

mente limitados a 20 días contados a partir de que la orden fue hecha; un nivel de urgencia y necesidad por encima del requerido a las medidas cautelares ordinarias; responsabilidad objetiva a cargo del solicitante por costas y daños causados; exclusión del régimen de ejecución previsto para las medidas *inter-partes*; y por encima de todo, la posibilidad de retener el sistema actual a través de excluir esta facultad en la cláusula arbitral.

El debate de ideas ha sido fructífero. Quizá el único argumento al que el proyecto de reforma no proporcionó una respuesta definitiva fue el del riesgo de erosión de la confianza en el sistema por los usuarios. ¿Fue fortuito que entre los opositores a la reforma hayan figurado algunas de las figuras más prominentes del círculo arbitral internacional (Derains 2003, Van Houtte 2004), incluyendo la Cámara de Comercio Internacional de París? ¿Es posible que estos autores tuvieran razones difíciles de expresar —pero fáciles de percibir— cuando se forma parte de tribunales arbitrales de forma recurrente? Una respuesta tranquilizadora a la interrogante de la confianza es que este factor escapa a los alcances de cualquier política legislativa. El ejemplo más ilustrativo es la tendencia de las partes a cumplir las medidas cautelares a pesar de no contar con instrumentos de ejecución. La pérdida de confianza o no, depende en gran medida del impacto práctico de la reforma y de su valoración subjetiva por los usuarios de arbitraje internacional. Esta información no estará disponible sino dentro de algunos años. Tendremos que esperar su llegada.

OMAR MONDRAGÓN LÓPEZ (*)

PORTUGAL

DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM COMPRA E VENDA DE EMPRESAS - ALGUMAS QUESTÕES

Introdução

Este artigo pretende, de forma muito breve, discutir alguns dos problemas que se levantam no direito português com a utilização, cada vez mais frequente,

das cláusulas de declarações e garantias do vendedor nos contratos de compra e venda de empresas.

Sem prejuízo de algumas questões serem comuns quer se transmita a empresa (i.e. o conjunto organizado de bens e direitos que a forma) directamente ao comprador, quer essa transmissão seja efectuada indirectamente através da transferência do controlo da pessoa colectiva titular da empresa (normalmente uma sociedade comercial), pretende-se restringir este artigo apenas a esta última situação.

Como principais características das habituais cláusulas de declarações e garantias podemos destacar o facto de serem relativamente complexas, com uma descrição muitas vezes exaustiva das características e condições da empresa que se pretende transmitir (situação financeira, legal, contabilística, etc.), e uma regulamentação pormenorizada do regime de responsabilidade do vendedor caso as mesmas não correspondam à realidade.

A utilização destas cláusulas, como se procurará demonstrar, levanta várias dúvidas e questões, quer ao nível da sua validade e efeitos, quer ao nível do regime legal que se aplica supletivamente, caso determinadas regras não estejam previstas no contrato. Estas dúvidas são ainda acentuadas pelo facto de estas cláusulas serem geralmente inspiradas em técnicas e modelos anglo-saxónicos e de existirem poucas decisões relevantes dos tribunais superiores sobre o assunto (a julgar pela informação disponível nos sítios de internet respectivos).

Declarações e garantias - relevância

As declarações e garantias do vendedor constituem uma das partes mais relevantes dos «modernos» contratos de compra e venda de empresas e podem-se dividir em três tipos essenciais: garantias relativas à capacidade e poderes do vendedor e seus representantes para celebrar o contrato, garantias relativas aos direitos do vendedor sobre as participações sociais da sociedade que detém a empresa e garantias relativas às características e qualidades da sociedade/empresa em si.

Pergunta-se desde logo se estas declarações e garantias serão assim tão importantes para um contrato submetido ao direito português. Não estarão os contratos a tornarem-se, desnecessariamente, demasiados extensos e complexos ao utilizarem-se técnicas de sistemas jurídicos diferentes?

No que diz respeito aos dois primeiros tipos de declarações e garantias, estas podem-se considerar

* Abogado del Área de Arbitraje Internacional de Uría Menéndez (Madrid).

quase «naturais» e inerentes ao negócio (i.e. quem vende apresenta-se implicitamente com capacidade para o negócio e como proprietário das participações sociais). Quer dizer, mesmo que não estejam previstas no contrato, poucas dúvidas há que caso, por exemplo, o vendedor não seja o proprietário das participações sociais, o mesmo deva incorrer em responsabilidade perante o comprador. Pode-se dizer assim que este tipo de declarações não tem, em regra, um grande impacto.

Já o terceiro tipo de declarações e garantias permite esclarecer o que, de outra forma, só dificilmente poderá ser determinado, caso haja mais tarde uma situação de conflito: a situação da empresa em causa (por exemplo, a situação financeira e fiscal, os litígios existentes, os contratos relevantes, etc.) e a medida em que tal situação foi desejada pelas partes e relevou para a formação do preço e distribuição dos riscos do negócio. Sem estas declarações e garantias o comprador pode enfrentar sérias dificuldades (desde logo de prova) em exigir qualquer responsabilidade ao vendedor, caso a empresa não corresponda às suas expectativas, uma vez que tais expectativas não foram reflectidas no contrato e transformadas claramente em obrigações do vendedor.

Note-se que estas cláusulas de declarações e garantias, ao definirem com precisão as características e qualidades da empresa (no fundo, o objecto do negócio), definem também o âmbito da responsabilidade do devedor perante o comprador. Por outro lado, e do ponto de vista negocial, passa a ser o vendedor que tem o ónus de, para se eximir de qualquer responsabilidade futura, excepcionar das declarações e garantias dadas no contrato aquelas situações que com elas não estejam em conformidade.

Assim, as cláusulas de declarações e garantias, na medida em que definem as características da empresa objecto final do negócio, aportam um verdadeiro valor acrescentado para o contrato, clarificando a distribuição das responsabilidades e riscos inerentes ao mesmo.

Desconformidade das declarações e garantias - enquadramento Legal

Conjuntamente com a cláusula de declarações e garantias, as partes habitualmente prevêm o que sucede caso as mesmas não correspondam à realidade (por exemplo, obrigação de o vendedor colocar o comprador na situação em que estaria caso a desconformidade não tivesse existido, através do pagamento de uma indemnização ou da redução do

preço). Também é habitual que as partes acordem o prazo de validade das declarações e garantias (i.e. a duração do período em que o vendedor suporta o risco das características declaradas), e os montantes máximos das indemnizações/reduções de preço a que possa haver lugar.

Estas cláusulas complementares ocupam um papel fundamental na economia do negócio, permitindo esclarecer a medida das obrigações e direitos de cada parte numa situação de desconformidade: por um lado, o vendedor define o período de tempo em que pode ser responsável e o limite da sua responsabilidade e, por outro, o comprador assegura com clareza a possibilidade de recuperar (ou não chegar a pagar) o preço (ou parte dele).

Apesar de este esquema parecer simples, o seu enquadramento na ordem jurídica portuguesa levanta problemas bastante complexos.

De uma forma muito geral, pode-se dizer que existem duas alternativas básicas para enquadrar legalmente uma situação de desconformidade das declarações e garantias com a realidade: ou se consideram aplicáveis as regras gerais do incumprimento das obrigações (artigos 790 e seguintes do Código Civil), ou o regime específico da compra e venda, designadamente as regras aplicáveis à venda de coisa onerada ou defeituosa (artigos 905 e seguintes do mesmo Código).

Este é um problema com bastante relevância prática, na medida em que o regime da compra e venda de coisa onerada ou defeituosa tem uma natureza sui generis e apresenta diversas especialidades relativamente ao regime geral do incumprimento dos contratos, o que, na prática, pode ditar soluções diferentes no caso concreto. Como especialidades essenciais podem-se indicar, nomeadamente: (i) uma enumeração bastante detalhada (e nem sempre fácil de aplicar e conjugar) das alternativas à disposição do comprador (basicamente: a anulação do negócio, a obrigação de o vendedor sanar a desconformidade, ou a redução do preço, cumuláveis, em certos casos, com o direito a indemnização); e (ii) prazos relativamente curtos para o exercício dos direitos do comprador, em contraste com os prazos normais da responsabilidade contratual, sujeita apenas, em regra, ao regime geral da prescrição (veinte anos).

Poderá parecer à primeira vista que o regime da compra e venda de coisa onerosa ou defeituosa não deverá ser aplicável a este género de situações, antes de mais porque o objecto imediato da compra e

venda são participações sociais e não a empresa detida e gerida pela sociedade vendida. A empresa não pode ser aqui a coisa ou bem vendido.

Contudo, existem excelentes argumentos para defender o contrário, por exemplo, nas situações em que, através da venda das participações sociais, se transmite o controlo sobre a empresa. Nestes casos, pode-se perfeitamente sustentar que o objecto do negócio não é formado apenas pelas participações sociais, mas também pela empresa detida pela sociedade (sendo esta empresa o objecto último ou mediato do negócio).

Esta linha de raciocínio (já defendida ou admitida em maior ou menor grau por diversos autores portugueses), é reforçada significativamente quando as declarações e garantias prestadas pelo vendedor compreendem também o estado e condição da empresa. Nesta situação, poucas dúvidas há que a empresa surge como parte essencial do negócio, não parecendo existir diferenças de fundo que justifiquem uma diferença de tratamento entre estes casos e a compra e venda directa de coisas.

Chegados a este ponto, levanta-se outro problema: O Código Civil define e regula de forma diversa a venda de coisa onerada da venda de coisa defeituosa. Muito brevemente, pode-se dizer que é considerada coisa onerada aquela sobre a qual incidem ónus ou limitações desconhecidos do comprador, que excedam os limites normais do tipo de direito que o comprador adquiriu. Estamos assim em regra perante problemas resultantes geralmente da existência de direitos de terceiros sobre a coisa (a doutrina e jurisprudência dão como exemplos típicos destes ónus ou limitações, por exemplo, hipotecas, penhores e outros direitos reais de garantia ou direitos reais menores incidentes sobre a coisa). Por outro lado, considera-se coisa defeituosa aquela que sofre de vícios (materiais) que a desvalorizem ou impedem a realização do fim a que a coisa se destina, bem como aquela que não tem as qualidades asseguradas pelo vendedor ou as qualidades necessárias para a realização do fim do contrato.

Note-se que esta distinção tem uma enorme relevância prática, uma vez que, apesar de os direitos concedidos ao comprador numa e outra situação serem em regra semelhantes (anulação, sanção, redução do preço e indemnização), existem algumas diferenças substanciais nos regimes aplicáveis. Destas diferenças destaca-se o prazo para o exercício dos direitos do comprador: na venda de coisas oneradas tem-se entendido que este prazo é de um ano a contar da data em que o comprador teve con-

hecimento do ónus/limitação, enquanto que, no caso de coisas defeituosas, os direitos do comprador caducam se este não denunciar o defeito dentro de trinta dias após ter tomado conhecimento do mesmo e, em qualquer caso, seis meses após a entrega da coisa (a realização de denúncia dentro de qualquer destes prazos concede uma extensão de seis meses a contar da data da denúncia, para a proposição da respectiva acção judicial). Numa rápida crítica ao regime legal vigente, saliente-se que é difícil de encontrar, hoje em dia, uma justificação premente para uma tão grande diferença de tratamento.

Qual dos dois regimes deve ser aplicado à compra e venda de empresas?

O assunto é passível de diversas soluções, impossíveis de tratar exaustivamente neste artigo. Dir-se-á apenas que os principais autores que trataram expressamente o assunto parecem admitir a aplicação dos dois regimes a uma situação de compra e venda de empresa. A opção por um ou por outro varia consoante se estiver, em cada caso, perante um «vício» de direito consubstanciado normalmente numa pretensão de terceiro sobre a empresa, ou perante um defeito incidente sobre a empresa e os bens que a formam. Exemplificando, uma situação típica de passivo oculto, em que uma dívida a terceiro não surge no balanço entregue ao comprador, seria considerada como um ónus ou limitação. Já uma situação de incorrecção do balanço devido a uma sobrevalorização de activos efectuada em desrespeito de normas contabilísticas, poderia ser considerada como um defeito.

Não está em dúvida que esta posição tem argumentos a seu favor (desde logo o de procurar evitar contradições com o entendimento tradicional destes conceitos, quando aplicáveis à venda de coisas consideradas individualmente). Contudo, esta solução levanta diversas «perplexidades» na situação em análise. Assim, tanto num caso como no outro estamos sempre perante situações de desconformidade com declarações e garantias estipuladas num contrato, sobre a mesma empresa, considerada como o objecto do negócio, sendo difícil encontrar uma razão de fundo para justificar uma tão grande diferença de tratamento. Por outro lado, o prazo aplicável à venda de coisas oneradas está desajustado da realidade vivida habitualmente neste tipo de negócios em que, por razões de segurança e certeza, não parece razoável que o exercício dos direitos do comprador possa ter lugar, por exemplo, cinco, diez ou mais anos após a conclusão do contrato, caso só

então o comprador tenha tomado conhecimento da desconformidade.

Estas perplexidades parecem assim convidar à procura de um tratamento unitário para o assunto, talvez aproximado ao regime da venda de coisas defeituosas. Saliente-se, contudo, e tendo também em conta a ausência de jurisprudência relevante sobre o tema, que esta questão encontra-se claramente em aberto.

Do que acima ficou dito, pode-se concluir que o regime legal aplicável à compra e venda de empresas e à desconformidade das declarações e garantias dadas pelo vendedor não é facilmente determinável, e que a inclusão (ou não inclusão) de determinadas cláusulas no contrato pode ter um efeito diferente consoante a posição que se tome ou, melhor dizendo, que o tribunal irá tomar sobre o assunto, em caso de conflito entre as partes. Esta consciência pode ser essencial para, no âmbito de uma negociação, medir correctamente o valor ou risco de uma cedência ou o grau de segurança realmente alcançado com determinada cláusula.

Ir-se-á de seguida tentar demonstrar a necessidade de se estar atento a estes problemas, mediante uma breve análise às cláusulas relativas aos limites temporais das garantias, habitualmente utilizadas em contratos de compra e venda de empresas.

Limites temporais das declarações e garantias («survival period»)

É prática do mercado acordar-se um prazo para o exercício dos direitos do comprador caso as declarações e garantias não correspondam à realidade (tal prazo anda usualmente entre os 1 e 3 anos, excepto no que diz respeito a assuntos de natureza fiscal e de segurança social, em que a regra é acordar-se a responsabilidade do vendedor até ao termo do prazo de caducidade/prescrição legal). É o chamado «survival period», na gíria anglo-saxónica.

Estas cláusulas de duração das declarações e garantias são tradicionalmente vistas como cláusulas de protecção do vendedor. Com efeito, seria o vendedor o principal interessado em limitar temporalmente as responsabilidades assumidas no contrato, factor essencial para que o encaixe financeiro obtido com a venda se torne certo e definitivo.

Contudo, no âmbito da lei portuguesa, o comprador pode ter um interesse equivalente na definição deste prazo. Conforme já se referiu acima, existem excelentes argumentos para se aplicar a estes casos

o regime da compra e venda de coisa oneradas ou defeituosas, em detrimento do regime geral da responsabilidade contratual (veinte anos). Assim, e se, nos termos do Código Civil, o prazo para o exercício dos direitos do comprador em caso de compra e venda de coisa onerada (um ano a contar da tomada de conhecimento da situação de desconformidade) não é desvantajoso para o comprador, podendo ir muito para além da data da conclusão do negócio, a aplicação do regime de compra e venda de coisa defeituosa faz com que os direitos do comprador possam caducar seis meses após a venda da empresa.

Logo, também para o comprador poderá ser preferível que o contrato preveja um prazo de validade das declarações e garantias, a deixar a situação omissa, na esperança que o tribunal considere aplicável um prazo que lhe possa ser favorável.

Mas, pergunta-se, caso as partes de facto acordem um prazo de caducidade das declarações e garantias diferente do prazo legal, será esta disposição válida?

A resposta pode variar consoante a opção que se tome quanto ao enquadramento jurídico da questão.

Assim, num cenário de aplicação das regras gerais da responsabilidade contratual, a estipulação de um prazo de caducidade dos direitos do comprador, dentro do que tem sido habitual no mercado, não levanta problemas de maior (na medida em que, nos termos do artigo 330 do Código Civil, as partes são livres de estipular prazos de caducidade e alterar as regras de caducidade legalmente previstas, excepto no que diz respeito a direitos indisponíveis). Já se se qualificar a situação como de compra e venda de coisa onerada ou defeituosa, é discutível que os prazos previstos na lei para o exercício dos direitos do comprador estejam na livre disponibilidade das partes.

Como meras pistas para uma possível solução, avanço as seguintes considerações:

Parece não haver problemas de maior na estipulação de um prazo superior ao legalmente previsto (o vendedor, como beneficiário deste prazo, pode dispor do mesmo, não parecendo existir interesses gerais de segurança que devam prevalecer).

Deverá admitir-se a estipulação de prazos inferiores aos previstos na lei, da mesma forma que se admitem outras cláusulas que limitam a responsabilidade contratual das partes. Ou seja, dentro dos limites da ordem pública e dos princípios da boa fé. Neste caso, o limite será quando, pela redução do prazo, o comprador, na prática, renuncia antecipadamente aos seus direitos, por tornar excessivamente difícil

ou impossível o seu exercício. Claro que no caso concreto não será nada fácil definir este limite.

Olhando agora apenas para a compra e venda de coisa onerada, pergunta-se se será admissível a cláusula que estipula um prazo (razoável) de caducidade para o exercício dos direitos do comprador, contado a partir da data de conclusão do contrato e não do momento em que o comprador tomou conhecimento da desconformidade? Considero que existem bons argumentos para dar uma resposta afirmativa. Desde logo, a tutela da confiança do comprador não parece ficar prejudicada caso este (habitualmente uma empresa ou um profissional qualificado) aceite um prazo que lhe permita, com razoabilidade, verificar a existência de situações de desconformidade (por exemplo, um ano contabilístico). Por outro lado, quer o princípio da autonomia privada quer os interesses gerais de estabilidade, celeridade e segurança das transacções comerciais aconselham a que tal seja possível, sempre que estiver em causa a normal distribuição dos riscos do negócio, livremente contratada pelas partes (sem esquecer que, no caso de a desconformidade ser intencionalmente provocada pelo vendedor, o comprador estará via de regra legalmente protegido, não se aplicando em tais situações o limite temporal acordado).

Saliente-se, no entanto, que os pontos acima mencionados (em particular os dois últimos) estão, naturalmente, abertos a discussão.

Conclusão

O regime da compra e venda de empresas parece ainda não se encontrar suficientemente definido na ordem jurídica portuguesa. Para além do (grande) interesse jurídico/teórico do assunto em discussão, é importante do ponto de vista prático ter, pelo menos, consciência das questões em aberto quando, na negociação de um contrato de compra e venda de empresas, se discute a inclusão ou exclusão de certas cláusulas ou certos pormenores de redacção das mesmas. Tal consciência pode mesmo significar a diferença entre conceder com segurança uma cedência razoável (ou meramente aparente) à contraparte ou assumir, inadvertidamente, riscos significativos.

CLEMENTE GALVÃO (*)

* Advogado do Departamento de Direito Comercial de Uría Menéndez (Lisboa).

PROIBIÇÃO DE ASSISTÊNCIA FINANCEIRA – NOTAS PARA A SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

(A propósito do Projecto de Relatório do Parlamento Europeu sobre a proposta da Comissão Europeia para alteração da Segunda Directiva)

Introdução

O art. 322.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais estabelece que: «uma sociedade não pode conceder empréstimos ou por qualquer forma fornecer fundos ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro modo adquira acções representativas do seu capital». A proibição estende-se à subscrição e aquisição de acções na sociedade dominante por força do art. 325.º-B, n.º 1.

O n.º 2 do artigo 322.º admite duas excepções ao disposto no n.º 1 —«as transacções que se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras» e as «operações efectuadas com vista à aquisição de acções pelo ou para o pessoal da sociedade ou de uma sociedade com ela coligada»—, desde que, em qualquer caso, de tais transacções e operações não resulte que «o activo líquido da sociedade se torne inferior ao montante do capital subscrito acrescido das reservas que a lei ou o contrato de sociedade não permitam distribuir».

No que respeita à sanção, o n.º 3 do art. 322.º determina expressamente a nulidade dos negócios proibidos. Adicionalmente, o n.º 1 do art. 510.º sujeita a multa até 120 dias os membros da administração que dolosamente (cfr. art. 527.º, n.º 1), por qualquer meio, facultem fundos ou prestem garantias da sociedade para que outrem subscreva ou adquira acções representativas do seu capital social.

Nas operações de financiamento à aquisição de participações sociais surgem regularmente questões complexas relacionadas com a proibição de assistência financeira. Tal complexidade —em conjunto com a que muitas vezes resulta inerente à própria natureza da operação— prende-se com a dificuldade de interpretação e aplicação do art. 322.º, n.º 1. É, pois, essencial determinar qual o pensamento legislativo que subjaz à norma e a fundamenta nomeadamente ponderando o interesse específico que o legislador pretende acautelar com a proibição de assistência financeira. Posteriormente, cabe aplicá-la a casos concretos. Numa segunda parte deste artigo a publicar, ensaiaremos alguns exemplos.