inserida cláusula em que as vendedoras terem conhecimento de que a intenção de adquirir as ações da sociedade “F”, de propriedade de “C” e “D”, levou em conta as declarações por estas realizadas e as garantias apresentadas nos contratos, essencialmente o fato de ser garantida, pelas vendedoras, a exatidão e a veracidade das informações prestadas.

O contrato celebrado ainda previa um pacto de indemnização, onde as vendedoras se comprometeram em indemnizar as adquirentes por todos e quaisquer danos eventualmente por elas suportados em razão de inconformidades com as declarações e documentações apresentadas. A

responsabilidade das vendedoras, nos dizeres do mencionado acórdão, abarca todos os prejuízos, a saber, *“lucros cessantes, dívidas, diminuição patrimonial”*, incluindo despesas com custas judiciais honorários de advogados e demais profissionais envolvidos da contenda, que sejam derivados de forma direta ou indireta.

Para melhor percepção da contenda, mister utilizarmos dos termos constantes do próprio Acórdão para estabelecermos as fundamentações e os principais contributos interpretativos por ele lançados, que irá ser de grande valia para o desenvolvimento do estudo.

O primeiro aspecto a ser abordado é o reconhecimento, pelo STJ, da admissibilidade das cláusulas de declaração e garantia como um regime autónomo estabelecido pelas partes, que emana da liberdade contratual, esclarece *“que as convencionadas cláusulas de garantia não podem deixar de ser consideradas, legalmente, admissíveis, porquanto emanadas da liberdade contratual que dá materialização à autonomia privada das partes, não se sustentando e, muito menos, demonstrando que o respetivo conteúdo exorbite, por qualquer modo, dos limites da lei (art. 405º, nº1, do CC)”*¹⁷.

Como mencionado, no caso prático abordado pelo Acórdão, as partes estabeleceram contratualmente cláusulas de declaração, de modo a estabelecer que tais informações referem-se aos balanços contábeis que não acusavam discrepâncias entre a existência de fundos para saldar credores, o que não se verificou após a auditoria feita pelas adquirentes, que constatarem discrepâncias contabilísticas significativas.

Entre as partes também foram pactuadas uma cláusula de garantia *“segundo a qual as vendedoras, aqui recorridas, responderiam automaticamente - isto é, de forma objectiva – pelas divergências entre o que expressamente declararam quanto à situação económico-financeira das sociedades vendidas e a realidade, “haja o que houver”*¹⁸, claramente atribuindo uma responsabilidade objetiva às vendedoras, extraído dos contratos analisados a verdadeira intenção das partes em estabelecer um regime próprio de garantias, *“em que as recorridas asseguraram expressa,*

¹⁷ Acórdão do STJ de 1 de março de 2016, p. 29/32

¹⁸ Acórdão do STJ de 1 de março de 2016, p. 3/32.

*irrevogável, incondicionalmente e sem reservas, a verificação de determinadas qualidades das sociedades objecto do negócio*¹⁹”.

Nesse ponto, o Acórdão passa a traçar uma das características de uma cláusula de garantia estipulada em contrato de compra e venda de participações sociais, ao defender a ideia de alocar riscos da negociação de forma a garantir a existência de certas qualidades do objeto da compra e venda de tal modo a proporcionar ao comprador soluções frente à falta de visibilidade de certas condições qualidades do objeto. Não se trata, portanto, de uma obrigação de garantia, que reconduziria a um comprometimento comportamental, *“mas à assunção do risco da desconformidade entre a situação declarada e a real situação das sociedades objecto do negócio”*.

Mencionando o autor FÁBIO CASTRO RUSSO²⁰ reafirma que o vendedor, ao realizar declarações sobre as qualidades essenciais do objecto da compra e venda, responde por eventuais inconformidades em relação àquilo que afirma, “haja o que houver”, ou seja, não assume uma obrigação comportamental, mas garante a situação que afirmou ser verdadeira, independentemente de culpa ou dolo, afastando a questão da aplicação das consequências do incumprimento tradicional, direcionando a solução para um dever de indemnizar, quando entende *“Lúcida e correta se afigura, pois, a consideração expendida pelas recorrentes de que “não existindo incumprimento em sentido clássico, a violação da cláusula de garantia não gera um dever de indemnizar na aceção do regime legal da responsabilidade civil, mas apenas um dever de prestar em sentido estrito, correspondente à diferença entre o valor económico-financeiro da sociedade garantido pelas recorridas através das contas apresentadas e o seu valor real, que teria determinado o preço do negócio”, diferença essa que, em nosso entendimento, constitui o dano sofrido pela garantida e que as recorridas sustentam inexistir.*²¹”

Desse modo é possível apresentar um resumo dos pontos mais importantes desta que é uma decisão que marcou um ponto de virada na concepção jurídica das cláusulas de declaração e garantia em contratos de compra e venda de participações sociais de

¹⁹ Acórdão do STJ de 1 de março de 2016, p. 4/32.

²⁰ Acórdão do STJ de 1 de março de 2016, p. 27/32, cit. RUSSO, Fábio Castro, Das Cláusulas de Garantia nos Contratos de Compra e Venda de Participações Sociais de Controlo, Direito das Sociedades em Revista, Ano 2, Vol. 4, p. 115 e segs.).

²¹ Acórdão do STJ de 1 de março de 2016, p. 29/32.

controlo: (i) as cláusulas de declaração e garantia devem ser consideradas válidas, funcionando como um regime autónomo e de aplicação automática, em virtude da liberdade contratual das partes fundamentada na aplicação direta do artigo 405.º do Código Civil; (ii) Reconhecida a responsabilidade objetiva do vendedor que faz as declarações e presta informações essenciais sobre o bem (no caso, a sociedade alvo), “*haja o que houver*” que, segundo a decisão, afasta possíveis interpretações que reconduziria a questão para o âmbito de uma obrigação comportamental; (iii) O Acórdão afasta o enquadramento do conceito legal de dano, estabelecido no artigo 564.º do Código Civil, noutros dizeres, caso verificada a desconformidade entre a situação declarada e a situação de facto da sociedade, o vendedor não estaria obrigado a indenizar, mas vinculado a um dever de prestar que corresponderia ao pagamento da diferença entre o valor garantido da sociedade e o valor real considerando as vicissitudes constatadas.

II.2. Limitações da decisão

Na maior parte das decisões judiciais, como no caso do Acórdão ora analisado, a decisão produz efeitos *inter partes*, eis que analisadas à luz e dentro dos limites do caso concreto meditado, o que impede de extrairmos recortes mais aprofundados sobre o complexo tema das cláusulas de declaração e garantia. Por outro aspeto, não se pode olvidar de reconhecer as importantes análises deste instituo – e até então inéditas – à luz do Direito português.

O Acórdão acertadamente se dedicou em se pronunciar cuidando de referir-se de maneira correta à natureza das cláusulas de declaração e garantias, ao considera-las verdadeira garantia com gênese na estipulação contratual entre as partes, consagrando assim o regime da liberdade contratual. Entretanto, a decisão analisada, salvo melhor juízo, não apresentou elementos para direcionar o estudo para outras questões, como por exemplo, mas não se limitando à (i) abrangência, relevância e impacto da auditoria realizada pelas partes, (ii) à abrangência do dever de informação do vendedor e, se existente, se o dever de prestar informações independe da auditoria realizada e (iii) definir se existem limites legais à autonomia contratual das partes, em quais pontos, ou se em sua totalidade, estes regimes legais devem ser aplicados e (iv) uma análise fundamentada para a decisão de aplicar critérios de indenização próprio, afastando o conceito legal de indemnização do art. 564.º do Código Civil.

Estes e outros pontos serão objeto de análise no presente estudo, entretanto a análise acerca dos critérios de indenização merece maior atenção nesse ponto do estudo. Isso se deve ao fato de que, apesar de reconhecer a autonomia das partes fundada na liberdade contratual, o Acórdão preferiu não acatar a forma de indenização prevista no contrato celebrado, não considerando a abrangência do “prejuízo” adotado nas cláusulas de garantia, adotando o critério da diferença entre o valor garantido e o valor real da empresa.

No caso analisado, a compradora verificou – por meio de uma auditoria realizada - que a sociedade alvo não teria fundos para saldar credores e fornecedores, conforme declaração formalizada em contrato pelas vendedoras, o que reduziria o valor das participações adquiridas, que deveriam ser indenizados como “*Prejuízos*”, conceito este definido em cláusula de um dos contratos analisados, segundo a qual as vendedoras obrigaram-se a indenizar as compradoras “*por todos os prejuízos, incluindo, sem limitação, lucros cessantes, dívidas, diminuições patrimoniais, perdas, custos (abarcando, sem limitação, custas judiciais, honorários razoáveis de advogados, solicitadores e outros consultores) e danos (“Prejuízos”).*

No mesmo sentido, os juízes também optaram por não aplicar o conceito legal de prejuízo contido no artigo 564.º do Código Civil, como dissemos anteriormente, que abrangeria “*não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão*”.

Certamente, o tribunal não se deteve em aprofundar nestas questões por não ter sido chamado para se pronunciar sobre o tema, o fato é que a decisão não foi desenvolvida suficientemente a ponto de ofertar elementos capazes de conduzir um raciocínio para estabelecer-se conclusões, parâmetros e requisitos sobre o tema. Nesse sentido, é possível afirmar que quanto mais detalhadas e abrangentes foram as cláusulas de declaração e de garantia em relação a forma de indenização, maiores serão as chances de serem aceitas, pelos tribunais, a forma do cálculo estipulada, por força do amplo reconhecimento da sua admissibilidade em função do regime da liberdade contratual.

Capítulo 3 – PARTICIPAÇÕES DE CONTROLO E A *DUE DILIGENCE*

Enfrentados os estudos preliminares sobre as cláusulas de declaração e garantia, percebendo a natureza jurídica do instituto e sua interpretação no *common Law* como ponto importante do para compreensão do tema, passamos a estudar questões relativas às negociações de participações societárias de controlo para que, no ponto mais avançados, possamos entender a aplicação das garantias nos contratos que regulam esse tipo de operação.

A pretensão deste ponto da investigação é enfrentar as questões mais comuns que surgem a partir de negociações de participações sociais, especificadamente nos contratos de compra e venda de participações acionistas e mais precisamente tentar elucidar os pontos críticos das desconformidades que porventura surjam desta relação. Trataremos então da expectativa do comprador e as circunstâncias em que as desconformidades por ele encontradas deverão ser consideradas como uma violação das obrigações assumidas no contrato de alienação. A partir das conclusões, tentar explicar de maneira clara quais as tutelas jurídicas possíveis de assegurar os direitos do Comprador, apontando os regimes jurídicos aplicáveis.

De forma a especificar ainda mais os estudos, analisaremos o contrato de compra e venda de participações acionistas de controlo, excluindo as sociedades abertas e as especificidades, notadamente em relação ao uso de informações privilegiadas nas negociações no mercado²² e os deveres específicos de informação ao mercado. Neste cenário, o estudo irá considerar o tratamento devido aos contratos que incluam em sua formação as cláusulas de declaração e garantia, noutros dizeres, considerar-se-á o clausulado dotado de regulação autônoma das consequências da desconformidade em relação às declarações e às garantias estabelecidas. Com o propósito de desenvolver o estudo sob a óptica do Comprador e com o fito de apurar as responsabilidades do devedor, essencialmente sobre o dever de informação, a investigação ainda irá se dedicar de forma mais pormenorizada a elucidar os problemas que envolvem o dever de informação, na realização da “*due diligence*”, esclarecendo até que ponto a auditoria realizada pelo Comprador exime de responsabilidades o devedor.

²² Chamadas *insider trading*: prática exercida por integrantes de determinada empresa aberta, que fazendo uso de informações privilegiadas, negocia ações no mercado de ações com bases nestas informações que não são de domínio público, com o objetivo de obter vantagens sobre os demais investidores que desconhecem as certas circunstâncias capazes de determinar a real situação em que a CIA se encontra.

Assim, em resumo, esse pondo do presente estudo tem como alvo os contrato de compra e venda de participações acionistas de controlo (venda de empresa), excluindo-se as sociedades abertas²³ e aquelas em estado pré-insolvental, que visem venda de participações a um comprador estranho à sociedade e dotadas de regimento autónomo das desconformidades (declarações e garantias).

III.1 – Participações de controle e a caracterização da venda de estabelecimento empresarial

Ponto de partida para definirmos o que são participações de controlo é a análise dos requisitos estatuídos na lei, aqueles elencados no artigo 486 do Código das Sociedades Comerciais – doravante CSC-, que trata da sociedade em relação de domínio, sendo de muita importância para nosso estudo os conceitos nele delimitados.

Mencionado dispositivo trouxe importante inovação ao Direito português, estabelecendo a noção de relação de domínio tendo como fonte a lei alemã que adota a ideia de “influência dominante”, que presume a existência de um grupo quando uma das sociedades possui a maioria da participação no capital de outra empresa²⁴.

No Direito português o conceito de sociedades em relação de domínio vem expresso na redação do n.º 1 do Artigo 486º do CSC, que estabelece o conceito de relação dominante com sendo o poder de exercer uma influência dominante que uma sociedade, dita dominante, tem sobre outra sociedade, dita dependente. Nesse primeiro ponto importante destacar o termo “influência dominante” que revela a suscetibilidade ou a potencialidade de uma sociedade exercer um poder sobre outra sociedade, através de imposição de decisões oriundas do poder de direção.²⁵

Relação de domínio, no entanto, não se confunde com relação de grupo, que por sua vez refere-se à sociedade que detém a maioria da participação societária de outra, remetendo à previsão do Artigo 488º do CSC ou caracteriza-se pela existência de um contrato de subordinação (Artigo 493º do CSC). Entretanto nestes casos verificamos

²³ Pires, C. M., (2019) *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra.

²⁴ Cordeiro, A. M. (2020), *Código das Sociedades Comerciais Anotado: Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais(DLA)*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, p.1572 e 1573.

²⁵ Cordeiro, A. M. (2020), *Código das Sociedades Comerciais Anotado: Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais(DLA)*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2020, p.1574.

a existência simultânea das relações de domínio e de grupo de empresas que, por não serem incompatíveis, podem ser aplicados cumulativamente.²⁶

O exercício de uma influência de facto na administração de uma sociedade, por outra sociedade, em atenção aos critérios estabelecidos no n.º 2 do Artigo 486º que serão analisados na sequência, estabelece uma relação de domínio, mas não apenas o exercício de facto: a simples possibilidade de exercê-lo também determina a relação de domínio, ainda que este não seja efetivamente praticado. Essa influência pode ser concretizada por diversos meios, (i) pela direção unitária, (ii) influência sobre a administração e influência sobre a assembleia, caracterizado pelo poder de escolha dos administradores ou pelo poder exercido pela assembleia ou por qualquer outro meio diverso, (iii) influência advinda do controlo de acionistas – influência interna - ou de controlo por meio de contratos celebrados entre as sociedades (controlo contratual), (iv) influência direta e indireta e da (v) influência do domínio conjunto, quando duas ou mais sociedades independentes e que isoladamente não possuem poder de controle, resolvem coordenar suas atuações de modo a produzir um poder de controlo sobre a sociedade alvo.

Através das muitas possibilidades de concretizar o poder de influência, é cediço que não há um conceito definido de influência dominante e, nesse sentido é que o legislador procurou estabelecer critérios formais para que seja presumida a relação de domínio de uma sociedade por outra, estabelecidos no n.º 2 do Artigo 482º do CSC.

A presunção de relação de domínio dependerá, portanto, da verificação de uma participação maioritária no capital, previsto no n.º 2 alínea a), e da verificação da existência de uma obediência dos administradores às diretrizes traçadas pelos acionistas detentores de mais da metade dos direitos de votos. A alínea c) nos remete a critérios de presunção semelhantes: o poder de uma sociedade em escolher mais da metade nos membros do órgão de administração ou dos órgãos de fiscalização. Os critérios de presunção estabelecidos nos aludidos artigos da lei não devem representar um rol taxativo, pois não esgotam as possibilidades de tipos de relação de domínio, sendo que

²⁶ Cordeiro, A. M. (2020), *Código das Sociedades Comerciais Anotado: Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais(DLA)*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, p.1574.

para o efeito de reconhecimento da sua existência, devem ser considerados todos os meios possíveis capazes de exercer ou de facultar a influência em decisões societárias.²⁷

Assim, a alienação de participação societária que transporta o adquirente ou a sociedade adquirente a uma relação de domínio sobre outra sociedade, deverá ser considerada um contrato de transferência de participação de controlo.

Nesse sentido, as compra e venda de participações de uma sociedade pode, ou não, ser equiparadas à compra e venda de um estabelecimento empresarial. Sabemos que em uma compra e venda de ações de uma empresa, o objeto do contrato são as participações, cujo valor do negócio é atribuído pelo valor de mercado das ações e dessa forma, a tutela em casos de eventuais vícios deveriam atender apenas a fração da participação vendida. Entretanto, pacífico é o entendimento que admite a equiparação de venda de participações societárias à venda da empresa propriamente dita, sendo apenas os critérios a serem adotados para sua equiparação alvo de questionamentos²⁸.

Assim, entendemos que o ponto de partida justo e adequado para verificação da aludida equiparação é mesmo saber se estamos diante da venda de participações de controlo, analisando os critérios conceituais e formais – entretanto tomando cuidados para não limitar-se a eles – contidos no Artigo 486º do CSC, buscando extrair do contrato a intenção das partes e a devida análise no caso concreto das presunções estatuídas no n.º.2, identificando o poder de influência nos moldes aqui relatados. Havendo alienação de participações de controlo, ainda que de frações de participação, estaremos diante de verdadeira venda de empresa.

III.2 – O dever de informação pré-contratual e a *due diligence*.

Diante do propósito deste estudo, a percepção dos deveres das partes em uma relação contratual, ainda que de maneira geral, será necessária para compreensão da relação da *due diligence* com as cláusulas de declaração e garantia. No caso da *due diligence*, estabelecer os deveres pré-contratuais é o que nos importa e o seu estudo não se apresenta de uma maneira simples, justamente por não existir, quer seja no regime da

²⁷ Cordeiro, A. M. (2020), *Código das Sociedades Comerciais Anotado: Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, p.1576 e 1577.

²⁸ Loureiro, C. T. & Ferreira, M. C. (2016), *As Cláusulas de Declaração e Garantia no Direito Português – Reflexões a Propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2016*, Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, Nº. 44, págs. 15-30- GeGe Global, Universidad de La Rioja

compra e venda, quer seja na lei civil, nenhum dispositivo legal capaz de impor às partes um dever geral de informação.

Podemos considerar a informação, em um sentido mais amplo como sendo o conjunto de exposições que dão conta de certa situação de facto que tratem de pessoas, coisas ou qualquer outro tipo de relação existente²⁹ e que, em uma relação contratual e até mesmo desde a relação negocial que abarca o início da relação pré-contrato, as partes buscam conhecimento sobre o objeto da compra e venda, sobre os vendedores e sobre os adquirentes, para então partirem para a conclusão, ou não, do negócio.

Como afirmado, não há no Direito português dispositivo legal que imponha o dever de informação, como raros são os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo que estabelecem essa imposição. Rara exceção nesse sentido é o Código de Defesa do Consumidor - CDC - brasileiro, que no inciso III do art. 6º, estabelece como direito do consumidor e, portanto, dever do fornecedor de produtos e serviços, “*a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*”. Não são raras as questões levadas aos tribunais brasileiros relacionados ao dever de informação previsto nas relações de consumo, que por sua vez, admitem que o dever de informar é necessário para a formação da vontade do consumidor em realizar ou não a contratação dos serviços, ou de compra dos bens ofertados.

Nesse sentido, o Ministro do STJ explica que “*Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social. Na atividade de fomento ao consumo e na cadeia fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus proativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (caveat emptor)*”³⁰. Como se extrai do texto da lei e do voto do entendimento dos tribunais, estamos diante de uma espécie de dever de informação pré-contratual, mas que pela natureza específica da relação que pretende regular, não deve ser aplicado em outras escalas. A relação consumerista no Direito

²⁹ Monteiro, J. S. (1989)- *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 130 e ss .

³⁰ Martins, H., REsp 1364915/MG – Recurso Especial, maio 14, 2023 recuperado de https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300216370&dt_publicacao=24/05/2013.

brasileiro recebe tutela especial do ordenamento jurídico nacional, em atenção a princípios específicos da relação de consumo que visa a proteção do consumidor e o fomento da atividade de consumo e, portanto, o direito/dever de informação contido na lei específica – CDC – não é aplicado nas demais relações contratuais de compra e venda.

O ordenamento jurídico português e seu modelo de lei civil não obriga o vendedor a prestar informações na fase pré-contratual, não sendo a ele imposto o dever de comunicar o comprador das qualidades ou defeitos do objeto da negociação para formar a vontade deste em realizar o negócio. Sabemos que a informação negocial possui peso valioso na precificação do objeto da negociação e as partes podem querer guarda-las como um trunfo da negociação³¹ ou algum poder de influir no valor final da contratação, e até mesmo para negociar eventual acordo de indemnização.

Igualmente comum na tradição romanística, na lei civil portuguesa (assim como na lei civil brasileira) o princípio da boa-fé estatuído no artigo 762º, n.º 2 e 227º do Código Civil conferem às informações pré-contratuais status de obrigação, um dever do vendedor de informar ao comprador de maneira antecipada as características da empresa (transferência de participação de controlo), incluindo eventuais defeitos ou informações com potencialidade de influir na vontade de celebração do contrato do comprador.³² Nesse particular, o n.º 1º do artigo 227º estabelece a necessidade de verificação das regras da boa fé na fase preliminar do contrato, noutros dizeres, obrigam as partes, reciprocamente, por meio da tutela de confiança, a cuidar do objetivo principal da contratação de forma a preservar o resultado útil da negociação e, nos termos do n.º 2º do artigo 762º, continuarem a proceder de boa fé na execução da contratação.

Dessa forma e analisando os dispositivos, é que se conclui que tanto as informações pré-contratuais que geralmente não compõe o clausulado do contrato, quanto às cláusulas contratuais encontram-se amparadas na esfera obrigacional imposta pela boa-fé. Como observado por CATARINA MONTEIRO PIRES, “os deveres de informação pré-contratuais partilham uma fundamentação análoga aos deveres de informação contratuais, entroncando no pensamento comum da boa-fé, manifestando-

³¹ Pires, C. M.(2019), *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra, p. 22.

³² Pires, C. M., *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra, p. 22.

se, em ambas as fases da vinculação, num plano acessório, de deveres de conduta impostos *a latere*.”³³.

Parece pacífico na doutrina que o dever de informação visa fornecer aos contraentes subsídios necessários para a formação da vontade de contratar, de modo a reduzir as desigualdades ao acesso às informações, quando aquele que possui maior acesso aos elementos essenciais referentes à qualidade do bem negociado tem o dever de fornecê-los a outra parte. Fica latente a intenção de proteção da parte mais vulnerável na relação contratual, aquela carente de elementos de segurança em contratar, no caso em estudo essa parte é o adquirente.

Entretanto, sabemos que no universo de negociações empresariais, costumeiramente nos deparamos com estruturas de empresas muito mais complexas, quer seja pela natureza de atividade explorada pela empresa, quer seja pela estrutura societária apresentada, situações estas em que a quantidade de informações é igualmente intrincada, abstrata que podem ou não ser relevantes para o adquirente. Nesse sentido, estamos diante da questão de saber quais as informações são realmente relevantes para a formação da vontade de contratar, e mais do que isso, saber eventuais omissões de determinadas informações devem ser consideradas como violação da boa fé contratual.

Por se tratar de deveres pré-contratuais, podemos considerar que a falta de uma informação importante em relação ao objeto da compra e venda pode gerar a nulidade e o dever de indemnizar, a depender do contexto específico do contrato. Conclui-se disto ser de imensa importância o fornecimento de informações do vendedor ao adquirente, notadamente as que versem sobre factos que o comprador não sabe ou não teria como saber, referentes às causas e naturezas dos riscos, não em relação às atividades da empresa, mas em relação ao negócio, em especial as informações que podem representar algum impedimento do negócio, ou com potencialidade de frustrar o objetivo negocial. Temos a ideia então de tutela do negócio, do comércio jurídico, baseada nos preceitos da boa-fé. Desse modo, considerável é a possibilidade de exclusão do dever de informar, aquelas situações que tem a potencialidade de diminuir o valor do negócio, noutros dizeres, não podemos assegurar que as informações que representam mero risco associado, não tratado na negociação e que não represente

³³ Pires, C. M., (2019) *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra, p. 23.

circunstância impeditiva à execução do contrato estejam na esfera da obrigatoriedade de factos a serem revelados pelo vendedor.

Emerge do dever de prestar a informação, um dever – também fundado na boa-fé - de prestar informações verdadeiras. As informações falsas tem a potencialidade de induzir um dos contraentes em erro, ao entenderem estar comprando certa sociedade com características e potencialidades distintas do que as que realmente possuem. A declaração ou a informação falsa que induz ao erro, constitui, na generalidade dos casos em hipótese de incumprimento do contrato.³⁴

Missão mais complicada, na hipótese de verificar-se no caso concreto uma insuficiência de informações válidas para a manifestação da vontade de contratar que o induziu ao erro em relação ao objeto do negócio, será constatar que o vendedor agiu com culpa, de maneira ardilosa. Nesse caso será necessário adentrar na esfera comportamental, em hipótese a do vendedor, averiguando se agiu em desconformidade com o princípio da boa-fé, violando o dever de lealdade esculpido no Código Civil.

III.3 – Obrigação de *Due Diligence* do vendedor?

Como vimos no ponto anterior, a informação que verse sobre qualidades essenciais da empresa objeto de uma negociação de aquisição de participações de controlo, aquelas as quais possuem poder de influenciar na manifestação de vontade de contratar ou não, e ainda, aquelas que possuem capacidade tal de aumentar ou diminuir seu valor negocial, podem ser consideradas obrigatórias em um momento pré-contratual, tornando-se condição com tal força capaz de questionar a validade da negociação (nulidade).

Ao comprador, a realização de uma *due diligence*, como será abordada com maior minúcia no próximo tópico, constitui-se em uma ferramenta importante que poderá conduzi-lo a uma condição de mais valia em relação ao vendedor, bem como e, em contraponto, estudaremos que a auditoria não se apresenta para o comprador como uma condição obrigatória para tutela do seu direito.

Mas quanto ao vendedor, existe obrigatoriedade em realizar uma *due diligence*? E qual seria a consequência de ausência de uma auditoria pelo vendedor?

³⁴ Pires, C. M. (2019), *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra, p. 31.

O Código das Sociedades Comerciais, mais precisamente em seu Artigo 64.º, estabelece os deveres fundamentais dos administradores, relacionados ao dever de boa administração e de fiscalização. Mas afinal, os deveres de cuidado e de lealdade dispostos nas alíneas a) e b), respectivamente, teriam o condão de conduzir a uma obrigatoriedade de auditoria do vendedor?

A resposta nos parecer ser positiva. O dever de cuidado se apresenta como norma de conduta reconduzindo a ideia de boa gestão, de bom governo social, em função ao objetivo da sociedade em atenção aos ditames legais, económicos e sociais. Os deveres de lealdade conduzem a ideia de boa-fé do direito civil, que deverão ser observados nas relações dos sócios para com a sociedade, entre si e da sociedade para com os sócios e dos administradores para com os sócios e a sociedade³⁵.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 64.º menciona que os integrantes dos órgãos sociais com função de fiscalização devem agir com profissionalismo e lealdade ao exercer a função de fiscalizar (dever de cuidado). O termo “*diligência profissional*” e “*elevado padrões*” remete a ideia de que os esforços dos membros do conselho fiscal, da comissão de auditoria e do conselho geral de supervisão devem ser mais intensos ao cumprirem seus deveres de fiscalização.

As ideias acima expostas demonstram que a prestação de contas da sociedade abrangem princípios da contabilidade que por sua vez, devem exprimir a realidade económica da empresa. O dever de fiscalização, também serve para reforçar que a prestação de contas deve seguir um rigor mais intenso do que aqueles exigidos de profissionais normais. Então, podemos afirmar que existe, pelo vendedor, um dever de *due diligence*? E esse dever, se existente, teria potencial para ser utilizado para repelir eventuais nulidades, requerida pelo adquirente, de uma compra e venda?

Parece-nos que há sim um dever fundamental de prestação de contas, explicitado pelo artigo 64.º do CSC mas, todavia, parecer ser claro que esse dever possui maior peso e validade para as relações societárias, não atingindo a mesma intensidade em relação à terceiros adquirentes. O objetivo do direito de prestação de contas é a finalidade social, que não se pode dizer serem os mesmos daqueles pretendidos em uma negociação, ao menos de naturezas distintas. A fiscalização pode

³⁵ Cordeiro, A. M. (2020), *Código das Sociedades Comerciais Anotado: Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, p.324

não ser realizada com o rigor exigido pela lei, e nesse aspecto, frustraria tanto a boa administração da sociedade quanto a pretensão de obtenção de informações essenciais da qualidade da empresa pretendida pelo adquirente.

Noutros dizeres, ainda que evidente a existência de um dever de auditoria direcionada aos membros dos órgãos societários, nos termos do artigo 64.º do CSC, latente que esse dever o é exigível aos participantes da administração da sociedade (administradores, sociedade), não sendo, portanto, exigíveis para a finalidade de uma compra e venda societária. Assim sendo, as auditorias do artigo 64.º podem não fornecer todas as informações essenciais pretendidas pelos adquirentes e, ainda que seja uma ferramenta importante para a administração, não nos parecer adequada para influir no desejo de contratar dos adquirentes.

III.4 – Função e a importância da *due diligence* em relação às garantias.

Considerando tudo o que estudamos até esta altura, sabemos que a informação relativa às qualidades essenciais da empresa possui valor negocial capaz de influir no preço do negócio, que provavelmente será utilizado como um trunfo negocial pelo vendedor – que é quem em teoria detém a maioria das informações, bem como pode influenciar na vontade de contratar do comprador. Também entendemos que na lei civil, não existe disposições que impões ao vendedor o dever de informar, embora tenha a obrigação de agir com lealdade e de ser diligente com a finalidade do contrato, zelando por seu resultado útil, por força do princípio da boa fé concluindo, portanto, haver o dever de prestar informações relevantes. Ainda verificamos que nem todos os elementos da empresa constitui o rol de informações essenciais, sendo admitido ao vendedor ocultar certas informações acessórias capazes de influenciar no preço sem comprometer a finalidade ou a inviabilidade negocial, Por fim, verificamos a dificuldade em determinar que certa informação omitida ou prestada de maneira equivocada tem a potencialidade de configurar uma circunstância que pode frustrar o fim do contrato, de modo a considera-la relevante para configurar uma desconformidade pré-contratual capaz de gerar os regulares efeitos jurídicos. É neste cenário de dificuldade de obtenção de informações relevantes que a ação do comprador para mitigar os riscos do negócio se faz necessário, quer seja para não concretizá-lo, quer seja na hipótese de concretizá-lo, tome providência com o fito de amenizar os riscos e pavimentar o caminho para remédios jurídicos com a finalidade de tutelar seus interesses. É essa a função e a utilidade primordial da *due diligence*.

Muito comum a utilização do termo “auditoria” para referir-se a *due diligence*, e neste estudo optamos em utilizar, doravante, as duas expressões de maneira conciliatória. Uma tradução literal da expressão *due diligente* pode remeter-nos a uma ideia de obrigação, de “diligência devida”. Essa ideia não parecer ser a mais adequada, pois como já vimos, o dever de informação do devedor existe, independentemente da realização da auditoria pelo comprador, e por isso a terminologia “auditoria” parece-nos mais adequada, remetendo à ideia de avaliação.

Na definição de auditoria apresentada por CATARINA MONTEIRO PIRES, a auditoria no processo de venda de uma empresa serve como a realização de um exame detalhado, sistemático e cuidadoso da empresa.³⁶ Podemos acrescentar que a auditoria jurídica é o conjunto de atos sistemáticos de pesquisa, com o fito de analisar situações internas da sociedade, de múltiplas naturezas – corporativa, financeira, patrimonial e legal – englobando toda a estrutura orgânica da empresa. Pode ser considerada como um “pente fino” na sociedade, com o fito de buscar informações relevantes sobre pontos falhos de uma organização que, nos casos de compra e venda, sejam passíveis de formar certezas sobre o preço e sobre a vontade de adquiri-la.

Em resumo, a auditoria possui então a função de (i) identificar circunstâncias com potencialidade de influenciar na decisão de compra da sociedade; (ii) apurar situações de risco que poderão ser objeto de cláusulas de declaração e garantia; (iii) verificar ou delimitar vícios que influirão na formação do preço do negócio e (iv) realização de produção de provas que servirão para fundamentar eventuais buscas de tutelas jurídicas em caso de desconformidade com o contexto contratual, especialmente das tratativas existentes em relação às cláusulas de declaração e garantias.

Admitindo ser a auditora uma ferramenta a serviço do comprador, este estaria obrigado a realiza-la de modo que, se não o fizer, estaria cometendo uma violação de um dever contratual? Ou ainda assim, ao realizar a auditoria de modo a reunir as informações necessárias da empresa alvo da aquisição, o comprador assume a responsabilidade por estas informações isentando totalmente o vendedor? Ainda, se o comprador realizar a auditoria e cometer falhas na avaliação das informações que conseguir, haverá margem para a redução ou até mesmo para a exclusão de responsabilidades do vendedor?

³⁶ Pires, C. M., *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra, p. 31.

Inicialmente, cumpre tratarmos da análise acerca da existência ou não da obrigatoriedade do comprador em realizar a auditoria. Nesse diapasão, o adquirente de uma participação societária de controlo estaria obrigado a fazer a auditoria na empresa alvo da aquisição, podendo ser penalizado, se não a realizar, na perda dos direitos à tutela jurídica de suas pretensões? Cediço é que em uma relação contratual, quer seja de quaisquer naturezas, ambas as partes possuem a obrigação de fornecer informações recíprocas. Como estudamos acima, no caso de contratos de compra e venda, ainda que seja mais pesado o ônus do vendedor em fornecer as informações, o comprador pode ser obrigado a fornecer certas informações como aquelas referentes à capacidade financeira de adquirir as participações negociadas e adimplir a obrigação de pagar o preço. Ainda na esfera de obrigações do comprador relacionadas às informações e, antes mesmo de entrarmos na questão sobre a obrigação de realizar a auditoria, necessário abordar seu ônus da auto-informação.

O ônus da auto-informação não é exclusivo do adquirente, mas no âmbito deste estudo e admitindo que sobre o comprador recai esse dever, importante salientar que é aplicado apenas à informações que são de conhecimento público – referente aquelas passíveis de registro públicos - ou de conhecimento notório, mas já é relação à questões internas às sociedades alvos da aquisição, esse ônus deve ser afastado.

Portanto, excluindo as informações públicas e notórias, podemos afirmar que a realização da auditoria configura em uma obrigação do comprador? Ainda que existam defensores na doutrina da tese da obrigação da auditoria ³⁷ na qual entende não existir um dever jurídico – assim o é por inexistir preceito legal que obrigue o comprador a realizar a auditoria – mas a não realização resultaria em uma desvantagem ao comprador, capaz de justificar uma redução na reação deste, comprometendo o alcance da tutela de seus direitos, noutras palavras, o comprador não teria o dever jurídico de realizar a auditoria, mas também, nos limites do contrato e da relação existente com o vendedor, a não realização da *due diligence* poderia significar uma desvantagem.

Não nos parece correto e razoável atribuir ao comprador uma obrigação com consequências jurídicas para que se realize a auditoria, capaz de reduzir sua tutela ou de coloca-lo em desvantagem, ressalvados o ônus da auto-informação.

³⁷ Proença, J. C. B.,(2008), *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério de Impugnação do Dano Extracontratua*, Reimpressão da Edição de novembro de 1997, Almedina, Coimbra, p. 505.

Em primeiro lugar, por não haver preceito legal na lei capaz de impor ao comprador um dever de realização de diligências para constatar a situação e/ou conseguir informações da sociedade alvo. Em segundo lugar pela aparente contradição existente, eis que o argumento de atribuir ao comprador o dever de realizar auditoria para buscar informações sobre a participação societária que pretende adquirir anularia o dever de prestar informações do devedor, negando a relevância do princípio da boa fé, (artigo 762º, n.º 2 e artigo 227º do Código Civil). Em terceiro, admitindo que a situação representasse uma hipótese de *culpa in contrahendo*, não seria possível admitir a “culpa da parte prejudicada”, uma vez que a responsabilidade pré-contratual advém da incidência do princípio da boa-fé sobre os comportamentos praticados antes da celebração dos contratos, convergindo em imposição de um dever de reparar àqueles que derem causa à frustração contratual - haja vista que as relações obrigacionais, também atendem ao princípio da confiança – em favor da parte prejudicada.

Em um contraponto necessário, importante abordar a regra estabelecida no artigo n.º590º do Código Civil, que trata da culpa do lesado. Admitindo que o vendedor alegue a culpa do lesado pelo simples fato do adquirente não ter realizado a auditoria, não seria legítimo afastar por completo o dever de prestar informações. De se considerar que a própria formatação do negócio muitas vezes não comporta a realização de uma auditoria, devendo ainda levar em consideração a existência de vícios ocultos que certamente não seriam captados pela *due diligência*. Ao vendedor, entretanto, seria assegurada a possibilidade de demonstrar a recusa do comprador em receber as informações que efetivamente intentou em transferir, ou que ao recebê-las o adquirente as ignorou ou dela não deu a importância que deveria ter dispendido, quando então poderia ser admitida a culpa do lesado, segundo o Ac, do TRC:³⁸

“Vejamos. Como vendedora, a ré não está obrigada a eliminar tal defeito, porque o dever que a 1.ª parte do artigo 914.º do Código Civil impõe ao vendedor de eliminar os defeitos da coisa vendida pressupõe que, no momento da compra, o comprador desconhecia o vício. Se este era do seu conhecimento e ainda assim comprou o bem, não poderá prevalecer-se do regime da venda de coisas defeituosas. Socorrendo-nos das palavras de João Calvão da Silva “... o vício (a priori oculto ou aparente) conhecido do comprador na conclusão do contrato exclui a garantia e responsabilidade do vendedor:

³⁸ Ac. do TRC de 15 de dezembro de 2021, relator Emídio Francisco Santos

convenientemente elucidado o comprador aceita a coisa defeituosa não se vendo como poderia depois alegar um vício ou falta de qualidade da coisa entregue em conformidade com o contrato” [Compra e Venda de Coisas Defeituosas, Almedina, página 48].”

Outra questão relevante a ser analisada cuida das falhas nas auditorias realizadas pelo comprador, e se referidas falhas podem conduzir à conclusão de a ele deverá ser atribuída culpa por não ter identificado, mesmo com todas as informações, o defeito existente na sociedade alvo da aquisição. Podemos estar e diante de uma situação em que o comprador tenha identificado vícios na empresa mas falou em avaliar o impacto destes problemas, ou no caso de não ter atribuído a importância necessária para a formatação do negócio.

Podemos também apresentar a questão por outra perspectiva: haveria possibilidade de atribuir culpa ao vendedor em caso de realização de auditoria negligente ou repleta de erros grosseiros de avaliação? Entre nós, a jurisprudência aponta o caminho de ser possível a exclusão do direito do comprador a depender da averiguação do defeito e da distinção entre defeitos ocultos e defeitos aparentes.

A jurisprudência tem o entendimento pacífico da definição de defeito oculto, como sendo aquele que, num contexto de contrato de compra e venda, “*sendo desconhecido do comprador pode ser legitimamente ignorado, pois não era detectável através de um exame diligente, i.e. não era reconhecível pelo bonus pater familias*”. Também nos parece sedimento a definição de defeito aparente, como sendo “*aquele que é detectável mediante um exame diligente, que o comprador se poderia ter apercebido usando de normal diligência*”³⁹. Nesses termos, conclui-se que a responsabilidade do vendedor, que surge da efetiva venda de coisa defeituosa, só se observa nas hipóteses de defeito oculto do bem adquirido, podendo nestes casos o comprador perseguir a tutela de seus direitos, como a devida indemnização.

Ainda seria importante a seguinte ponderação: poderá ser considerada válida a previsão legal contida no contrato que estabeleça um acordo de indemnização contemplando a o dever de indemnizar do vendedor ao comprador mesmo diante de defeitos aparentes. A autonomia das partes em estabelecer os termos do contrato

³⁹ Ac. do TRP de 14 de julho de 2012, relator Henriques Antunes; Ac.do TRC de 14 de junho de 2022, relator Henrique Antunes; Ac.

permite previsões deste porte, que se mostram cada vez mais frequentes nos contratos de compra e venda de empresas.

Um último aspecto que merece uma abordagem, eis que dotado de especiais elementos, é a chamada “*due diligence cheque list*”. Boa parte da doutrina utiliza o termo *chek lis* para essa modalidade de auditoria, muito utilizada na prática em países como os Estados Unidos da América, o Brasil e outros da América Latina. Essa modalidade de auditoria se apresenta de uma forma muito prática, em que o comprador faz uma lista de perguntas, requerendo sejam prestadas informações referentes às essencialidades da empresa, bem como elenca todos os documentos que julga necessário para uma correta avaliação que devem ser providenciados pelos vendedores. Muito comum a elaboração de cláusulas de declaração e garantia que tratam sobre a autenticidade, validade e responsabilidade pela obtenção dos documentos e informações referenciando o documento da auditoria *cheque list*.

Entretanto, há entre os doutrinadores portugueses aqueles que sustentam o entendimento de que essa modalidade de auditoria estabelece uma função delimitadora, o que significa dizer que para o comprador, apenas as informações constantes do *check list* é que são consideradas essenciais para a formação da vontade de contratar, e na hipótese de constatado posteriormente defeitos que não seriam capazes de serem detectados pelas perguntas e requerimentos constantes da lista da auditoria, o comprador não poderia reclamar indemnização ou qualquer outro remédio.

Nesse sentido, FÁBIO CASTRO RUSSO sustenta que a o comprador ao indicar uma série de documentações e informações a ser providenciado pelo vendedor, ele está indicando que todos os documentos e informações excluídos da lista tratam-se de informações que não irão influir na sua vontade de contratar, e ainda assevera que “*Se assim é (...) entender-se que da auditoria resultará uma delimitação do conteúdo do dever pré-contratual de informação: de uma banda, este dever acentuar-se-á no que respeite a tudo o que tenha que ver com o objecto da auditoria (...); de outra, deverá considerar-se atenuado ou até excluído face a tudo o resto em que o comprador não se revelou interessado, sobretudo quando este recorra a profissionais especializados(...)*”⁴⁰.

⁴⁰ Russo, F. C. (2011), *Due diligence e responsabilidade*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra.

Outros doutrinadores entendem que a tese de que a lista apresentada pelo comprador delimitaria os factos por ele tidos como essenciais para a formação de sua vontade, justamente por desagravar em demasia a posição do vendedor – que conforme vimos possui o dever de prestar a informação lastreada na boa-fé – agravando demais a posição do comprador que em tese seria a parte lesada pelos vícios da empresa adquirida.

Coadunamos aqui com a posição intermediária, nos mesmos moldes da adotada por CATARINA MONTEIRO PIRES⁴¹, consubstanciada no entendimento de que a auditoria não pode delimitar o dever de prestar informações atribuído ao vendedor de modo que a questão deverá ser aferida de acordo com o caso e com o contrato, entretanto, não sendo possível em um primeiro plano estabelecer que o universo de informações essenciais se resume a lista apresentada em auditoria. Inegável que os elementos da lista apresentada pelo comprador são essenciais para a formação da vontade de contratar, entretanto não se poderá afirmar que são estes os únicos elementos, e que eventuais outros que ficaram fora da lista não seriam, com certeza, essenciais para contribuir na manifestação da vontade de adquirir.

⁴¹ Pires, C. M., (2019) *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra. p. 43.

Capítulo 4 – Cláusulas de Garantias e as tutelas nas hipóteses de violação.

Como visto no item 1.4.III, é possível fazer uma distinção entre cláusulas de declaração e cláusulas de garantia. As garantias são promessas de uma verificação positiva das promessas feitas em uma contratação. Fazem parte do clausulado, integram as obrigações contratuais criando deveres recíprocos em relação à qualidade do bem objeto da contratação.

Garantias, portanto, podem se referir a qualidades essenciais da empresa, no caso do nosso estudo, como nos casos de assegurar a higidez do negócio em relação aos bens que compõem a sociedade, à sua saúde financeira (ativos e passivos), obrigações assumidas em relação a fornecedores e clientes, considerando soluções para os litígios da qual fizer parte, obrigações tributárias, situação contabilísticas, balanço, ou seja, referir a tantos quantos for os elementos que as partes consideraram essenciais para garantir o resultado útil da finalidade desejada na negociação.

Ao imaginar uma aquisição de participações de controle, podemos assegurar que o comprador objetiva ter o controle de uma empresa minimamente saudável no sentido da viabilidade econômica, por hipótese. Mesmo cuidando para que o processo de compra tenha toda a transparência necessária para sua segurança em celebrar o negócio, inúmeras são as situações em que suas pretensões podem ser frustradas, principalmente aquelas em que a sua constatação seja impossível em diligências, e que se apresentam apenas com o decorrer do tempo, em meio ao desenvolvimento, pelo adquirente, da gestão da sociedade.

Nesse campo é que a garantia atua, oferecendo uma ideia de prevenção de uma situação indesejável que atrapalhe a atividade empresarial ou ainda com o fito de acautelar eventuais frustrações em relação ao objetivo, de modo a oferecer ao adquirente certo conforto em realizar o negócio.

Concordamos com a ideia acima, exposta por CAROLINA MONTEIRO PIRES, que ainda cita a necessidade de se analisar o clausulado contratual, e assevera sobre as garantias, que *“A sua inclusão em contratos de compra e venda de participações acionistas de controle está associada à insatisfação que se registra com o*

*regime aplicável, nomeadamente no que respeita à resolução (em regra indesejada e indesejável) e à redução do preço (complexa e incerta).”*⁴²

IV.1 – A livre estipulação de garantias e a questão da interpretação das cláusulas do contrato.

A intenção das partes contratantes que inserem nos contratos garantias com os contornos ora abordado é mesmo a mais importante, a busca pela segurança em contratar e de prevenir, acautelar é latente quando nos deparamos com cláusulas que se dedicam em detalhar as situações de insucesso e as consequências destas resoluções indesejadas/indesejáveis, estabelecendo garantias especiais que não são previstas na regra geral da lei civil.

Verificamos que na doutrina a ideia da possibilidade de se estabelecer situações de prevenção ou acautelamento como um reforço da garantia geral, sem que dessa ideia possamos conduzir a conclusão de existência de uma garantia pessoal ou real ou ainda a quaisquer outras formas análogas à garantias como a utilização de propriedade e garantias especiais sobre direitos.⁴³

Nesse sentido, a doutrina de LUÍS MANOEL TELES DE MENEZES LEITÃO denominou como Garantias Especiais Atípicas para se referir aos “*institutos que, representando um reforço da posição dos credores, não se deixam reconduzir a nenhuma das modalidades acima referidas.*”⁴⁴

Nesse aspeto não encontramos obstáculos para adaptar a situação ao credor não apenas de uma quantia em espécie, derivada da venda do bem, mas a considerar o teor do contrato celebrado e a redação elaborada nas cláusulas de declaração e garantia, devemos considerar qualquer obrigação assumida, de que natureza for, sendo credor, portanto, o adquirente diante de uma cláusula de declaração (informações) feita pelo vendedor que detalha e garante que determinadas especificidades do estado do bem alienado existe.

Ainda que seja possível percebermos as diferenças no âmbito da teoria entre as cláusulas de declarações (informações sobre o estado de facto da empresa no

⁴² Pires, C. M. (2019), *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Editora Almedina, SA, Coimbra, p. 64

⁴³ Leitão, L. M. T. M., (2019) *Garantias das Obrigações*, 6ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, pg.309.

⁴⁴ Cfr. LEITÃO, L. M. T. M., (2019) *Garantias das Obrigações*, pag. 309

momento da venda) e de garantias, fator essencial são a análise e interpretação dos pactos realizados entre as partes. Temos que a livre estipulação da redação das cláusulas (Código Civil artigo 405.º) permitem a elaboração das cláusulas de declaração e garantia, sendo considerada pela jurisprudência verdadeiro regime autónomo de responsabilidades civil contratual.⁴⁵

Aprofundando na questão da livre estipulação do regime de garantias no contrato, o objetivo principal das cláusulas de declaração e garantia é de alocar riscos oriundos da aquisição diante do estado da coisa adquirida diante de toda complexidade para se averiguar a real situação de uma sociedade empresarial e, essa definição do clausulado contratual assume contornos essenciais para a segurança dos objetivos do contrato, como afirmado. Contribui o fato de que, no direito português, não resta claro ser a aplicação do regime de compra e venda de bens onerados ou a aplicação do regime dos bens defeituosos a melhor a tutelar o direito do adquirente de participações sociais de controlo.

Nesse cenário, se torna essencial e porque não dizer, o centro da questão, identificar se uma cláusula contratual constitui apenas declarações ou se trata de uma verdadeira garantia. Os conceitos, as definições nos trazem ferramentas teóricas para não apenas diferenciá-las. Entretanto, saber exatamente qual o conteúdo de uma cláusula de garantia e saber se houve ou não violação da mesma é um dos grandes problemas a se resolver em uma disputa desta natureza.

Intentando aprofunda ainda mais nos elementos que contribuem saber se estamos diante de uma cláusula de declaração e antes de maiores considerações sobre as cláusulas de garantia, tópico principal deste ponto do estudo, mister se faz trazer à discussão alguns dos elementos característicos das cláusulas de declaração encontrados na doutrina, essencialmente três elementos essenciais⁴⁶.

Considerando que a análise aqui pretendida parte de um exame sobre pactos sinalagmáticos, o primeiro elemento essencialmente se conecta com o sentido da declaração da vontade, expressa por palavras ou por escrito, admitindo-se ainda outros meios de expressão da vontade do declarante direcionado a um declaratório mesmo que

⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2016.

⁴⁶ Loureiro, C. T. & Ferreira, M. C. (2016), *As Cláusulas de Declaração e Garantia no Direito Português – Reflexões a Propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2016*, Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, Nº. 44, págs. 15-30 GeGe Global, Universid de La Rioja, p. 21

de forma tácita. Nesse diapasão, podemos considerar as atitudes de uma das partes, por hipótese, desde que seja possível averiguar que mencionada atitude coaduna ou se mostre incompatível com certa situação que se pretende entender como uma manifestação de vontade.

Não nos afastando da ideia de que estamos diante da análise de cláusulas contratuais, o segundo elemento guarda relação com o sentido material de uma declaração, e aqui a análise deve ser mais retida, por ter relação com o estudo sobre as informações – Capítulo 2. Uma declaração assume maior relevância se dela for possível verificar que o seu conhecimento foi determinante para a celebração do contrato, noutros dizeres, se saber se a informação fornecida na declaração foi essencial para a formação da vontade da outra parte ou se diante da inexistência dela, o contrato seria ou não celebrado. A declaração assume um papel importante para determinar se o declaratório poderá se beneficiar de alguma tutela em sua pretensão: caso este não tivesse conhecimento (informação que deveria ser repassada e não foi) poderia se beneficiar da tutela sobre a violação de um dever e, conseqüentemente das garantias dela decorrente, ou caso tivesse conhecimento de eventual desconformidade e mesmo assim optou pela celebração do contrato, isto irá impactar negativamente em suas pretensões de proteção e de acesso às eventuais garantias.

O terceiro elemento essencial a se verificar nas cláusulas de declaração guarda relação com o que também estudamos no Capítulo 2, quando tratamos da importância da auditoria (*due diligence*). Uma cláusula de declaração, por natureza, deve ter sido realizada na fase pré-contratual, ou seja, no momento em que está a se formar a vontade de realizar o negócio, muito embora na prática as cláusulas de declaração em sua grande maioria são transportadas para o contrato, entretanto para serem assim consideradas, essencial saber se remontam a fatos declarados antes da contratação.

A discussão acerca da distinção entre declarações e garantias não é bastante difundida na doutrina portuguesa, sendo mais comum nas doutrinas em países com tradição no *common law*. Entre nós, ao analisarmos a análise prática dos tribunais, é possível constatar que não há uma preocupação de distinção teórica entre as cláusulas de declaração e de garantia, o que se mostra perfeitamente compreensível, uma vez que o conceito de garantias se aproxima muito do conceito das declarações, por ser uma promessa de que determinada informação é verdadeira. Entretanto é possível encontrar

distinções teóricas entre elas, o que em determinados casos poderá ter muito valor para analisar a intenção das partes quando a realização de um negócio.

E justamente a primeira característica essencial que define uma garantia é a confiança. O adquirente confia na informação passada pelo vendedor, assim como acredita na promessa de a declaração, ou informação, repassada pelo vendedor ao adquirente, corresponde à situação de fato da empresa adquirida. O adquirente confirma que na promessa de que a declaração é verdade. A garantia não pode, entretanto, ser confundida com a penalidade pactuada no contrato, que pesa sobre o vendedor, nas hipóteses em que se verifica que a violação da promessa de que a informação, de que a declaração prestada é verdadeira.

A segunda característica essencial de uma cláusula de garantia é, diferente das declarações, é que não são determinantes para fornecer elementos concretos que influenciará a vontade de contratar do adquirente. Esse exercício pode se mostrar deveras complicado, eis que para ter certeza, seria necessário entrar em uma esfera subjetiva pessoal dos contratantes, o que na prática e na maioria dos casos é praticamente inviável. Em virtude disto, a tendência é entender que as garantias por si só, quando existentes, é determinante para formar a vontade de contratar, eis que gera confiança, na parte adquirente, de que o negócio irá se desenvolver em conformidade às declarações fornecidas pelo vendedor.

Como já analisamos anteriormente (ponto 1.6.III) a principal diferenciação entre cláusulas de declaração e de garantia são seus efeitos: enquanto a primeira produz efeitos extracontratuais podendo gerar a nulidade do negócio contratado, a segunda produz efeitos contratuais. Esse é o terceiro elemento que caracteriza as cláusulas de garantia: são expressas (por escrito), fazendo parte do contrato celebrado, ao contrário das declarações que em geral são formuladas em momento antecedente a celebração do pacto. Nesse sentido, em caso de desconformidades ou de violação de uma garantia, a parte prejudicada – no caso do nosso estudo, estamos a falar do adquirente – terá direito a uma indemnização, a princípio e de forma geral, correspondente aos danos gerados em função de uma violação contratual.

Como mencionado anteriormente, no Direito português não há uma preocupação prática de diferenciação das cláusulas de declara e de garantia. A análise do Acórdão do STJ de 1 de março de 2016 trata das cláusulas de declaração e de

garantia como uma única realidade, e que parecer ser mesmo a forma adequada de analisar a questão, já que as partes contratantes fizeram a opção de mencionar e formular no contrato verdadeiras cláusulas de declaração e garantia, não sendo razoável o intérprete ir além da vontade manifestada pelos contratantes apenas para abordar questões teóricas sobre a diferenciação entre elas.

Entretanto, como se verá no próximo ponto e conforme já citado neste estudo, o mesmo acórdão supramencionado reconhece a possibilidade das partes referendarem um mecanismo próprio e autônomo de sistema de garantias (artigo 405.º do Código Civil). Nessa esteira, teria relevância prática a adoção da diferenciação técnica entre cláusulas de declaração e garantia? Noutros dizeres, determinamos regimes legais poderia complementar os regimes contratualmente estabelecidos ou até mesmo, afastá-los por completo, prevalecendo o que diz a lei?

As essencialidades das cláusulas de declaração x as das cláusulas de garantias apresentadas neste capítulo de certeza servirão como auxílio importante para que tais questões sejam analisadas com mais segurança e, neste sentido, o Acórdão do STJ trouxe importantes contributos, como analisaremos a diante.

IV.2 – Autonomia das partes x regimes legais aplicáveis

Nos estudos referente ao Acórdão do STJ de 1 de março de 2016, podemos em breves linhas arriscar uma sinopse que auxiliará no objeto de estudo deste ponto: reconhece, o STJ, (i) a autonomia privada das partes para estabelecer um regime autônomo de garantias; (ii) reconhece a existência de uma responsabilidade objetiva do devedor (vendedor) em virtude das desconformidades verificadas na execução do contrato, pois também reconhece que as cláusulas de declaração e garantia estão incluídas na autonomia das partes.

O reconhecimento da autonomia das partes e a possibilidade de estabelecerem regime próprio de garantias, baseadas no que estabelece o artigo 405.º do Código Civil é o um dos pontos – se não o mais importante – do supracitado Acórdão, mas que também deixou questões a serem respondidas. Na eventualidade de omissões existentes no clausulado estabelecido pelas partes, haveria um regime jurídico complementar ao estabelecido, ou ao intencionado, pelos contratantes? E mais, havendo estipulação expressa no contrato que afaste a aplicação dos regimes legais, estas teriam validade?

A resposta não é clara. Entretanto, o próprio acórdão deixou “pistas” para que algumas conclusões pudessem ser alcançadas dando espaço para a discussão de aplicação limitada de regimes jurídicos.

De destaque que a autonomia da vontade das partes tem papel de relevância e deve ser levada em consideração pelo interprete que também não poderá permitir que certos limites legais fossem ultrapassados. Sobre esse tema, os regimes legais que apresentam mais similitudes com o regime das cláusulas de declaração e de garantia são o regime da compra e venda de bens onerados, previsto no artigo n.º 905, no regime de venda de coisas defeituosa previsto no artigo e 913.º e ss, considerando a articulação destes com o regime do cumprimento defeituoso previsto no artigo 799.º n.º 1, e o regime do erro, previsto no artigo 247.º e s, todos do Código Civil.

Parte da doutrina entende que o regime de compra e venda de coisa onerada ou defeituosa, por atribuir o direito de anulação do negócio pela verificação de erro (remissão no artigo 913.º à secção precedente – Secção V, Venda de bens onerados, artigo 905.º), acaba por estabelecer um regime de venda de coisa defeituosa no regime do erro.

Aos que nos interessa nesse estudo, a aplicação dos regimes acima citados, como cediço, traz soluções distintas: o primeiro (artigo 905.º), a anulação de um negócio por erro, o que nos remete à fase pré-contratual, ou fase negocial, onde são estabelecidas as declarações, prestadas as informações pelo vendedor que servirão para formar a vontade do comprador em contratar, e o segundo (artigo 913.º) relativo a uma questão de inadimplemento, remetendo às questões estipuladas no contrato e problemas na execução deste, como por exemplo as cláusulas de garantias, podendo gerar resolução por inadimplemento e a aplicação da indemnização pactuada, ou de regimes próprios do incumprimento, como a redução do preço, a substituição da coisa, a sua reparação quando aplicável.

Ainda, importante nos debruçarmos em outros dois artigos referentes aos regimes de coisas onerosas e defeituosas, com o intuito de esclarecer a aplicação do regime do erro (art. 247.º) e da questão anteriormente levantada: havendo estipulação expressa no contrato que afaste a aplicação dos regimes legais, estas teriam validade? Em verdade, e começando pela que questão aventada, trata-se de saber se terá validade

as cláusulas contratuais que estipulem o afastamento da aplicação da garantia edílicia e que proíbam a anulação do negócio, articulado com o regime do erro.

Segundo o que dispões o artigo 912.º do Código Civil, seria possível afastar, por meio de cláusulas estipuladas no contrato, o disposto nos n.ºs 1 e 3 do art. 907.º - relativos à obrigação de fazer convalescer o contrato-, no artigo 909.º - relativo à indemnização por simples erro -, e no n.º1 do artigo 910.º - relativo ao não cumprimento da obrigação de fazer convalescer o contrato-. Nesse sentido, é possível aqui estabelecer o primeiro caso de limite estabelecido em lei que deverá prevalecer sobre a autonomia contratual das partes: havendo cláusulas estipuladas com o intuito de afastar garantias que protegem o comprador por defeitos essenciais da coisa vendida ou na eminencia de cláusulas que afastem a possibilidade de anulação do negócio por erro ou dolo – artigo 905.º - estas cláusulas então não terão validade.

O segundo dispositivo a ser analisado é justamente o artigo 909.º do Código Civil, que estabelece a obrigação do vendedor em indemnizar o comprador nos casos de anulação do negócio por erro, ainda que sem a verificação de culpa. Segundo os ensinamentos de JOÃO BAPTISTA MACHADO⁴⁷, não deverá ser aplicado diretamente os efeitos do regime do erro previstos no artigo 247.º e ss do Código Civil, mas dele deverão ser extraídos os requisitos para adjudicar-se eventual consequência, no caso, o dever de indemnizar do vendedor.

Chegamos então a outro ponto importante deste capítulo, ao enfrentarmos a principal questão para as partes no contrato de compra e venda de participações de controlo de uma sociedade empresarial: do ponto de vista do vendedor, é saber se as cláusulas de declaração serão reconhecidas como tal e, consequentemente, se tais cláusulas teriam força para resolver ou anular o negócio, e do ponto de vista adquirente, é garantir que a situação que vislumbrou quando da contratação, alimentadas pelas informações declaradas pelo vendedor irão se verificar na prática e, no caso de inconformidades das declarações, garantir que possa se valer de todas as tutelas – legais e contratuais – existentes para sua proteção.

Nesse sentido, tão importante quanto às análises doutrinárias – como até aqui exploradas – é realizar uma análise pratica para tratarmos as questões acima suscitadas,

⁴⁷ Machado, J. B.(1991-1993), *Acordo Negocial e erro na venda de coisas defeituosas*, Obra Dispersa, Volume I, Scientia Iurídica, Braga, p. 40 e 41

tanto na óptica dos vendedores quanto na dos adquirentes. No caso dos estudos que realizados ao analisar o Acórdão do STJ, temos que o tribunal classificou as cláusulas de declarações e garantias como regime autónomo que estabelece ao vendedor (ou aquele que faz a declaração com o fito de influenciar o declaratório no desejo de contratar) uma responsabilidade objetiva em relação às declarações acerca das qualidades jurídicas e económicas da sociedade visada, caso seja verificada a inconformidade, independente da existência de dolo ou culpa, consolidando o regime da liberdade contratual como uma autêntica e maquinal fonte das obrigações.

Por força da prevalência desta liberdade contratual como fonte da obrigação é que é considerada válida, por exemplo, a estipulação em contrato de um regime de garantias, e do pacto de indemnizações nos casos em que faltar verossimilhança entre as informações, declarações e o estado factual de direito e económico da sociedade alienada.

Forço, portanto, a seguinte análise: Sendo um regime autónomo de aplicação automática como gênese da responsabilidade objetiva (haja o que houver), as cláusulas de declaração e garantia se afastam do termo utilizado no artigo 913.º “qualidades asseguradas do vendedor” eis que, articulado com a parte final dos artigos 914.º e 915.º, obrigariam o vendedor a indemnizar o adquirente apenas nos casos em que restarem comprovados a sua culpa. Portanto, se estipulados em cláusulas de declaração e garantia, o dever de indenizar observar-se-á a regra do regime contratual e, caso verificada a inconformidade, a indemnização será devida, independentemente de culpa ou dolo do vendedor.

Entretanto, a questão também deverá ser analisada em relação à impossibilidade de afastar da análise prática dos contratos, a aplicação de regimes jurídicos que se enquadram na questão, como no caso da falta do cumprimento do cumprimento defeituoso (nº 1 do artigo 799º do Código Civil), e também do regime do erro (artigo 247.º).

Em relação ao regime do erro, analisando o artigo 247 e seguintes, não parece pacífica a interpretação de que seria possível afastá-lo da análise do regime – ainda que autónomo – das cláusulas de declaração e garantias. Isso se deve ao fato de que as hipóteses de erro ao objecto do negócio versar sobre “*motivos determinantes da vontade*” de contratar com remissão expressa ao artigo 247.º que por sua vez estabelece

que “a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”. Conforme leciona Pedro Pais de Vasconcelos⁴⁸, o negócio só seria anulável se o vício que se refere ao erro foi tão essencial para a formação do negócio que sem ele a parte não teria celebrado o contrato, ou não o teria aceitado naquelas condições pactuadas. Noutros dizeres, não poderia o adquirente pleitear a anulação do negócio se o erro fosse dele conhecido, ou se devesse conhecê-los (o que reafirma a importância do estudo da auditoria e do dever de informar) e se não demonstrado a essencialidade do erro, capaz de induzir à aceitação do negócio ou da formatação deste nos moldes da contratação.

Como visto no Acórdão do STJ de 1 de março de 2016, deverá ser reconhecida da validade das cláusulas de declaração e garantia como um regime autónomo, capaz de estabelecer regras próprias de tutelas dos negócios, mas que não poderá exorbitar os limites da lei. Nesse diapasão, não estamos diante da prevalência de um regime autónomo e particular sobre um regime de responsabilidade estatuído por lei, mas sim de uma articulação entre eles que, de forma a se completarem, reunindo elementos de tutela aos interesses dos contratantes, ficando claro – à luz de nossa interpretação ao Acórdão - que os regimes devem se completar de forma a não excluir responsabilidades, mas sim em atender às intenções do negócio e ao objetivo contratual, à razão de ser do pacto existente, e a apontar – quando existentes – o defeito dos negócios, a validade das garantias pactuadas e as respectivas responsabilidades, respeitando os limites da lei.

⁴⁸ Vassconcelos, P. P.(2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 498, *apud*, Loureiro, C. T. & Ferreira, M. C., (2016) *As Cláusulas de Declaração e Garantia no Direito Português – Reflexões a Propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2016*, Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, Nº. 44, págs. 15-30 GeGe Global, Universid de La Rioja, p. 28

CONCLUSÃO.

Em um mundo onde os negócios insistem em reduzir distâncias e transpor fronteiras, em que as culturas de todas as regiões do globo se misturam e as práticas comerciais daquelas nações com maior poderio financeiro prevalecem sobre as demais, a discussão do presente estudo se faz presente e necessária. Ao referirmos às práticas contratuais que se alastra pelo mundo afora, criadas em outra tradição jurídica para atender às necessidades negociais que antes eram restritas àquelas nações, a adequação destes institutos ao direito nacional é medida que se impões.

Nas negociações de participações societárias, a discussão sobre a adequação das cláusulas de declaração e garantias criadas na realidade das sociedades submetidas à tradição do *common law* se apresenta de maneira mais complexa, e a interpretação a ser adotada, de modo a atribuir segurança jurídica baseada nos regimes do Direito português, acabam por encontrar um caminho tortuoso, dificultado pela reduzida discussão existente nos tribunais e na doutrina que acaba por não fornecer elementos claros sobre quais caminhos percorrer.

A tendência da prática contratual de negócios desta natureza é, cada vez mais, fazer uso de costumes negociais estranhos ao ordenamento jurídico, tal como as chamadas cláusulas de “*representations and warranties*”. Nesse sentido, inovador foram os fundamentos da decisão apostos no Acórdão de 1 de março de 2016, e seus contributos nortearam as pesquisas e possibilitou avanço significativo no estudo da questão, embora não tenha oferecido elementos suficientes para estabelecermos uma organização dogmática do tema.

Fato incontroverso é de que o objetivo contratual das cláusulas de declaração e garantia é possibilitar às partes contratantes “alocar os riscos” inerentes ao negócio que realizam, de modo a estabelecer obrigações entre elas, entrelaçando deveres de informação sobre a qualidade do bem alienado e garantia da verossimilhança das alegações com o real estado do bem. Nesse sentido que nos parece estar longe de quaisquer questionamentos o fato de que a intenção real das partes que estabelecem as cláusulas contratuais de declaração e garantia é estabelecer um regime autônomo e automático de tutela do comprador na eventualidade de se verificar inconsistências entre as declarações o real estado e das qualidades do bem adquirido.

A liberdade contratual assume papel fundamental na análise da questão, pois, ao citar o artigo 405.º do Código Civil Português, os juízes do STJ admitiram a validade das cláusulas de declaração e garantia – ainda que o Acórdão não diferencie, tecnicamente as cláusulas de declaração e de garantia, tratando-as apenas como garantias no senti do mais amplo do termo - como um regime autónomo de tutela estabelecido entre as partes, tal como ocorre no regime anglo-saxónico, quando as partes elaboram cláusulas extensas, que visam prever tantas situações quanto possível para então estabelecer as consequências da inconformidade de cada uma das informações prestadas.

Assim como não resta dúvidas acerca da intenção das partes em estabelecer um regime autossuficiente e personalizado de responsabilização por declarações que não correspondem com a realidade do bem alienado, outros fatores podem influenciar na extensão das consequências das declarações, como por exemplo, quando realizada a “*due diligence*” ou auditoria do objeto pela parte adquirente que ignorou ou se recusou a receber as informações que seriam fundamentais para influir na sua vontade de contratar, ou caso as tenha recebido, não tenha dado o devido tratamento, questões não alcançadas pelo Acórdão.

Nesse contexto e após o importante contributo do Acórdão do STJ, ainda restou uma grande indagação a ser respondida: considerando o carácter autossuficiente das cláusulas de declaração e garantia em estabelecer regime próprio de responsabilidades em caso de vicissitudes das obrigações contratuais – fundamentada na liberdade de contratação das partes – poderiam então se estabelecer cláusulas com o fito de afastar os regimes legais gerais de tutela e de responsabilidades?

Em conclusão à investigação aqui conduzida, sustenta-se a opinião de que embora as cláusulas de declaração e garantia possibilitem às partes estabelecerem regime próprio de responsabilização, as partes não poderão afastar por completo a aplicação de certos regimes legais. A função do julgador então sempre será a de, analisando os factos de cada caso, a levar em consideração o que fora pactuado, identificar se há cláusulas de declaração e de garantias, definindo as responsabilidades (ser contratuais ou não), e a partir daí, verificar se presentes estão os requisitos para a aplicação dos regimes legais aplicáveis. Embora se entenda que as cláusulas de declaração e garantia devam sempre ser consideradas o principal fator de interpretação da vontade das partes, estas ficam

limitadas à verificação dos requisitos que forçaram, para segurança jurídica necessária, um limite para a estipulação das cláusulas, devendo sempre nortear o julgamento a ponto de se respeitar o imperativo da lei.

A despeito de se tratar de um regime autônomo onde as partes podem livremente pactuar e dispor, estipulando as responsabilidades para qualquer falha ou inexatidão das informações prestadas, estas cláusulas não poderá afastar a possibilidade das partes em invocar os regimes legais, sempre que a situação de fato preencher tais requisitos exigidos pela lei.

Bibliografia

- Bandeira, M. (2021, janeiro 181) Fusões e aquisições em Portugal caíram mas valor movimentado aumentou 5% em 2020, O Jornal Económico, Recuperado em 21, novembro de 2021, de <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/fusoes-e-aquisicoes-em-portugal-cairam-mas-valor-movimentado-aumentou-5-em-2020-689368>
- Bismarck, N.V. (2013), *Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom*, 1ª Edição, Wolters Kluwer, Zuidpoolingel.
- Cartwright, J. (2016) *Contract Law: na introduction to the English Law pf ontract for the civil lawyer*. 3ª ed. Osford, Portland: Bloomsbury.
- Código Civil brasileiro – “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”
- Cordeiro, A. M. (2020), *Código das Sociedades Comerciais Anotado: Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais*(DLA), 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra.
- Farnsworth, A.E (1987). *Precontractual liability and preliminar agréments: fair dealing and failed negotiations*. *Columbia Law Review*, vol. 87, n.2.
- Leitão, L. M. T. M., (2019) *Garantias das Obrigações*, 6ª Edição, Editora Almedina, Coimbra.
- Machado, J. B.(1991-1993), *Acordo Negocial e erro na venda de coisas defeituosas*, Obra Dispersa, Volume I, Scientia Iurídica, Braga.
- Martins, H., REsp 1364915/MG – Recurso Especial, maio 14, 2023 recuperado de https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300216370&dt_publicacao=24/05/2013.
- Mcmeel, G.(2011), *The construction of contracts:interpretation, implication and rectification*. 2ª Edição, Oxford University PresS.
- Medeiros, M. M. *Cláusulas de declaração e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos*. Tese em mestrado, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2006.
- Misrepresentation Act 1967, recuperado de <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/7>
- Monteiro, J. S. (1989)- *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Livraria Almedina.

- Pires, C. M., (2019) *Aquisições de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, 1ª Edição, Edições Almedina, SA, Coimbra.
- Proença, J. C. B.,(2008), *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério de Impugnação do Dano Extracontratua*, Reimpressão da Edição de novembro de 1997, Almedina, Coimbra.
- Russo, F. C. (2011), *Due diligence e responsabilidade*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra.
- Sinclair, N.(2013), *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*, 9ª Edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2014, p. 5; Bismarck, N.V., *Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom*, 1ª Edição, Wolters Kluwer, Zuidpoolsingel.
- Uniform Commercial Code - § 1-304. Obligation of Good Faith - Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement., Recuperado em 16 fevereiro, 2023 de <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304>.
- Vassconcelos, P. P.(2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 498, *apud*, Loureiro, C. T. & Ferreira, M. C., (2016) *As Cláusulas de Declaração e Garantia no Direito Português – Reflexões a Propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2016*, Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez, ISSN 1578-956X, Nº. 44, págs. 15-30 GeGe Global, Universidad de La Rioja.
- Walford v. Milles (1992) 2 A.C. 128 [1992] 1 All E.R. 453(HL)
- West, G.D. & Shah, K. M., (2007) *Debunking the myth of the sandbagging byer: when sellers as buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom?* The M&A lawyer, vol 11, p.5, recuperado de <https://www.weil.com/~media/files/pdfs/sandbagging.pdf>

Lista de Acórdãos

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

Ac. do TRC de 15 de dezembro de 2021, relator Emídio Francisco Santos

Ac. do TRP de 14 de julho de 2012, relator Henriques Antunes; Ac.do TRC de 14 de junho de 2022, relator Henrique Antunes;

Anexo - Acórdão do STJ de 1 de Março de 2016

<u>Acórdãos STJ</u>	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	4915/04.9TVLSB.L1.S1
Nº	6ª SECÇÃO
Convencional	
:	
Relator:	FERNANDES DO VALE
Descritores:	CONTRATO DE COMPRA E VENDA ACÇÕES ACÇÕES RISCO LIBERDADE CONTRATUAL PRESTAÇÃO
Data do	01/03/2016
Acórdão:	
Votação:	UNANIMIDADE
Referência de	CDP, N.º 75 (JULHO/SETEMBRO 2021), P. 30-62, ANOT. ANTÓNIO
Publicação:	AGOSTINHO GUEDES
Texto	S
Integral:	
Privacidade:	1
Meio	REVISTA
Processual:	
Decisão:	CONCEDIDA PARCIALMENTE A REVISTA
Área	
Temática:	DIREITO CIVIL - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / FONTES DAS OBRIGAÇÕES / CONTRATOS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL - PROCESSO DE DECLARAÇÃO / SENTENÇA (NULIDADES) / RECURSOS. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA - TRIBUNAIS / COMPETÊNCIA / SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
Doutrina:	- Almeida Costa, Direito das Obrigações, 1.ª Ed., 3.ª Reimpressão, p.

	1040. - Fábio Castro Russo, “Das Cláusulas de Garantia nos Contratos de Compra e Venda de Participações Sociais de Controlo”, <i>Direito das Sociedades em Revista</i>, Ano 2, Vol. 4, p. 115 e ss.. - Joana Forte Pereira Dias, em “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles”, IV Vol., p. 1025. - Mota Pinto, <i>Teoria Geral do Direito Civil</i>, 1976, p. 65 e ss.. - Pedro Pais de Vasconcelos, <i>Teoria Geral do Direito Civil</i>, 7.^a Ed., pp. 358 e ss. e 498 a 500.
Legislação Nacional:	CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGO 405.º. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC): - ARTIGOS 154.º, N.º2, 609.º, N.º1, 615.º, N.º1, AL. E), 674.º, N.º3, 682.º, N.º1. LEI Nº 52/2008, DE 28.08 - L. O. F. T. J. (LEI DE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS): - ARTIGO 33.º.
Sumário :	I - As denominadas “cláusulas de garantia” assumem uma importância nuclear nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo, constituindo um instrumento de repartição do risco contratual, a qual se mostra necessária ou conveniente face à tendencial assimetria informativa em que o comprador se encontra face ao vendedor, sem correspondente repercussão de forma plena no preço, aquando da sua determinação. II - As mesmas constituem, até, meio privilegiado de proteção do adquirente de tais participações, certo como é que a tutela ex lege pressupõe normalmente a indagação (de difícil prova) de estados subjectivos dos sujeitos contratuais, preferindo o adquirente o sistema “garantístico” automático oferecido pelas cláusulas de garantia, cujo objeto se cinge à assunção de um risco.

III - Por força da cláusula de garantia, o devedor (o vendedor) responde pelas eventuais divergências entre o que declara e a realidade «haja o que houver», ou seja, o vendedor assume plenamente o risco da não verificação da «situação» garantida, independentemente de culpa da sua parte, o que é admissível à luz da liberdade contratual (art. 405.º do CC).

IV - A violação da cláusula de garantia não gera um dever de indemnizar na aceção do regime legal da responsabilidade civil, mas apenas um dever de prestar em sentido estrito, correspondente à diferença entre o valor económico-financeiro da sociedade garantido pelo vendedor através de contas apresentadas e o seu valor real, que teria determinado o preço do negócio.

Decisão Texto
Integral:

Proc. nº 4915/04.9TVLSB.L1.S1^[1]

(Rel. 225)

Acordam, no Supremo Tribunal de Justiça

1 - “AA, S. A.” (“AA”) e “BB, S. A.” instauraram, no *Tribunal Cível* da comarca de *Lisboa*, no decurso do ano de 2004, acção declarativa, com processo comum e sob a forma ordinária, contra **“CC - Sociedade ..., S. A.”** e **“CC - Construções ..., S. A.”**, pedindo a condenação da 1ª R. a pagar à 1ª A. a quantia de € 354 384,09, correspondente a 20% do montante total dos prejuízos sofridos, acrescida de juros de mora, desde 01.07.04 até integral pagamento, e à 2ª A. a quantia de € 139 767,66, acrescida de juros de mora, desde 01.07.04, e a condenação da 2ª R. a pagar à A. “BB” a quantia de € 93 178,44, acrescida de juros desde 01.07.04.

Fundamentando a respetiva pretensão, invocaram, *muito em*

resumo e essência, a celebração de diversos contratos de aquisição de ações com as RR., nos quais houve falsidade da informação que conduziu à sobreavaliação das empresas.

As RR. impugnaram os pedidos.

Percorrida a subsequente tramitação, realizou-se a audiência de discussão e julgamento, tendo sido proferida decisão sobre a matéria de facto, contra a qual não houve reclamações.

Foi proferida **sentença** que decretou a *procedência parcial* da ação, **tendo:**

/

I - Absolvido a R. “CC S...” do pedido contra si deduzido por “AA, S. A.”;

II - Condenado a R. “CC S...” a pagar à “BB” a quantia de € 23 076,86, acrescida de juros de mora vencidos, desde 19.04.02, e vincendos até integral pagamento, à taxa legal para as sociedades comerciais;

III - Condenado a R. “CC, S. A.” a pagar à A. “BB” a quantia de 23 076,86), acrescida de juros vencidos, desde 19.04.02 e vincendos até integral pagamento, contados desde 19.04.02, à taxa legal para as sociedades comerciais.

Tendo sido interposta *apelação* por *todas as partes*, a **Relação** de Lisboa, por acórdão de 12.12.13, **decidiu:**

/

“Procede pois deste modo o recurso apresentado pelas RR.

Prejudicada a ampliação do recurso deduzida pelas mesmas.

Segue deliberação.

Na improcedência da apelação das AA. mantém-se a sentença apelada na parte em que julgou a acção improcedente e revoga-se esta na parte em que condenou as RR., declarando-se agora as mesmas totalmente absolvidas

da pretensão deduzida nos autos”.

Daí a presente **revista** interposta pelas **AA.**, visando a revogação do acórdão impugnado, conforme alegações culminadas com a formulação das seguintes **conclusões**:

/

/

1ª - Consideram as ora recorrentes que o douto acórdão recorrido se encontra viciado, na sua base, por um erro de direito;

2ª - O erro fundamental do Tribunal “*a quo*” consistiu na aplicação do regime legal da responsabilidade civil aos factos dos autos, quando as partes haviam contratual e expressamente estipulado, ao abrigo da sua autonomia privada, um específico regime para as divergências entre as qualidades do objecto do negócio declaradas pelas vendedoras, aqui recorridas, e as reais características daquele;

3ª - Verifica-se pois, designadamente, a aplicação errónea dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil;

SOBRE A CLÁUSULA DE GARANTIA

4ª - Recorrentes e recorridas estabeleceram, contratualmente, uma cláusula de garantia, segundo a qual as vendedoras, aqui recorridas, responderiam automaticamente - isto é, de forma objectiva - pelas divergências entre o que expressamente declararam quanto à situação económico-financeira das sociedades vendidas e a realidade, "haja o que houver";

5ª - As cláusulas 4ª e 5ª dos contratos celebrados entre as recorridas e as recorrentes “AA” e “BB”, respectivamente, bem como o Anexo IV aos mesmos, consubstanciam a referida cláusula de garantia, em que as recorridas asseguraram expressa, irrevogável, incondicionalmente e sem reservas, a verificação de determinadas qualidades das sociedades objecto do negócio;

6ª - A cláusula de garantia não se reconduz a qualquer obrigação de comportamento, mas à assunção do risco da desconformidade entre a situação declarada e a real situação das sociedades objecto do negócio;

7ª - As recorridas respondem assim de forma automática, isto é, independentemente da verificação dos pressupostos da responsabilidade civil - facto ilícito, culpa ou dano - por qualquer divergência entre o declarado contratualmente e a realidade, desde que abrangida pela cláusula de garantia;

8ª - Recorrentes e recorridas estabeleceram expressamente as consequências da violação da cláusula de garantia nas cláusulas 12ª, nº 1 e 7ª, nº1 do contrato - recorrida “CC S...” - recorrente “AA” e recorridas “CC S...” e “CC S. A.” - recorrente “BB”, respectivamente;

9ª - Uma vez que, com a cláusula de garantia, as recorridas não assumiram qualquer obrigação de comportamento, a violação daquela não pode qualificar-se como um *incumprimento* no sentido tradicional que lhe é atribuído em sede de responsabilidade civil legal;

10ª - Não existindo incumprimento em sentido clássico, a violação da cláusula de garantia não gera um *dever de indemnizar* na acepção do regime legal da responsabilidade civil, mas apenas um *dever de prestar* em sentido estrito, correspondente à diferença entre o valor económico-financeiro da sociedade garantido pelas recorridas através das contas apresentadas e o seu valor real, que teria determinado o preço do negócio;

11ª - Os significantes *indemnizar* e *dano* são utilizados no seu sentido comum e amplo, sem que importem uma definição da aplicação do regime legal da responsabilidade civil;

12ª - Nas cláusulas 12ª nº/s 1 e 3 e 7ª, nº/s 1 e 4 dos contratos, as partes estabeleceram ainda uma *franquia*, ou seja, determinaram contratualmente qual o valor a partir do qual as divergências entre a situação declarada e garantida pelas vendedoras e a situação real das sociedades objecto do negócio seria relevante para efeitos de responsabilização das recorridas;

13ª - No caso do contrato entre a recorrida “CC S...” e a recorrente “AA”, o valor materialmente relevante das divergências a partir do qual há lugar à responsabilização da recorrida é de Esc. 50 000 000\$00 (€ 249 398,95) - cláusula 12ª, nº 3;

14ª - Já no caso do contrato celebrado entre as recorridas e a

recorrente “BB”, o valor mínimo das divergências situa-se nos Esc. 2 500 000\$00 (€ 12 469,95) - cláusula 7ª, nº4;

15ª - O que releva é, apenas, determinar se a soma do valor de todas as discrepâncias contabilísticas entre o declarado pelas vendedoras e a realidade é igual ou superior ao valor das franquias. Nesse caso há, automaticamente, lugar à responsabilização das vendedoras, aqui recorridas, sendo irrelevante a existência de qualquer materialidade dos valores em sentido contabilístico estrito;

16ª - Não se trata, pois, de determinar se o valor de cada uma das sociedades no seu todo era ou não, afinal, inferior ao que lhe foi atribuído pelas partes;

SOBRE O VALOR DOS DANOS SOFRIDOS PELAS RECORRENTES, EM VIRTUDE DAS DIVERGÊNCIAS EXISTENTES

Prejuízos sofridos pela recorrente “AA”

Relativamente à “BB”

17ª - A recorrente “AA” sofreu, em virtude das divergências entre a situação patrimonial da “BB” garantida pela recorrida “CC S...” um dano total de € 431 978,95;

18ª - Considerando a franquia estabelecida na cláusula 12ª, nº 3 - € 249 398,95 -, o valor em dívida pela recorrida “CC S...” é de € **391 672,26**, incluindo capital e juros de mora vencidos até dia 03 de Fevereiro de 2014;

Relativamente à “DD”

19ª - A recorrente “AA” sofreu, em virtude das divergências entre a situação patrimonial da “DD” garantida pela recorrida “CC S...” e a sua situação real um dano total de € 753 918,06;

20ª - Considerando o valor de 60% de participação da “BB” na “DD” e o valor de 20% da participação da “CC S...” na “BB”, o

valor total em dívida é de € **193 205,29**, incluindo capital e juros de mora até 03 de Fevereiro de 2014;

Relativamente à “EE”

21ª - Os prejuízos sofridos pela recorrente “AA” em consequência das divergências entre a situação patrimonial da “EE” garantida pela recorrida “CC S...” e a sua situação real é de € 702 246,52;

22ª - Tendo em consideração a participação de 50% detida pela “BB” na “EE” e o valor da participação da recorrida “CC S...” na “BB” - 20% - o valor devido é de € **149 923,41**, contabilizados o capital e os juros de mora até 03 de Fevereiro de 2014;

Relativamente à “FF”

23ª - Os prejuízos sofridos pela recorrente “AA” em consequência das divergências entre a situação patrimonial da “FF” garantida pela recorrida “CC S...” e a sua situação real é de € 158 009,19;

24ª - Tendo em consideração a participação de 75 % detida pela “BB” na “FF” e o valor da participação da Recorrida “CC S...” na “BB” - 20% - o valor devido é de € **50 553,60**, o qual inclui o capital e os juros de mora vencidos até 03 de Fevereiro de 2014;

Relativamente à “GG”

25ª - Os prejuízos sofridos pela recorrente “AA” em consequência das divergências entre a situação patrimonial da “GG” garantida pela recorrida “CC S...” e a sua situação real é de € 79 042,61;

26ª - Tendo em consideração a participação de 60% detida pela “BB” na “GG” e o valor da participação da recorrida “CC S...” na “BB” - 20% - o valor devido é de € **20 231,16**;

Total

27ª - O valor global do prejuízo sofrido pela “AA” no âmbito do

contrato celebrado com a recorrida “CC S...”, tendo já em conta a referida franquia estabelecida na cláusula 12ª, nº3 do contrato e a participação de 20% que a recorrida “CC S...” detinha na “BB”, é de € 678 095,72;

Dos prejuízos sofridos pela recorrente “BB”

Relativamente à “EE”

28ª - Os prejuízos sofridos pela recorrente “BB” em consequência das divergências entre a situação patrimonial da “EE” garantida pelas recorridas “CC S...” e “CC S. A.” e a sua situação real é de € 702 246,52;

29ª - O valor da franquia estabelecido na cláusula 7ª, nº4 do contrato - € 12 469,95 - encontra-se claramente ultrapassado;

30ª - Atenta a percentagem de 50% de capital social detido pela “BB” na “EE”, está em causa um prejuízo de € 351 123,26;

31ª - A responsabilidade da recorrida “CC S...”, tendo em consideração o valor da participação que detinha na “EE” -15% -, ascende ao montante de € 112 442,57;

32ª - A responsabilidade da recorrida “CC S. A.” cifra-se em € 74 961,72, considerando que o valor da sua participação social na “EE” é de 10%;

33ª - Os valores em dívida apresentados incluem o capital e os juros de mora até ao dia 03 de Fevereiro de 2014.

Nestes termos e nos mais de Direito que V. Exas., venerandos Conselheiros, doutamente suprirão, requer-se o proferimento de acórdão que, em substituição do douto acórdão recorrido, sanando os vícios de que este padece, julgue inteiramente procedentes os pedidos formulados pelas ora recorrentes:

a) - Condenando a recorrida “CC S...” no pagamento, à recorrente “AA”, do montante de € 805 585,72, acrescidos de juros de mora comerciais até efectivo e integral pagamento;

b) - Condenando a recorrida “CC S...” no pagamento, à recorrente “BB”, do montante de € 112 442,57, acrescidos de

juros de mora comerciais até efectivo e integral pagamento;

c) - Condenando a recorrida “CC S. A.” no pagamento, à recorrente “BB”, de € 74 961,72, acrescidos de juros de mora comerciais até efectivo e integral pagamento;

d) - Condenando as recorridas no pagamento, às recorrentes “AA” e “BB”, na quantia que se vier a determinar em liquidação de sentença, quanto aos danos incorridos pela falta de provisão para clientes de cobrança duvidosa, no âmbito da venda da “EE”.

Assim se fazendo a tão costumada JUSTIÇA!

Contra-alegando, defendem as recorridas a manutenção do julgado.

Corridos os vistos e nada obstando ao conhecimento do recurso, cumpre decidir.

*

2 - A Relação teve por **provados os seguintes **factos**:**

/

A) - A “HH, S. A.”, (HH) é uma sociedade comercial inserida no grupo “AA”, cuja actividade consiste na angariação de novos negócios em Portugal, em mercado aberto (municipal), tendo, por função predominante o relacionamento com os consumidores e a gestão de infra-estruturas e operações dos negócios angariados;

B) - A A. “AA” é a sociedade holding do grupo “AA”, que desenvolve a sua actividade nas três vertentes do saneamento básico: abastecimento de água, saneamento de águas residuais e valorização de resíduos sólidos;

C) - A A. “BB” pertence ao grupo “AA” e presta serviços de gestão e exploração de sistemas de captação, de tratamento e distribuição de água e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes;

D) - A R. “CC S...” foi accionista da A. “BB”, detendo, até 17 de Julho de 2001, acções representativas de 20% do capital

social daquela empresa;

E) - Até à mesma data, a referida R. deteve também acções representativas de 15% do capital da sociedade “EE”;

F) - A R. “CC, S. A.” foi também accionista da sociedade “EE”, tendo detido, até 17 de Julho de 2001, acções representativas de 10% do capital social daquela empresa;

G) - Em 2001, entre os accionistas da A. “BB” [“II”, “JJ CAPITAL” e “CC, S...”] e a A. “AA”, foram estabelecidos os princípios básicos para a concretização de uma operação societária que permitisse reforçar e consolidar a posição da “BB” e “HH” no mercado nacional de distribuição de água;

H) - Para a concretização dessa finalidade, entendeu-se conveniente proceder à concentração do capital da “BB”, bem como à centralização, na esfera jurídica da “BB” e da “HH” de um conjunto de sociedades que, regionalmente, através de contratos de concessão celebrados com municípios ou associações de municípios, exploram os serviços de captação, tratamento e distribuição de água em vários concelhos do país, e cujas participações sociais se encontravam repartidas entre a “BB” a “KK”, a “CC, S...” e a “CC, S. A.”;

I) - Essas sociedades concessionárias eram as seguintes:

- “FF”, cujo capital social pertencia à “BB” (75%) e “KK” (25%);
- “LL”, cujo capital social pertencia à “BB” (75%) e “KK” (25%);
- “EE”, cujo capital social pertencia à “BB” (50%), “KK” (25%); “CC S...” (15%) e “CC, S. A.” (10%);
- “MM”, cujo capital pertencia à “BB” (80%) e “KK” (20%);

J) - A concentração do capital da “BB” operou-se mediante um contrato pelo qual a A. “AA” adquiriu aos accionistas da “BB” a totalidade das acções representativas do capital social desta última;

L) - A centralização na esfera jurídica da “BB” e da “HH” das sociedades concessionárias supra referidas concretizou-se através da compra, pela “BB”, da totalidade das participações sociais detidas pelos restantes accionistas, ficando, assim, a “BB” com 100% do capital social daquelas sociedades;

M) - A “HH”, por sua vez, passou a ter como accionistas o “JJ” (24,5%) e a A. “AA” (75,5%), e passou a deter, a 100%, o capital social da “BB”;

CONTRATO BB

N) - O contrato referido em J) foi celebrado, em 17 de Julho de 2001, entre as sociedades “II”, “JJ CAPITAL” e a R. “CC, S...”, por um lado e como vendedoras, e a A. “AA”, por outro lado e como compradora, tendo-o sido nos termos e condições que constam do escrito junto de fls .112 a 282, que aqui se dá por reproduzido;

O) - Com a celebração desse contrato, a A. adquiriu as acções de que a R. “CC, S...” era titular na A. “BB”, ou seja, 346 166 (trezentas e quarenta e seis mil, cento e sessenta e seis) acções, pelo preço de Esc. 800 000 000\$00, contravalor de € 3 990 383,18;

P) - Como consequência do mesmo e indirectamente, a A. “AA” adquiriu, ainda, participações sociais nas subsidiárias da A. “BB”, a saber:

“FF - ..., S. A.”;

“LL - ..., S. A.”;

“EE – ..., S. A.”;

“DD - ..., S. A.”;

“MM - ..., S. A.”; e

“GG - ..., S.A. Q.”;

Q) - Na cláusula quarta do referido contrato, a R. “CC S...” declarou e garantiu ser proprietária das acções representativas de 20% do capital social da A. “BB” e de igual percentagem de direitos de voto, acções essas identificadas no ponto 3 do Anexo II do mesmo acordo;

R) - Na mesma cláusula, a referida R. declarou e garantiu, ainda, que essas acções haviam sido emitidas nos termos legais e estatutários e que se encontravam:

a) Livres de quaisquer ónus, encargos ou responsabilidades, bem

como livres de quaisquer limitações, seja qual fosse a sua natureza ou origem, que pudessem prejudicar ou impedir o exercício dos direitos a elas inerentes ou a sua livre disponibilidade, com excepção das constantes do respectivo contrato de sociedade;

Integralmente subscritas e realizadas;

Devidamente registadas no livro de registo de acções da A. “BB”;

S) - Na cláusula quinta do mesmo contrato, a referida R. declarou e aceitou que a A. “AA” comprava as acções tendo em conta as declarações e garantias constantes do Anexo VII, por ela prestadas com referência e validade à data do contrato - 17 de' Julho de 2001 -, tendo declarado que a veracidade e exactidão dessas declarações e garantias era, por ela, garantida de modo irrevogável, incondicional e sem reservas;

T) - No parágrafo 15 do Anexo VII ao referido contrato, a mesma R. “CC, S...” declarou, sob a epígrafe "Livros e documentos de prestação de contas", que:

"(a) todos os livros e demais documentos de prestação de contas da “BB” e de cada uma das subsidiárias foram elaborados de acordo com o Plano Oficial de Contabilidade na altura em vigor e reflectem, em cada momento, de forma verídica, completa e exacta, a situação económico-financeira de cada uma dessas sociedades;

(b) nenhum desses livros e demais documentos de prestação de contas contém informação incorrecta, incompleta ou enganosa",

U) - No parágrafo 12 do mesmo Anexo VII, sob a epígrafe, "Impostos e Contribuições para a Segurança Social", a mesma R. declarou que:

"(a) A “BB” e cada uma das subsidiárias apresentou, nos termos e prazos legais, todas as declarações necessárias ao cumprimento de todas as suas obrigações de natureza fiscal ou para com a segurança social;

(b) Nem a “BB” nem qualquer das subsidiárias encontra-se em situação de mora no cumprimento ou incumprimento da obrigação de efectuar retenções ou de pagar quaisquer impostos,

retenções, taxas, juros, penalidades e contribuições, seja qual for a sua natureza, incluindo, sem limitação, contribuições para com a segurança social;

(c) Todas as declarações apresentadas pela “BB” e por cada uma das subsidiárias, relativas às suas obrigações fiscais ou para com a segurança social, são exactas, completas, verdadeiras, descrevendo todas aquelas obrigações que delas devam constar”;

V) - No parágrafo 13 do Anexo VII, sob a epígrafe “Informações”, a mesma R. declarou que “todas as informações prestadas e documentação entregue pelos vendedores à “AA” é verdadeira, completa e exacta, não omitindo qualquer facto, circunstância ou omissão que possa alterar o respectivo conteúdo ou que a possa tornar inverídica ou enganosa”;

W) - Na cláusula décima-segunda, nº1 1, do mesmo contrato: a R “CC, S...”, declarou obrigar-se “a indemnizar a “AA” por todos os prejuízos, lucros cessantes,” dívidas, diminuições patrimoniais, perdas, custos (abarcando, sem limitação, custas judiciais, honorários razoáveis de advogados, solicitadores e outros consultores) e danos (“Prejuízos”), decorrentes directa ou indirectamente:

a) Da inexactidão ou imperfeição das declarações e garantias efectuadas pelos vendedores no presente contrato e, em particular, as constantes da Cláusula 5ª (“Declarações e Garantias dos Vendedores”) referentes a factos, omissões ou obrigações anteriores à data do contrato, que não tenham sido divulgados à “AA”, não constem do presente contrato e /ou das Contas Anuais;

b) Sem prejuízo do estipulado no número 2 da presente cláusula, de quaisquer passivos, responsabilidades ou contingências, seja qual for a sua natureza ou origem, derivadas de factos, omissões ou obrigações ocorridos no exercício de 2001, anteriores à data do contrato, que não tenham sido - divulgados à “AA”, não constem do presente contrato e / ou das Contas Anuais ou, tendo sido divulgados à “AA” ou constando das Contas Anuais, não se encontrem devidamente provisionados;

c) De reclamações de terceiros contra a “BB” e/ou qualquer uma das Subsidiárias - designadamente, sem limitação, autoridades fiscais, segurança social, trabalhadores - relacionados com as declarações e garantias prestadas pelos vendedores nos termos

do presente contrato ou decorrentes de obrigações contraídas ou factos ocorridos ou omitidos, anteriores à data do contrato, que tenham sido divulgados à AA, no presente Contrato e /ou tendo sido divulgados à “AA” ou, constando das Contas Anuais, não se encontrem devidamente provisionados”;

X) - Na mesma cláusula décima-segunda, nº3, convencionou-se que: "A obrigação dos vendedores indemnizarem a “AA” (“Obrigação de Indemnização”) só se constitui a partir do momento em que o valor dos pedidos de indemnização acumulados atingir Esc. 50 000 000\$00 (cinquenta milhões), caso em que a obrigação de indemnização será calculada apenas pelo valor dos prejuízos que exceder aquele montante de Esc. 50 000 000\$00 (cinquenta milhões) ”;

CONTRATO EE

Z) - Na mesma data de 17 de Julho de 2001, foi celebrado entre, de um lado, as RR. “CC S...” e a “CC, S. A.”, como vendedoras, e, de outro, a A. “BB”, como compradora, um contrato de compra e venda de acções representativas do capital social da “EE”, pelo qual a “BB” adquiriu, a cada uma das vendedoras, a totalidade das acções representativas do capital social daquela sociedade que lhes pertenciam;

AA) - Esse contrato foi celebrado nos termos e condições do escrito que consta do Anexo I ao contrato referido em J) e N), sob a epígrafe "contratos de participações detidas pela “KK” e pela “CC” nas concessionárias participadas pela “BB”, junto de fls. 163 a 192 e que aqui se dá por reproduzido;

BB) - Pelo mesmo, a A. “BB” adquiriu à “CC, S. A.”, que lhe vendeu, as 53 500 acções que esta detinha no capital social da “EE”,

correspondentes a 10% do capital, e à “CC, S...” , que lhe vendeu, as 80 250 acções que esta detinha no capital social da “EE”, correspondentes a 15% do capital;

CC) - Nas cláusulas segunda e terceira do mesmo contrato, as vendedoras declararam e garantiram ser proprietárias e legítimas possuidoras das referidas acções, tendo, bem assim, declarado e garantido que as acções de que eram proprietárias e legítimas possuidoras haviam sido emitidas nos termos legais e estatutários e que se encontravam:

a) Livres de quaisquer ónus, encargos ou responsabilidades, bem como livres de quaisquer limitações, seja qual fosse a sua natureza ou origem, que pudessem prejudicar ou impedir o exercício dos direitos a elas inerentes ou a sua livre disponibilidade, com excepção das constantes do respectivo contrato de sociedade;

Integralmente subscritas e realizadas;

Devidamente registadas no livro de registo de acções da “EE”;

DD) - Na cláusula quarta do mesmo contrato, as RR. “CC, S. A.” e “CC, S...”, na qualidade de vendedoras, declararam e aceitaram que a “BB” comprava as acções, tendo em conta as declarações e garantias constantes do Anexo IV ao contrato, prestadas com referência e validade à data deste - 17 de Julho de 2001 -, tendo declarado que a veracidade e exactidão dessas declarações era, por cada uma delas, garantida de modo irrevogável, incondicional e sem reservas;

EE) - No parágrafo 15 do Anexo IV ao contrato, sob a epígrafe:

"Livros e documentos de prestação de contas", as referidas RR. declararam que:

" (a) todos os livros e demais documentos de prestação de contas da “EE” foram elaborados de acordo com o Plano Oficial de Contabilidade na altura em vigor e reflectem, em cada momento, de forma verídica, completa e exacta, a situação económico-financeira de cada uma dessas sociedades;

(b) nenhum desses livros e demais documentos de prestação de contas contém informação incorrecta, incompleta ou enganosa";

FF) - No parágrafo 12 do mesmo Anexo V, declararam e garantiram as RR., sob a epígrafe, "Impostos e Contribuições para a Segurança Social", que:

"(a) A “EE” apresentou, nos termos e prazos legais, todas as declarações necessárias ao cumprimento de todas as suas obrigações de natureza fiscal ou para com a segurança social;

(b) A “EE” não se encontra em situação de mora no cumprimento ou incumprimento da obrigação de efectuar retenções ou de pagar quaisquer impostos, retenções, taxas,

juros, penalidades e contribuições, seja qual for a sua natureza, incluindo, sem limitação, contribuições para com a segurança social;

(c) Todas as declarações apresentadas pela “EE”, relativas às suas obrigações fiscais ou para com a segurança social, são exactas, completas, verdadeiras, descrevendo todas aquelas obrigações que delas devam constar”;

GG) - No parágrafo 13 do Anexo VII, declararam e garantiram as RR., sob a epígrafe "Informações", que "todas as informações prestadas e documentação entregue pelas vendedoras à “BB” é verdadeira, completa exacta, não omitindo qualquer facto, circunstância ou omissão que possa alterar o respectivo conteúdo ou que a possa tornar inverídica ou enganosa”;

HH) - Pela compra das referidas acções, a “BB” pagou à “CC, S. A.” o preço de Esc. 54 173 600\$00, correspondentes a € 270 216,78 e à “CC, S...” o preço de Esc. 81 260 400\$00, correspondentes a € 405 325,17;

II) - Na cláusula sétima nº1 do mesmo contrato, as RR. vendedoras declararam obrigar-se "a indemnizar a “BB” por todos os prejuízos, incluindo, sem limitação, lucros cessantes, dívidas, diminuições patrimoniais, perdas, custos (abarcando, sem limitação, custas judiciais, honorários razoáveis de advogados, solicitadores e outros consultores) e danos ("Prejuízos"), decorrentes directa ou indirectamente:

a) Da inexactidão ou imperfeição das declarações e garantias efectuadas pelas vendedoras no presente contrato e, em particular, as constantes da Cláusula 48 ("Declarações e Garantias dos Vendedores"), referentes a factos, omissões ou obrigações anteriores à data do contrato, que não tenham sido divulgados à “BB”, não constem do presente contrato e /ou das Contas Anuais;

b) Sem prejuízo do estipulado no número 2 da presente cláusula, de quaisquer passivos, responsabilidades ou contingências, seja qual for a sua natureza ou origem, derivadas de factos, omissões ou obrigações ocorridos no exercício de 2001, anteriores à data do contrato, que não tenham sido divulgados à “BB”, não constem do presente contrato e / ou das Contas Anuais ou, tendo sido divulgados à “BB” ou constando das Contas Anuais, não se

encontrem devidamente provisionados;

c) De reclamações de terceiros contra a “EE” - designadamente, sem limitação, autoridades fiscais, segurança social, trabalhadores - relacionados com as declarações e garantias prestadas pelas vendedoras nos termos do presente contrato ou decorrentes de obrigações contraídas ou factos ocorridos ou omitidos, anteriores à data do contrato, que não tenham sido divulgados à “BB”, no presente Contrato e /ou tendo sido divulgados à “BB” ou constando das Contas Anuais, não se encontrem devidamente provisionados”;

Para efeitos do estipulado na alínea (b) do número anterior, só se consideram prejuízos os resultantes:

(a) Da celebração de novos contratos que beneficiem, directa ou indirectamente, a “CC” ou a “CC S...”, e não decorram da actividade normal da “EE”, ou de modificações que alterem contratos vigentes com os mesmos, salvo as que decorram da actualização monetária;

(b) De aquisição, alienação, oneração de bens imóveis;

(c) Da prestação de cauções e garantias pessoais ou reais pela “EE”;

(d) De extensões ou reduções injustificadas da actividade da “EE”;

(e) De modificações injustificadas na organização da “EE”;

(f) De modificações das condições de remuneração dos titulares dos órgãos sociais da “EE”, as quais constam do Anexo V;

g) Do aumento injustificado dos quadros da “EE” ou da celebração de contratos de trabalho que contenham condições de remuneração que não se enquadrem nas praticadas, em termos gerais, na “EE”;

(h) Da celebração de contratos com terceiros, designadamente de aquisição de bens ou de prestação de serviços que não possam ser devidamente fundamentados ou contenham condições de preço ou de prazo que divirjam, injustificadamente, das constantes de contratos de idêntica natureza celebrados anteriormente pela “EE”;

(i) De um modo geral de quaisquer factos ou omissões que, de forma dolosa ou negligente, afectem, no seu conjunto, o valor da “EE” e, conseqüentemente, os interesses da “BB”.

O montante das indemnizações previstas na presente cláusula corresponderá a 25 (vinte e cinco) por cento do valor do prejuízo incorrido pela “EE” ("Obrigação de Indemnização"), montante das indemnizações esse, limitado ao valor do preço de compra e venda pago pela “BB” à “CC” e à “CC S...”, actualizado a uma taxa anual correspondente à Euribor a seis meses, acrescido de um Spread de 0,5% (zero vírgula cinco por cento).

4. A Obrigação de Indemnização será repartida e, portanto, nessa medida ficará também limitada; a 40 (quarenta) por cento do seu montante para a “CC” e 60 (sessenta) por cento do seu montante para a “CC S...”.

Cada uma das vendedoras só estará obrigada a cumprir a obrigação de indemnização a partir do momento em que esta atingir Esc. 2 500 000,00 (dois milhões e quinhentos mil), caso em que a obrigação de indemnização será calculada, nos termos aqui referidos, pelo valor total dos prejuízos e não apenas pelo valor do prejuízo ou prejuízos que exceder aquele montante, (aditado aos factos assentes nos termos do disposto no artº 659º/3 do Código de Processo Civil);

AUDITORIA

II-1 - Na sequência da compra e venda da totalidade das acções representativas do capital social da “BB” e da entrada em funções da nova equipa de gestão, foram efectuadas auditorias financeiras, fiscais e legais àquela sociedade e às sociedades concessionárias, com o objectivo de habilitar a referida equipa de gestão com informação acerca das sociedades, tendo 'essas auditorias tido lugar entre o final de Julho e Novembro de 2001;

BB

JJ - A auditoria referida na al. II - 1 verificou que, nas contas da “BB” reportadas a 31 de Dezembro de 2000, não foi efectuada provisão suficiente para os seguintes saldos devedores de clientes:

Câmara Municipal de Paredes, Esc. 21 819 000\$00, em dívida

desde 1996;

Câmara Municipal de Alcanena, Esc. 7 311 580\$00;

Câmara Municipal de Rio Maior, Esc. 9 904 694\$00, relativos a facturas emitidas pela “BB”, por revisões de preços emitidas em 1999;

Outros de menor valor individual, com os valores que constam da folha 366, que aqui se dá por reproduzida desde a menção "NN" 'inclusive à menção "OO" inclusive;

LL) - A mesma auditoria verificou que, em 11 de Julho de 1991, foi celebrado um contrato entre a “BB” e a “PP, Lda”;

MM) - Esse contrato teve como objecto a associação em consórcio externo para a prestação de serviços de exploração, manutenção, conservação e formação do pessoal da estação de tratamento de águas residuais de Parada (ETAR da Maia);

NN) - O referido contrato previa mecanismos de controlo mútuo dos custos e receitas e estipulava que a “PP” beneficiava de 25% das receitas de exploração da ETAR e suportava 25% dos respectivos custos incorridos;

OO) - Em Agosto de 1997, na sequência de um desentendimento entre as partes do mesmo contrato, esse procedimento foi abandonado, não tendo sido aplicada, desde a mesma data, a referida cláusula relativa a custos e proveitos;

PP) - Com o objectivo de simplificar os procedimentos de repartição de custos e proveitos, a “BB” propôs, entretanto, à “PP” ceder-lhe 3% dos proveitos de exploração da ETAR, suportando paralelamente 3% dos custos, não tendo havido qualquer resposta por parte da “PP”;

QQ) - A partir de 1997, a “BB” tem vindo a contabilizar os correspondentes custos, no montante de Esc. 6 690 000,00, na rubrica "outros acréscimos de custos";

RR) - A percentagem de 25% dos referidos custos corresponde a Esc. 34 260 000,00;

SS) - A mesma auditoria detectou que, em 20 de Outubro de 2000, foi celebrado entre a “BB” e a “QQ S. A.” um contrato de consórcio visando a prestação de serviços de controlo técnico e

de segurança, manutenção e operacionalidade do aproveitamento hidráulico de Odeleite-Beliche;

TT) - Em Dezembro de 2000, foi reconhecido, nas contas da “BB”, como proveito, o montante de cerca de Esc. 22 791 000,00, relativos à exploração, com a “QQ, S. A.”, da ETAR de Odeleite - Beliche;

UU) - A mesma auditoria revelou que, em 1996, a “BB” foi convidada pela Associação de Utilizadores do Sistema de Tratamento de Águas Residuais de Alcanena (Austra) a participar na construção de um Hotel em Alcanena, tendo participado com Esc. 12 000 000,00, correspondente a 5,2% no capital social, de Esc. 228 000 000,00, da “RR, S. A.” (“RR”), a sociedade que detém e explora o hotel;

VV) - O hotel em Alcanena encontra-se em exploração, desde o início de 2001, tendo, até 31 de Dezembro de 2000, os resultados da “RR” sido negativos, em termos acumulados, no montante de Esc. 46 664 701\$10;

WW) - Nas contas da “BB”, não foi contabilizada a quantia de Esc. 2 456 037\$00;

XX) - Essa quantia seria a que corresponderia ao reconhecimento de prejuízos acumulados na participação de capital da “BB” no capital social da “RR” quando apurados de acordo com a aplicação da regra contabilística "método da equivalência patrimonial";

ZZ) - Em Março de 2000, no âmbito da candidatura a um subsídio do SIURE (Sistema de Incentivos à Utilização Racional de Energia - Energias Renováveis), foi assinada uma carta-contrato entre o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas ("IAPMEI"), a Direcção Geral de Energia, a “BB” e os “SMASC” - Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Coimbra, nos termos da qual foi concedida à “BB” a exploração do equipamento destinado ao sistema de co-geração da ETAR de Coimbra;

AAA) - A “BB”, na qualidade de concessionária da exploração do referido equipamento, comprometeu-se a instalar um sistema de valorização energética (sistema de produção combinada de energia e calor em dois grupos moto geradores);

BBB) - O custo total do projecto foi de Esc. 30 468 000\$00, sendo o subsídio do SIURE, atribuído em 2000 e integralmente recebido em 2001, em Esc. 15 234 000\$00;

CCC) - O contrato vigorou até 2003, para um período de vida útil de 41 meses;

DDD) - O equipamento referido em *ZZ)* começou a ser amortizado em Janeiro de 2001, estando a ser amortizado em três anos;

EEE) - Nas contas da “BB”, foram identificados cerca de Esc. 3 000 000\$00 relativos a custos incorridos no ano de 2000, os quais só foram contabilizados no exercício de 2001;

FFF) - Esses custos referem-se a facturas de comunicações, portagens, combustíveis e utilizações de cartão de crédito;

GGG) - A estimativa de IRC a pagar, registada pela “BB” em relação ao ano de 2000, não considerou a estimativa para as tributações autónomas, no montante de Esc. 2 435 000\$00;

HHH) - Este montante foi pago em 2001 e encontra-se reflectido nas demonstrações financeiras de 2001, na rubrica de custos extraordinários relativos a exercícios anteriores;

III) - Em 20 de Dezembro de 2001, a A. “AA” solicitou à R. “CC, S...” o pagamento de alegados prejuízos que entendia estarem, à data, apurados, relativos à situação da “BB”;

DD

JJJ) - Nos termos referidos em P), a A. “AA” adquiriu uma participação correspondente a 60% do capital social da “DD”;

LLL) - Esta última sociedade tem ao seu serviço, em regime de requisição, trabalhadores que estão vinculados ao município concedente;

MMM) - Relativamente ao pessoal requisitado à Câmara Municipal de Setúbal, a “DD” considerou os encargos com as férias e subsídio de férias somente no ano em que são pagos;

NNN) - No que respeita aos trabalhadores do seu quadro, a “DD” registou a responsabilidade por esses encargos no ano em que o direito às férias e subsídio de férias se adquire e não

apenas quando é pago;

OOO) - O procedimento referido em MMM) conduziu ao não reconhecimento, nas demonstrações financeiras da responsabilidade com férias e subsídio de férias dos trabalhadores requisitados, no montante total de € 405 647,39, reportado à data de 31 de Dezembro de 2000;

PPP) - Na certificação legal de contas que consta do “Relatório, Balanço e Contas do Exercício de 2000 da DD”, foi indicado como reserva para os encargos referidos em MMM) o valor de Esc. 79 000 000\$00 (€ 394 050);

QQQ) - A rubrica "Imobilizado Incorpóreo" das contas da “DD” compreende despesas de instalação e custos incorridos com estudos e projectos da concessão, no montante de € 519 632,69 e € 200 920,78, respectivamente, estando a ser amortizados pelo período de três anos;

RRR) - No decorrer de 2000, a “DD” procedeu à capitalização de custos incorridos com estudos e projectos, num valor líquido de € 178 679,38;

SSS) - Nos termos do contrato de concessão celebrado entre a “DD” e a Câmara Municipal de Setúbal, a venda de água será cobrada pela “DD” de acordo com uma tabela de tarifas;

TTT) - As tarifas poderão sempre ser revistas, de acordo com uma fórmula estipulada naquele contrato, e com efeitos, anualmente, no mês de Janeiro de cada ano;

UUU) - O valor correspondente à actualização do tarifário do ano 2000, que ascende a € 169 591,29, foi facturado pela “DD” à Câmara Municipal de Setúbal, encontrando-se registada, nas contas da primeira, na rubrica de “Clientes” (Câmara Municipal de Setúbal);

VVV) - Na sequência de uma disputa, sujeita a arbitragem, entre a “DD” e a Câmara Municipal de Setúbal, o respectivo tribunal arbitral determinou que o acerto de tarifário relativo ao ano de 2000 é da responsabilidade dos munícipes e não da Câmara Municipal;

WWW) - Nos termos da decisão arbitral, proferida no dia 28 de Maio de 2001, a Câmara Municipal de Setúbal foi condenada a

aceitar:

"a) O tarifário proposto pela concessionária, com efeitos retroactivos a Janeiro de 2000;

b) Que a parte não facturada, correspondente ao aumento das tarifas, seja repercutida nas facturações futuras aos consumidores e utentes, segundo o critério da concessionária;

c) Que, nas actualizações para os anos de 2001 e seguintes, as mesmas se façam com referência aos valores do tarifário constante da petição inicial, sem prejuízo do que possa resultar da revisão da fórmula de actualização do nº 1 do artigo 65º, á luz do que se estabelece na alínea e) do nº 2 do mesmo artigo";

YYY) - A parte não facturada relativa ao ano 2000, correspondente ao aumento das tarifas, não pode ser repercutida nas facturações futuras aos consumidores e utentes, que não tiveram conhecimento do acerto tarifário tempestivamente;

ZZZ) - Em 18 de Janeiro de 2002, a A. "AA" solicitou à R. "CC, S..." o pagamento de alegados prejuízos que entendia estarem, nessa data, apurados, relativos à situação da "DD";

EE

AAAA) - Nos termos referidos em P), a A. "AA" adquiriu 50% do capital social da sociedade "EE";

BBBB) - Esta última sociedade tem ao seu serviço, em regime de requisição, trabalhadores que estão vinculados aos municípios concedentes;

CCCC) - No contrato de concessão, estipula-se que o exercício de funções dos trabalhadores requisitados se fará "no total respeito pelos direitos e regalias dos funcionários";

DDDD) - Relativamente ao pessoal requisitado às Câmaras Municipais, a "EE" considerou os encargos com as férias e subsídio de férias somente no ano em que são pagos;

EEEE) - No que respeita aos trabalhadores do seu quadro, a "EE" registou a responsabilidade por esses encargos no ano em que o direito às férias e subsídio de férias se adquire e não apenas quando é pago;

FFFF) - O procedimento referido em *DDDD)* conduziu ao não reconhecimento, nas demonstrações financeiras, da responsabilidade com férias e subsídio de férias dos trabalhadores requisitados, no montante total de € 56 364,16, reportado à data de 31 de Dezembro de 2000;

GGGG) - Na rubrica "acréscimos de proveitos" das contas da "EE", encontra-se reflectida a estimativa de venda de água referente aos meses de Novembro e Dezembro de 2000 pelo valor de € 150 901,32 e € 171 910,69, respectivamente;

HHHH) - Esses montantes apenas são facturados, no ano 2001;

IIII) - As referidas estimativas, quando comparadas com a facturação real referente a esses mesmos meses, encontra-se excessiva em cerca de € 48 712,60;

JJJJ) - Na mesma rubrica contabilística, apresentam-se ainda registados proveitos já reconhecidos a 31 de Dezembro de 2001, com obras já concluídas, mas ainda não totalmente facturadas;

LLLL) - A 31 de Dezembro de 2001, a obra da nova captação de Lobão da Beira justificava o reconhecimento de um proveito de € 29 379,19;

MMMM) - No decorrer de 2001, e em face da facturação emitida, verificou-se que a estimativa relativa a esta obra se encontra excessiva em € 8 155,34;

NNNN) - De acordo com o estabelecido no contrato de concessão, a "EE" assumiu o compromisso de construir as obras anexas à concessão, bem como de proceder aos respectivos estudos, projectos e controle directo, pelo preço global de € 17 185 608,92 (na altura, Esc. 3 445 405 228\$00);

OOOO) - As obras anexas à concessão são constituídas pelo sistema integrado de abastecimento de água em alta, que compreende, nomeadamente:

(i) Barragem de reserva e captação, a localizar na Ribeira de Paul;

(ii) Açude na-Levadinha;

(iii) Adução Levadinha-Paul;

- (iv) ETA;
- (v) Reservatórios;
- (vi) Bombagens;
- (vii) Conduitas Elevatórias e Adutoras;
- (viii) Sistema de controle e comando; e
- (ix) Conjunto de intervenções nos sistemas existentes;

PPPP) - As referidas obras deveriam ser executadas pela “CC - S. A.”, enquanto entidade adjudicatária das obras anexas à concessão, titular dos alvarás de empreiteiro nas categorias e subcategorias e classes exigidas no Processo de Concurso;

QQQQ) - A “CC, S. A.” era igualmente indicada, no projecto de execução elaborado pela “EE”, como entidade executante das obras anexas à concessão;

RRRR) - O compromisso de construir as obras anexas à concessão foi assumido pela “EE” apenas tomando em consideração o projecto-base de engenharia (elaborado pela “HIDROPROJECTO”, a pedido da “EE”) e sem ter tido em conta o projecto de execução;

SSSS) - Com a elaboração do projecto de execução, verificou-se a existência de "determinados erros e omissões" do projecto-base que, de acordo com a opinião da “CC, S. A.”, inviabilizava a execução das obras anexas pelo preço global previsto no contrato de concessão;

TTTT) - Em 16 Abril de 1999, a “CC, S. A.” enviou uma carta à “EE”, declarando que "vem, caso a concedente autorize expressamente, formalizar a intenção (...) que, com excepção da obra de "Concepção Construção da Barragem da Ribeira do Paul” e do “Açude da Levadinha”, todas as demais obras anexas à concessão, passem a ser executadas por outros empreiteiros detentores do alvará necessário, a designar pela “EE”;

UUUU) - Por carta datada de 23 de Abril de 1999, a “EE” solicitou à concedente autorização para que as obras anexas à concessão sejam executadas por "outros empreiteiros, titulares de alvarás de empreiteiro de obras públicas nas categorias, subcategorias e classes exigidas no “Processo de Concurso”, a

designar, oportunamente";

VVVV) - Por carta datada de 6 de Dezembro de 2000, a concedente informou a “EE” que, em reunião ocorrida no dia 30 de Abril de 1999, foi deliberado "autorizar a cessão da posição contratual da firma “CC, S. A.”, com excepção da obra de concepção/construção da Barragem da Ribeira do Paul e do Açude da Levadinha, conforme requerido";

WWWW) - Por carta, também datada de 23 de Abril de 1999, a “EE” já tinha solicitado à concedente autorização para adjudicar a um empreiteiro determinado (a sociedade “SS LDA.”) a execução de parte das obras anexas à concessão (a instalação da tubagem, no troço entre São Joaninha e Santa Comba Dão);

XXXX) - Por deliberação tomada a 30 de Abril de 1999, a concedente autorizou a "cessão da posição contratual da firma «CC, S. A.» para a firma “SS LDA”, relativamente a parte da obra anexa à concessão;

ZZZZ) - A “EE” foi notificada da deliberação tomada em 30 de Abril de 1999 por carta datada de 6 de Dezembro de 2000;

AAAAA) - A 3 de Maio de 1999, a “EE” celebrou com a sociedade “SS LDA” um contrato de empreitada, relativo às obras de adução a partir do rio Criz;

BBBBB) - Posteriormente às cartas de 23 de Abril de 1999, a “EE” solicitou, por diversas vezes, por escrito, à concedente autorização para a cessão da posição contratual da “CC, S. A.” para a “SS LDA.”, relativamente a diversos troços e partes das obras anexas à concessão;

DDDDD) (Supõe-se ter havido lapso, porquanto, na normal sequência, deveria ser “CCCCC”) Para execução das obras anexas à concessão, a “EE” celebrou um contrato de empreitada com a “CC, S. A.” e quatro contratos de empreitada, directamente, com outra sociedade (a “SS”):

- Contrato de empreitada com a “CC, S. A.”;

- Contrato de empreitada com a “SS” (obras de adução a partir do rio Criz);

- Contrato de empreitada com a “SS” (obra civil e instalação da

tubagem do troço C);

- Contrato de empreitada com a “SS” (obra civil e instalação da tubagem do troço B);

- Contrato de empreitada com a “SS” (obra civil e instalação da tubagem do troço E);

EEEEEE) - Todos os contratos celebrados com a “SS” foram em regime de "série de preços" e não já de "preço global", como acontecia com o contrato celebrado com a “CC”;

FFFFFF) - Não houve por parte da concedente a assunção dos custos com as obras na parte em que excede o montante previsto no contrato de concessão;

GGGGG) - Pelo menos, desde o início da execução das obras, a “EE” tem conhecimento dos encargos acrescidos com as mesmas, estimados, inicialmente, em € 1 391 754,81 (na altura, Esc. 279 021 787\$00) e, posteriormente, após uma revisão levada a cabo com a “CC, S. A.”, estimados em € 597 169,76 (na altura, Esc. 119 721 787\$00);

HHHHH) - Não existe, nas contas da “EE” provisão para perdas potenciais com os encargos acrescidos dessas obras;

IIIII) - A A. “AA”, conjuntamente com a co-A. “BB”, solicitou à R. “CC, S...” que recebeu esse pedido em 17 de Janeiro de 2002, o pagamento de alegados prejuízos que entendia estarem, à data, apurados, relativos à situação da “EE”;

FF

JJJJJ) - Nos termos referidos em P) supra, a A. “AA” adquiriu também 75% do capital social da sociedade “FF”;

LLLLL) - Em 17 de Julho de 1997, foi celebrado, entre a Câmara Municipal de Trancoso e a “FF”, o contrato de concessão da exploração do sistema de captação, tratamento e distribuição de água e do sistema de recolha, tratamento e rejeição de efluentes do concelho de Trancoso;

MMMMM) - De acordo com o estabelecido no referido contrato, a “FF” obrigou-se a transferir, no prazo estabelecido no caderno de encargos, para a Câmara Municipal de Trancoso a quantia de € 1 496 393,70 (originariamente, Esc. 300 000 000\$00), para a

concretização do Plano de Desenvolvimento (investimento a realizar pela “FF”), que constitui o anexo 5 do caderno de encargos, assim distribuída:

Designação Valor (esc) Valor €

Etar de Trancoso 50 000 000\$00 € 249 398,95;

Etar de Vila Franca das Naves 50 000 000\$00 € 249 398,95;

Rede de esgotos de Tamanhos 40 000 000\$00 € 199 519,16;

Rede de esgotos de Mendogordo Torre de Terrenho 60 000 000\$00 € 299 278,74;

Rede de Corças e Sebadelhe 60 000 000\$00 € 299 278,74;

Rede de Vila Garcia 40 000 000\$00 € 199 519,16.

NNNN) - A 31 de Julho de 1997, a “FF” e a Câmara Municipal de Trancoso celebraram um "Contrato Avulso", pelo qual o Plano de Desenvolvimento que constitui o Anexo 5 do caderno de encargos é modificado quanto à repartição dos investimentos, mas mantido relativamente ao seu montante global original;

OOOOO) - A “FF” está a reconhecer, numa base mensal, os custos inerentes a esse Plano de Desenvolvimento;

PPPPP) - A empresa está a proceder, por cada mês, ao reconhecimento do valor de € 4 194,89, a qual, a manter-se, no final do período (300 meses), permitirá alcançar o valor de € 1 258 467,09;

QQQQQ) - Até ao final de 2000, decorreram 42 meses da referida concessão;

RRRRR) - O contrato de concessão celebrado entre a “FF” e a Câmara Municipal de Trancoso estabelece as taxas e tarifas dos serviços a prestar e a cobrar pela “FF”, bem como a revisão anual do tarifário;

SSSSS) - Na rubrica "acréscimo de proveitos" das contas da “FF” reportadas a 31 de Dezembro de 2000, encontra-se contabilizado o montante de € 124 699,47 (originariamente, Esc. 25 000 000\$00), relativo a proveitos obtidos/estimados em

consequência do acerto tarifário do período 1997 a 1999, sendo € 74 819,68 (originariamente, Esc. 15 000 000\$00) relativos ao ano de 1999 e € 49 879,79 (originariamente, Esc. 10 000 000\$00) relativos ao ano de 2000;

TTTTT) - O montante desses proveitos não foi cobrado à Câmara Municipal de Trancoso, não lhe tendo sido facturado, nem formalmente exigido;

UUUUU) - A A. “AA”, conjuntamente com a co-A. “BB”, solicitou à R. “CC, S...”, que recebeu esse pedido em 25 de Janeiro de 2002, o pagamento de alegados prejuízos que entendia estarem, à data, apurados, relativos à situação da “FF”;

GG

VVVVV) - Nos termos referidos em P), a A. “AA” adquiriu também 60% do capital social da sociedade “GG”;

WWWWW) - A “GG” não procedeu, no exercício de 1999, à contabilização da estimativa de IRC correspondente;

XXXXX) - A demonstração de liquidação do IRC relativa ao exercício de 1999, pago em 2000, totalizou o montante de € 130 079,98 (na altura, Esc. 26 078 695\$00);

ZZZZZ) - Relativamente ao exercício de 2000, a “GG” procedeu à contabilização e consequente reconhecimento como custo, de uma estimativa de IRC de € 27 433,88 (na altura, Esc. 5 500 000\$00);

AAAAAA) - A demonstração de liquidação do IRC relativa ao exercício de 2000, pago em 2001, totalizou o montante de € 293 419,08 (originariamente, Escudos 58 825 244\$00);

BBBBBB) - A provisão para créditos de clientes de cobrança duvidosa registada pela “GG” é de € 134 675,43, à data de 31 de Dezembro de 2000;

CCCCCC) - A A. “AA” solicitou à R. “CC, S...”, que recebeu esse pedido em 25 de Janeiro de 2002, o pagamento de alegados prejuízos que entendia estarem, à data, apurados, relativos à situação da “GG”;

DDDDDD) - A A. “BB” solicitou às RR. “CC, S. A.” e “CC,

S...”, que receberam esse pedido, em 17 de Janeiro de 2002, o pagamento de alegados prejuízos que entendiam estarem, à data, apurados em virtude da situação da “EE”.

Factos provados da Base Instrutória:

EEEEEE) - Actualmente, o valor de provisões não efectuadas por conta dos saldos devedores referidos em JJ) é de € 86 229,61 (4º);

FFFFFF) - Parte dos valores previstos no contrato referido em SS) foi facturada, no ano de 2000 (7º);

GGGGGG) - O valor do investimento referido em UU) encontra-se registado nas contas da “BB”, com referência ao seu custo, pelo valor de Esc. 12 000 000\$00 (10º);

IIIIII) (Também aqui deve ter ocorrido lapso, uma vez que, na sequência normal, deveria ser “HHHHHH”) O equipamento referido em ZZ) entrou, efectivamente, em funcionamento, em Janeiro de 2000 (11º);

JJJJJJ) - A rubrica de custos diferidos, nas contas da “BB”, incluiu o montante de Esc. 3 910 000\$00 reportado a 1997, relativo à anulação parcial de uma factura da “OPCA” - (12º);

KKKKKK) - Relativamente a esse movimento, nunca foi emitida uma nota de crédito por parte da “OPCA” (13º);

LLLLLL) - As contabilizações referidas em *EEE*) e *FFF*) foram efectuadas de acordo com a informação disponível naquela data (14º);

MMMMMM) - A rubrica "acréscimo de proveitos" das contas da “BB” inclui, pelo menos, Esc. 1 696 000\$00 relativos a anos anteriores a 1997 (16º); *NNNNNN*) - Não se tendo nunca chegado a proceder à respectiva facturação (17º);

OOOOOO) - Existiam, em anos anteriores a 31 de Dezembro de 2000, indícios que permitiam apurar se aquela estimativa estava, ou não, correcta (18º);

PPPPPP) - No decorrer do ano de 2000, a “BB” suportou uma despesa no valor de Esc. 1 000 000\$00 com a aquisição do caderno de encargos da exploração da ETAR de Paredes (19º);

QQQQQQ) - O que fez com o objectivo de efectuar uma proposta para o respectivo concurso público (20º);

RRRRRR) - Esse custo foi diferido (21º);

SSSSSS) - A “BB” não participou no referido concurso público (22º);

TTTTTT) - Em 31 de Dezembro de 2000, a “BB” tinha prejuízos acumulados (23º);

DD

UUUUUU) - O facto referido em PPP) era do conhecimento das AA. (25º);

WWVV) - Os custos referidos em RRR) tiveram em vista, nuns casos, o arranque de funcionamento ou a beneficiação das infra-estruturas e, noutros, a manutenção das mesmas infra-estruturas (26º);

WWWWW) - Os custos com a manutenção das infra-estruturas assumiam carácter periódico (27º);

XXXXXX) - Em Julho de 2001, foi emitida pela “DD” a factura nº ..., datada de 12 de Julho de 2001, no valor de € 231 773,00 (29º);

ZZZZZZ) - Essa factura foi emitida para titular o valor relativo a um acerto de tarifário correspondente ao período findo em 31 de Dezembro de 2000, bem como parte de um acerto relativo ao início do ano de 2001 (30º);

AAAAAAA) - Em 31 de Dezembro de 2000, a “DD” tinha prejuízos acumulados (35º);

BBBBBBB) - Caso os impostos diferidos relacionados com esses prejuízos tivessem sido registados naquela data, o activo e capitais próprios da “DD” seriam aumentados em € 607 080,00 (36º);

EE

CCCCCCC) - Sempre foi política da “EE” considerar os encargos de pessoal requisitado às Câmaras Municipais como um custo do exercício em que os mesmos eram pagos e não

quando se venciam (37º);

DDDDDDD) - Esse procedimento não mereceu qualquer reserva na certificação

das contas da mesma sociedade relativas ao exercício de 2000 (38º);

EEEEEEE) - A estimativa referida em *GGGG*) foi efectuada de acordo com a informação disponível naquela data (39º);

FFFFFFF) - Nas contas da “EE”, o critério para a constituição da provisão para clientes de cobrança duvidosa não obedece a uma análise casuística de cada crédito, quanto ao respectivo risco de cobrança (41º);

GGGGGGG) - Existindo nas respectivas contas, reportadas a 31 de Dezembro, uma provisão para esse tipo de créditos, no valor de € 28 336,71 (42º);

HHHHHHH) - Parte das dívidas de clientes da "EE", não provisionadas, foram, entretanto, pagas (44º);

IIIIIII) - E a posição dos trabalhos identificados como “Adução - Condutas Adutoras” regista, actualmente, um ganho potencial de € 275 123,61 (46º);

JJJJJJJ) - Em 31 de Dezembro de 2000, a “EE” tinha prejuízos acumulados (49º);

FF

KKKKKKK) - Os proveitos referidos em *SSSSS* e *TTTTT* foram apurados num estudo para restabelecimento do equilíbrio económico da concessão, o qual deu lugar a uma proposta elaborada pela "FF", em Janeiro de 2000, e enviada à Câmara Municipal de Trancoso, em Outubro de 2000 (52º e 56º);

LLLLLLL) - Até há cerca de 2 anos, não havia qualquer seguimento à referida proposta (53º);

MMMMMMM) - Os contactos com a Câmara Municipal de Trancoso, relativos a esta questão, são anteriores ao ano de 2000 (54º);

NNNNNNN) - O estudo referido nas respostas aos arts. 52º e 56º

apurou a necessidade de fazer um acerto de tarifário relativo aos exercícios de 1997, 1998 e 1999, no montante total de € 431 571,00 (57º);

OOOOOOO) - Desses € 431 571,00 a “FF” contabilizou, em 21 de Dezembro de 2000, o montante referido em SSSSS (58º);

PPPPPPP) - A “FF” tinha prejuízos acumulados, em 31 de Dezembro de 2000 (59º);

GG

QQQQQQQ) - A estimativa de IRC referida em ZZZZZ veio a revelar-se insuficiente em € 10 511,05 (61º);

RRRRRRR) - Não tendo a “GG” procedido ao registo contabilístico dessa mesma insuficiência (62º);

SSSSSSS) - A análise de créditos a receber de clientes da “GG”, reportados a 31 de Dezembro de 2000, identificou um total de € 216 997,09 de créditos a receber de diversas empresas, entre elas, a “TT, Lda.”, a “UU, Lda”, a “VV, Lda” e a “XX, S.A” (63º);

TTTTTTT) - Parte das dívidas das empresas a que se refere a resposta ao art. 63º foi, entretanto, saldada, faltando, actualmente, por conta daqueles créditos, provisões no montante de € 68 531,56 (64º);

UUUUUUU) - As RR. responderam às reclamações de indemnização efectuadas pela A. “AA”, por carta datada de 26 de Julho de 2002, na qual contestaram os valores pedidos e seus fundamentos (65º);

VVVVVVV) - Mostrando-se, contudo, disponíveis para analisarem algumas das questões colocadas, desde que lhes fosse disponibilizada pela A. “AA” a documentação pára o efeito (66º);

WWWWWWW) - Após as reclamações e resposta referidas na resposta ao artº

65º, a A. “AA” introduziu alterações dos valores apresentados naquelas primeiras (67º);

XXXXXXXXX) - Teve lugar uma reunião entre a “AA” e, por parte

das RR., um auditor, na qual foi acordada a constituição de uma equipa de auditores, integrando elementos de ambas as partes, para se analisarem as questões em aberto (68º a 70º);

ZZZZZZZ) - A quantificação e registo de impostos diferidos nunca foi prática seguida pelas RR. enquanto accionistas das empresas atrás referidas, com excepção da "GG", tendo as mesmas empresas, igualmente com excepção desta última, ponderado, para efeitos contabilísticos, sempre e apenas, os impostos correntes (72º e 73º); e

AAAAAAA) - Com excepção da "GG" e da "MM", nenhuma das empresas cujas acções foram objecto dos contratos de compra e venda referidos nos factos assentes teve lucro tributável (75º).

3 - Perante o teor das conclusões formuladas pelas recorrentes e não havendo lugar a qualquer conhecimento officioso, a questão por si suscitada e que, no âmbito da revista, demanda apreciação e decisão por parte deste Tribunal de recurso consiste em determinar se as recorrentes são credoras das recorridas e, na afirmativa, por que montante, com a consequente condenação destas no pagamento àquelas dos montantes de tais créditos.

Apreciando:

*

4 - Em perfeita sintonia com as recorrentes e sem quebra do respeito devido, também nós entendemos que o litígio que opõe as partes não foi objeto de correta abordagem no acórdão recorrido.

Na realidade, emerge da factualidade provada que as AA., na qualidade de compradoras, beneficiam de “*cláusulas de garantia*” prestadas pelas RR., na qualidade de vendedoras de participações sociais por aquelas (a si) adquiridas.

Para **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, pags. 115 e segs), “...as cláusulas de garantia assumem uma importância nuclear nos contratos de compra e venda de

participações sociais de controlo, tanto assim sendo que a inexistência de garantias convencionais (também ditas *declarações e garantias, representations and warranties* ou apenas *reps and warrs*) é para alguns AA. uma hipótese meramente académica”. Para o mesmo autor, “As garantias em causa, cuja estipulação se funda na autonomia privada das partes, são um instrumento de repartição do risco contratual. Esta resulta da tendencial *assimetria informativa* em que o comprador se encontra face ao vendedor e não é normalmente repercutido de forma plena no preço aquando da sua determinação”. Elas continuariam, mesmo, a constituir “meio privilegiado de proteção do adquirente de participações sociais de controlo”, certo como é que “a tutela *ex lege* pressupõe normalmente a indagação de estados subjectivos (seja do vendedor - aí valendo o art. 799º, nº1, do CC -, seja do comprador), pelo que, “em face das dificuldades probatórias com que se poderá deparar, o adquirente preferirá certamente instituir um sistema «garantístico» automático, o qual...é oferecido pelas cláusulas de garantia, cujo objeto é tão-somente a assunção de um risco.”

Podendo as cláusulas de garantia ser classificadas em *legais* ou *formais* e *económicas* ou *patrimoniais*, estas últimas podem, por seu turno, ser *sintéticas* ou *analíticas* (em função da sua maior ou menor abstração) e atendem, sobretudo, aos seguintes aspetos respeitantes, *lato sensu*, à sociedade-alvo: 1 - consistência patrimonial; 2 - capacidade reditícia; 3 - situações operativas; e 4 - gestão durante o período intercalar .

Incidindo as denominadas garantias *sintéticas*, principalmente, sobre o valor do património líquido social reportado a uma determinada data, sobre o balanço e sobre o passivo [atestando esta (garantia) a inexistência de débitos - passivo - não constantes dos documentos fornecidos ao comprador, *maxime* do balanço], a proteção do comprador/adquirente é, sobretudo, prosseguida pelas garantias *analíticas* de que a prudência negocial, atentas as mencionadas razões, aconselha a não prescindir.

Tais garantias são de natureza variada, podendo mencionar-se como mais usuais:

--- As que se relacionam com os *créditos (pecuniários)* de que a sociedade-alvo é titular (abarcando, nomeadamente, a respetiva exigibilidade, valor, inoponibilidade de exceções e constituição

de adequada provisão de alguns créditos, v. g. os relativos a entidades especialmente relacionadas com o vendedor/alienante ou a devedores de dúbia solvabilidade);

--- As que respeitam ao *ativo imobilizado, corpóreo ou incorpóreo* (abrangendo o respetivo valor e, no caso de maquinaria integrada no imobilizado corpóreo, o seu estado de conservação);

--- As que gravitam à volta do *rédito da sociedade*, seja em exercícios pretéritos, seja em exercícios futuros (aqui com particular ênfase quando o preço tenha sido determinado em função de um juízo de prognose);

--- As que relevam determinadas «*situações operativas*» (obrigações tributárias e ambientais, inexistência (e ausência de simples ameaça) de processos judiciais ou procedimentos administrativos por incumprimento da pertinente legislação, inexistência de contencioso acima de um certo «patamar», celebração e vigência de determinados contratos, registo e eficácia de direitos de propriedade industrial - como patentes e marcas -, titularidade ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual, cumprimento da legislação laboral, etc); e

--- As que se referem à *gestão da sociedade-alvo durante o período intercalar* e que se afaste da mera «gestão corrente», mormente pelo elevado valor da transação em causa, caso em que fica acautelado o prévio consentimento do comprador.

Nas palavras do sobredito autor (citado estudo, pags. 132/133), no âmbito das denominadas obrigações de garantia, “...o devedor (o vendedor) responde pelas eventuais divergências entre o que declara e a realidade «haja o que houver». Ou seja, “o vendedor assume plenamente o risco da não verificação da «situação» garantida, independentemente de culpa da sua parte, o que é admissível à luz da liberdade contratual (art. 405º do CC). Assim, o «aspeto essencial e qualificativo da garantia é constituído pela transmissão de um risco ao garante que, em base aos critérios normais de repartição, deveria ser suportado pelo garantido: aquando da verificação do evento danoso contemplado, o garante será obrigado a efetuar uma prestação - normalmente de natureza pecuniária - a favor do garantido». Rematando, de seguida: “O que vem de se expor impede que se fale em incumprimento no

sentido tradicional do termo: «não é correto, de um ponto de vista jurídico, qualificar como incumprimento a violação das garantias por parte do vendedor», já que este assumiu um risco e não uma obrigação específica de comportamento (a qual apenas surgirá - por via da reconstituição *in natura* ou da indemnização em espécie a seu cargo - aquando da verificação do evento contemplado).

Não divergem do transcrito entendimento outros doutrinadores.

Assim, o **Prof. Almeida Costa** (“*Direito das Obrigações*”, 12ª Ed., 3ª Reimpressão, pags. 1040) ensina que “nas obrigações de garantia, o devedor promete ainda mais do que nas obrigações de resultado, pois assume o risco da não verificação do efeito pretendido”, respondendo «*haja o que houver*» e não lhe sendo lícito invocar a causa estranha que tenha tornado a prestação impossível.

Por seu turno, **Joana Forte Pereira Dias** (“*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*”, IV Vol., pags 1025) define as cláusulas de garantia em sentido próprio ou convenções de garantia como “cláusulas em que, ao abrigo da liberdade contratual, o devedor assume o risco da não verificação do resultado garantido”.

Lúcida e correta se afigura, pois, a consideração expendida pelas recorrentes de que “não existindo incumprimento em sentido clássico, a violação da cláusula de garantia não gera um *dever de indemnizar* na aceção do regime legal da responsabilidade civil, mas apenas um *dever de prestar* em sentido estrito, correspondente à diferença entre o valor económico-financeiro da sociedade garantido pelas recorridas através das contas apresentadas e o seu valor real, que teria determinado o preço do negócio”, diferença essa que, em nosso entendimento, constitui o dano sofrido pela garantida e que as recorridas sustentam inexistir.

Diga-se, finalmente, que as convencionadas cláusulas de garantia não podem deixar de ser consideradas, legalmente, admissíveis, porquanto emanadas da liberdade contratual que dá materialização à autonomia privada das partes, não se sustentando e, muito menos, demonstrando que o respetivo conteúdo exorbite, por qualquer modo, dos limites da lei (art. 405º, nº1, do CC) - Cfr., a propósito, **Prof. Mota Pinto**, in

“*Teoria Geral do Direito Civil*”, 1976, pags. 65 e segs., e **Prof. Pedro Pais de Vasconcelos**, in “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 7ª Ed., pags. 358 e segs. e 498 a 500.

*

5 - As recorrentes, nas respetivas alegações, procederam a uma minuciosa inventariação dos danos por si sofridos e que se encontram a coberto das convencionadas cláusulas de garantia, tendo considerado aqueles apenas a partir da acordada franquia ao caso aplicável.

Fizeram-no com absoluto rigor e minúcia e - sempre - com integral apoio na correspondente factualidade provada, em que basearam as múltiplas operações aritméticas efetuadas.

Em contrapartida, o mesmo não ocorre com as alegações das recorridas, desenvolvidas, em grande parte, ao arrepio da factualidade provada - **única que, aqui, deve ser tida em consideração**, por não nos confrontarmos com qualquer das duas hipóteses excecionais previstas no art. 674º, nº3, do CPC e visto o preceituado nos arts. 682º, nº1, do mesmo Cod. e 33º da Lei nº 52/2008, de 28.08 - **L. O. F. T. J.** (*Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais*).

Assim, sem que tal possa consubstanciar violação do preceituado no art. 154º, nº2 do CPC, antes o evitar de mera e fastidiosa repetição da extensíssima e meticulosa conjugação da factualidade provada com os pertinentes e aplicáveis cálculos aritméticos, para tal conjugação se remete, com as seguintes ressalvas:

--- A dívida da recorrida “CC S...” à 1ª A., relativamente à “EE” é de € 24 174,05 (capital e juros de mora contados até 03.02.14) e não de € 149 923,41, sendo que o montante quantificado por acréscimo de proveitos é de € 56 867,94 (e não dos mencionados € 48 712,60, montante apenas do correspondente capital em dívida) e que não pode ser tido em consideração o montante de € 597 169,76, ajustamento quantificado de obras anexas à concessão, por ter aquela A. optado pela respetiva liquidação ulterior (Fls. 2275);

--- Por força do que acaba de ser observado, a dívida da recorrida “CC S...” à 2ª A., relativamente à “EE” é de € 18

130,52 (capital e juros de mora contados até 03.02.14);

--- Por idêntica razão, a dívida da recorrida “CC, S. A.” à 2ª A., relativamente à “EE” é de € 12 085,84 (capital e juros de mora contados até 03.02.14).

Decorre do exposto que:

--- A dívida global, **de capital**, da recorrida “CC S...” à 1ª A. é de € **317 568,87** (€ 182 589,00 + € 90 470,17 + € 11 323,21 + € 23 701,38 + € 9 485,11), a qual, acrescida dos juros de mora comerciais vencidos até 01.07.04, ultrapassaria, em muito, o peticionado montante - não incluindo os peticionados juros de mora - de € 354 384,09, o qual é, assim, devido a tal A., sem prejuízo da condenação no também peticionado acréscimo de juros de mora comerciais incidentes sobre cada um dos mencionados montantes parcelares de capital, desde 01.07.04 até integral pagamento - Cfr. arts. 609º, nº1 e 615º, nº1, al. e), ambos do CPC, cuja injunção não é, pois, inobservada;

--- A dívida da recorrida “CC S...” à 2ª A., relativamente à “EE”, é de € **18 130,52** (capital e juros de mora comerciais contados até 03.02.14); e

--- A dívida da recorrida “CC S. A.” à 2ª A., relativamente à “EE”, é de € **12 085,84** (capital e juros de mora comerciais contados até 03.02.14).

*

6 - As recorridas pretendem, face à perspetivada procedência parcial da revista, a ampliação do âmbito do recurso,

Tal, porém, é-lhes, processualmente, vedado, por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque, não tendo sido arguida qualquer nulidade do acórdão recorrido, não pode ter aplicação, no caso dos autos, o disposto no nº2 do art. 636º do CPC, atento o disposto nos já mencionados arts. 674º, nº3 e 682º, nºs 1 e 2, ambos do CPC e 33º da Lei nº 52/2008, de 28.08 (L. O. F. T. J.)

Em segundo lugar, porque a matéria, aí, abordada não foi, sem superveniente arguição de correspondente nulidade por omissão de pronúncia, objeto de conhecimento no acórdão recorrido, consubstanciando, pois, a mesma verdadeira questão

nova cujo conhecimento é vedado ao Tribunal de recurso, ao qual, como é, por demais, sabido, compete reapreciar decisões proferidas pelo tribunal recorrido e não conhecer de questões àquelas estranhas.

Assim, não se acolhe a formulada pretensão de ampliação do âmbito do recurso.

*

7 - Na decorrência do exposto, acorda-se em conceder, parcialmente, a revista, em consequência do que, na parcial procedência da ação e revogando-se o acórdão recorrido e a sentença da 1ª instância, se condena:

/

I - A R. “CC - S..., S. A.” a pagar à A. “**AA, S. A.**” a quantia de **€ 354 384,09** (trezentos e cinquenta e quatro mil trezentos e oitenta e quatro euros e nove centimos), acrescida de juros de mora, à taxa comercial - art. 102º, § 3º, do C.Com. -, sobre **€ 317 568,87** (trezentos e dezassete mil quinhentos e sessenta e oito euros e oitenta e sete centimos), desde 01.07.04 até integral pagamento;

II - A R. “CC - S..., S. A.” a pagar à A. “**BB, S. A.**” a quantia de **€ 18 130,52** (dezoito mil cento e trinta euros e cinquenta e dois centimos), acrescida de juros de mora sobre **€ 8 492,40** (oito mil quatrocentos e noventa e dois euros e quarenta centimos), à mencionada taxa comercial, desde 04.02.14 até integral pagamento;

III - A R. “CC - Construções ..., S. A.” a pagar à A. “**BB, S. A.**” a quantia de **€ 12 085,84** (doze mil e oitenta e cinco euros e oitenta e quatro centimos), acrescida de juros de mora sobre **€ 5 661,05** (cinco mil seiscentos e sessenta e um euros e cinco centimos), à mencionada taxa comercial, desde 04.02.14 até integral pagamento; e

IV - Se absolvem as RR. do remanescente pedido formulado pela A. “BB”.

/

As custas, aqui e nas instâncias, serão suportadas pelas RR. e pela A. “BB”, nas percentagens de 80% e 20%, respetivamente

(art. 607º, nº6, do CPC).

Lx 01 / 03 / 2016 /

Fernandes do Vale (Relator)

Ana Paula Boularot

Pinto de Almeida

^[1] **Relator:** Fernandes do Vale ((12/14)

Ex. mos Adjuntos

Cons. Ana Paula Boularot

Cons. Pinto de Almeida