

ÍNDICE GERAL

	Págs.
PLANO GERAL	5
PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS.....	7
PREFÁCIO	9
<i>Paulo Câmara/Miguel Brito Bastos</i> — O Direito da aquisição de empresas: uma introdução.....	13
<i>António Teles/João Carmona Dias</i> — Garantia na alienação de empresa	65
<i>Nuno Moura Roldão/Ana Guedes Teixeira</i> — O processo de auditoria legal	107
<i>Sofia Carreiro</i> — A fusão	127
<i>Paulo Câmara</i> — As ofertas públicas de aquisição.....	157
<i>Pedro Furtado Martins</i> — Efeitos da aquisição de empresas nas relações de trabalho.....	211
<i>Miguel Gorjão-Henriques</i> — A aquisição de empresas no direito da concorrência: Nótulas sobre as concentrações.....	263
<i>Ana Filipa Moraes Antunes</i> — A aquisição tendente ao domínio total no direito societário e no direito dos valores mobiliários	313
<i>Rui Simões</i> — A aquisição de empresas insolventes.....	371
<i>Fernando Oliveira e Sá</i> — A determinação contingente do preço de aquisição de uma empresa através de cláusulas <i>earn-out</i>	401
<i>Paulo Câmara/Miguel Brito Bastos</i> — A transposição da directiva das fusões e aquisições de instituições financeiras	417
BIBLIOGRAFIA.....	463
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES	485

GARANTIA NA ALIENAÇÃO DE EMPRESAS

ANTÓNIO TELES
JOÃO CARMONA DIAS

SUMÁRIO: § 1. Introdução; § 2. Tutela comum do comprador contra vícios do bem. *Garantia legal*; 2.1. Vícios relevantes: defeitos, ónus e limitações; 2.2. Continuação: vícios ocultos; 2.3. Anulação do contrato ou redução do preço; e expurgação de vícios; 2.4. Reparação ou substituição da coisa defeituosa; 2.5 Indemnização do comprador; § 3. Remédios gerais; 3.1. Anulação ou modificação do contrato por erro ou dolo; 3.2. Usura e «lesão enorme»; 3.3. Responsabilidade por culpa na formação do contrato; § 4. Problemas de aplicação do regime legal da responsabilidade por vícios na alienação de empresas; 4.1. Vícios da empresa: o que sejam; 4.2. Desadequações do regime comum da garantia; 4.3. Interferência de formas usuais de negócio: alienação de partes ou acções de sociedades comerciais; § 5. Da necessidade ou conveniência de estipulações de responsabilidade por vícios da empresa ou de garantia do alienante. *Garantia voluntária*; 5.1. Acerca das cláusulas de garantia; 5.2. Cláusulas de «não garantia»; 5.3. Convenções de prazos; 5.4. Cláusulas de indemnização e penais. Cláusulas acessórias.

§ 1.º INTRODUÇÃO

No domínio das *fusões e aquisições*, quer tratando-se de negócios de aquisição de participações em sociedades, quer de aquisição *directa* de empresas ou estabelecimentos, de activos apenas, ou de fusão, é patente, entre nós, uma constante, se não crescente, tendência para as partes incluírem detalhadamente nos respectivos contratos, regras relativas, *lato sensu*, à *garantia* prestada pelo vendedor.

Assim acontece, não só no caso de negócios de grande dimensão patrimonial ou complexidade, mas também de transacções de pequena monta.

Dito de outro modo, com mais ou menos rigor, com maior ou menor proveito, as partes regulam, *ex professo*, em termos aceitáveis

para o alienante, as hipóteses de o negócio não corresponder às expectativas legítimas do adquirente.

É frequente que as partes se fiquem por uma mera *garantia de balanço*. Na generalidade dos casos, todavia, incluem-se amplamente, a par ou não daquela, as chamadas *declarações e garantias* do alienante, expressão que também corresponde à tradução literal de «*representations and warranties*», eventualmente acompanhadas de disposição regulando a responsabilidade do alienante em termos quantitativos.

Embora se possa, em rigor, distinguir «*representations*» de «*warranties*», a verdade é que com frequência os dois termos surgem ligados complementarmente. Diz-se então: «o vendedor declara e garante que...».

Exemplos comuns, entre muitos outros, de «*declarações e garantias*» são aquelas que incidem sobre a titularidade de acções ou outras participações sociais e a inexistência de eventuais encargos ou direitos de terceiros que sobre elas recaiam, a situação contabilística e financeira da sociedade, o cumprimento das suas obrigações fiscais e decorrentes de regras administrativas diversas e os litígios pendentes em que a sociedade objecto do negócio seja interveniente, a titularidade dos bens e a inexistência de ónus, a situação dos trabalhadores.

A prática da inserção contratual deste tipo de declarações, de forma exaustiva, acentuada pela contratação internacional, mas muito frequente também em contratos puramente nacionais, tem a sua génese nos sistemas jurídicos anglo-saxónicos, ou de «*Common Law*».

Terá sido precisamente a insuficiência, nesses sistemas, de meios de tutela legal do comprador contra a descoberta apenas *a posteriori* de factos susceptíveis de desvalorizar significativamente o objecto da aquisição, ou mesmo afastar o interesse do adquirente, que justificou a criação e disseminação de tais estipulações contratuais.

Na perspectiva do comprador, a utilidade, ou mesmo a necessidade, de *representations* e *warranties* justificar-se-á sem dúvida num ambiente jurídico em que domine a ideia de que é o comprador que deve ser particularmente cauteloso a respeito das qualidades dos bens que pretende adquirir («*let the buyer beware*»).

Assim acontecerá muitas vezes pelo carácter internacional dos negócios em questão, sujeitando-se mesmo estes ao Direito inglês, a

aplicar, se não pelos tribunais ingleses, por meio de arbitragem internacional.

Noutros casos, com assinalável frequência, estaremos perante uma importação acrítica de fórmulas, não raras vezes mesmo desconformes com o Direito português.

Em quaisquer circunstâncias, todavia, a questão será a da necessidade, utilidade ou conveniência de tal auto-regulação.

A reflexão entroncará aqui no forçoso confronto com o regime legal vigente e aplicável entre nós, que cumpre de antemão analisar.

Com efeito, deparamos incontornavelmente com as normas a tal respeito em sede de compra e venda civil, que constitui o paradigma legal de todos os contratos onerosos de alienação, independentemente do seu objecto, e deparamos também com o regime geral do negócio jurídico, em particular do erro, da culpa na formação dos contratos e outros, alternativa ou cumulativamente aplicáveis.

Coeteris paribus da distinção entre «*share deals*» e «*asset deals*» e respectivo critério distintivo, que, embora não seja irrelevante, não nos parece decisivamente útil para os propósitos anunciados, sem prejuízo de corolários adiante assinalados à *interposição societária*, a pergunta que constitui o *ponto de fuga*, e portanto domina a nossa perspectiva, é a da adequação do regime português vigente à necessária e equilibrada protecção dos interesses de alienante e adquirente nos negócios de alienação de empresas, em termos razoáveis, no quadro dos, sempre aplicáveis, princípios gerais.

A própria pluralidade de respostas potencialmente disponíveis no ordenamento legislado constitui uma dificuldade, quando não até ocasião de perplexidade que a, escassa, jurisprudência judicial e arbitral deixa em aberto.

Impõe-se assim trilhar o caminho da recapitulação sistemática e da análise crítica das soluções vigentes, desde, como se disse, a compra e venda civil até à responsabilidade contratual, com referência aos negócios sobre empresas e ensaiando topicamente a verificação da necessidade, ou no mínimo conveniência, de as partes procederem, e em que termos, à sua auto-regulação, como hipótese de resposta à pergunta formulada.

§ 2.º TUTELA COMUM DO COMPRADOR CONTRA VÍCIOS DO BEM. *GARANTIA LEGAL*

O regime jurídico comum da compra e venda, estabelecido pelo Código Civil, oferece remédios específicos de protecção do comprador para o caso de a coisa comprada apresentar certos vícios. São eles o direito à anulação do contrato ou à redução do preço, o direito à expurgação de vícios, à reparação ou substituição da coisa defeituosa e o direito a indemnização por danos sofridos.

A lei supõe que o vendedor está obrigado, por força do contrato, a entregar a coisa sem vícios, posto que as partes nada convencionem a tal respeito, e que o comprador, por sua parte, não consentiria no negócio se soubesse existirem tais vícios. Tal obrigação do vendedor significa, pois, a sua responsabilidade perante o comprador pela coisa vendida, obrigação essa que se designa também de *garantia*.

Tomamos por referência a compra e venda na sua mais simples expressão, ou seja o consenso sobre a coisa a entregar e o preço a pagar por ela. Não se justifica abordar aqui, pois estaria fora do âmbito proposto, regras de responsabilidade por vícios que dependem de outras estipulações das partes, como sejam as da venda a contento e sujeita a prova, ou de categorias específicas de coisas, por exemplo os *bens de consumo*, ou alienadas em mercados específicos que seriam objecto de regimes particulares.

Os vícios por que deve responder o vendedor são aqueles que desvalorizam o bem vendido ou impeçam o seu uso, nos termos que se passam a descrever.

2.1. Vícios relevantes: defeitos, ónus e limitações

Para a nossa lei, coisa com defeito é aquela que sofre um vício que a desvaloriza, ou impede a realização do *fim a que é destinada*, ou que não tem as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim (art. 913.º, n.º 1) ⁽¹⁾. Se do contrato não resultar

⁽¹⁾ Os artigos da lei que se citarão ao longo deste texto, sem outra referência, pertencem ao Código Civil.

o fim a que a coisa se destina, haverá que considerar a *função normal das coisas da mesma categoria* (art. 913.º, n.º 2): a *função normal* dos telefones, por exemplo, é fazer chamadas, dos veículos automóveis circular, das canetas escrever.

Portanto, se não houver estipulação das partes acerca da destinação da coisa ou uma *asseguração* pelo vendedor de qualidades que ela deve apresentar, o vendedor só responde pelo vício que lhe diminua o valor ou que a torne imprópria para o seu préstimo ordinário, como se pode esperar de coisas semelhantes.

A par dos vícios atrás referidos, a lei dá semelhante tratamento a *ónus* ou *limitações* que possam incidir no direito transmitido sobre a coisa, suposto que por compra e venda se pode transmitir a propriedade da coisa ou um outro direito (art. 874.º), e *que excedam os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria* (art. 905.º).

Tais ónus ou limitações são gravames, restrições ou, de modo genérico, disposições jurídicas que coarctam as faculdades que a lei reconhece ao direito transferido pela compra e venda. Por exemplo, a propriedade de uma coisa dá ao seu dono, *por norma* (a do art. 1305.º), as faculdades de a usar, dela fruir e dispor de modo pleno e exclusivo, *dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas*; se sobre a coisa vendida tiver sido criado um usufruto ou um penhor, ou estiver alugada, o comprador não gozará daquelas faculdades (ou *qualidades* da propriedade). Os ónus ou limitações podem ser, pois, direitos (reais, *de gozo* ou *de garantia*, ou *pessoais*) do vendedor ou de terceiros, que *oneram* o bem; aos olhos do comprador também serão *vícios* (do direito adquirido), pois se supõe desejaria adquirir a coisa *alodial*, ou seja sem esses ónus ou limitações.

2.2. Continuação: vícios ocultos

Perante vícios da coisa comprada, com os caracteres atrás referidos, a lei permite que o comprador anule a compra e venda *por erro* ou *dolo*, contanto que, segundo reza, *se verifiquem os requisitos legais da anulabilidade* (arts. 905.º e 913.º, n.º 1). Estes requisitos irão deparar-se também, de algum modo, nos outros remédios que a lei concede ao comprador, que não a anulação do contrato (cfr. arts. 905.º, 911.º e 913.º, n.º 1).

Ora, o recurso para a disciplina jurídica do *erro* faz pressupor que se exige que o comprador desconheça os vícios do objecto adquirido quando o compra. Se o comprador estava ciente dos defeitos, ou, mesmo ignorante, podia conhecê-los, porque eram *patentes* ou perceptíveis segundo padrões aceitáveis, o vendedor não deve responder. Portanto, os vícios, para além dos caracteres atrás referidos, devem ser *ocultos* ⁽²⁾.

O *dolo* designa, na formação do contrato, as *sugestões ou artificios empregados com a intenção ou consciência de induzir ou manter o comprador em erro*, ou a *dissimulação do erro* do comprador (art. 253.º, n.º 1). Ocorrerá sempre que o vendedor, ou um terceiro, engane o comprador, seja insinuando maliciosamente falsas qualidades do bem, seja encobrindo-lhe os defeitos, ou simplesmente omita ao comprador vícios que sabe existirem.

Assim, o vendedor também deve informar o comprador dos vícios da coisa. Este dever é uma expressão normativa da boa fé nos contratos de compra venda; demonstra-o a censura da lei ao *dolo* do vendedor, com impor-lhe um regime gravoso que adiante se referirá.

Mas, a lei modera o conceito do *dolo*. São toleradas as *sugestões ou artificios usuais considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, e bem assim a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante* (no caso, o comprador) *resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções* (art. 253.º, n.º 2): é o chamado *dolus bonus*, lícito. Esta indulgência, se consegue evitar excessos de escrúpulo, também pode tornar duvidosa a qualificação do comportamento do vendedor que inculque falsos pre-

⁽²⁾ Acerca da formulação do regime da venda de *bens onerados* e de *coisas defeituosas* no Código Civil português vigente e da remissão para a doutrina do erro e do *dolo*, vd. INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Contratos Cíveis (Projecto completo de um título do futuro Código Civil português e respectiva exposição de motivos)*, Lisboa, 1959, p. 22 e ss. Para uma análise dogmática da referência ao *erro* no regime da venda de coisas defeituosas, vd. JOÃO BAPTISTA MACHADO, «Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas», em *Obra Dispersa*, vol. I, Braga 1991, p. 31 e ss. Apesar de ser anterior ao Código actual, sobre a garantia e responsabilidade do vendedor pelos vícios ocultos, ditos *redibitórios*, vd. LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, 2.ª edição, Coimbra, 1924, p. 677 e ss.

dicados do bem que quer vender, ou que cale os seus defeitos, por remeter o juízo para um critério vago e variável, quando não haja, no caso, disposição da lei ou convenção das partes que obriguem o vendedor a revelar os defeitos ⁽³⁾.

Vejamos os remédios.

2.3. Anulação do contrato ou redução do preço; e expurgação de vícios

Para a anulação o contrato, considerando então os *requisitos da anulabilidade*, é necessário ter havido um *erro* do comprador acerca das qualidades da coisa comprada, sem o que não a compraria ou não compraria nos termos convencionados — o erro do comprador foi *determinante* ou *essencial* para ter concluído o negócio nos termos em que o fez —, e, além disso, conhecer o vendedor, ou *não dever ignorar*, a *essencialidade*, para o comprador, do *elemento* ou da qualidade da coisa sobre que incidiu o erro do comprador (cfr. arts. 247.º e 251.º), ou ter este erro sido provocado por *dolo* do vendedor ou de um terceiro, se o vendedor conhecia ou devia ter conhecimento do *dolo* do terceiro (arts. 253.º e 254.º).

Esta é a solução aplicável sobretudo aos casos de vícios mais graves, como aqueles que impeçam, de todo, o uso do bem; admite que o comprador desfaza o contrato, restitua a coisa recebida e recupere o preço pago, sob as condições da lei. Também se diz acção *redibitória*.

Se as *circunstâncias do contrato* mostrarem que o comprador sempre teria comprado o bem não obstante o seu equívoco, ou o engano de que foi vítima, mas por um preço inferior àquele que foi convencionado, o comprador não pode anular o contrato, mas sim

⁽³⁾ Como exemplo de *dolus bonus*, refere LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 309, o comportamento do vendedor de um estabelecimento comercial que se limitasse a gabá-lo, à freguesia que tem e os lucros que ali auferia, o que antes encarregaria o comprador de *pôr de quarentena os exageros* e certificar-se da verdadeira situação do estabelecimento. Acerca do *dolus bonus* no Código Civil de 1867, vd. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, pp. 259 e 260, pondo em destaque a vaguidade como critério da tolerância então.

exigir uma redução do preço em proporção dos vícios existentes (*quantum minoris*), devendo o vendedor restituir-lhe a parte correspondente que tiver recebido (art. 911.º, n.º 1). Essa parte será aquela que as partes porventura houverem ajustado como parcela do preço global na falta de ajuste, a redução far-se-á por avaliação (vd. art. 884.º).

A redução do preço é um expediente alternativo à anulação e poderá aplicar-se quando os vícios não forem dos mais graves.

O comprador deve requerer ao juiz a anulação do contrato, ou a redução do preço (como pedido principal ou subsidiário do de anulação), no prazo de um ano a partir do momento em que se aperceber dos vícios (momento em que esvaece o seu erro), se o contrato já tiver sido cumprido; se ainda não tiver sido cumprido, porque a coisa ainda não foi entregue ou o preço pago, o direito não depende de prazo (vd. arts. 285.º e 287.º).

Porém, no caso de defeito ou falta de qualidades detectados na coisa comprada, que não ónus ou limitação *anormal*, o comprador deve primeiro *denunciá-los* ao vendedor (art. 916.º, n.º 1), a não ser que este tenha actuado com dolo. A denúncia deve ser feita até trinta dias depois que o comprador tome conhecimento do defeito, mas sempre dentro de seis meses após a entrega da coisa, se esta for *móvel*; se for *imóvel*, aqueles dois períodos são de um e cinco anos, respectivamente (art. 916.º, n.ºs 2 e 3). Feita a denúncia, o comprador deve então intentar a acção durante o período de seis meses seguinte, a não ser, também aqui, que o contrato ainda não se ache cumprido, caso em que a anulação não depende de prazo (arts. 917.º e 287.º, n.º 2).

Findados os períodos antes referidos sem que o comprador tenha participado os vícios ao vendedor e proposto a acção, o seu direito caduca (art. 917.º).

Se o vendedor proceder com dolo, o comprador não está obrigado a denunciar-lhe os defeitos (art. 916.º, n.º 1). Correrá apenas o prazo para requerer a anulação do contrato.

Contudo, não obstante o direito do comprador de requerer a anulação do contrato, ou a redução do preço, a lei impõe ao vendedor o dever de *expurgar* os ónus ou limitações do direito (art. 907.º, n.º 1). Mais, o vendedor deve promover, a expensas suas, o cancelamento de

ónus ou limitações que já não existam mas ainda constem do registo (art. 907.º, n.º 2); tal o caso da inscrição de uma hipoteca, já extinta, no registo de um prédio. Se o comprador tiver interesse em tal expurgação, deve requerer ao juiz que fixe um prazo para que o vendedor a efectue (art. 907.º, n.º 2); pode então subordinar o seu pedido de anulação do contrato, ou de redução do preço, à expurgação de vícios.

O vendedor responde pela falta de remoção dos vícios no prazo que lhe for fixado mais adiante se fará referência à indemnização devida. Se remover os vícios existentes no objecto vendido, porque entretanto obteve de terceiro a renúncia de um direito sobre a coisa vendida, ou consertou uma avaria, ou esses vícios desaparecerem por outra causa (como se faleceu a pessoa que tinha o usufruto da coisa vendida), o comprador deixará, nessa altura, de poder anular o contrato ou exigir a redução do preço, *salvando-se* o negócio, a não ser que ao tempo já tenha sofrido danos causados pelos vícios ou intentado a acção de anulação ou redução do preço (cfr. arts. 906.º, 911.º, n.º 2, e 913.º, n.º 1).

2.4. Reparação ou substituição da coisa defeituosa

O comprador pode optar por exigir do vendedor a *reparação* da coisa defeituosa, ou, se for necessário e a coisa tiver uma natureza fungível, a sua substituição (art. 914.º), em vez de intentar a anulação do contrato ou a redução do preço. O direito à reparação ou à substituição é contrário à anulação do contrato e à redução do preço: o comprador tem uma *acção de cumprimento* contra o vendedor, com o fim de ainda receber a coisa rectificada dos seus defeitos, ou, no caso da substituição, uma coisa equivalente. Este remédio é afim da expurgação de vícios referida atrás, mas não se aplica aos ónus ou limitações *anormais*.

Porém, o vendedor não estará obrigado a reparar a coisa, nem a substituí-la, se desconhecer, sem culpa, ao tempo da venda, o vício ou a falta de qualidades que a afectavam (art. 914.º). Ponto será saber, se o vendedor tinha ou não o dever de conhecer os defeitos averiguados, considerando a sua situação e qualidades pessoais. Contudo, supondo que a venda de uma coisa defeituosa é forma de inexecução do contrato

(ou de *cumprimento defeituoso*), sempre incumbirá ao vendedor invocar e provar a sua inocência (art. 799.º), como excepção contra o direito do comprador.

Entendido que o direito à reparação ou à substituição da coisa defeituosa é direito ao cumprimento do contrato, dir-se-á que não depende dos *requisitos legais da anulabilidade* que a lei manda considerar para a anulação do contrato ou a redução do preço, *maxime* os concernentes ao erro do comprador. Seja como for, deve reter-se, supomos, que se o comprador já estava inteirado da falta de qualidades da coisa quando a comprou — não lhe era *oculta* — não pode exigir do vendedor que a repare ou substitua, visto que o regime da responsabilidade por vícios está construído sobre uma remissão para a doutrina do erro (cfr. arts. 905.º e 913.º, n.º 1); a menos que, o vendedor tivesse assegurado tais qualidades ⁽⁴⁾. E, todavia, será encargo do vendedor alegar e provar que o comprador sabia os defeitos da coisa aquando da compra (arts. 799.º e 342.º, n.º 2) ⁽⁵⁾.

Para exercer o direito à reparação ou à substituição, o comprador deve denunciar os defeitos ao vendedor nos mesmos prazos que foram atrás referidos para a anulação do contrato ou a redução do preço, a não ser que o vendedor tenha procedido com dolo

⁽⁴⁾ Ao versar do direito à reparação ou à substituição da coisa defeituosa, a lei regula particularmente a hipótese de existir convenção das partes ou usos que obriguem o vendedor a garantir o *bom funcionamento* da coisa vendida (art. 921.º). O vendedor deve, em tal caso, reparar a coisa defeituosa, ou substituí-la, igualmente quando a substituição for necessária e a coisa tenha natureza fungível, ainda que não tenha culpa ou que o comprador não esteja em erro (art. 921.º, n.º 1). A obrigação do vendedor durará por seis meses, desde que as partes não estipulem outra duração, ou que os usos não ditem uma duração mais longa e o comprador deve também denunciar o defeito de funcionamento dentro daquele período até trinta dias depois que o conheça, salva diferente estipulação (art. 921.º, n.º 4); após a denúncia, deverá propor a acção judicial em seis meses. A vantagem desta garantia, *usual* ou *convencional*, para o comprador, comparando-a com a *legal*, é, pois, o reforço da responsabilidade do vendedor, por contra ela não procederem nem o desconhecimento do defeito pelo vendedor nem o facto de o comprador não estar equivocado acerca das qualidades do bem, o que também contribui para afirmar os requisitos inversos do regime comum.

⁽⁵⁾ Assim, J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 115 e ss.

(art. 916.º). Mas, neste caso, sustenta-se que o direito à reparação, ou à substituição, ficará sujeito ao prazo geral da prescrição, de vinte anos, considerando que a lei não provê outro (art. 298.º, n.º 1) ⁽⁶⁾.

Efectuada a denúncia, se o vendedor não reparar nem substituir a coisa defeituosa, o comprador deverá intentar a acção judicial para fazer valer os seus direitos também no prazo de seis meses, salvo o caso de o contrato ainda não ter sido cumprido, em que não se aplicará esse prazo (art. 287.º, n.º 2). Após tais períodos, para a denúncia e para a acção, preclui também o direito do comprador (art. 917.º) ⁽⁷⁾.

Por último, cumpre referir que se o comprador tiver exercido o direito à reparação ou à substituição da coisa defeituosa, no tempo e forma prescritos pela lei, e o vendedor não satisfizer esse direito, o comprador poderá ainda — remédio subsequente — *resolver* o contrato, por *não cumprimento definitivo*, sob as condições aplicáveis aos contratos em geral (arts. 801.º, 808.º e 436.º). Os efeitos serão semelhantes dos da anulação (art. 435.º).

2.5. Indemnização do comprador

Para além dos direitos à anulação do contrato ou à redução do preço e à reparação ou substituição da coisa defeituosa, a lei permite que o comprador exija ser indemnizado dos danos sofridos, consoante a culpa do vendedor e segundo o remédio que for aplicado.

Se o comprador anular o contrato por dolo do vendedor, o vendedor deverá indemnizá-lo *do prejuízo que este não sofreria se a compra e venda não tivesse sido celebrada* (art. 908.º). A indemnização pode abranger, portanto, os *danos emergentes* do contrato (despesas que oca-

⁽⁶⁾ E não, por hipótese, ao prazo que é fixado na lei para requerer a anulação. Assim, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 1997, anotação ao art. 916.º, p. 211, MANUEL BAPTISTA LOPES, *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Coimbra, 1971, pp. 178 e 179.

⁽⁷⁾ Assim, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 213.

sionou) e os *lucros cessantes* (art. 562.º), mas com circunscrição destes lucros à situação provável em que o comprador estaria se não tivesse concluído o contrato: não são considerados, portanto, os chamados *interesses positivos* do comprador na aquisição da coisa imune dos vícios; ou os proventos que o comprador contava auferir em virtude da compra efectuada.

Se o motivo da anulação for o *simples erro* do comprador, sem culpa do vendedor nesse erro, este deverá indemnizar o comprador só pelos *danos emergentes* do contrato (art. 909.º), a não ser no caso de coisa defeituosa que o vendedor, também desconheça o defeito da coisa sem culpa (arts. 914.º e 915.º). No caso de ónus ou limitação *anormal* que impenda sobre a coisa vendida a indemnização é sempre devida ⁽⁸⁾.

A indemnização que se liga à anulação do contrato pode ainda juntar-se aqueloutra devida pelo vendedor por não expurgar os ónus ou limitações ou defeitos ou faltas de qualidades da coisa (arts. 910.º e 913.º, n.º 1). Nesta forma: se não houver dolo do vendedor, desconta-se da indemnização a parte do *prejuízo que for comum* se tiver havido dolo, o comprador poderá escolher, conforme melhor se lhe figurar, entre ser indemnizado dos lucros cessantes pela celebração do contrato que acabou por anular e dos lucros cessantes por não terem sido expurgados os vícios, ou, no dizer da lei, por *não ter sido sanada a anulabilidade do contrato* (arts. 910.º, n.º 2, e 908.º). Não se pode cumular os ganhos que teria a considerar a anulação da compra e, ao mesmo tempo, a sua realização.

⁽⁸⁾ O texto do art. 909.º pode sugerir que a indemnização por culpa do vendedor não qualificada como *dolo* também está limitada aos danos emergentes do contrato anulado. Consequência seria haver a lei para a compra e venda um regime de indemnização diferente do geral prescrito no art. 564.º e conseguir-se pela norma, também geral, do art. 227.º indemnização com base na mera negligência do vendedor. Contra tal interpretação e aliás com a opinião de que a responsabilidade do vendedor é agravada, por existir mesmo sem culpa do vendedor, vd. I. GALVÃO TELES, «Culpa na formação do Contrato», a propósito do caso da reprivatização da Sociedade Financeira Portuguesa — Banco de Investimento, S.A., em *O Direito*, ano 125.º, vols. III e IV, Lisboa, 1993, pp. 352 e 353. Vd. também J. CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas de Defeituosas*, Coimbra, 2001, p. 34 e ss.

Se, em vez da anulação do contrato, for reduzido o preço, a lei também outorga ao comprador o direito de ser indemnizado (art. 911.º, n.º 1). Ponto duvidoso poderá ser, aí, a medida aplicável à indemnização, dado que o contrato subsiste em parte, com um preço inferior, e esta redução sugere uma *reconstituição* do mesmo, tal como o comprador o quererá. Segundo o regime geral da obrigação de indemnizar (art. 562.º), não parece justificar-se a reparação de *danos emergentes*; mas, se houver culpa do vendedor, porventura será legítima a reclamação de lucros cessantes do comprador por não ter adquirido o bem sem os vícios que conduziram à redução do preço (cfr. os arts. 911.º, n.º 2, e 910.º) ⁽⁹⁾.

Na hipótese de o comprador optar por exigir do vendedor a reparação ou a substituição da coisa defeituosa terá direito à indemnização pelos danos decorrentes da falta dessa reparação ou da substituição, ou da mora do vendedor em executá-las, nos termos do regime geral do cumprimento das obrigações (conforme os arts. 798.º, 801.º e 804.º), a não ser que o vendedor desconheça sem culpa os defeitos ou faltas de qualidades da coisa e demonstre a sua *inocência*, visto que a culpa se presume (vd. arts. 915.º e 799.º).

§ 3.º REMÉDIOS GERAIS

Se a coisa vendida não apresentar vícios com os caracteres que a lei requer, fora portanto do alcance da responsabilidade ou garantia *legal* do vendedor, o comprador que se repete lesado pela falta de qualidades do bem que adquiriu poderá ainda considerar outros remédios, aplicáveis aos vários contratos, com resultados mais ou menos semelhantes a alguns dos remédios que foram acima referidos, contrato que tenha incorrido em erro, sido ou vítima de culpa do vendedor na formação do contrato. Mas deparará com mais dificuldades, sobretudo de prova.

⁽⁹⁾ Acerca do regime da indemnização, no caso de redução do preço, vd. J. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 34 e ss. e PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, 2008, p. 1024.

3.1. Anulação ou modificação do contrato por erro ou dolo

O erro a considerar é, consoante a lei, aquele que atinge os motivos que determinaram o comprador a concluir a compra e venda; pode incidir *sobre o objecto do negócio* ou sobre *outros motivos* determinantes da vontade do comprador, que não referente à pessoa do vendedor (arts. 251.º e 252.º).

Enquanto ao objecto do negócio — o bem vendido —, já foram referidos os requisitos que a lei estabelece para que o erro do comprador possa dar azo à anulação do contrato. Cabe agora salientar que esse erro pode incidir sobre quaisquer qualidades do bem comprado, não só as que a garantia abrange, desde que sejam essenciais para o comprador e que o vendedor conhecesse ou não devesse ignorar tal *essencialidade*; e notar que o regime da responsabilidade do vendedor por vícios da coisa já pressupõe a existência de certos vícios relevantes, o que, ao menos, dispensaria o comprador de demonstrar a relevância da qualidade da coisa sobre que estava equivocado (ainda que não chegue para a anulação, mas apenas para reduzir o preço).

Se o erro do comprador respeitar a outros motivos determinantes da sua vontade, mas não referentes à pessoa do vendedor, é necessário, regra geral, que ambas as partes tenham reconhecido, por acordo, a essencialidade dos motivos (art. 252.º, n.º 1), o que é mais exigente ainda.

O regime é diferente, porém, se o motivo forem as *circunstâncias que constituem a base do negócio* (art. 252.º, n.º 2). É corrente tomar estas circunstâncias por factos ou situações (passados, presentes ou futuros) não necessariamente relativos ao bem vendido, que o comprador considerou erroneamente antes ou ao tempo do contrato e o levaram a concluí-lo. A lei manda aqui observar as disposições da resolução ou modificação dos contratos por *alteração das circunstâncias* (art. 437.º): é mister que tais circunstâncias sejam a tal ponto importantes para a decisão do comprador de contratar que mantê-lo obrigado ao contrato, apesar de tais circunstâncias se não verificarem, *afectaria gravemente os princípios da boa fé*. Nesta hipótese é indiferente que o vendedor conheça ou não deva ignorar a importância das referidas circunstâncias para o comprador (e bem assim que tenha havido acordo das partes sobre essa importância), conquanto devam ser dele conhecidas, pois se referem à *base do negócio*. Se se verificar no caso, o comprador pode

pedir a anulação do contrato, ou, em alternativa, a modificação do mesmo «segundo juízos de equidade», que, no caso da compra e venda, consistirá também na redução preço; o vendedor, por seu lado, pode opor-se à anulação do contrato, aceitando a redução do preço (arts. 252.º, n.º 2, e 437.º).

Pelo que respeita ao dolo, já foram referidos os comportamentos em que se manifesta (art. 253.º). Se o equívoco do comprador for provocado por dolo do vendedor, ou mesmo de terceiro (desde que o vendedor soubesse ou não pudesse ignorar o dolo do terceiro), o comprador poderá requerer a anulação do contrato (art. 254.º).

3.2. Usura e «lesão enorme»

A usura vai tratada na nossa lei civil actual como limite à *liberdade negocial* e causa de anulação ou de modificação dos negócios jurídicos. Ocorre usura sempre que alguém «explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados» (art. 282.º, n.º 1). Lembramo-la, no contexto da compra e venda e em último termo, por sugestão do caso que no nosso direito antigo se prevenia especificamente como «lesão enorme» ⁽¹⁰⁾.

Aparte a necessidade ou dependência, certos estados mentais ou a fraqueza de carácter, figure-se a hipótese de o comprador ter convenicionado um preço exorbitante pela coisa (aí está a lesão) mercê da sua irreflexão ou inexperiência na apreciação das qualidades do bem que comprou, que o vendedor soube aproveitar de maneira a auferir um lucro também excessivo. Nessa hipótese, o comprador poderá impugnar o contrato se concorrerem no caso o reconhecimento da sua atitude irreflectida ou a inexperiência, que leva a supor, se bem vemos, que se

⁽¹⁰⁾ Sobre a lesão enorme vd. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, tomo II, 4.ª ed., 1857, § 737, p. 582. Acontecia *lesão enorme*, na compra e venda, se o preço convenicionado fosse desproporcional em mais de metade do *justo valor* da coisa vendida, aí se presumindo erro ou dolo de uma das partes; vd., por exemplo, as Ordenações do Reino, de D. Afonso V, Livro IV, Título XXXV, edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 167.

o comprador conhecer o valor comum da coisa comprada (dito *justo valor*) antes de fechar o negócio não poderá anulá-lo (posto que a usura, na lei vigente, seja fundamento de anulação autónomo do erro); o dado objectivo de um valor comum da coisa muito inferior ao preço, convenção ou o reconhecimento de um lucro excessivo que o vendedor conseguiu, cuja medida a lei não define. Não será fácil que se conjuguem estas condições e os critérios da lei são incertos.

O lesado poderá então escolher entre a anulação do contrato e a sua modificação o que condiz também à redução do preço segundo juízos de equidade (art. 283.º, n.º 1). Ao pedido de anulação do comprador poderá o vendedor contrapor a redução do preço (art. 283.º, n.º 2). Mais uma vez, consequências semelhantes às dos remédios atrás referidos ⁽¹¹⁾.

3.3. Responsabilidade por culpa na formação do contrato

O regime da responsabilidade por culpa na formação do contrato (art. 227.º) permite o ressarcimento por danos causados às partes no processo de formação de um contrato, qualquer que seja o seu desfecho: tenha ele sido validamente concluído ou não. Para responsabilizar as partes negociantes, a lei toma por referência a infracção das «regras da boa fé»; a jurisprudência e a doutrina têm-nas concretizado sobretudo em deveres de lealdade e de informação entre as partes do negócio ⁽¹²⁾.

No âmbito da compra e venda, o comprador pode conseguir indemnização semelhante àquela que provê o regime especial da responsabilidade do vendedor por vícios da coisa vendida, também com fundamento no uso de expedientes fraudulentos, ou na omissão de factos relevantes, pelo vendedor, que induziram o comprador a concluir o contrato, signifique este proceder dolo ou mera culpa, desde que se

⁽¹¹⁾ Porém, o prazo para a anulação ou modificação do contrato por usura poderá ser alargado, se esta for criminosa: vd. art. 284.º

⁽¹²⁾ Assim, vd., por exemplo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civ. Anotado*, vol. I, 4.ª ed., 1987, anotação ao art. 227.º, I. Galvão Teles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra, 2002, p. 203 e ss., ANTÓNIO MENESES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2.ª ed., Coimbra 2007, p. 486 e ss.

verifiquem os demais requisitos da obrigação de indemnizar (arts. 562.º e segs.). É assim, um meio aliável aos outros remédios gerais citar. Porém, o conceito que a lei faz do dolo também há-de obtemperar o juízo sobre a culpa na formação do contrato, visto que a lei sufraga formas de dolo lícitas; como já foi referido.

No regime da responsabilidade por culpa na formação dos contratos interfere ainda a dúvida de saber se essa responsabilidade tem carácter *obligacional* ou *extra-obligacional*, com regras diferentes. O ponto determina a atribuição do ónus da prova da culpa, conquanto o interessado deva provar o acto ilícito da outra parte. Todavia, tal responsabilidade está sujeita ao regime de prescrição da responsabilidade civil *extra-obligacional*, que é de três anos (arts. 227.º, n.º 2, e 498.º), e diferente dos prazos do regime de garantia comum da compra e venda.

§ 4.º PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DO REGIME LEGAL DA RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS NA ALIENAÇÃO DE EMPRESAS

A natureza do *estabelecimento comercial*, ou da *empresa*, quando invocados como sinónimo, e a formulação do regime comum da responsabilidade por vícios ou da garantia na compra e venda opõem várias dificuldades à sua aplicação na alienação de empresas. E estas dificuldades saem ainda agravadas pelas formas negociais por que as pessoas usam operar a alienação, como se observará.

O estabelecimento comercial pode ser transmitido por compra e venda; é uma das formas de realizar o seu *trespasse*: cede-se a propriedade ou outros direitos sobre um conjunto de coisas de vária espécie, direitos, obrigações, posições contratuais, conforme a disposição e organização para certa actividade do seu proprietário ou titular. Predomina o entendimento de que o estabelecimento comercial é transmissível como uma coisa — *universalidade* de coisas ou bens —, que suplanta, juridicamente, as suas partes componentes. Por princípio, pois, também se lhe aplica o regime da responsabilidade ou a garantia contra vícios própria, quer da compra e venda, quer, por extensão, de outros contratos onerosos de alienação (art. 939.º), como

sejam a troca, a dação em cumprimento, a partilha e a sociedade, quando a contribuição dos sócios, ou as suas *entradas*, consistam num estabelecimento.

Ora, a primeira dificuldade, prévia às demais, está em apurar o que possam ser vícios da empresa por que o alienante deva responder.

4.1. Vícios da empresa: o que sejam

Haverá casos, em que não parece difícil divisar esses vícios. A hipoteca de uma fábrica (art. 691.º, n.º 2) parece ser um *onus* estranho ao direito de propriedade sobre aquela espécie de estabelecimento e que pode conduzir à perda dessa propriedade; a falta do alvará de utilização de um restaurante sugere um *defeito* que impossibilita, *de direito*, a abertura ao público. O comprador poderia, portanto, anular a compra efectuada, ou, quando menos, exigir a redução do preço, ou, ainda, reclamar a remoção da hipoteca ou o cancelamento do seu registo, ou o suprimento da falta do alvará, a não ser que estivesse ciente dessas situações quando fez a compra. E não seria expectável, em tais casos, que o vendedor pudesse ignorar a importância para o comprador de adquirir, quer a fábrica sem a dita hipoteca, quer o restaurante com o alvará necessário. Mas muitas vezes as coisas não têm esta simplicidade.

A *substância* do estabelecimento comercial é variável, por virtude da diversidade de elementos de que se pode compor e do movimento próprio da actividade comercial. Não é portanto um objecto de apreensão geral, nem constante. Além disso, alguns dos elementos que se têm reputado como integrantes de estabelecimentos comerciais não podem, por natureza, ser apropriados ou objecto de outras relações jurídicas; não são *coisas* em direito; tais os casos da *clientela* e do *aviamento* ⁽¹³⁾.

Quid, se o comprador verifica que a fábrica por si adquirida não tem matérias-primas? ou que não há clientes para os produtos que fabrica? E se for confrontado com créditos em mora de trabalhadores

⁽¹³⁾ Acerca dos elementos do estabelecimento comercial, vd. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial, estudo de direito privado*, 2.ª ed., 1964, p. 58 e ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 289 e ss.

(cujos contratos de trabalho se tenham transmitido para o adquirente por efeito da aquisição da fábrica)? ou se se apercebe de que o património adquirido contém um *passivo* superior ao *activo*? É fora de dúvida que estas situações desfavorecem os interesses do adquirente e poderão significar, na sua perspectiva, defeitos ou faltas de qualidades que não supunha encontrar; mas deve o alienante responder?

Ora, é duvidoso que qualquer daquelas situações se possa qualificar, por si, de impeditiva do fim ou da *função normal das coisas da mesma categoria*, consoante o critério da lei (art. 913.º). Em último termo, faltando uma estipulação das partes acerca da destinação do estabelecimento alienado, a da *função normal* do género *estabelecimento comercial* reduz-se à operação ou actividade comercial, a especificar em cada caso.

Observar-se-á, por conseguinte, que aquelas situações pertencem à consistência ordinária de um estabelecimento comercial, em certa ocasião, e que, faltando uma convenção das partes sobre os elementos componentes a transmitir, incumbiria ao adquirente, em razão do seu interesse, inteirar-se do estado do estabelecimento antes de concluir o negócio.

De outro lado, para que as mesmas situações se possam ter por diminuidoras do valor do estabelecimento, é necessário que o vendedor tenha asseverado esse valor, por hipótese com referência a um balanço, o que aliás é comum, e o balanço não seja correcto na descrição e na avaliação dos elementos do estabelecimento numa dada época. Por aqui, abrir-se-á caminho a uma possível redução do preço. Ainda assim, o balanço, fixado sob as regras da contabilidade, é momentâneo e (no momento imediato, pois, o valor ter-se-á modificado, ou porque se venceu um crédito, ou foi paga uma dívida, ou terminou um prazo, ou se depreciaram provisões, etc.) não contempla muitas circunstâncias que podem determinar o *valor de mercado* ou o *valor comercial* do estabelecimento, porventura também suposto ou pelas partes no ajuste da alienação, por exemplo a falta de procura ou a iminência de um negócio que é esperado.

Segue-se que o objecto do negócio que agora interessa é o conjunto que forma o estabelecimento e este não se resume necessariamente nas partes componentes. O facto de o alienante e o adquirente designarem os elementos integrantes do estabelecimento comercial ajuda à determinação do objecto do negócio e facilita o exercício dos direitos do com-

prador, com respeito, quer à falta de entrega de bens pelo alienante, quer à responsabilidade deste por deficiências das coisas singulares que compõem a universalidade (conforme o art. 206.º, n.º 2). Contudo, os defeitos que forem verificados em alguma ou algumas coisas não habilitam o adquirente, em princípio, a impugnar o contrato de aquisição por inteiro, a não ser que a importância relativa da deficiência de um dos elementos (avaria numa máquina industrial que seja o principal factor de produção), ou o efeito cumulativo das deficiências de vários, devidamente sopesados, possam afinal prejudicar o todo.

A aptidão da empresa para gerar lucros é, sim, um atributo comumente desejado por quem se propõe adquirir uma empresa; e depende frequentemente da concorrência das partes componentes e da sua organização para a actividade, conquanto algumas delas, já se disse, não sejam alienáveis. Todavia, diante da lei, o alienante não responde pela falta dessa *qualidade*, a não ser que a tenha prometido.

Acaba-se a concluir que a averiguação de *vícios* ou *faltas de qualidades* de um estabelecimento comercial ou empresa dependerá muito de um acordo das partes sobre a sua destinação, ou das afirmações do alienante acerca de estados, situações ou resultados ao estabelecimento, mais ou menos específicos e duradouros, que possam ser entendidas como a assecuração de qualidades que a lei refere (no art. 913.º, n.º 1); a garantia legal comum e abstracta não poderá, por natureza, servir em muitos casos. Com mais certeza se poderão qualificar como vícios, defeitos ou faltas de qualidades de uma empresa a insuficiência de direitos ou títulos do património transmitido para realizar certa operação ou negócio, débitos de terceiros, falhas de produção, desvalorização de bens, entre outros, se forem desconformes com o acordo das partes ou as afirmações do alienante. Perante estas *desconformidades*, o alienante deverá proceder às reparações que couberem no caso, ou sofrer a restituição *prorata* do preço, quando não de todo ele (por anulação do contrato, nos casos mais graves) ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Não obstante a falta do acordo ou de tais afirmações do alienante, é verosímil que o comprador esteja, não raras vezes, equivocado sobre a situação ou as qualidades que supunha no estabelecimento e que o motivaram a adquiri-lo, não obstante não corresponderem a ónus ou limitações anormais, defeitos ou faltas de qualidades, que a lei define. Contudo, se quiser intentar a anulação do contrato ou a redução do preço, com fundamento no seu equívoco, *vício do consentimento*, encontrará as dificuldades de que já se deu nota

4.2. Desadequações do regime comum da garantia

Além do problema da determinação dos vícios do objecto *empresa*, alguns aspectos do regime da lei dificilmente quadram com as circunstâncias habituais dos negócios de aquisição de empresas, ou com os interesses das partes, dos quais salientaremos os seguintes.

I. Anulação do contrato de aquisição e redução do preço. Com excepção de casos em que se averigüem problemas terminantes, ou que mostrem não haver outro remédio, a anulação não é apetecível para nenhuma das partes, especialmente quando a empresa ou o negócio seja de maior dimensão. Sabido que o efeito da anulação é a restituição recíproca entre as partes daquilo que receberam, é impossível, nas mais das vezes, restituir a empresa tal qual ela era ao tempo da aquisição, ou da *entrega*; haverá que fazer uma operação de liquidação para apurar o que deve ser concretamente restituído num dado momento (cfr. arts. 289.º e 1269.º e segs.). E esta liquidação encontrará dificuldades várias, porque entretanto a empresa terá continuado em actividade e sujeita a diferentes factores que interferem no seu valor (alguns exógenos, variações de mercado por exemplo) e que poderão dar azo a controvérsia entre as partes.

Para além disso, não é certo o tempo que tomará o processo. A restituição tenderá a ocorrer, mesmo em caso de arbitragem, muito tempo depois do momento em que o adquirente resolveu intentar a acção. Se a aquisição implicou o dispêndio de capitais avultados, o prolongamento do pleito será oneroso.

A redução do preço apresentar-se-á mais equilibrada ou passível de uso mais frequente. Mas também requer intervenção de um juiz, para,

a respeito dos *remédios gerais*. Nos exemplos que foram usados no texto, o comprador deverá demonstrar que contava indispensavelmente com as matérias-primas, ou com contratos de fornecimento de clientes, ou mesmo com certo valor periódico de lucros de negócios, ou com um património líquido positivo, que depois verificou faltarem; e que o vendedor bem sabia que aquele estado de coisas e qualidades eram indispensáveis para si, comprador, ou, quando menos, não podia ignorar essa indispensabilidade, o que dificilmente acontecerá, aliás, se o comprador não chamar adrede a atenção do vendedor. Tais requisitos antes pedem que o adquirente cuide de se informar do estado e qualidades do estabelecimento, de maneira a limitar os riscos que para si resultam do contrato.

sobretudo, decidir da avaliação da empresa e da estimação do valor proporcional a reduzir, na falta de acordo das partes.

II. *Expurgação de ónus ou limitações.* Cabe sempre ao juiz fixar o prazo para que o alienante a efectue, não existindo sequer balizas legais para o efeito. O adquirente não pode, pois, antecipar que tempo terá o alienante para obter, por hipótese, a renúncia do usufrutuário ao usufruto sobre o estabelecimento, se, ainda for do seu interesse a extinção desse ónus.

III. *Reparação de defeitos.* A reparação de defeitos requer coisas susceptíveis de reparação, sugerindo coisas corpóreas (conquanto a lei não distinga). Não é possível muitas vezes (como reparar a caducidade de um direito de exploração de um serviço público que fosse o negócio principal da empresa?). A *substituição da empresa*, como alternativa, não é sequer considerável, dada a sua infungibilidade, salvo um hipotético acordo das partes que proovesse objectos sucedâneos para substituição.

Na venda de empresas os remédios são, mais limitados. O comprador tenderá a haver-se com a redução do preço e a indemnização por danos sofridos, conforme ao caso.

IV. *Prazos.* A lei distingue dois prazos para a denúncia obrigatória de defeitos conforme o bem seja móvel ou imóvel, tirante o caso de dolo do vendedor. Seis meses após a *entrega* da empresa, para que o comprador examine, confira e se capacite de defeitos e, depois de conhecidos esses defeitos, trinta dias para participar ao vendedor a sua descoberta, são prazos que não contemporizam com a dimensão e a complexidade de muitas empresas. Além disso, posto que do estabelecimento façam parte bens de raiz (prédios, por exemplo), não é certo, à face da lei, que o contrato de aquisição do estabelecimento possa ser atacado por inteiro com os prazos mais longos estabelecidos para as coisas imóveis sem embargo da obrigação de garantia do vendedor sobre as coisas singulares componentes do estabelecimento (art. 206.º, n.º 2) ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Do carácter *mobiliário* ou *imobiliário* do estabelecimento, vd. BARBOSA DE MAGALHÃES, *ob. cit.*, n.º 21.

Atendendo ao interesse do alienante, também pode parecer demasiado um ano para que o adquirente se disponha a requerer a anulação do negócio em razão de ónus ou limitações sobre o estabelecimento comercial (cfr. arts. 285.º e 287.º).

Se houver dolo do vender, depararemos ainda com mais prazos para cada remédio, incluindo o geral da indemnização por culpa na formação do contrato. Enfim, um regime complexo.

V. *Indemnização do comprador e culpa do vendedor.* Só havendo culpa vendedor, pode o comprador exigir a indemnização por aquilo que deixou de ganhar com outros negócios que porventura se lhe ofereceram ou que teria aproveitado não fosse aquisição da empresa viciada, ou que esta empresa lhe proporcionaria se estivesse isenta de vícios. É difícil demonstrar, quer a culpa do vendedor na formação do contrato, quer os lucros cessantes, que dependem de um juízo de expectativas. No ponto de vista do comprador, os vícios que detectar na empresa podem tornar-se, portanto, num problema de risco do negócio, se não tiver como obter compensação das perdas sofridas.

Porém, a acrescer a tais dificuldades, que são *naturais* no regime da indemnização, há dois pontos de incerteza, já referidos, que concernem à indagação da culpa do vendedor e desfavorecem ambas as partes, pelo que respeita à segurança do contrato.

Primeiro, o dolo na formação do contrato, que acaba a ser um conceito ambíguo, dado que a lei, ao reconhecer formas de *dolo bom*, lícito, delega o seu juízo nas *concepções dominantes no comércio jurídico*. Sem deslustre das razões que motivaram esta solução jurídica, o critério não é seguro para determinar a responsabilidade do alienante; em particular no caso de o vendedor, sem recorrer a embustes, se limitar a não informar o adquirente, ou omitir algum facto relativo ao estabelecimento, e a lei não lhe impuser um dever de informação específico, como acontece, por exemplo, no regime legal dos prospectos das ofertas públicas relativas a valores mobiliários, nem as partes o estipularem por contrato. Tal ambiguidade parece incomportável para as duas partes, para mais considerando que o dolo pesa no regime da responsabilidade do vendedor.

O segundo ponto é o da culpa considerada menos grave, ou não *graduada* em dolo. O vendedor poderá estar ciente, por exemplo, de que o uso de uma marca comercial de produtos é indispensável

para o comprador e desconhecer que esse uso é afinal ilícito, por violar um direito de terceiro sobre a mesma marca. É certo que a lei prefigura a hipótese de se não tolerar ao vendedor que desconheça os defeitos ou a falta de qualidades afinal averiguados (arts. 914.º e 915.º); mas, sem embargo das regras do ónus da prova da culpa ou da inocência, muitas vezes esta culpa é questionável, por variar em função de factores da situação pessoal do alienante. Menos inclinação haverá, talvez para desculpar o dono do estabelecimento vendido, que o administrava, do que aquele que tiver cometido essa administração a terceiros.

Só na hipótese de incidirem ónus ou limitações *anormais* no estabelecimento é que a solução da lei é decisiva: o alienante deve responder sempre, ainda que só pelos danos emergentes do contrato, a não ser que as partes convencionem em contrário.

4.3. Interferência de formas usuais de negócio: alienação de partes ou acções de sociedades comerciais

A alienação de partes ou acções de sociedades comerciais está hoje entre as formas mais usadas de transmissão de empresas, dado que estas são muitas vezes exploradas por sociedades comerciais. Esta forma contratual aduz outras dificuldades à aplicação da garantia legal por vícios da empresa.

Como alienação de partes ou acções de sociedades comerciais deve entender-se, neste contexto, não só a compra e venda de partes ou acções de sociedades comerciais, mas também outros contratos onerosos de alienação dessas partes ou acções (art. 939.º): para além da troca e da partilha, a fusão de sociedades e a sociedade, cujos sócios contribuam com partes ou acções noutras sociedades comerciais.

A primeira dificuldade a salientar respeita também ao objecto do contrato.

O objecto da compra e venda, ou da alienação, consta, nestes negócios, de partes ou acções em sociedades comerciais; e estas não se entendem, em direito, como partes do estabelecimento comercial que pertença à sociedade, como se de um bem sob propriedade ou outra forma de comunhão se tratasse. Perante a lei vigente, as partes ou quotas, em sociedades em nome colectivo e por quotas, e

as acções em sociedades anónimas, significam posições jurídicas, posições contratuais ou conjuntos de direitos, distintos do seu património ⁽¹⁶⁾.

Segue-se que as sociedades comerciais são, também mercê do estatuto que a lei lhes assina, a *pessoa jurídica* proprietária ou *titular* do estabelecimento; não o alienante das partes, quotas ou acções.

Por conseguinte e à primeira vista, os vícios do objecto alienado — ónus ou limitações anormais, ou defeitos —, a existirem, hão-de verificar-se somente nas partes, quotas ou acções adquiridas, ou nos respectivos títulos e registos. A garantia do vendedor de uma parte ou de acções numa sociedade não poderá, em princípio, estender-se ao haver da sociedade; ele não deve responder pela situação do ou dos estabelecimentos comerciais explorados pela sociedade em que tomava parte, apesar de essa situação poder afectar o valor das partes ou acções. Se não for possível a aplicação da garantia legal, no caso, restará ao comprador, se não se conformar com o negócio realizado, recorrer aos expedientes gerais atrás referidos, de anulação do contrato ou redução do preço, com fundamento num erro essencial sobre o objecto do negócio ou sobre outros factos ou situações que para si foram determinantes, particularmente os que formam a *base* do negócio e que não se resumem nas partes as acções adquiridas, ou mesmo com base na usura, e exigir indemnização por danos sofridos, se houver culpa do alienante ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Sobre esta matéria, vd. RAÚL VENTURA, *Apontamentos sobre Sociedades Cívis*, Coimbra, 2006, pp. 100 e ss. e 163 e ss., *Sociedades por Quotas, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, 2.ª ed., p. 578 e ss.

⁽¹⁷⁾ Ilustrativo é o caso, muito citado na literatura jurídica, que foi sujeito a arbitragem, da reprivatização da Sociedade Financeira Portuguesa — Banco de Investimento, S.A., com a aquisição de 80% das acções representativas do seu capital, mediante oferta pública de venda realizada em leilão (sessão de bolsa), em 6 de Maio de 1991. A dita Sociedade tinha-se obrigado à prestação de duas garantias, *ao primeiro pedido*, de pagamento de dívidas de um terceiro, garantias aquelas de montante elevado e peso no património da sociedade e que os compradores das acções ignoravam ao tempo da aquisição. Vd. em especial I. GALVÃO TELES, em *Culpa na formação do Contrato*, cit., p. 349 e ss. Sustentou o Autor que o regime da venda de coisas defeituosas ou de bens onerados não seria aplicável: as acções adquiridas, com serem *direitos* ou *posições jurídicas*, não podiam ser *coisa defei-*

Mas tem sido sustentada a equiparação da transmissão de *participações sociais* à transmissão da empresa, quando se adquire toda a posição jurídica na sociedade, como é a do *sócio único*, ou uma *posição de domínio*, resultante da pertença da maioria do capital ou dos votos, ou de outros direitos sociais (v. g. o de designar a maioria dos administradores). Tais aquisições fazem crer que o propósito do adquirente subjacente à aquisição de participação foi tomar, *indirectamente*, a exploração de uma empresa ou a direcção do seu rumo, que não apenas, como é vulgar distinguir, realizar um investimento de capital com a expectativa de réditos em dividendos ou na ulterior alienação das partes ou acções adquiridas, fim que não carece de uma posição de domínio.

tuosa, por insusceptíveis de reparação, nem *bens onerados*, pois sobre elas não existia qualquer gravame; só poderia considerar-se a venda de bem onerado se se tivesse tratado de venda da empresa como universalidade, o que entendeu não corresponder à realidade do caso. Erro sobre os motivos determinantes da vontade e culpa na formação do contrato foi precisamente o que, no parecer do Autor, fundamentaria a redução do preço e a responsabilidade do alienante: erro essencial dos adquirentes sobre o objecto do contrato (as acções), conforme o art. 251.º, por ignorarem a existência das duas garantias que afectavam o valor das acções e que não teriam querido comprar, ou comprar nos termos em que o fizeram, se soubessem; culpa do alienante, por não ter informado os possíveis compradores da existência das ditas garantias, que conhecia ou pelo menos devia conhecer, o que lhe impunha a norma do art. 227.º do Código Civil. Não considerava, porém, o Autor, ter havido dolo em tal omissão, o que, também no seu entender, não era relevante no caso, pois bastaria a culpa em *sentido restrito*.

Vd. também, com referência ao mesmo caso, J. ANTUNES VARELA, em anotação ao acórdão do tribunal arbitral, de 31 de Março de 1993, publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Ano 126.º, n.ºs 3835 e 3836, Coimbra, 1994, p. 347 e ss.). Entre os temas destacados na anotação, o Autor também refutou que o regime da venda de bens onerados e coisas defeituosas pudesse aplicar-se às acções alienadas, nem sequer por analogia; considera, aliás, no caso dos *ónus ou limitações anormais*, que conquanto se entendesse que, para além da *propriedade* das acções, a alienação abrangia *reflexamente* a titularidade da empresa, considerando esta como o «objecto ideal do labor da sociedade», as garantias em questão foram prestadas no exercício normal da actividade da Sociedade e os riscos delas resultantes são riscos próprios dos contratos de garantia que efectuou. Já no que respeita à responsabilidade do alienante, centra a culpa na infracção de um dever especial de informação resultante das normas das reprivatizações e dos prospectos obrigatórios da operação, por que o alienante deveria responder com base no art. 485.º, n.º 2, do Código Civil.

O efeito desta equiparação é que a garantia do contrato por que se aliene uma tal posição também pode abranjer possíveis vícios da empresa *pertencente* à sociedade comercial ⁽¹⁸⁾.

Esta equiparação apela à desconsideração da *pessoa jurídica* sociedade comercial que se interpõe entre as partes do contrato e a empresa ou estabelecimento comercial.

Noutra perspectiva, de maior alcance e que dispensa considerações sobre a personalidade jurídica, a equiparação também parece viável se assentar numa acepção de *empresa*, entre as várias que se lhe reconhecem, não equivalente à do estabelecimento comercial, que, tomando-a também como objecto de negócios, também compreenda, ao lado de outros elementos componentes, a própria *organização jurídica* e as posições a ela inerentes; no caso em apreço, a organização jurídica própria da sociedade comercial ⁽¹⁹⁾. Daqui decorre que a alienação da empresa, o objecto imediato do contrato, requer a transmissão de partes ou de acções da sociedade comercial, como modo de transferir a sua organização. O conceito logra abarcar ainda estruturas maiores, *grupos económicos*, de que podem fazer parte várias sociedades comerciais que se repute integradas na empresa a alienar.

Contudo, qualquer que seja a via, a assimilação entre aquisição da empresa e a aquisição de partes ou acções de sociedades há-de ser produto da interpretação do contrato: a lei não a prescreve. Tem de basear-se na vontade negocial das partes, ou em indícios dessa vontade, mais ou menos evidentes, que permitam qualificar o contrato como sendo de compra e venda ou de alienação onerosa *de empresa* ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Escritos recentes em que se trata esta equiparação são, por exemplo, os de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Compra e Venda de Empresa*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3.497, Novembro e Dezembro de 2007, p. 76 e ss.; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Transmissão da empresa societária: algumas notas*, em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais (...)*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 415 e ss.; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *A Empresa como objecto de negócios — "asset deals" versus "share deals"*, na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, vols. II e III, Lisboa, 2008, p. 779 e ss.

⁽¹⁹⁾ Da *empresa* na dogmática jurídica, vd. A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2.ª ed., 2007, p. 251 e ss.

⁽²⁰⁾ Os autores que se ocupam do assunto, variando na exposição dos critérios citados como determinantes da equiparação, parecem consensuais no requisito da inter-

Assemelhar a aquisição de toda uma posição *social*, ou uma posição de *domínio* numa sociedade, com a aquisição da empresa, sem outros dados, é uma conjectura dos propósitos das partes; se parece convincente no caso da compra da posição do sócio de uma *sociedade unipessoal por quotas*, em que na realidade não se cedem *partes* ou *quotas* e se pode tomar também em conta que nessas sociedades os sócios têm funções de administração, talvez se apresente menos provável na aquisição de uma posição accionista, mediante oferta pública, em mercado (bolsa, por hipótese), ou em processo de insolvência, ou por via de negócios autónomos entre si ⁽²¹⁾; e mais nebulosos se apresentarão os casos em que, de permeio entre a sociedade (ou as sociedades) em que ocorre a alienação de participações e a empresa pretendida, se situam outras sociedades que *directamente* exploram a empresa, como acontece com os grupos.

Em suma, não é certo que a parte de um contrato, seja esta formada por uma ou mais pessoas, que adquira a maioria das acções numa sociedade anónima, acções estas que estejam livres de usufrutos ou penhores e correctamente *emitidas* e registadas, possa reclamar a garantia *legal* do alienante contra problemas com que venha a topar na empresa. E esta incerteza também não parece ser aceitável para nenhuma das partes quando dá o negócio por concluído.

Outra dificuldade considerável, que já foi referida de modo genérico, é a do apuramento da culpa do sócio ou accionista que alheia a sua posição numa sociedade comercial com desconhecimento do estado da empresa. Tirante talvez a coincidência de esse sócio ou accionista exercer funções de administração da empresa (por hipótese, é administrador da própria sociedade que explora a empresa), o que o inculcará estar informado dos seus negócios, é muito duvidoso que se lhe possa exigir o conhecimento da situação económica e jurídica da empresa a ponto de dever indemnizar o adquirente. O esquema nego-

pretação da vontade das partes; outrossim faz a jurisprudência. Cfr. as obras citadas na nota 19 *supra* por exemplo.

⁽²¹⁾ Não haverá que discutir sequer, nestes negócios autónomos, a possibilidade de solidariedade dos alienantes na obrigação de garantia, ou a divisibilidade desta obrigação entre vários alienantes.

cial da transmissão de participações sociais sugere, portanto, mais distância entre a empresa e o alienante, particularmente nas *sociedades de capitais*, em que o alienante não raro se apresenta como mero *investidor*.

Por último, a aquisição de participações em sociedades, como modo de alienação de empresas, pode importar um outro género de vícios que não tem lugar no estabelecimento comercial quando adquirido directamente: todos aqueles que concernem à capacidade e à situação jurídica das sociedades comerciais, seus direitos e obrigações. Dado que a capacidade e o estatuto da sociedade se conservam inalterados, não obstante a transmissão das participações ocorrida, o adquirente poderá aqui vir a deparar com responsabilidades, reais ou contingentes, da pessoa jurídica sociedade comercial em que passou a ter parte, que não sopesou no ajuste do contrato e que condicionam o valor das partes ou acções adquiridas.

§ 5.º DA NECESSIDADE OU CONVENIÊNCIA DE ESTIPULAÇÕES DE RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS DA EMPRESA OU DE GARANTIA DO ALIENANTE. *GARANTIA VOLUNTÁRIA*

As dificuldades que foram atrás citadas reclamam estipulações negociais das partes acerca da responsabilidade do alienante por vícios da empresa, ou da garantia a que se obriga.

Aliás, como o regime comum da referida responsabilidade está construído com a suposição de um *erro* do adquirente, ou de vícios do objecto que lhe são ocultos, essa suposição, por si só, já suscita a necessidade de um consenso inequívoco das partes sobre os estados e as qualidades da empresa que são importantes para o adquirente e que o alienante se dispõe, ou não, a assegurar.

Esta necessidade não é particular dos negócios de alienação de empresas, mas é neles bastante sensível vista a dificuldade em determinar a empresa como objecto do negócio e o que sejam os vícios (*objectivos*) por que deve responder o vendedor, se não houver disposições das partes a tal respeito. E isto assim qualquer que seja a forma negocial usada para alienar a empresa, ainda que possa pesar mais quando

se revista da forma da transmissão de partes ou acções de sociedades comerciais.

A acrescentar, algumas normas do mesmo regime, já pela sua abstracção, já pela incerteza de alguns conceitos de que se servem, não se ajustam a problemas concretos que frequentemente ocorrem e que incumbem às partes acautelarem.

Ora, neste passo, há que notar que o regime comum da responsabilidade por vícios na compra e venda é, na sua maior parte, supletivo, tencionando suprir a falta de estipulações das partes (cfr. art. 912.º). A lei estatui de modo especial, não embargante a regra geral da liberdade contratual (art. 405.º), que as partes podem estipular cláusulas contrárias a algumas das normas daquele regime, contanto que o vendedor não actue com dolo, caso em que tais cláusulas, *se visarem a beneficiá-lo*, não serão eficazes (art. 912.º, n.º 1).

Portanto, a garantia do alienante, própria da compra e venda e dos outros contratos onerosos de alienação, pode ser afeiçãoada à vontade das partes, incrementada ou mesmo suprimida, dentro dos limites da lei.

As normas que a lei designa como supletivas são aquelas que impõem ao vendedor as obrigações de expurgar ónus e limitações *anormais* existentes sobre o direito transmitido pelo contrato, ou de promover o cancelamento de registos de ónus e limitações já não existentes (art. 907.º, n.ºs 1 e 3); de indemnizar o comprador pelos danos emergentes do contrato, quando o comprador o anule com fundamento em *erro*, sem dolo do vendedor (art. 909.º); de indemnizar o comprador, por não expurgar os ónus ou limitações *anormais* existentes (art. 910.º, n.º 1) ⁽²²⁾. Será igualmente *supletória* a obrigação de reparar ou substituir a coisa defeituosa, consoante a formulação da lei (cfr. arts. 913.º, n.º 1, e 912.º, n.º 1).

Contudo, a designação de normas supletórias também faz supor que a lei quis salvaguardar, tacitamente, as demais normas que pertencem ao regime legal da responsabilidade por vícios. Serão portanto inderrogáveis: o direito do comprador de anular o contrato por erro ou dolo (art. 905.º),

⁽²²⁾ A lei esclarece que o facto de o contrato vir a ser anulado por erro ou dolo não afecta as cláusulas contratuais estipuladas contra as normas supletivas: art. 912.º, n.º 2. Tais cláusulas não são eliminadas pela anulação, a não ser que o propósito subjacente seja beneficiar o vendedor e este tiver procedido com dolo.

a *sanação* da anulabilidade do contrato por haverem desaparecido os vícios (arts. 906.º e 913.º, n.º 1), a indemnização devida pelo vendedor se actuar com dolo (arts. 908.º e 910.º, n.º 2), o direito do comprador à redução do preço (art. 911.º), a incumbência ao juiz da fixação do prazo para que o vendedor expurgue ónus ou limitações (art. 907.º, n.º 2).

É dentro do círculo destes limites, em que sobreleva a prevenção do dolo do alienante, que as partes devem situar as suas convenções sobre a responsabilidade ou a garantia na alienação de empresas.

5.1. Acerca das cláusulas de garantia

Diante da lei tanto vale o vício grave que impede o préstimo ordinário de uma coisa, ou que lhe tira valor, como a falta de qualidades que o vendedor lhe assegure ou que sejam necessárias para satisfazer uma destinação particular acordada pelas partes para a coisa vendida: o comprador pode usar dos mesmos remédios contra qualquer deles (art. 913.º, n.º 1). No caso da alienação de uma empresa e pelas razões já apontadas, o acto de assecuração de qualidades pelo alienante tem particular importância.

Portanto convém ao adquirente que o alienante afirme de forma clara — *de-clare* — qualidades ou estados existentes na empresa, verificáveis em certa época, ou durante um período, ou porventura ausentes, em mais ou menos pormenor; por exemplo, que *a empresa*, considerada esta como sujeito, *tem* um justo título sobre bens específicos, que *pode* laborar em certas actividades ou realizar operações concretas, que *não contraiu* débitos além dos registados na escrituração mercantil, que *produzirá* um dado volume de negócios em determinado período, etc. E, mais que isso, é necessário que essas afirmações se moldem a uma assecuração de qualidades: entra aqui a tarefa de interpretar declarações concretas do alienante para averiguar se consistem numa asseveração ou *garantia* das características que a empresa deverá apresentar ⁽²³⁾.

Assim interpretadas, as declarações do alienante terão o valor negocial de estipulação ou promessa de responsabilidade pela desconformidade que vier a verificar-se na conferência do objecto com a

⁽²³⁾ Isto também explica o uso da expressão, aliás redundante: «o vendedor declara e garante que (...)».

realidade. No âmbito do contrato de alienação, podem designar-se *cláusulas de responsabilidade* ou de *garantia*.

Convirá também que as declarações sejam expressas, com vantagem probatória se reduzidas a escrito (se o escrito não for já exigido pela lei em razão dos bens a transmitir), no instrumento do contrato de alienação da empresa ou instrumento separado (*contrato de garantia*).

Vem de molde referir que as partes podem convencionar na cessão ao adquirente, como elementos da empresa, de contratos ou da posição em contratos com terceiros (por exemplo contratos próprios do comércio da empresa, como de fornecimento ou de serviços a clientes), mas, segundo a lei, o alienante só deverá responder pelo não cumprimento de tais contratos se houver uma estipulação expressa: veja-se o regime geral da cessão de posição contratual (art. 426.º, n.º 2). Semelhante é o caso da cessão de créditos, quanto à garantia da solvência do respectivo devedor (art. 587.º, n.º 2); aliás, a responsabilidade pelo não pagamento dos créditos, poderá figurar-se especificamente como uma fiança (art. 627.º), que depende, outrossim, de estipulação expressa do fiador (art. 628.º, n.º 1).

Deve porém ter-se em conta que este regime, da transmissão de posições contratuais e de créditos, sofre uma modificação relevante se o propósito da transmissão for efectuar uma entrada ou contribuição em sociedade: aí se presume que o sócio garante a solvência do devedor (art. 984.º, al. c)).

À vista de tais regras, dificilmente uma garantia de resultados de negócios, ou mesmo de percepção de lucros ou de dividendos, dispensará a declaração expressa do cedente.

As cláusulas de garantia contribuem para a certificação, favorável a ambas as partes, do regime da responsabilidade do alienante. Dispensam indagações da relevância de defeitos ou faltas de qualidades e da culpa do alienante por desconhecê-los; ultrapassam também as dificuldades de interpretação que o facto de a alienação se processar mediante a cessão de partes ou de acções de sociedades comerciais pode ocasionar. E, claro é, diminuem as hipóteses de invocação pelo adquirente, em ocasião posterior à conclusão do contrato, de erro (erro-vício do consentimento) acerca das condições que supunha existirem e que para si eram essenciais, dado que as partes previnem e convencionam os atributos que devem verificar-se na empresa.

Por consequência, as referidas cláusulas também ajudam à determinação do *modo do cumprimento* do contrato de alienação em quanto respeita àquilo que o alienante deve entregar ao adquirente, facilitando a este o exercício da acção de cumprimento em razão da desconformidade da empresa com o *prometido*, bem como a reparação de perdas e danos, incluindo o ressarcimento dos *interesses positivos* do adquirente; ou ainda, em último, à rescisão ou resolução do contrato, *nos termos gerais*, por não cumprimento definitivo do contrato (art. 808.º).

Outras declarações pode haver, à volta de características da empresa, que não têm o efeito jurídico de responsabilizar o alienante e contudo serem úteis na conformação do regime da garantia. Merecem nota as declarações de ciência, proferidas pelo alienante ou consensuais das partes, sobre situações ou ocorrências relevantes de que tomaram conhecimento (seja o caso da pendência de um litígio que implica a empresa e que pode conduzir a uma perda grave). Estas declarações debelam o carácter oculto que porventura velasse tais situações ou ocorrências ao adquirente, o que, por si, exclui a obrigação de garantia do alienante, tal como a lei a estabelece de forma supletiva.

Também não são despidiendas as declarações de desconhecimento. Pelo lado do alienante, afirmar, antes ou aquando da conclusão do contrato, que se ignora um facto relevante (ter ocorrido, por exemplo, um acidente numa produção da empresa que tenha afectado a qualidade dos produtos que fabrica), além de manifestar que não se passou em silêncio um acontecimento importante, poderá significar que o adquirente ficou persuadido do risco de ter ocorrido esse facto, o que impede uma convicção errónea sobre o mesmo facto. Certo que esse facto, se vier afinal a verificar-se que aconteceu, levará então a questionar se o alienante sincero deveria ou não conhecê-lo.

Mas a intenção do alienante com fazer constar que desconhece certos factos ou situações será, as mais das vezes, eximir-se de responsabilidade pelos mesmos. Por isso que tais declarações se podem aliar às cláusulas de «não garantia», que se referem a seguir.

5.2. Cláusulas de «não garantia»

As cláusulas de *não garantia* servem um desígnio oposto à responsabilidade por vícios. Por elas se estipula que o alienante não assegura certas qualidades do bem vendido, ou qualidade alguma (v. g., que um

negócio possa vir a gerar lucros, ou que satisfaça sequer os propósitos do adquirente). O efeito pretendido é *modificar* (moderar) ou circunscrever a responsabilidade do alienante, convencionada entre as partes ou tal como a lei a oferece supletivamente, ou mesmo afastar a garantia do contrato. De há muito tempo são consideradas no nosso direito ⁽²⁴⁾.

De não garantia também são as cláusulas ditas «*tal qual*»: estipula-se que o comprador adquire o bem *tal qual ele é* ou *está*, ou *por sua conta e risco*, sem que o vendedor responda por quaisquer aptidões, qualidades ou resultados. A designação exprime o carácter aleatório que se quer gravar no negócio.

As cláusulas de não garantia também certificam o regime do contrato e dilucidam dúvidas acerca da responsabilidade do vendedor por pretensos vícios do bem vendido, em particular aqueles que não sejam conhecidos das partes. Como é forçoso, a falta de garantia compele o comprador a tomar o risco do negócio ou a realizar exames cuidadosos antes de o concluir. Para a aquisição de empresas, ocorre a necessidade de o adquirente fazer, por si ou por comissários especializados (revisores de contas, advogados, auditores em geral), uma inspecção de vários aspectos da empresa, inspecção esta que também é recomendada pela exiguidade dos prazos que a lei estabelece para a denúncia de defeitos ⁽²⁵⁾.

Questão esperada é a de saber se a cláusula por que se exclua qualquer garantia, ou que exonere o alienante de responder por vícios do bem vendido, é válida e eficaz ou não.

⁽²⁴⁾ Vd. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, cit., §§ 743 e 816 (p. 587 e 636); L. CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, 225, p. 699 e ss.

⁽²⁵⁾ São usuais os procedimentos de *auditoria* de empresas, pelo possível comprador ou seus auxiliares, prévios à conclusão da aquisição ou durante o processo de negociação, entre acordos preliminares, sobre matérias do estado, situação jurídica e financeira, bem como outras particulares da espécie de actividade a que se dedica. É o ensejo de o comprador se capacitar do objecto do negócio e de o alienante o colocar à *vista*, eximindo-se de responsabilidade por factos ocultos. Como é evidente, estas acções requerem um entendimento entre as partes acerca da extensão e demais condições do exame a realizar, numa fase em que ainda não é certo que o negócio se vai realizar; haverá uma tendência natural para que o vendedor defenda ou circunscreva o acesso a documentos sigilosos (segredos de negócios, por exemplo), apesar das obrigações de confidencialidade frequentemente estipuladas, e que o comprador queira o contrário. Portanto, a suficiência da informação prestada pelo vendedor poderá ser sempre um ponto disputável.

Em princípio, trata-se de matéria que não se reputa de ordem pública e, por isso, não está subtraída à liberdade negocial das partes (arts. 405.º, 280.º e segs.). Dever-se-á porém observar as restrições específicas, já referidas atrás, que a lei civil vigente opõe às cláusulas contrárias ao regime da responsabilidade por vícios nos contratos de compra e venda (art. 912.º, n.º 1), e, bem assim, de resto, os limites genéricos impostos às cláusulas contratuais exoneratórias da responsabilidade civil pelo não cumprimento de obrigações e dos contratos em geral (como é a regra do art. 809.º).

Pelo que respeita às regras imperativas do regime específico da compra e venda, a cláusula de não garantia perderá o seu efeito sempre que o alienante actue com dolo, visto que uma tal cláusula propende a beneficiá-lo, e nesse caso os remédios que a lei provê a favor do adquirente se conservar-se-ão incólumes (cfr. art. 912.º). Além disso, a cláusula de não garantia também não pode embargar o direito do comprador à anulação do contrato de aquisição, ou à redução do preço, por erro ou dolo, isto é, com fundamento num *erro essencial* do comprador, que afectou a sua decisão de contratar, imputável ao vendedor (por dolo ou mera culpa) ou não, conforme aos requisitos que a lei assinala ao erro (cfr. arts. 912.º e 905.º) ⁽²⁶⁾.

Se o vendedor conhecer determinado problema, apto a originar uma *responsabilidade social* por exemplo, e o não revelar ao comprador, a omissão pode tornar inoperante a cláusula de não garantia estipulada,

⁽²⁶⁾ O direito do comprador de impugnar o contrato que não chegou a formar-se válido, por *erro* que viciou o seu consentimento, apresenta-se como faculdade exterior ao acordo das partes e comum a todos os negócios jurídicos, incluindo portanto a cláusula de não garantia. Em certa corrente da doutrina jurídica, o direito de anulação, com tal fundamento, não é renunciável. Contudo, parece que o adquirente não poderá invocar nenhum equívoco e anular o contrato por falta de uma qualidade que ele próprio tenha aceite como não assegurada, com a estipulação da não garantia, pois assim se persuadiu ou conformou com o risco da falta dessa qualidade, ao concluir o contrato: não haveria aí hipótese de *erro* viciante do consentimento. Mas cumprirá, como sempre, que as cláusulas de não garantia sejam formuladas por forma a exprimir com exactidão a vontade das partes, ou as representações que fizeram dos factos (logo, do objecto ou da *base do negócio*).

Sobre a anulação do contrato, com fundamento em erro, e as cláusulas de não garantia, vd. J. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, III., p. 57 e ss.

consoante o conceito do dolo na formação do contrato ⁽²⁷⁾. Mas já se sabe que este conceito é temperado e haverá que buscar nas «concepções dominantes no comércio jurídico» em voga a confirmação de que, no caso, o alienante sempre devia elucidar o adquirente na falta de uma disposição específica da lei ou convenção das partes que obrigue o alienante a informar o adquirente. Se bem supomos, no caso de alienação, com cláusula de não garantia, se antes da conclusão do mesmo for dada ao adquirente a possibilidade de examinar a empresa, com oportunidade de tomar conhecimento do problema omitido (como a dita responsabilidade social estivesse correctamente registada na escrita, com carácter de dívida ou contingência), é difícil que o mero silêncio do alienante seja ilícito: o problema estaria à vista do adquirente (não seria oculto), a sua ignorância seria fruto de negligência. Por outro lado, uma reclamação do adquirente, com fundamento num vício que lhe teria sido possível conhecer, se fosse diligente, também poderá ser tida por acto culposos, contrário à boa fé, quer no exercício do direito (art. 762.º), quer em face da regra geral do art. 227.º, que obriga ambas as partes (não só o alienante) e, mais que *concepção dominante*, é norma do comércio jurídico.

Para além das cláusulas de garantia ou do seu inverso, como as atrás referidas, também são úteis na conformação do regime da responsabilidade do alienante as convenções de prazos e as cláusulas de indemnização ou penais.

5.3. Convenções de prazos

As partes podem convencionar, por via de regra, prazos de caducidade diferentes dos que a lei estabelece no regime da compra e venda, visto não se tratar de matéria *subtraída à disponibilidade das partes* (art. 330.º, n.º 1). Poderão, portanto, modificar o período para denúncia

⁽²⁷⁾ No domínio do Código Civil anterior, L. CUNHA GONÇALVES salientava, *ob. cit.*, p. 699, que a cláusula de irresponsabilidade requer absoluta ignorância das partes sobre o estado da mercadoria; se o vendedor conhecer a falta de qualidade e a omitir procederá com dolo.

Assim mas no contexto da lei vigente, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas imitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra 2003 (reimpressão), p. 318.

de defeitos ou reclamações do adquirente, depois da conclusão do contrato e *entrega da empresa*.

O encurtamento do prazo poderá figurar-se discutível se o tempo definido pelas partes for insuficiente para detectar defeitos, como aqueles cuja averiguação requeira alguma perícia: o prazo curto equivalerá aí à supressão da responsabilidade do alienante pelos defeitos ocultos. Contudo, tal como sucede com as cláusulas de não garantia, que não admitem sequer reclamações posteriores ao fecho do negócio, o que se exige é a salvaguarda das normas inderrogáveis do regime da responsabilidade por vícios. Os prazos de caducidade convencionados que forem mais curtos que os estabelecidos pela lei e favoráveis ao alienante não valerão se este proceder com dolo (art. 912.º, n.º 1); nem poderão eliminar o direito do adquirente à anulação do contrato, ou à redução do preço, com fundamento em erro ou dolo, com os prazos legais respectivos.

Lembremos que se ocorrer dolo do alienante o adquirente não estará sujeito ao dever de denunciar defeitos (art. 916.º, n.º 1) e, para exercer o direito à reparação, manterá o prazo geral da prescrição de vinte anos, por falta de outro estabelecido na lei. Não seria sequer válida, portanto, a convenção de prazos, para reclamações ou outro efeito, que de algum modo pudesse condicionar aquele prazo da prescrição (cfr. arts. 300.º e 330.º, n.º 1). Para requerer a anulação do contrato, ou a redução do preço, também com fundamento no dolo do vendedor, o prazo deverá ser invariavelmente de um ano a contar do momento em que o adquirente enganado tomar conhecimento dos defeitos; e, até que o contrato esteja inteiramente cumprido não haverá prazo para intentar a acção (art. 287.º) ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ A respeito de normas do exame das coisas compradas, considere-se o regime da lei comercial para os contratos de compra e venda comerciais sobre amostra ou apenas por referência uma qualidade conhecida no comércio e, ainda, de coisas que não estejam à vista nem possam determinar-se por uma qualidade conhecida no comércio, os quais se entendem feitos sob a condição de serem, respectivamente, conformes à amostra ou à qualidade determinada, ou do prazimento do comprador (cfr. arts. 469.º e 471.º do Código Comercial). O comprador tem um prazo de oito dias para examinar as coisas e reclamar contra a qualidade das mesmas; mas o vendedor pode exigir-lhe que faça a inspecção logo no acto da entrega, se for pos-

5.4. Cláusulas de indemnização e penais. Cláusulas acessórias

A utilidade das cláusulas de indemnização explica-se, numa parte, pelas dificuldades com que o comprador pode deparar no exercício do direito à reparação ou à indemnização por perdas e danos sofridos.

A reparação das situações desconformes com a garantia do alienante consistirá, muitas vezes, no simples suprimento das perdas ou diferenças de valor verificadas no património da empresa, ou na satisfação de débitos, que lhe sejam atribuídos, aos respectivos credores. É conveniente, a bem da certeza e do interesse do adquirente, que à asseveração de factos e qualidades declarada pelo alienante — a sua garantia — se junte uma estipulação precisa da reparação, na forma de pagamento do valor das diferenças apuradas, ou, se couber no caso, a redução proporcional do preço ajustado ⁽²⁹⁾.

Para além disso, ao adquirente também convém salvaguardar o ressarcimento dos seus interesses (ditos *positivos*) na aquisição da empresa sem os vícios que vierem a ser verificados, e pode ser muito difícil, como já foi referido, determinar e provar os lucros ces-

sível (art. 471.º, Código Comercial). Se o comprador examinar as coisas aquando da entrega e não reclamar, ou se, não as examinando no acto da entrega, não reclamar no período assinalado, considera-se que as aprovou (e o contrato fica perfeito). Este regime, especial, propõe-se dar segurança ao comércio jurídico em tais modalidades de vendas, fixando prazos curtos para exames e eventuais reclamações; parece contrário a esse desígnio que o comprador possa reclamar, mais tarde, por vícios das mercadorias (mau grado às dúvidas que a coexistência do regime civil, *comum*, da compra e venda possa ocasionar). Isto, se bem supomos, a não ser que o vendedor actue com dolo, caso em que o comprador poderá valer-se das regras imperativas da lei civil (art. 912.º do Código Civil).

Prazos bem mais longos que os do nosso Código Civil, para a denúncia de defeitos das coisas compradas estabelece a Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (*Convenção de Viena*, de 1980), de que Portugal não é parte; podem atingir dois anos.

⁽²⁹⁾ Nem sempre é fácil dividir a perda ou o dano sofridos pelo adquirente, especialmente onde há sociedades comerciais coligadas e interpostas entre a aquisição realizada, quando esta incide sobre *participações sociais*, e a sociedade em cujo património se verificam as desconformidades. Neste ponto as regras de avaliação de patrimónios têm uma palavra.

santes. Isto requer que as partes previnam as hipóteses de ganhos expectáveis que podem deixar de ser conseguidos, tornando-os previsíveis, ou que, mais simplesmente, fixem por acordo o montante da indemnização exigível, em *cláusula penal* (art. 810.º).

As cláusulas penais também são úteis para a parte alienante. A estipulação de montantes máximos indemnizatórios, ou de *comissos*, pode circunscrever a sua responsabilidade e defender pretensões imprevisíveis do adquirente, em particular quando o alienante não conheça o estado da empresa. Recorde-se que o aspecto da culpa do alienante que ignora os vícios da empresa voga nalguma incerteza, o que sempre pode dar azo a que entre as partes se dispute a responsabilidade pelos mesmos.

Nesta perspectiva, a cláusula penal é, para o alienante, modo de conseguir, em parte, o efeito das cláusulas de não garantia.

Mas é evidente, que a cláusula penal, se for disposta a servir o interesse do alienante, também deverá confinar-se nos limites que a lei ergue às cláusulas contrárias ao regime legal da responsabilidade por vícios (art. 912.º); sobretudo, não poderá beneficiar o alienante que actue com dolo. Demais, dado que ela, a cláusula penal, consiste numa fixação prévia da indemnização devida pelo alienante por danos causados pelo não cumprimento da obrigação de garantia, legal ou convencional, também não poderia exonerá-lo nos casos de dolo ou de culpa grave do alienante (partindo das normas dos arts. 800.º, n.º 2, e 809.º).

Enfim, ainda com respeito ao dever de reparação que o não cumprimento da garantia pelo alienante pode ocasionar, uma breve referência a cláusulas de carácter *acessório*.

Se o adquirente verifica existir uma dívida na empresa que o alienante assegurou não existir, a forma de reparar esse *defeito* é que o vendedor pague a dívida, mesmo sendo *débito alheio*; permite-o a lei (art. 767.º). Se averigua que um prédio que integra a empresa foi prometido vender a terceiro, o alienante pode negociar com o promissário a revogação da promessa, posto não seja o proprietário do prédio, pois é obrigado pessoalmente, por força da lei, a expurgar os ónus ou limitações existentes no direito transmitido (cfr. art. 907.º); pela mesma razão poderia o alienante obter do credor hipotecário a renúncia à hipoteca, ou a extinção desta por via do pagamento da dívida respectiva.

Porém, sucedem, muitos casos em que falta legitimidade ao alienante para efectuar a reparação, por intervirem outras pessoas estranhas ao negócio. Considere-se que uma sociedade comercial, cujas acções foram compradas, é demandada em juízo por inexecução culposa de certa obrigação, e que o vendedor das acções afiançou que tal obrigação não existe ou fora pontualmente cumprida; o desfecho da acção ditará se o vendedor deve ou não responder pelas perdas sofridas pela sociedade, se ela for condenada. Compreende-se que, nesse caso, se o vendedor mantiver as razões por que asseverou que a obrigação não existia ou fora cumprida, também terá interesse em conduzir a defesa da acção. Mas não tem poderes para o efeito.

Para tanto, é necessário atribuir poderes de representação ao alienante para que possa intervir na relação com terceiros. Meio de o conseguir é a convenção de procuração (art. 262.º), entre as partes e com intervenção da pessoa que será representada, quando esta não seja o próprio alienante, vertida em cláusula do contrato de alienação, para prevenir o caso de o alienante ter que defender reclamações de terceiros por sua conta, mas em nome de outrem. De contrário, o alienante ficará exposto ao risco de agravamento da sua responsabilidade, apesar de a recusa de poderes pelo adquirente da empresa possa, constituir *culpa do lesado*.

Uma via alternativa à procuração, que também poderá ajustar-se nalgumas situações, é o recurso a um acordo de *sub-rogação* entre o alienante da empresa, o adquirente e, porventura, a sociedade comercial que sofreu ou pode vir a sofrer uma perda por que o alienante deve responder. No exemplo atrás desenhado, o alienante das acções da sociedade comercial obriga-se, por força da garantia, a satisfazer uma dívida desta sociedade e, com o respectivo pagamento, substitui-se-lhe, assumindo todos os direitos que a ela cabiam contra o seu credor. A lei permite especificamente esta sub-rogação, convencional mas exige uma cláusula expressa (vd. art. 590.º, n.º 2).

Esta via poderá ser mais favorável às partes do que a procuração, pois supõe que o alienante assegura a reparação, pagando a dívida que se verificou ou poderá verificar, e ele próprio assume, por si, não em nome de outrem, o encargo de prosseguir com a defesa dos seus interesses, se assim entender.

ABSTRACT

The authors generally address the issue of the guarantees of the acquirer of a business or undertaking under Portuguese law.

The main purpose is to discuss on whether there is a need or convenience for the parties to establish their own contractual terms regarding such guarantees.

A summary of the legal means available under Portuguese law for the protection of the acquirer is made, though from a critical perspective.

They identify the existence of several cumulative or alternative ways for the acquirer to react to the eventual non-compliance of the object of the sale with his legitimate expectations.

Some of those means apply, specifically, according to the law, to contracts for the acquisition of goods, including, inter alia, the annulment of the contract, the reduction of the price, the right to the correction of defects or the replacement of the goods, as well as a compensation to the acquirer.

Others are general means, including also the annulment or modification of the contracts, or a compensation to the acquirer, although under different terms.

The critical analysis of such regime leads to the conclusion of the convenience, even under the Portuguese law, of the parties specifically to consider in depth the issue of the guaranty in each acquisition operation and to regulate thoroughly the respective terms, due to the inadequacy of the regime, particularly in view of the peculiarities of the business or company as object of the deal.

Finally, the authors address directly the most common guaranty clauses, including the seller's representations, commenting on their purpose and regime.