

# ARTÍCULOS

## AS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS NO DIREITO PORTUGUÊS – REFLEXÕES A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 1 DE MARÇO DE 2016

CATARINA TAVARES LOUREIRO e MANUEL CORDEIRO FERREIRA  
*Advogados\**

### As cláusulas de declarações e garantias no direito português – reflexões a propósito do acórdão do Supremo Tribunal De Justiça de 1 de março de 2016

As cláusulas de declarações e garantias, oriundas do direito anglo-saxónico, são hoje largamente utilizadas (muitas vezes sem qualquer esforço de adaptação) em contratos sujeitos a lei portuguesa. O Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão de 1 de Março de 2016, veio reconhecer a validade de os contraentes, à luz do princípio da liberdade contratual prevista no artigo 405.º do Código Civil, estipularem este regime de repartição do risco contratual. No entanto, várias questões ficam por responder. O presente artigo procura por em evidência estas questões, ensaiando ainda a forma como este regime contratual se deverá relacionar com os regimes legais que poderiam, a priori, ser aplicáveis às situações de facto que se encontraram abrangidas pelas declarações e garantias.

### Representations and warranties under Portuguese law – Some thoughts on the judicial decision of the Portuguese Supreme Court dated 1 March 2016

Representations and warranties, originally a concept exclusive to Common Law systems, are now used (often without changing the wording) widely in agreements governed by Portuguese law. In a ruling dated 1 March 2016, the Portuguese Supreme Court acknowledged the right of the parties to resort to this mechanism to allocate contractual risk, under the freedom of contract principle established in article 405 of the Portuguese Civil Code. However, there are questions that remain unanswered. The article addresses these questions and tries to explain how contracts should be construed to comply with the different sets of regulations that may apply to cases where representations and warranties are used to cover certain risks.

#### PALAVRAS CHAVE

Declarações e garantias, Compra e venda de ações, Autonomia privada.

#### KEY WORDS

Representations and warranties, Share sale and purchase, Freedom of contract.

Fecha de recepción: 15-9-2016

Fecha de aceptación: 30-9-2016

## 1 • INTRODUÇÃO

Num acórdão datado de 1 de março de 2016, o Supremo Tribunal de Justiça («STJ») português veio reconhecer a validade das chamadas cláusulas de declarações e garantias (traduzidas do inglês *representations & warranties*), enquanto instrumento fundado na autonomia contratual, e defender que, caso se venha a concluir pela falta de veracidade dessas declarações, aquele que as prestou estará obrigado a repor a situação que existiria caso as

declarações e garantias fossem verdadeiras. Esta foi, tanto quanto sabemos, a primeira vez que o nosso tribunal superior se pronunciou sobre as chamadas cláusulas de declarações e garantias enquanto regime autónomo de responsabilidade civil contratual<sup>1</sup>.

\* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa).

<sup>1</sup> Conforme notado por Patrícia Fonseca, a jurisprudência portuguesa vinha - até agora - a considerar as cláusulas de declarações e garantias «como um elemento a considerar na análise do processo de formação da vontade negocial, não lhes atribuindo, desse modo, relevância contratual autónoma». Como conclui a Autora, para a jurisprudência, através deste regime, «comprador e vendedor [estariam] a contratualizar as características e qualidades dessa sociedade ou do seu património, assegurando o vendedor que, no momento da celebração do contrato, aquelas qualidades ou características existem» (FONSECA, Patrícia: «A

Oriundas do Direito inglês, as cláusulas de declarações e garantias são hoje largamente utilizadas na prática jurídica portuguesa, embora tenham merecido ainda pouca atenção por parte da doutrina<sup>2</sup> e da jurisprudência nacional.

A introdução de cláusulas de declarações e garantias em contratos (em particular, nos contratos de compra e venda de participações sociais como veículo de transmissão de uma empresa, que será o foco do presente artigo) insere-se num movimento maior: o da influência anglo-saxónica na prática contratual portuguesa, em que cada vez mais os contratos procuram conter um sistema regulatório próprio e auto-suficiente, com uma descrição bastante detalhada e complexa da relação contratual. A opção por este modelo contratual é seguida não só quando existe algum elemento de conexão internacional (numa tentativa de apresentar aos contraentes um modelo com o qual estejam mais familiarizados) mas também já nos contratos puramente «domésticos».

O objetivo das cláusulas de declarações e garantias nestes contratos de compra e venda é o de alocar risco resultante do contrato, garantindo a existência de determinadas características ou qualidades do objeto do negócio ao comprador solucionando a falta de visibilidade que este terá relativamente a esse objeto - o vendedor assegura um determinado «estado de coisas» à data da aquisição, responsabilizando-se pela sua não verificação.

Para a larga difusão deste instrumento de repartição de risco contratual nos contratos de compra e venda de participações sociais na prática jurídica portuguesa contribuiu (para além da mencionada influência anglo-saxónica) o facto de não ser claro que o regime da compra e venda de bens onerados ou o regime da compra e venda de coisas defeituosas previstos no Código Civil português ofereçam proteção ao comprador que adquire uma empresa através da aquisição de participações sociais. Isto

porque, desde logo, numa compra e venda de ações ou quotas o objeto do negócio são as participações sociais pelo que, numa interpretação literal, apenas haveria que atender aos vícios, ónus ou limitações das frações do capital social.

Hoje em dia, porém, parece largamente maioritária a posição que admite a equiparação entre a venda de participações sociais e a venda de empresa, nos casos em que se concluir, por interpretação do contrato, que se está perante uma verdadeira compra e venda do estabelecimento<sup>3</sup>. Ainda assim, não só permanecem algumas dúvidas quanto à possibilidade de aplicação sem adaptações daqueles regimes legais, como se entende que, em muitos pontos, os mesmos podem não ser adequados para dar resposta às preocupações do comprador de uma empresa.

Neste contexto, as declarações e garantias, ao aparecerem como um sistema maleável pelos contraentes, e que oferece um regime «garantístico automático», tornou-se mecanismo indispensável e, a par das cláusulas que determinam as consequências para a sua «violação», das cláusulas mais discutidas deste tipo de contratos durante a sua negociação.

A relevância prática das declarações e garantias, associada à sua fraca construção doutrinal e jurisprudencial, e ainda ao desconhecimento do regime a que a cláusula está sujeita nas suas origens, parecem-nos razões mais do que suficientes para, na esteira deste recente e importante acórdão, refletirmos sobre as conclusões aí extraídas e utilizá-las como mote para analisar (e questionar) algumas vertentes práticas emergentes da utilização de cláusulas

Negociação de participações de controlo. A jurisprudência., *Direito das Sociedades em Revista - I Congresso*, Almedina, 2011, págs. 38-39).

<sup>2</sup> O tema foi tratado em Portugal com maior desenvolvimento por Fábio Castro Russo em «Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo», *Direito das Sociedades em Revista*, Vol. 4, 2010, texto que tem por base a dissertação de mestrado do Autor. Estará em falta na doutrina portuguesa uma monografia publicada que procure construir uma dogmática das declarações e garantias no Direito português da mesma forma que o fazem em Espanha, por exemplo, Javier García de Enterría (*Las manifestaciones y garantías en el Derecho español*, Universidad Complutense de Madrid, 2012) e Juan Aguayo (*Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Aranzadi, 2011).

<sup>3</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José: «A Empresa como Objecto de Negócios: "Asset Deals" Versus "Share Deals"», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, n.º 2/3, 2008, pág. 781: «[I] ulgamos ser defensável entre nós uma equiparação genérica da compra e venda direta e indireta da empresa sempre que se encontrem preenchidos os pressupostos fundamentais dessa equiparação (morfologia do poder de controlo societário, vontade das partes contratantes, ratio das normas legais aplicandas): assim, ilustrando através de um exemplo, no caso de um empresário turístico adquirir a totalidade de uma sociedade unipessoal por quotas que explora uma empresa de transportes de passageiros alegadamente saudável e lucrativa, com vista a integrar tal unidade no seu universo empresarial, vindo posteriormente a descobrir que o alienante e sócio único lhe havia omitido ou ocultado a existência de passivos sociais significativos (v.g., dívidas vultuosas a bancos ou ao Estado) ou havia subtraído entretanto ativos sociais importantes (v.g., toda a frota de veículos automóveis), afigura-se razoável estender ao adquirente da participação social, com as necessárias adaptações, a proteção que já vimos assistir ao trespassário de empresa que enferme de vícios jurídicos ou materiais ocultos ("maxime", os mecanismos de sanção do vício, resolução contratual, redução do preço e indemnização)».

sulas de declarações e garantias, e outras que lhes estão associadas, na contratação comercial sujeita a lei portuguesa.

Começaremos, por isso, por analisar o mencionado acórdão do STJ e as posições assumidas pelos juizes do tribunal superior, para depois investigarmos as origens desta figura e finalmente determo-nos nalgumas questões que se colocam (e permanecem por esclarecer) na sua utilização e conjugação com o ordenamento jurídico português.

## 2 · O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 2.1 · Breve resumo dos factos e do Direito

A situação de facto que está na base do referido acórdão de 1 de março de 2016 do STJ é, de forma sucinta e tendo em conta o que aí se descreve, a seguinte: em dois contratos de compra e venda de ações representativas de duas sociedades portuguesas foram prestadas, pelas vendedoras, várias declarações e garantias relativas não só às participações sociais (nomeadamente, quanto à sua titularidade e (in)existência de ónus e encargos) mas também relativas às «sociedades-alvo» (entre outras, livros e documentos de prestação de contas, impostos e contribuições para a segurança social).

As vendedoras declaravam ainda nos respetivos contratos que toda a informação prestada e documentação entregue à autora (compradora) era verdadeira, completa e exata, não omitindo qualquer facto, circunstância ou omissão que pudesse alterar o respetivo conteúdo ou que a pudesse tornar inverídica ou enganosa. Num dos contratos, há também referência ao facto de as vendedoras terem conhecimento e aceitarem que as compradoras adquiriam as ações tendo em conta as declarações e garantias prestadas no contrato, garantindo, de forma irrevogável, incondicional e sem reservas, a veracidade e a exatidão dessas declarações e garantias<sup>4</sup>.

Nos termos das cláusulas de indemnização dos referidos contratos, as vendedoras obrigavam-se a

indemnizar as compradoras «*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 direta ou indiretamente: a) Da inexatidão ou imperfeição das declarações e garantias efetuadas 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 Autora, não constem do presente contrato e /ou das Contas Anuais; (...)*».

Ora, no contexto de auditorias financeiras, fiscais e legais realizadas, após a aquisição, às sociedades-alvo e subsidiárias, verifica-se a existência de determinados factos que põem em causa a veracidade das declarações e garantias prestadas (entre outros, e meramente a título de exemplo, falta de provisão suficiente para alguns saldos devedores de clientes, não contabilização de determinadas quantias, não reconhecimento nas demonstrações financeiras de determinadas responsabilidades com trabalhadores, falta de provisão para perdas potenciais com os encargos acrescidos de determinadas obras a cargo de uma das sociedades).

Na análise que faz dos pedidos feitos pelas recorrentes (condenação das rés ao pagamento de determinadas quantias em virtude da falta de veracidade de certas declarações e garantias), o STJ 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)*».

Qualificando as obrigações assumidas pelos emitentes de tais declarações como obrigações de garantia, nas quais «o devedor promete mais do que nas obrigações de resultado, pois assume o risco de não verificação do efeito pretendido»<sup>5</sup>, refere que neste tipo de obrigações «*o devedor responde “haja o que houver”*», «*não lhe sendo lícito invocar a causa estranha que tenha tornado a prestação impossível*».

Quanto às consequências que derivam de uma violação dessas declarações e garantias, os juizes do

<sup>4</sup> É habitual que os compradores procurem incluir nos contratos referência à essencialidade das declarações e garantias para a sua decisão de celebrar o contrato em causa, o que nos parece remeter para a noção de base do negócio. Procura-se, desta forma, deixar a porta aberta para a resolução ou anulação do contrato caso haja uma violação (material) das declarações e garantias? Voltaremos a esta questão brevemente mais adiante (vide secção 5.4).

<sup>5</sup> ALMEIDA COSTA, António: *Direito das Obrigações*, Almedina (12ª Ed., 3.ª Reimp.), pág. 1040.

STJ parecem acolher a perspetiva apresentada pelos recorrentes nas suas conclusões de recurso. Aí, começando por esclarecer que «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», pelo que aqueles que as prestam «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», defendem os recorrentes (compradores) que a violação de declarações e garantias não pode qualificar-se como um incumprimento no sentido tradicional que lhe é atribuído em sede de responsabilidade civil legal e que implicaria a violação de uma obrigação de comportamento.

Assim, concluem os recorrentes, e também o STJ, 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»<sup>6-7</sup>. Essa diferença constituirá o dano sofrido pelos beneficiários das declarações e garantias<sup>8</sup>.

6 De notar que as recorrentes referem no seu recurso que o erro fundamental do tribunal *a quo* consistiu precisamente na aplicação do regime da responsabilidade civil aos factos dos autos, quando as partes haviam contratual e expressamente estipulado, ao abrigo da sua autonomia privada, um regime específico para as divergências entre as qualidades do objeto e do negócio declarado pelas vendedoras e as reais características daquele.

7 Também o Supremo Tribunal espanhol entendeu, em 2008, que o comprador de ações representativas do capital de uma sociedade não deveria fundamentar a sua reclamação por passivos ocultos recorrendo aos remédios gerais que existem para o incumprimento contratual ou ao regime «de los vicios o defectos ocultos» mas sim basear essa sua reclamação na violação de um compromisso de garantia, que deveria entender-se como um pacto independente daqueles regimes. Contudo, nem sempre foi este o entendimento do Supremo Tribunal espanhol que, noutras ocasiões, terá decidido pela aplicação do regime do incumprimento contratual e, noutros casos ainda, pelo referido regime de «los vicios o defectos ocultos». Vide GÓMEZ POMAR, Fernando e GILLI SALDANA, Marian: «Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas», *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, 2016, págs. 442-443.

8 No mesmo sentido, CASTRO RUSSO, Fábio: «Das cláusulas (...)», op. cit. O Autor, depois de referir que o «aspecto 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

## 2.2 · Crítica geral; limitações do acórdão

Pelo seu carácter inédito, o acórdão do STJ não pode deixar de servir como ponto de partida ou referência de qualquer estudo que se pronuncie, nesta data, sobre o alcance das cláusulas de declarações e garantias no sistema jurídico português.

Contudo, é possível identificar algumas limitações que, a nosso ver, obstam à construção de uma dogmática das declarações e garantias no Direito português a partir do acórdão.

Por um lado, o facto de se pronunciar sobre um caso concreto impede o Supremo Tribunal de analisar em detalhe e extrair conclusões abrangentes quanto aos institutos subjacentes às normas contratuais e legais sobre as quais se pronuncia. Neste sentido, exceto na parte que se refere à qualificação da natureza das cláusulas de declarações e garantias como cláusulas de garantia, não é possível afirmar que o acórdão contém uma fundamentação exaustiva que sustente as conclusões a que chega o STJ.

O exemplo mais claro é a determinação do *quantum* da «indemnização» a que se refere o «incumprimento» das declarações e garantias. Como é patente no acórdão, nas apreciações de Direito, os juízes não acolhem o conceito de «Prejuízos» previsto nos contratos *sub judice*, o qual é bastante mais amplo que a «diferença entre o valor económico-financeiro da sociedade garantido pelas recorridas através das contas apresentadas e o seu valor real», fórmula de cálculo da indemnização que veio a ser aceite pelo tribunal.

É curioso notar que o STJ decidiu não aplicar a regra legal do artigo 564.º do Código Civil (segundo a qual a indemnização «compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter») nem aplicar, pelo menos integralmente, o conceito de «Prejuízos» estabelecido contratualmente. Ao invés, os juízes do Supremo parecem entender que estará em causa um outro conceito lógico próprio de «dano», fundado na realidade jurídica, económica e financeira subja-

*uma prestação - normalmente de natureza pecuniária - a favor do garantido», conclui nos seguintes termos: «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)».*

cente às declarações e garantias que justificará, eventualmente, a não aplicação da regra geral e/ou a interpretação (bastante) restritiva das normas contratuais.

Como veremos a propósito do regime no Direito inglês, o conceito de danos por incumprimento<sup>9</sup> de declarações e garantias pode ser muito vasto e, mais do que determinar o seu objeto num caso concreto, será útil saber qual deve ser, no Direito português, o seu objeto *em regra*. No entanto, o STJ não desenvolveu suficientemente o seu raciocínio para que se pudessem extrair conclusões mais definitivas sobre este ponto.

Por outro lado, o alcance e relevância do acórdão é limitado pelo facto de os juízes não se pronunciarem, por não terem sido a tanto chamados, sobre várias questões relacionadas com as cláusulas de declarações e garantias que emergem da prática jurídica. Entre estes aspetos<sup>10</sup>, a que poderíamos chamar de forma mais ligeira os «ângulos mortos» do acórdão, destacaríamos os seguintes:

- A suscetibilidade da existência de lacunas no regime contratual das declarações e garantias e a aplicabilidade das regras de integração negocial<sup>11</sup>.
- O impacto da realização de uma auditoria (*due diligence*<sup>12</sup>) ao objeto mediato e imediato da compra e venda e do conhecimento do declaratório (*maxime*, do comprador) na extensão

da proteção oferecida pelas declarações e garantias<sup>13</sup>.

- O alcance das qualificações a que as declarações e garantias possam estar sujeitas, em particular as relativas ao conhecimento do declarante (*maxime*, do vendedor).
- O valor das declarações de «não garantia» ou de «não existência de garantias adicionais»<sup>14</sup>.
- O tipo de responsabilidade emergente da violação das declarações e garantias e os respetivos requisitos. Embora seja defensável sustentar que este tema está subentendido na qualificação pelo STJ destas cláusulas como cláusulas de garantias (estatuindo um dever de prestar «*haja o que houver*»), implicando a existência de uma responsabilidade objetiva, parece-nos que teria sido possível e até desejável que o STJ o tivesse reconhecido expressamente e se detivesse na sua análise<sup>15</sup>.
- Finalmente, a possibilidade de recorrer a outros direitos (ditos «remédios») legais ou contratuais para situações à partida já cobertas e reguladas pelo regime de declarações e garantias acordado entre os contraentes<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Ao longo do artigo utilizaremos, de forma indiferenciada, as expressões «incumprimento» e «violação» para nos referirmos a situações em que as declarações e garantias se vêm a revelar, de alguma forma, falsas ou inexatas, sem prejuízo de ser questionável, do ponto de vista técnico, a qualificação desta falsidade como um incumprimento contratual (qualificação afastada pelo acórdão em análise).

<sup>10</sup> Para uma inventariação das principais questões emergentes destas matérias no tráfego jurídico transnacional, ver TSCHANI Rudolf: «Post-closing disputes on representations and warranties», *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, págs. 67-84, ASA (Swiss Arbitration Association), 2005.

<sup>11</sup> No âmbito do qual haverá ainda que responder a duas questões: em primeiro lugar, se «haverá verdadeiras lacunas contratuais» (MENEZES CORDEIRO, António: *Tratado de Direito Civil Português – I (Parte Geral) - Tomo I*, Almedina, 2000 (2.ª Ed.), pág. 561), e, em segundo, assumindo a resposta afirmativa à pergunta anterior, determinar qual a solução mais adequada para integrar eventuais lacunas.

<sup>12</sup> A chamada *due diligence* (fase que habitualmente precede a negociação e celebração dos contratos que formalizam a compra e venda de uma empresa) consiste, em traços gerais, na recolha e análise de informação – de natureza legal, financeira, fiscal, etc. – que tem como objetivo colocar o comprador num patamar de conhecimento e visibilidade sobre o objeto da aquisição que lhe permita tomar uma decisão de contratar e eventualmente determinar os termos e condições dessa aquisição.

<sup>13</sup> Estará em causa a articulação entre a liberdade do vendedor (e a possibilidade de recorrer aos artifícios de *dolus bonus* aceites como válidos nos termos do artigo 253.º, n.º 2, do Código Civil) e os ditames da boa fé (incluindo o regime da responsabilidade pré-contratual estabelecido no artigo 227.º do Código Civil). *Vide*, por todos, CASTRO RUSSO, Fábio: «Due diligence e responsabilidade», *Direito das Sociedades em Revista - I Congresso*, Almedina, 2011, págs. 13-26, CASTRO RUSSO, Fábio: «Das cláusulas...», op. cit., e GALVÃO, Clemente V.: «Declarações e Garantias em Compra e Venda de Empresas - Algumas Questões», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12, 2005, págs. 103 e ss.

<sup>14</sup> Tratam-se das chamadas cláusulas de «*entire agreement*», também designadas de «*no representations*» ou «*no further representations*», que levantam dúvidas sobre a sua validade e eficácia face ao regime legal de garantia do vendedor. Ver, entre nós, GALVÃO, Clemente V.: «Conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, n.º 1/4, 2010. Retomaremos este tema adiante, a propósito da articulação do regime contratual de declarações e garantias com os regimes legais existentes (*vide* secção 5.4).

<sup>15</sup> Sem ser necessário estendermo-nos muito sobre o tema, bastar-nos-á realçar para já que um regime de responsabilidade objetivo não é, por si só, de aplicação absoluta. No caso de um regime contratual, haverá que ter em consideração os limites que resultam da interpretação do negócio como todo e a possibilidade de invocação de regimes legais que limitam a responsabilidade civil objetiva, tais como a boa fé ou a culpa do lesado (artigo 505.º do Código Civil).

<sup>16</sup> Sendo a questão central (à qual voltaremos) determinar se o recurso a declarações e garantias preclui a aplicação de outros regimes de responsabilidade civil ou é complementar a este regime.

### 3 · AS REPRESENTATIONS E WARRANTIES NO DIREITO ANGLO-SAXÓNICO

#### 3.1 · Razão de ser

É pacífica a afirmação de que as declarações e garantias foram importadas da prática jurídica anglo-saxónica<sup>17-18</sup>. Causa, portanto, alguma perplexidade o modo como as declarações e garantias têm sido tratadas pela doutrina e pelos tribunais portugueses, que negligenciam o estudo destas figuras no Direito inglês e no Direito dos Estados Unidos da América.

Poder-se-á até dizer que a análise feita entre nós enferma de um «pecado original» na medida em que as declarações e garantias têm sido abordadas como se se tratassem de sinónimos ou, talvez mais corretamente, como se se tratassem de uma realidade unívoca descrita de forma composta: declarações e garantias<sup>19</sup>. Ora, na verdade, existe no Direito inglês uma distinção marcada entre *representations* (declarações) e *warranties* (garantias)<sup>20</sup>.

17 Mais concretamente, anglo-americana, na medida em que esta influência proveio tanto da prática em Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Em qualquer caso dá-se primazia neste estudo à origem anglo-saxónica das declarações e garantias uma vez que foi no Direito inglês que estas matérias receberam primeiro acolhimento legal e jurisprudencial.

18 Esta origem não é só reconhecida pela doutrina portuguesa. Cfr., a título de exemplo, ENGRÁCIA ANTUNES: op. cit., pág. 783, AGUAYO, Juan: op. cit., pág. 53-82, e CARRASCO PERERA, Angel «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento», *Adquisiciones de empresas*, Aranzadi, 2013, págs. 287-290.

19 O Professor Engrácia Antunes terá sido dos poucos a identificar entre nós uma diferença de regime entre as *representations* e as *warranties*. Contudo, limitou-se a caracterizar esta diferença, em anotação, como «algo abstrata e plena de dificuldades», abstenendo-se de a aprofundar (ENGRÁCIA ANTUNES: op. cit., pág. 783). Joana Pereira Dias, em obra que veio a ser citada pelo acórdão do STJ, notou bem a distinção entre *representations* e *warranties*, embora, sem clarificar, dê como exemplo de tais cláusulas as cláusulas *pari passu*, consideração que não compreendemos (v. «Contributo para o estudo dos actuais paradigmas da cláusulas de garantia e/ou segurança: A *pari passu*, a *negative pledge* e a *cross default*», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Vol. IV - Novos estudos de Direito privado*, Almedina, 2003).

20 Como referimos, focar-nos-emos na origem inglesa das figuras ainda que recorramos a algumas referências providas dos Estados Unidos da América para as caracterizar melhor. Neste contexto, importa dizer que na prática jurídica dos Estados Unidos a diferença entre *representations* e *warranties* parece esbater-se, pelo menos face à prática em Inglaterra. Veja-se, a título de exemplo, ADAMS, Kenneth A.: «A lesson in drafting contracts. What's up with "representations and warranties"?, *Business Law Today*, Vol. 15, Number 2, Nov/Dez. 2015, na qual o Autor recorre a alguns exemplos de jurisprudência nos Estados Unidos da América para criticar ferozmente a existência da

Não obstante, a doutrina portuguesa (e também a espanhola, por exemplo) tem procurado explicar estas figuras e desenvolver a sua dogmática recorrendo unicamente a exemplos de outras jurisdições romanísticas, deixando de lado a sua origem anglo-saxónica.

De certo modo, é compreensível que, confrontados com institutos jurídicos que não têm origem (pelo menos imediata) no Direito Romano, se procure perceber como é que estes institutos foram aplicados noutros ordenamentos jurídicos com a mesma matriz romana e civilística que o nosso e daí extrair conclusões que possam ser melhor aproveitadas para a prática jurídica em Portugal. Contudo, entendemos que uma análise efetuada exclusivamente com base nestas referências mais próximas corre o risco de uma certa «diluição» do sentido original das figuras das *representations* e das *warranties*.

Em rigor, o estudo destas matérias que não tenha em consideração a sua matriz e alcance atual no direito anglo-saxónico (ou anglo-americano) poderá, por um lado, impedir o intérprete português de alcançar o significado original destas figuras e, por outro lado e de modo potencialmente mais gravoso, impossibilitá-lo de interpretar e aplicar a vontade de partes (estrangeiras) habituada a aplicar as cláusulas de *representations* e *warranties* com um determinado sentido<sup>21</sup>. Uma tal análise incompleta poderá assim deformar o intuito com que as declarações e garantias são utilizadas pelas partes, com prejuízos para a segurança do tráfego jurídico, sobretudo em contratos de compra e vendas de participações sociais de cariz transnacional, que é precisamente o caso em que estas cláusulas são utilizadas com maior frequência e acuidade.

Parece-nos, pois, fundamental examinar a origem e alcance das *representations* e *warranties* no Direito anglo-saxónico, numa perspetiva de Direito Comparado, analisando o tratamento que lhes é dada nesse ordenamento jurídico e, *mutatis mutandis* e na medida do possível, procurar aproveitar algo desse tratamento para o Direito português.

dicotomia entre *representations* e *warranties* nessa jurisdição, considerando que tal hipotética dicotomia representa um arcaísmo contratual que deve ser abandonado na prática jurídica moderna.

21 Este será, sem dúvida, um dos grandes constrangimentos que os advogados em Portugal encontram na negociação de contratos sujeitos a lei portuguesa em operações transnacionais.

### 3.2 · Os conceitos de *representations* e *warranties*; algumas diferenças de regime

#### I. Características

As *representations* correspondem a declarações de facto ou de Direito<sup>22</sup> nas quais uma contraparte (declaratário) se baseia para celebrar um contrato. Desta definição podem retirar-se três elementos essenciais.

Em primeiro lugar, a existência de uma declaração, a qual pode ser emitida por palavras ou por escrito ou emitida por qualquer outro meio que revele a vontade do declarante (i.e. através da sua conduta)<sup>23</sup>, ainda que tacitamente<sup>24</sup>.

Em segundo lugar a declaração em causa deve ser ou ter sido «material»<sup>25</sup>, no sentido em que tenha sido determinante para a formação e manifestação da vontade do contraente, i.e. uma declaração sem a qual (ou caso a contraparte tivesse conhecido a situação real ao invés da situação declarada) o contrato não teria sido celebrado<sup>26</sup>. Parece daqui decorrer que o estado de desconhecimento do declaratário é indispensável para que este possa beneficiar da proteção consagrada pela *representation*. Com efeito, se sabia da desconformidade e ainda assim decidiu celebrar o negócio, não se tratava de uma declaração sem a qual não teria contratado.

Finalmente, como elemento determinante para a formação da vontade de contratar, as *representations*, por definição, antecedem a celebração do negócio jurídico em causa<sup>27</sup>.

Por sua vez, uma *warranty* corresponde a uma promessa de que uma determinada declaração é verdadeira<sup>28</sup>. Ainda que esta definição a aproxime bastante do conceito de *representation* atrás apresentado, a sua distinção face às *representations* tem sido largamente tratada pela doutrina inglesa.

Destaque-se o elemento de promessa. Esta refere-se à veracidade do facto declarado sobre o objeto ou outro aspeto do contrato. Não se deve confundir esta promessa com a consequência (obrigação) contratual de sanção que impende sobre o declarante no caso de se detetar uma desconformidade no facto que se promete ser verdade.

Um segundo elemento de distinção entre as *representations* e as *warranties* diz respeito à essencialidade da declaração para a formação da vontade de contratar. No caso da *warranty*, parece ser irrelevante esta qualificação, podendo dizer-se que se presume (ou se ficciona) que todas são materiais, pois, tanto quanto pudemos apurar, as *warranties* são em geral todas tratadas com a mesma relevância.

Em terceiro e último lugar, a *warranty* só existe enquanto cláusula de um contrato e, portanto, parece que apenas valerá se for reduzida a escrito no próprio contrato, ao contrário da *representation* que, nos termos referidos antes, antecede a celebração do contrato, podendo ser expressa oralmente ou até resultar de uma determinada conduta.

22 Veja-se a definição em ANDREWS, Neil, *Contract Rules. Decoding English Law*, Intersentia, 2016, pág. 97: «[S]tatement of fact or law on which the other party relies, normally by entering into a contract». Este Autor cita vários exemplos de jurisprudência recente nos tribunais ingleses de declarações de Direito relevantes para este regime.

23 ANDREWS: op. cit., págs. 97 e 102-103.

24 Ver o exemplo citado em ANDREWS: op. cit., pág. 103, do caso *Spice Girls Ltd v Aprilia World Service BV* (2002), no qual se estabeleceu que uma conduta que terá sugerido que um membro da famosa *girls band* Spice Girls não iria abandonar o grupo foi reconhecida como *representation*. Parecem admitir-se, portanto, as declarações contratuais tácitas, à semelhança do que sucede no Direito português (cfr. artigo 217.º, n.º 1, do Código Civil).

25 Não relevarão para este efeito, por um lado, meras opiniões (*mere opinions*, também designadas de *puffs*), que parecem corresponder às declarações de *dolus bonus* que, como já comentámos, são reconhecidas como válidas entre nós de acordo com o disposto no artigo 253.º, n.º 2, do Código Civil, nem, por outro lado, declarações cuja incorreção não seria relevante para influenciar uma pessoa «razoável» na formação da vontade de contratar. Quanto a este segundo ponto: «An inaccurate statement will not be an actionable misrepresentation if it is false in a trivial sense and in a way which would not influence a reasonable person, having regard to the totality of the pre-formation information supplied by the representor» (ANDREWS: op. cit., pág. 105).

26 *Black's Law Dictionary*, op. cit., pág. 1301: «the ultimate result would not have followed if there had been no representation or if one who acted upon it had been aware of its falsity».

27 Discute-se se as *representations* podem ser entendidas como cláusulas do próprio contrato: «[I]n practice the law concerning misrepresentation overlaps with the issue whether a pre-contractual statement gives rise to a binding contractual assurance enabling the promisee to obtain contractual damages. And so, before addressing misrepresentation, it is necessary to consider the criteria governing the possible treatment of such assurances as collateral warranties or contractual terms» (ANDREWS: op. cit., págs. 98-99).

28 Veja-se a definição contida em ANDREWS: op. cit., pág. 171: «[A] promise that the subject matter corresponds in nature and quality to the description contained in the warranty»; também *Black's Law Dictionary*: op. cit., pág. 1586: «[A] promise that a proposition of fact is true». Esta segunda definição faz referência a «factos» mas também a declaração ou garantia sobre «direitos» (como, por exemplo, a propriedade (*title*) do objeto do contrato) têm sido aceites como tal pela jurisprudência.

## II. Consequências da desconformidade ou violação

As principais diferenças práticas de regime referem-se às consequências da desconformidade ou violação das *representations* e das *warranties*.

No caso das *representations*, as declarações que se revelem falsas ou incorretas são consideradas *misrepresentations*. Ao contrário do que sucede quanto às *warranties*, as *misrepresentations* (i.e. o incumprimento ou a incorreção das *representations*) encontram-se reguladas por lei. Trata-se do Misrepresentation Act, de 1967<sup>29</sup>. Conforme disposto no artigo 1.º do Misrepresentation Act, uma *misrepresentation* permitirá ao beneficiário (declaratário) resolver o contrato ou exigir uma indemnização pelos danos causados.

De notar que a norma do Misrepresentation Act que se refere à resolução utiliza a expressão «*rescission*» e não a «*termination*», expressão mais habitualmente utilizada na prática contratual para identificar o direito e o ato de resolução contratual. A *rescission* parece aqui corresponder à anulação do contrato (como sucede na essência do regime da resolução no 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<sup>30-31</sup>. Daí que

<sup>29</sup> Este diploma sofreu algumas alterações ao longo dos anos causadas pela aprovação do *Unfair Contract Terms Act* de 1977 e, mais recentemente, do *Consumer Protection (Amendment) Regulations* de 2014. No entanto, o essencial das suas disposições manteve-se ao longo dos quase 50 anos de vigência. As versões original e consolidada do diploma encontram-se disponíveis online em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/7>.

<sup>30</sup> Da definição de *rescission* do *Black's Law Dictionary*, West Publishing, 1990 (6.ª Ed.), pág. 1306: «[T]o declare a contract void in its inception and to put an end to it as though it never were» ou «amounts to the unmaking of a contract or an undoing of it from the beginning [...] [n]ot merely a termination» (sublinhado nosso). Ver ainda as explicações detalhadas em ANDREWS: op. cit., págs. 98-99 e 107-112, e a abordagem contrastante com as *warranties* e com o ordenamento jurídico polaco (também de origem romanística) em VEL KALISZ, Beata Gessel-Kalinowska: «Representations and warranties in cross-border mergers and acquisitions: The challenges of cultural diversity», *International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 24 - Number 1, 2013, pág. 35.

<sup>31</sup> Poderá perguntar-se quais as diferenças desta figura da *rescission* (se as há) para a *termination*. A este respeito, e sem prejuízo de outras análises que têm sido feitas, realçaríamos a distinção entre a *rescission* como forma específica de cessação de contratos (em particular, a prevista no Misrepresentation Act) e a noção de *termination for breach* (i.e. por incumprimento do contrato em geral), a qual produziria apenas efeitos para o futuro (*ex nunc*). Cfr., numa breve secção intitulada «*Termination and rescission contrasted*», o resumo de Andrews: «*Termination for breach does not annihilate the contract retrospectively. The*

esta possibilidade seja reconhecida apenas quando seja viável restaurar a situação que existia antes da celebração do contrato.

Por sua vez, a desconformidade ou violação de uma *warranty* (a designada *breach of warranty*) em princípio apenas dará direito, em geral, a uma indemnização pelos danos causados (*damages*), enquanto violação de uma cláusula contratual.

## III. Cálculo de danos

Quando haja lugar a danos, a sua quantificação não segue as mesmas regras no caso das *representations* (ou *misrepresentations*) e no caso das *warranties*.

No caso de uma *misrepresentation*, o declaratário invocará o regime da responsabilidade civil extracontratual (*tort*), assente na reconstituição natural, permitindo-lhe exigir reparação pelos danos causados independentemente da existência de uma cláusula contratual expressa para o efeito (e/ou uma *warranty*)<sup>32</sup>.

No caso de uma *warranty*, o beneficiário apenas pode exigir receber aquilo a que teria direito se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido.

Na prática, no cenário de um contrato de compra e venda de um bem, o comprador beneficiário de uma *contractual claim* (por *breach of warranty*) poderia exigir a diferença entre o valor hipotético que teria o bem se a *warranty* fosse verdadeira e o valor objetivo (de mercado) do bem<sup>33</sup>. No mesmo cenário, o dano para o comprador beneficiário de uma *tort claim* (por *misrepresentation*) corresponderá (diretamente) à diferença entre o preço pago e o valor objetivo (de mercado) do bem recebido.

*main result of this prospective analysis is that the innocent party retains the right to sue for preceding breaches. By contrast, "rescission" (for example, for misrepresentation) is the avoidance, that is, the setting aside, of voidable contracts. Such avoidance involves returning the parties to the original positions as though the contract never existed. Thus "rescission" involves the contract being dismantled with retroactive effect (...). That analysis precludes actions for breach of contract: the contract is dead.» (ANDREWS: op. cit., págs 281-282).*

<sup>32</sup> Neste âmbito, o declaratário (credor) terá direito aos chamados *consequential damages*, que abrangem todos os danos direta ou indiretamente causados pelo facto ilícito, incluindo lucros cessantes: «*Tort claims enable claimants to recover in respect of lost economic opportunities on the basis of "consequential damages"*» (ANDREWS: op. cit., págs. 100-101).

<sup>33</sup> «*It is the buyer's loss on an immediate notional resale which counts: the "difference between what he can get for the car and what he might have got for the car"*» (ANDREWS: op. cit., pág. 101).

#### IV. Articulação entre regimes

À partida, sendo feitas declarações na fase de formação do contrato e incluídas garantias na estipulação contratual, coexistirão as duas figuras das *representations* e das *warranties*.

De modo a que se aplique, de forma exclusiva, o regime das *warranties*, as partes procuram, muitas vezes, referir-se às declarações de facto e/ou de Direito feitas no contrato apenas como *warranties*<sup>34</sup>, e recorrem às chamadas cláusulas de «*entire agreement*», também utilizadas sob a epígrafe «*no further representations*» ou «*no further warranties*». Ao abrigo destas cláusulas, as partes expressam que todos os aspetos relevantes para o contrato se encontram incluídos nas suas cláusulas e manifestam não existirem quaisquer outras declarações, garantias, factos ou compromissos que tenham sido relevantes para a formação da vontade das partes.

Esta cláusula de *entire agreement*, em particular aliada à consagração contratual de que a violação das *warranties* (*breach of warranties*) apenas permitirá ao comprador uma indemnização pelos danos aplicáveis, pretende impedir o comprador de invocar os direitos que lhe assistiriam se pudesse invocar o regime das *misrepresentations*, designadamente – quando se verifiquem os respetivos requisitos – o direito de resolver o contrato e/ou o de exigir do vendedor uma indemnização por danos ao abrigo da responsabilidade legal (*tort claim*).

Existe, contudo, uma limitação importante à suscetibilidade de afastamento do regime das *misrepresentations*. O *Misrepresentation Act* impede as partes de excluírem ou limitarem a responsabilidade do declarante por declarações fraudulentas quando tais cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade não sejam razoáveis<sup>35-36</sup>.

34 Evitando a utilização da expressão *representations*, do verbo *represents* ou de outras palavras derivadas.

35 Do artigo 3.º, n.º 1, do *Misrepresentation Act*: «*If a contract contains a term which would exclude or restrict (a) any liability to which a party to a contract may be subject by reason of any misrepresentation made by him before the contract was made; or (b) any remedy available to another party to the contract by reason of such a misrepresentation, that term shall be of no effect except in so far as it satisfies the requirement of reasonableness as stated in section 11(1) of the Unfair Contract Terms Act 1977; and it is for those claiming that the term satisfies that requirement to show that it does*» (sublinhado nosso).

36 Não cabe aqui debruçarmo-nos em detalhe sobre este ponto mas destacaremos algumas cláusulas já afastadas pelos tribunais ingleses por se entenderem que não eram razoáveis: (i) cláusulas de «*no representations*», mediante as quais a parte declara não fazer quaisquer *representations*, (ii) cláusulas de

Como tal, ainda que as partes pretendam que se aplique apenas o regime das *warranties* que expressamente estabeleçam no contrato, poderão continuar sujeitas, em certa medida, às regras e consequências legalmente previstas para a desconformidade de *representations*. Caberá então ao comprador demonstrar que foram efetivamente prestadas *misrepresentations* e que o foram de forma fraudulenta.

E poderão as *warranties* incluídas num contrato vir também a ser tratadas como *representations*? À luz da recente decisão do *High Court of England and Wales* no caso *Idemitsu Kosan Co. Ltd v Sumitomo Corporation* [2016] EWHC 1909 (Comm), essa possibilidade parece cada vez mais estreita.

De acordo com os factos em análise neste processo, o comprador terá detetado a violação de uma *warranty* sete anos após a celebração do contrato, já depois de expirado o período estabelecido entre as partes para reclamação de desconformidades das *warranties*. O comprador procurou demonstrar que as *warranties* eram também *representations*, dignas de proteção ao abrigo do *Misrepresentation Act*, o qual não se encontrará sujeito a prazos de invocação. No entanto, o tribunal recusou a argumentação do comprador, considerando não ter ficado provado que o conteúdo da *warranty* em causa deveria valer também como declaração (*representation*) prestada antes da celebração do contrato.

#### 4 · CONFRONTO ENTRE O REGIME ANGLO-SAXÓNICO E AS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já realçámos, o grande destaque deste acórdão é o acolhimento pelo STJ da possibilidade de, no Direito português, as partes poderem estabelecer um regime de responsabilidade contratual eminentemente objetivo, o que parece replicar a natureza desta figura nos sistemas de *Common Law*. Contudo, o acórdão – na esteira da prática jurídica e da doutrina nacionais – afasta-se da dogmática original anglo-saxónica das *representations* e das *warranties* em vários aspetos.

«*mere opinion / no verification*», em que a parte declara não assumir qualquer responsabilidade pelas *representations* efetuadas, e (iii) cláusulas de «*non-reliance*», ao abrigo das quais o declaratório assegura não se basear nas *representations* emitidas pelo declarante. Veja-se a decisão do *Court of Appeal* no caso *Springwell Navigation Corporation v JP Morgan Chase* (2010), *apud* ANDREWS: op. cit., págs. 116-117.

Antes de mais, e recuperando os apontamentos iniciais do capítulo anterior, o acórdão trata as cláusulas de declarações e garantias como se de uma realidade única se tratassem. Note-se que este tratamento poderá ser, e arriscamos dizer que será mesmo, o correto em face do contrato em causa pois assumimos que, conforme é usual na prática entre nós, as respetivas partes terão elas próprias recorrido à formulação «declarações e garantias» para exprimir aquilo que depois é tratado pelo acórdão como (aparentemente) se de apenas *warranties* se tratassem, i.e., cláusulas de garantias.

Naturalmente, não faz sentido o intérprete (o tribunal) distinguir onde as partes não distinguem. A questão que se coloca é se poderá existir algum propósito, em termos práticos, de reconhecer no Direito português a distinção entre *representations* e *warranties*. Desta questão decorre um leque de perguntas concretas: Haverá algum regime legal que complemente o regime das declarações e garantias contratuais, como no Direito inglês? Qual seria esse regime? Existindo um regime legal, trata-se de um regime supletivo, podendo as partes afastá-lo contratualmente, ou existe algum núcleo imperativo? E o que sucede no silêncio, total ou parcial, das partes? O acórdão do STJ não providencia quaisquer elementos que nos permitam responder satisfatoriamente a estas dúvidas.

No seu acórdão, o Supremo Tribunal trata as declarações e garantias, no seu conjunto, como cláusulas de garantia que atribuem ao declaratório um direito de ressarcimento, «haja o que houver», no caso de as declarações subjacentes se provarem falsas ou incorretas. Este cariz aponta para um regime absolutamente objetivo, o que se distancia do regime das *representations* e nos coloca no âmbito das *warranties*.

Neste âmbito, o tribunal não se pronuncia, por exemplo, sobre a existência de algum requisito de essencialidade nestas cláusulas de garantia. Poderá ou deverá o intérprete identificar outros remédios para declarações e garantias que sejam essenciais? E quaisquer violações de declarações e garantias serão aptas a alterar o valor da sociedade objeto do negócio e causar danos ao comprador?

Ainda no contexto da caracterização das cláusulas de declarações e garantias, o Supremo Tribunal - sem ganho aparente para as conclusões de Direito extraídas no acórdão - aproveitou para destacar a possibilidade de se classificarem estas cláusulas em

função do seu objeto<sup>37</sup> mas sem retirar quaisquer consequências dessa classificação no que respeita aos seus efeitos. Esta classificação parece ser uma construção doutrinária oriunda dos sistemas românicos pois, tanto quanto pudemos apurar, não tem relevância prática no Direito anglo-saxónico.

Para terminar, destacámos como a determinação dos danos indemnizáveis varia no Direito inglês consoante se trate de uma *representation* ou de uma *warranty*. Não tendo o STJ detalhado o raciocínio subjacente à conclusão que extrai a este respeito, não é possível retirar grandes ilações da solução encontrada no acórdão. Podemos apenas referir que não é totalmente consistente com aquilo que resultaria caso se aplicasse o regime da responsabilidade contratual (*contractual claim*) de uma *warranty*.

A aplicar-se, no acórdão, o regime de indemnização por *breach of warranty* no Direito inglês, o comprador teria direito à diferença entre o valor hipotético (objetivo, de mercado) que resultaria caso a declaração subjacente à garantia fosse verdadeira e o valor do bem recebido (também ele objetivo, de mercado).

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal, o direito atribuído aos compradores correspondeu «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». A lógica que parece presidir ao acórdão é a de que o preço pago pelos compradores teria sido menor se os vendedores não tivessem prestado as garantias em causa, pois nesse caso os compradores conheceriam o «valor real» da sociedade e teria sido este, a final, a determinar o preço do negócio. Não é claro, porém, se para o STJ o «valor garantido» pode corresponder ao valor objetivo a que se refere a dogmática anglo-saxónica ou se tem sempre de corresponder ao valor insito no preço efetivamente pago pelo comprador, mas os resultados serão diferentes entre si.

Neste segundo caso, a solução proposta pelo STJ estaria afinal mais próxima da determinação de danos do regime de *tort claims* associado às *misrepresentations*, que tem em vista o princípio da reconstituição natural e em que o preço pago serve

<sup>37</sup> A classificação proposta pelo STJ surge na esteira do Professor Engrácia Antunes (op. cit., págs. 783-785) e de Fábio Castro Russo («Das cláusulas...», op. cit., pág. 123-129).

de referência como medida superior para o cálculo dos danos, do que ao regime de *contractual claims* aplicável às *warranties*, em que o preço pago não é tido em conta para este propósito. Naturalmente, não se trata aqui de afirmar que o STJ tinha de aplicar um regime ou o outro, mas não deixa de ser curioso notar alguma contradição com o facto de em praticamente tudo o resto o STJ ter aplicado às declarações e garantias enquanto «cláusulas de garantia» um regime equivalente ao das *warranties* no Direito inglês.

## 5 · REFLEXÕES SOBRE O ENQUADRAMENTO E ALCANCE PRÁTICO DAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS NO DIREITO PORTUGUÊS

### 5.1 · Considerações gerais

O STJ, no seu acórdão, centra a sua análise no funcionamento das cláusulas de declarações e garantias e no dever de prestar que a sua violação acarreta. Não se pronuncia, contudo, sobre a sua articulação ou (possível) coexistência com os regimes legais que, à partida, e em teoria, poderiam vir a ser chamados para a regulação de situações de facto também cobertas pelo regime de declarações e garantias em contratos de compra e venda. Esses regimes são, pelo menos, a compra e venda de coisa onerosa ou defeituosa, o erro e o incumprimento defeituoso<sup>38</sup>.

Neste capítulo, propomo-nos analisar esta «convivência» tendo como pontos de referência algumas questões práticas que emergem de tal articulação.

Conforme referimos anteriormente, temos como objeto de análise apenas os contratos de compra e venda (e dentro destes, especificamente os contratos de compra e venda de participações sociais) e os contratos «domésticos», ou seja aqueles que não têm um elemento de conexão transnacional<sup>39</sup>.

Não ignoramos, contudo, as variadas matérias que – como já antes demos conta na secção 2.2 – decorrem ou estão, pelo menos, intimamente ligadas aos

*que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo». Numa interpretação a contrario sensu, havendo elementos de conexão com outros países - parecendo que para tanto bastará, por exemplo, que uma das partes seja estrangeira -, a escolha das partes pode prejudicar as disposições «não derogáveis por acordo» (a que a Convenção expressamente apelida de «imperativas»).*

Duas outras normas do Regulamento ou da Convenção poderiam ajudar àquela: (i) a norma que estabelece a possibilidade de se escolherem leis diferentes para regular diferentes partes (objetivas) do contrato (a chamada *déçepage*, prevista no artigo 3.º, n.º 1, de ambos os diplomas) ou (ii) a norma que prevê a impossibilidade de nos contratos celebrados com consumidores se privar o consumidor da proteção que lhe proporcionam as disposições imperativas que seriam aplicáveis no país da sua residência habitual (artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento, e 5.º, n.º 2, da Convenção). Na primeira situação, numa lógica *ab maius ad minus*, podendo afastar a aplicação de uma lei a parte (secção) do contrato, também se poderá afastar parte de uma lei; na segunda situação, também *a contrario sensu*, nos contratos que não caiam naquela norma seria legítimo afastar disposições legais imperativas.

Ora aquele entendimento não estará isento de crítica e, como tal, não esgota a questão da compatibilidade entre regime contratual e regimes legais imperativos, ainda que estejamos perante um caso em que haja elementos relevantes de conexão com mais do que um país. Por vários motivos.

Em primeiro lugar, será uma questão de complexa interpretação saber se, no silêncio das partes, estas queriam efetivamente afastar todas as disposições imperativas de um determinado ordenamento jurídico. Segundo, estando a liberdade de escolha da lei aplicável limitada pelas normas de aplicação imediata do país do foro ou do país onde o contrato deva ser executado (artigo 9.º do Regulamento, 7.º da Convenção) e a ordem pública internacional do país do foro (artigo 21.º do Regulamento, 16.º da Convenção), será de discutir se tais regimes legais imperativos poderão caber nestes conceitos indeterminados, que abrem a porta a uma análise casuística.

Finalmente, resulta do artigo 10.º do Regulamento (8.º da Convenção) que a validade substancial do contrato terá de ser verificada de forma independente relativamente à lei escolhida pelas partes. Ora, em função destas normas, e por natureza, os regimes legais que permitem determinar a validade substancial do contrato (e, portanto, da disposição de escolha de lei aplicável) não poderão ser afastados e entre estes regimes poderá estar o da formação da vontade de contratar, ou seja, e pelo menos, o do erro-vício dos artigos 251.º e 252.º que a seguir abordamos. Cfr., neste sentido, NORTH, P.M. e FAWCETT, J.J.: *Private International Law*, Butterworths, 1992 (12.ª Edição), pág. 505, onde se sustenta, sobre o propósito da norma do artigo 8.º da Convenção de Roma, que «*[t]he intention is that not only are issues of material validity in the English sense covered (for example, the issue of illegality) but also issues relating to the formation of the contact (for example, offer and acceptance, and consideration). The validity of consent to the contract (for example, issues of mistake, misrepresentation and duress) is doubtless also covered under article 8(1).*» (sublinhado nosso).

Neste sentido, estando este interessante e complexo tema em aberto, a análise que aqui fazemos de seguida para os contratos «domésticos» poderá ser também relevante, pelo menos em parte, para os contratos «internacionais».

<sup>38</sup> A responsabilidade pré-contratual, reconhecida no artigo 227.º do Código Civil, pode também vir a ser chamada (e em cumulação com a anulação do negócio) nos casos em que houve violação dos deveres de boa fé na formação dos contratos.

<sup>39</sup> Deixaremos aqui de lado a discussão sobre a possibilidade de as partes afastarem regimes legais imperativos no âmbito da liberdade de escolha da lei aplicável às obrigações contratuais, nos casos em que se aplique o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 (Roma I) ou a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980, não sem, contudo, enunciar a questão. O artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento Roma I (e a mesma norma da referida Convenção), determina que «*[c]aso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país*

regimes contratuais de declarações e garantias, como sejam, por exemplo, as questões do conhecimento (*e due diligence*) sobre os factos declarados e as do cálculo e limitações dos danos resultantes da violação de declarações e garantias. Esperamos regressar a estes e outros temas brevemente.

## 5.2· Contributos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Recuperando o resumo feito inicialmente, para os efeitos aqui pretendidos destacaríamos os seguintes contributos do acórdão:

- Ao abrigo da autonomia privada, as partes são livres de estabelecer um sistema de responsabilidade contratual próprio.
- As cláusulas de declarações e garantias inserem-se no âmbito dessa liberdade contratual, sendo um tipo de cláusulas de garantia. Por força destas cláusulas, o declaratório (vendedor) responde por eventuais divergências entre a situação garantida e a situação real. A responsabilidade aplica-se «haja o que houver», assumindo o vendedor na íntegra o risco dessa desconformidade (responsabilidade objetiva).
- Uma tal desconformidade que se venha a verificar (uma «violação» da cláusula de garantia) não gera um dever de «indemnizar» mas sim um dever de prestar em sentido estrito, correspondendo o «dano» à diferença entre o valor garantido da sociedade e o valor real. Este conceito próprio de dano é distinto do que resulta da aplicação do artigo 564.º do Código Civil, não incluindo os lucros cessantes (nos termos legais, «os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão»).

## 5.3 · O regime legal da compra e venda de coisa onerada e de coisa defeituosa

Antes de avançarmos na problemática da conciliação entre o regime das garantias contratuais e os regimes legais, valerá a pena debruçar-nos sobre o alcance de um desses regimes legais em causa, nomeadamente aquele que aparenta ter mais similitudes com as cláusulas de declarações e garantias: o da compra e venda de coisa oneradas ou defei-

tuosa, previsto nos artigos 905.º e 913.º e ss.<sup>40</sup>, bem como a possibilidade de renúncia à chamada garantia edilícia.

### I. A aplicabilidade e alcance dos regimes de compra e venda de coisa onerada ou defeituosa; entre o regime do erro e o do incumprimento contratual ou do cumprimento defeituoso

A natureza e alcance dos regimes de compra e venda de coisa onerada ou defeituosa, incluindo a sua articulação com o regime do cumprimento defeituoso e do erro previstos no Código Civil, é tema cujo tratamento foi historicamente privilegiado na doutrina portuguesa, embora tenha conhecido menos fulgor na última década.

Trata-se de um tema complexo, que nos obriga a refletir sobre três (ou serão dois?) regimes legais: o regime da compra e venda de coisa onerada e da compra e venda de coisa defeituosa (prevista nos artigos 905.º a 913.º), o regime do cumprimento defeituoso, cujo princípio se encontra consagrado no artigo 799.º, n.º1, e o regime do erro (em particular, do erro sobre o objeto do negócio).

Para Antunes Varela, a figura do cumprimento defeituoso, consagrada no artigo 799.º, n.º 1, encontra-se fragmentariamente dispersa pelas normas reguladoras de alguns contratos em especial<sup>41</sup> - no caso da compra e venda de bens onerados, nos artigos 905.º e seguintes e 913.º e seguintes, pelo que essas normas acabariam por ser uma concretização daquele princípio. Na tentativa de estabelecer fronteiras entre esta figura e a falta de cumprimento, diz ainda este Autor que nas «situações em que a irregularidade e a deficiência da prestação afastam de tal forma do modelo da prestação exigível, que o interesse do credor fica inteiramente por preencher», haverá que equipará-lo à inadimplência ou à mora. Continua dizendo que «a questão de saber se o defeito da prestação prejudica ou não o fim da obrigação tem que ser apreciada e resolvida objetivamente, por analogia com o disposto para outras situações da mesma natureza (cfr. arts. 793.º, 2; 802.º, 2; 808.º, 2), mas tendo em linha de conta os termos e as circunstâncias concretas».

<sup>40</sup> Salvo indicação em contrário, os artigos citados nas secções seguintes sem identificação do respetivo diploma legal referem-se ao Código Civil português.

<sup>41</sup> ANTUNES VARELA, João: *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Almedina, 1997 (reimpressão da 7.ª Edição), pág. 127.

Ora, esta forma de olhar para os regimes da compra e venda de coisa defeituosa ou onerada não é única - o facto de os artigos 905.º e 913.º (aquele por remissão deste) conferirem o direito de anulação por erro ou dolo ao comprador de coisa defeituosa ou onerada levaram a que alguns Autores fundassem o regime da venda de coisa defeituosa na teoria do erro. A propósito deste regime, dizia Baptista Machado «*o que faz a sedução e a dificuldade do instituto em causa é justamente o carácter ambíguo ou híbrido com que à primeira vista se nos apresenta. Tratar-se-á de resolver um problema de erro – relativo, portanto, à fase estipulativa do negócio –, ou, antes, de um problema de inadimplemento – relativo, pois, à fase executiva do negócio? No primeiro caso, a sanção adequada seria em princípio a da anulação por erro; no segundo caso, a da resolução por inadimplemento*»<sup>42</sup>.

No entanto, parece que o mesmo Autor se encontra entre aqueles que descortina na venda de coisas defeituosas simultaneamente um caso de erro e um caso de incumprimento (o tal regime «híbrido»). Como refere Baptista Machado, tanto se atribuem ao comprador direitos próprios do regime do incumprimento, tal como a redução do preço, a reparação ou substituição da coisa e a indemnização dos danos emergentes, como se lhe permite invocar a consequência própria do regime do erro, a anulação do contrato.

Tratar-se-á, nas suas palavras, de uma «*especialização (...) do regime do cumprimento defeituoso*», em que os requisitos do regime do erro são invocados como requisitos de aplicação de uma determinada consequência (art. 909.º) mas não é o regime do erro (art. 247.º e ss.) que é aplicado diretamente<sup>43</sup>.

Também para Baptista Machado, parece que sempre «*que existia da parte do vendedor a obrigação de prestar uma coisa sem defeito, de que as qualidades próprias das coisas daquele tipo e essenciais à sua destinação económica são qualidades devidas*» estamos no campo do (in)cumprimento contratual<sup>44</sup>.

Em todo o caso, independentemente da raiz da garantia edilícia, e da sua articulação com os regimes do erro e do cumprimento contratual, parti-

mos da posição - hoje relativamente pacífica na doutrina - de que o regime dos artigos 905.º e 913.º e ss. é aplicável aos contratos de compra e venda de empresa através da aquisição das suas participações sociais.

## II. A validade da renúncia antecipada ao regime da garantia edilícia e/ou do regime do erro

Neste âmbito, vale a pena também debruçarmo-nos ainda sobre a questão da validade das cláusulas de renúncia antecipada ao direito de requerer a anulação do negócio ao abrigo destes regimes.

Tendo em conta que o artigo 912.º do Código Civil dispõe que «*o disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 907.º, no artigo 909.º e no n.º 1 do artigo 910.º cede perante estipulação das partes em contrário, a não ser que o vendedor tenha procedido com dolo e as cláusulas contrárias àquelas normas visem a beneficiá-lo*», a contrario, não estará na disposição das partes o afastamento da possibilidade de anulação do negócio por erro ou dolo prevista no artigo 905.º.

### 5.4- Articulação prática entre regimes

Tudo o que vem sendo dito é importante para podermos analisar qual o grau de proteção efetivo conferido pelas declarações e garantias e até que ponto estas se sobrepõem (afastando) os regimes legais acima mencionados.

Esta questão fundamental encontra expressão em várias outras que são frequentemente colocadas por vendedores e compradores. Da parte do vendedor, a de saber, desde logo, se, a cláusula que afaste a possibilidade de resolver o contrato por violação de declarações e garantias é ou não válida e, mais do que isso, se a mesma afasta qualquer possibilidade de o comprador, com base em determinada «falta de qualidade assegurada», resolver ou anular o negócio. O comprador, por outro lado, estará mais preocupado em garantir que poderá socorrer-se de todos os direitos legais caso se venha a revelar que o objeto do negócio não tem, afinal, uma característica sem a qual não teria decidido contratar.

Ora, como refere o acórdão do STJ de 1 de março, o regime das declarações e garantias é um regime autónomo e automático, que coloca o vendedor (revelando-se uma declaração ou garantia falsa) na obrigação de prestar, «haja o que houver» e (retiramos nós do teor do acórdão), independentemente

<sup>42</sup> BAPTISTA MACHADO, João: «Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas», *Obra Dispersa, Volume I*, Scientia Iuridica, 1991, págs. 40 e 41.

<sup>43</sup> «*De modo que, rigorosamente, não se deveria dizer que o contrato é anulável por erro (como diz o artigo 905.º), mas que ele só é anulável quando se verificarem os requisitos da anulabilidade por erro*» (BAPTISTA MACHADO: op. cit., págs. 106-108).

<sup>44</sup> BAPTISTA MACHADO: op. cit., pág. 107.

de dolo e de culpa. Regime que não poderá deixar de considerar-se válido ao abrigo do princípio da liberdade contratual, plasmado no artigo 405.º. Daí, também, poderia decorrer a liberdade de os contraentes decidirem, que, por exemplo, a violação de qualquer dessas declarações e garantias apenas dará direito a uma indemnização<sup>45</sup>.

Assim, podemos desde já concluir que as cláusulas de declarações e garantias são um sistema autónomo (com clara vocação auto-suficiente) e não uma mera concretização da referência às «*qualidades asseguradas pelo vendedor*» (cuja falta corresponderia a um defeito relevante para efeitos do artigo 913.º, n.º 1)<sup>46</sup>, caso em que o vendedor só seria obrigado a indemnizar o comprador caso tivesse havido culpa da sua parte na falta de identificação do vício de que a coisa padecia<sup>47</sup>.

A questão está em saber se, na medida em que se verifiquem os requisitos de que depende a aplicação de outras figuras (que admitem, *maxime*, a anulação do negócio), essas mesmas regras poderão ou não ser invocadas. A questão só fará sentido, obviamente, nos casos em que haveria «sobreposição do regime legal e contratual», ou seja, a mesma situação de facto (neste caso, determinada falta de qualidade do objeto do negócio) pudesse ser enquadrável não só como violação de uma declaração e garantia mas também como um defeito ou vício relevante para os regimes da compra e venda de coisa defeituosa ou do erro, por exemplo. Sabemos, por isso, que o campo de sobreposição será necessariamente inferior ao espaço de aplicação de cada um desses regimes. A análise desta questão leva-nos a indagar da imperatividade das normas daqueles outros regimes que trouxemos à discussão.

Sobre esta questão já nos pronunciámos acima relativamente ao regime da compra e venda de bens

onerados e defeituosos. Aí, o dolo do vendedor ou o erro erguem-se como obstáculo inultrapassável à tentativa de afastamento do regime legal da garantia edilícia, situação que não se verifica no Direito anglo-saxónico (*vide*, em geral, a secção 3). Neste sentido, Fábio Castro Russo<sup>48</sup>, que o STJ cita profusamente, parece admitir, de passagem, ser nula a disposição contratual que pretendesse afastar determinados regimes legais, e também Joana Pereira Dias, também ela mencionada no acórdão, reconhece que a assunção do risco «*haja o que houver*» subjacente às cláusulas de garantia (não só às declarações e garantias) tem de ser enquadrada «*dentro dos limites legais*» (embora não refira que «limites» seriam estes)<sup>49</sup>.

Não deverá ser esquecido, ainda, que o princípio do incumprimento defeituoso, plasmado no artigo 799.º, n.º1, está protegido pelo disposto no artigo 809.º, que determina a nulidade de qualquer cláusula «*pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor (...)*».

Também o regime geral do erro previsto nos artigos 247.º e seguintes não poderá, por natureza, ser afastado *ab initio*. Recordemos que, nos termos do artigo 251.º do Código Civil, «*o erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira à pessoa do declaratório ou ao objecto do negócio, torna este anulável nos termos do artigo 247.º*» (sublinhado nosso). São assim exigidos dois requisitos para que uma situação de erro possa conferir àquele «cuja vontade se encontra viciada» o direito a anular o negócio: a essencialidade e a cognoscibilidade. Conforme ensina Pedro Pais de Vasconcelos o negócio só será anulável por erro sobre o objeto «*se esse erro for tal que sem ele a parte o não teria celebrado ou não o teria celebrado com aquele conteúdo. É esse o sentido da essencialidade a que se refere o artigo 247.º: se se concluir que a parte teria celebrado o negócio do mesmo modo, ainda que não tivesse incorrido em erro, não haverá já fundamento para o anular*»<sup>50</sup>.

45 A este propósito, poderíamos até pensar que o STJ entenderia que da sua violação só decorreria um «dever de prestar», afastando-se outros direitos como o da resolução ou anulação.

46 Sendo possível perguntar, tanto no âmbito do regime legal do 913.º, como de um regime contratual de declarações e garantias, se todas elas («qualidades asseguradas» ou «declarações») terão relevância para efeitos de aplicação dos respetivos regimes ou se haverá algum critério de materialidade a ter em conta, sobretudo sempre e quando se conclua que o mesmo facto permitirá, em abstrato, invocar algum regime legal para além do regime contratual.

47 Nos termos do artigo 915.º, na medida em que o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou falta de qualidade de que a coisa padece, não há lugar a indemnização fundada em erro (nem sequer pelos danos emergentes do contrato, conforme previsto no artigo 909.º).

48 O Autor faz primeiro um paralelismo entre o artigo 1229 do Código Civil italiano, que a doutrina local invoca como obstáculo a este tipo de cláusulas, e o artigo 809.º do nosso Código Civil, para depois concretizar: «*Face ao nosso direito, uma cláusula destas deve antolhar-se nula, pois as normas constantes dos arts. 905.º e 911.º (...), inter alia, são imperativas (art. 912.º, n.º 1, a contrario sensu)*» (CASTRO RUSSO: «Das cláusulas...», *ob. cit.*, págs. 121-122).

49 PEREIRA DIAS: *ob. cit.*, pág. 1025.

50 PAIS DE VASCONCELOS, Pedro: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2005 (3.ª Edição), pág. 498.

Parece, portanto, que terá de se reconhecer no Direito português uma relação de complementaridade (e não substituição) entre o regime de responsabilidade das cláusulas de declarações e garantias (ainda que o mesmo pretenda ser auto-suficiente) e os regimes legais de responsabilidade e/ou formação da vontade. O próprio STJ parece reconhecê-lo, talvez inadvertidamente, ao afirmar no acórdão, no final das apreciações de Direito, que o regime contratual *sub judice* «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**» (sublinhado nosso).

Significa isto que as partes não poderão excluir a responsabilidade pela existência de determinados vícios ou pela falta de determinadas qualidades que venham a ser identificados no contrato pelo vendedor<sup>51</sup>? Não, mas aí não estaremos perante a exclusão ou renúncia ao direito de anular com base no erro ou noutra regime legal imperativo mas tão-só a conformar o conteúdo do programa negocial e a definir as qualidades (ou defeitos) do objeto do negócio.

Situação verdadeiramente problemática será, a nosso ver, aquela em que um comprador declare, por um lado, que determinadas declarações e garantias são absolutamente essenciais à celebração de um contrato<sup>52</sup> (dá-se deduzindo que, faltando as qualidades que se asseguram nas referidas declarações e garantias o comprador em causa não teria interesse em celebrar aquele negócio) e, por outro lado, exista uma cláusula em que as partes acordem que a falta de veracidade ou inexatidão de quaisquer declarações e garantias apenas darão direito a uma indemnização (da qual se poderia deduzir, em sentido contrário, que o comprador estaria em qualquer caso disposto a celebrar o negócio uma vez

que teria contemplado a possibilidade de o objeto do negócio não ter qualquer das qualidades asseguradas, situação que apenas lhe daria direito a reclamar uma indemnização).

Nestes casos, sem surpresa, haverá que averiguar até que ponto o comprador se encontrava ou não em situação de erro e assumia a possibilidade de determinada coisa não apresentar certas qualidades<sup>53</sup>.

Em todo o caso, e ainda que o regime contratual das declarações e garantias não possa, quanto a nós, afastar a aplicabilidade de outras figuras na medida em que os requisitos de que depende a sua aplicação se encontrem verificados, essas cláusulas poderão desempenhar também aí um papel importante na reconstituição da vontade das partes e na determinação do objeto pretendido pelo comprador.

## 6 · CONCLUSÕES

O facto de as cláusulas de declarações e garantias serem hoje largamente usadas na prática contratual, bem como a importância que as mesmas assumem na repartição do risco entre os contraentes, deveriam ser motivos, mais do que suficientes, para a doutrina e a jurisprudência se debruçarem de forma mais detalhada sobre esta figura.

Ainda mais premente se torna esse estudo, quando vemos, na prática, serem importadas declarações e textos pertencentes a contratos submetidos a Direito anglo-saxónico para documentos contratuais sujeitos a Direito português sem contudo se indagar se a razão de ser para tais referências existe no

51 Nomeadamente em sede das chamadas *disclosure letters*, anexos ou documentos complementares ao contrato principal no âmbito dos quais o vendedor identifica expressamente determinadas contingências, vícios ou defeitos (nos sentidos amplos dos termos) da sociedade, de forma a eximir a sua responsabilidade por desconformidade com as declarações e garantias (e, já agora, para desaplicar o regime das garantias edilícias quanto a esses factos).

52 Declaração contratual que corresponde a uma «meta-declaração» (do espanhol *metamanifestaciones*, que entendemos corresponder a uma declaração sobre declarações). O alcance das «meta-declarações», em particular deste tipo específico, é um tema que merece uma análise mais detalhada mas que não perseguiremos aqui. Veja-se sobre este tema na doutrina e jurisprudências espanholas em CARRASCO PERERA: ob. cit., págs. 312-313, e GÓMEZ POMAR e GILI SALDAÑA: ob. cit., págs. 444-445).

53 Nas palavras de Baptista Machado, in *op. cit.*, pág. 65: «Dir-se-á que não existe erro quando a vontade declarada do comprador coincida com a sua vontade real e que, da mesma forma, também o não haverá quando a vontade real se vá moldando, na fase da contratação, de forma a justar-se á vontade que finalmente veio a ser declarada. O comprador que venha a adquirir uma coisa sem defeito, por exemplo, dispõe-se finalmente a querer uma coisa com determinado defeito. **Toda a questão está em saber se o comprador quis efetivamente aquela coisa concreta com aquele defeito – e com os reflexos que neste não poderá deixar de ter sobre o preço -, ou apenas a quis por se ter fundamentadamente convencido de que a coisa, afinal, não tinha certo tipo de defeitos e, por isso mesmo, é que se não recusou a subscrever a cláusula de exoneração proposta pelo vendedor, encarando-a porventura como simples cláusula de estilo despida de qualquer significado especial.** Nesta última hipótese haverá erro e o contrato será anulável (...) se se verificarem os necessários requisitos – embora seja de excluir a responsabilidade suplementar do vendedor a que se referem os artigos 913.º e seguintes» (sublinhado nosso).

ordenamento jurídico português como existia no regime de *Common Law* a que o contrato original estava sujeito. Verificar-se-á, na maioria das vezes, que não.

Neste contexto, embora o objetivo das partes seja as mais das vezes estipular um regime auto-suficiente e exclusivo de responsabilização por qualquer «falta de qualidade» do objeto do negócio – sendo, por isso, de louvar o acórdão do STJ por vir finalmente reconhecer esta possibilidade à luz do Direito português –, entendemos que as cláusu-

las de declarações e garantias não poderão afastar a possibilidade de invocação de regimes legais imperativos que, potencialmente, sejam aplicáveis às situações de facto que aquelas pretendiam regular, sempre que os requisitos de que depende a sua aplicação se encontrem verificados. Tal não diminui, contudo, o impacto que as mesmas podem ter em sede de aplicação desses outros regimes, na medida em que funcionarão como mais um elemento (porventura, dos mais importantes) de interpretação da vontade contratual das partes.