

# ESTRUTURA CONTRATUAL ANGLO-SAXÓNICA VERSUS DIREITO CIVIL UM CASO TÍPICO DA DIFERENÇA

## A cláusula Warranty

Por Manuel Pereira Barrocas

### ÍNDICE

- A. INTRODUÇÃO
- B. A CLÁUSULA WARRANTY
  - 1. O conceito de *Warranty*
  - 2. A *Warranty* e outras disposições contratuais
  - 3. Distinção entre *Warranty* e *Representation*
  - 4. Distinção entre *Warranty* e *Garantia (Guarantee)*
  - 5. Classificações de *Warranty*
    - 5.1. *Warranty* expressa e implícita
    - 5.2. *Warranty* contratual, legal e jurisprudencial
  - 6. A *Warranty* nos vários tipos de contratos
    - 6.1. *Warranties* típicas do contrato de compra e venda de coisas
    - 6.2. *Warranties* típicas do contrato de compra e venda de acções ou de activos sociais
    - 6.3. *Warranties* típicas do contrato de construção
    - 6.4. *Warranties* típicas do contrato de financiamento internacional
  - 7. A *Warranty* nos vários estádios da negociação e contratação
    - 7.1. *Warranties* na fase negocial
      - 7.1.1. Em geral
      - 7.1.2. Acordos pré-contratuais
        - 7.1.2.1. Acordos de confidencialidade («Confidentiality Agreements»)

- 7.1.2.2. Acordos relativos a não-oferta pública («Non-Hostile Takeover Agreements»)
- 7.1.2.3. «Standstill Agreements»
- 7.1.3. A *Warranty* e a responsabilidade pré-contratual
  - 7.2. *Warranties* no contrato-promessa
- 8. A vigência da *Warranty*
- 9. Não verificação da *Warranty*. Consequências
- 10. A garantia e a verificação do facto objecto da *Warranty*
  - 10.1. «Bank Guarantee». «Standby Letter of Credit». «Performance Bond». «Comfort Letter».
  - 10.1. Outras garantias
- 11. Distinção entre garantias e meios de conservação de direitos

## INTRODUÇÃO <sup>(1)</sup>

1. A *warranty* é uma cláusula contratual de origem anglo-saxónica que ganhou foros de grande importância na contratação internacional, sobretudo nos contratos de maior complexidade relativos às mais importantes transacções («joint-ventures», «take-overs», compra de activos sociais, etc.).

A sua utilização nos países de direito romano-germânico, isto é, de Direito Civil, está muito limitadamente confinada a essa contratação de carácter internacional mais complexa e resulta de uma situação determinada por duas razões: aumento das relações económicas internacionais e uma certa hegemonia, nesse domínio, das fórmulas contratuais próprias dos países do «Common Law» <sup>(2)</sup> sobre as dos países de Direito Civil.

---

<sup>(1)</sup> Este artigo corresponde, quase na íntegra, ao trabalho apresentado pelo autor na conferência internacional sobre «Selected Crucial Provisions», realizada em Salzburgo, em Junho de 1995, organizada pelo Center for International Legal Studies.

<sup>(2)</sup> Denominamos aqui por «Common Law» o sistema próprio dos países anglo-saxónicos que tem a sua fonte, não em normas escritas elaboradas pelos órgãos legislativos do estado («statutory law»), tal como sucede nos países romano-germânicos ou de Direito civil, mas no costume imemorial ou em decisões judiciais que reconhecem e tornam obrigatório o costume. Muito embora, hoje em dia, praticamente todos os estados anglo-saxónicos tenham publicadas e em vigor leis escritas emanadas dos seus órgãos legislativos, permanece, todavia, como ordenamento jurídico base desses países, o conjunto de normas e princípios de raiz consuetudinária.

É do maior interesse, sobretudo para os juristas profissionalmente ligados à prática contratual internacional, conhecer o seu significado e, bem assim, a sua distinção de outros conceitos (*representations, guarantees, etc.*).

Na verdade, a cláusula *warranty* resulta de uma necessidade prática típica do «Common Law», isto é, a histórica ausência de regulamentação legal geral e abstracta de direito dos contratos nos países desse sistema. De facto, não existindo normas contratuais de direito escrito, tornou-se necessário inserir nos contratos, sob a forma de cláusula contratual, as disposições convencionais mais elementares sobre aspectos de conteúdo e de segurança contratual. Um exemplo: nos países de Direito Civil, a lei presume que, num contrato de compra e venda, o comprador da coisa a quer adquirir isenta de defeitos. Por isso, a lei concede-lhe os meios necessários de anulação (v.g. artigo 913.º do Código Civil). Isto é, a lei protege o comprador de boa fé.

Nos países do «Common Law» não é necessariamente assim, dado vigorar o princípio «Caveat Emptor», também expresso pelo brocardo («Let The Buyer Beware», isto é, deixe-se o comprador ser cuidadoso). O comprador deve ser especialmente cuidadoso se não quiser comprar irremediavelmente uma coisa defeituosa sem possibilidades ou com remotas possibilidades de anular o contrato. Não se chega ao ponto de admitir que o comprador que comprou uma coisa defeituosa, sem nada ter feito para descobrir ou denunciar o defeito, o fez porque se presume que a quis comprar mesmo defeituosa. Todavia, ao atribuir-se ao comprador, por aquele princípio, o dever de diligência relativo à verificação e denúncia dos defeitos da coisa, protege-se *prima facie* o vendedor.

Daí que se torne necessário estabelecer no contrato uma cláusula que salvguarde o comprador contra o defeito. Essa cláusula é uma *warranty* que, nos países de Direito Civil, é amplamente dispensável, pois os deveres da boa fé impõem ao vendedor, protegendo o comprador, a obrigação de avisar o comprador da existência do defeito e mesmo de não vender uma coisa defeituosa sob pena de anulação.

Uma *warranty* destinada a afastar a aplicação do princípio «Caveat Emptor» dirá, por exemplo: o vendedor assegura ao com-

prador que a coisa vendida não tem defeitos. Basta isso. Adiante (n.º 6) desenvolveremos mais esta matéria.

Mas o mesmo se passa em muitos outros domínios, até mesmo em relação ao próprio direito de propriedade. Nos contratos de compra e venda de imóveis do «Common Law» é, por exemplo, frequente a «warranty of good title», pela qual o vendedor assegura ao comprador que ele é o titular exclusivo de um direito não contestado sobre a coisa. Se o não disser, as consequências jurídicas para o comprador que compra sem aquela *warranty* podem não ser tão favoráveis e protectoras como sucede, em regra, no Direito Civil.

Efectivamente, o direito contratual do «Common Law» foi e continua a ser, embora de forma cada vez mais mitigada, fortemente influenciado pelo liberalismo económico. O conceito de liberdade negocial («freedom of contract») é significativamente mais lato no «Common Law» do que nos países de Direito Civil, de muito maior intervenção do legislador na pre-definição dos direitos e dos deveres contratuais, designadamente através do princípio da boa fé que é praticamente desconhecido no «Common Law».

Aquele princípio da liberdade negocial tem, assim, no «Common Law» uma extensão tendencialmente ilimitada. A não previsão no contrato dos termos e condições em que os direitos e as obrigações das partes se definem conduz à falta de clareza ou à falta de conteúdo contratual, que é limitador da eficácia do contrato. No Direito Civil, como se sabe, não é assim, dada a existência de múltiplas disposições legais supletivas, sobretudo no domínio do Direito das Obrigações.

Todavia, hoje em dia, tal como já acima aflorámos, mesmo no «Common Law», há certos casos de intervenção legislativa. Isso sucede, por exemplo, na previsão legal dos direitos e deveres das partes no contrato de compra e venda de coisas, por um lado, devido à importância prática deste contrato e, por outro lado, por força do fenómeno recente da protecção do consumidor <sup>(3)</sup>.

---

(<sup>3</sup>) Um exemplo disso é claramente, na Grã-Bretanha, o «Sale of Goods Act» e a legislação sobre responsabilidade civil por produtos defeituosos, aliás de origem comunitária (Directiva n.º 85/374/CEE, 25-7-1985), bem como, em geral, a legislação de protec-

No «Common Law» vigora, assim, a seguinte prática (bem ao contrário do que sucede no Direito Civil): se o contrato prevê a situação, segue-se o contrato e só o que ele diz. Se o contrato nada diz, também não se pode esperar muito da lei para resolver a situação não regulada e por isso não tem, em princípio, relevância qualquer outra ordem de considerações que não tenham expressão no contrato.

Temos aqui, portanto, a explicação principal para a grande extensão do texto dos contratos de matriz anglo-saxónica<sup>(4)</sup>, por forma a preverem uma vasta e muitas vezes complexa teia de previsões contratuais que no Direito Civil não carece de ser convencionalizada por se encontrar prevista na lei, limitando-se as partes a exprimir no contrato a manifestação da vontade de contratar, os elementos essenciais do contrato e certos aspectos particulares ou de pormenor próprios do seu acordo de vontades, frequentemente não necessários à perfeição negocial.

Veremos a expressão desta diferença fundamental entre o «Common Law» e o Direito Civil ao longo deste trabalho.

A observação, quiçá caricatural, mas elucidativa, que juristas alemães contam, vem bem a propósito. Dizem: em Inglaterra, tudo o que no contrato não está expressamente proibido, é permitido! Na Alemanha, tudo o que no contrato não está expressamente permitido, é proibido! Em França, tudo é proibido, mas nada é impossível!

---

ção do consumidor. Nos Estados Unidos da América, o «Uniform Commercial Code» que, contudo, é muito mais limitado nas matérias de que trata do que os diplomas similares vigentes nos países de Direito Civil e, em qualquer caso, mais unificador de uma «praxis» contratual mais ou menos uniforme nos vários estados da União do que um diploma pensado e elaborado segundo os parâmetros do Direito Civil, ou seja, os ensinamentos da Ciência do Direito, a construção teórica de fórmulas e a definição abstracta de soluções jurídicas para essas fórmulas.

(4) Entre os contratos de matriz anglo-saxónica, os elaborados segundo a lei norte-americana superam qualquer outro quanto à complexidade e extensão. Isto é devido a uma terceira razão (para além da ausência de regulamentação legal e do respeito quase absoluto pelo primado do princípio da liberdade contratual): são os «pitfalls». Trata-se de situações contratuais que, pela sua falta de clareza ou pelo seu carácter incompleto na redacção contratual ou por outra razão típica do sistema jurídico e até mesmo do sistema judicial norte-americano, pode conduzir a interpretações contrárias à vontade das partes. Com o receio de «pitfalls», as partes frequentemente detalham os mais pequenos pormenores da previsão e da estatuição contratuais, mesmo as situações improváveis.

2. Vejamos qual a atitude prática a tomar perante a minuta de contratos de matriz muito diversas da nossa tradição contratual e que se revelam, por vezes, tão desajustados daquilo a que os juristas portugueses estão habituados.

Antes, porém, observemos alguns aspectos do conceito cultural que juristas e homens de negócios de diversos quadrantes têm do contrato e da relação contratual que dele deriva.

Sabemos que, quer nos países de Direito Civil, quer nos países do «Common Law», o contrato é concebido como um facto de rigoroso carácter vinculativo («pacta sunt servanda» segundo a tradição romanista). Nos países de Direito Civil, vigora de base o princípio da liberdade contratual, mas com algumas e importantes limitações de interesse e ordem pública e, sobretudo, um grande número de disposições supletivas. No «Common Law», vale o primado quase total da liberdade contratual, por tal forma que, se o contrato não prevê todas as eventualidades e se alguma não prevista ocorrer, as partes podem mesmo não ter razão para prosseguir a relação contratual, pois a lei ou a jurisprudência tendem a não fornecer remédio.

Noutros países, em contraste, as partes assumem que, ao contratar, o fazem como pessoas de honra. O importante é o acordo de ambos quanto ao objectivo último do contrato. O meio de o atingir fica, sobretudo, ao critério do bom senso das partes. Assim, se se verificar uma importante lacuna no contrato, tal não significa necessariamente a ruptura da relação contratual, dado que as partes devem aproximar esforços no sentido de a ultrapassar em face do objectivo último, expressa ou tacitamente acordado no contrato. Isto sucede, nomeadamente, no Japão, em que o acordo de objectivos e o sentido de honra no cumprimento do contrato predominam.

Noutros países, porém, a concepção cultural que se tem do contrato é diametralmente diferente. Nesses, a celebração de um contrato não é o fim do processo negocial, mas tão-somente uma fase dele e, por vezes, uma fase bem longe do fim desse processo. É por isso frequente a reabertura de negociações contratuais após o contrato ter sido firmado, mesmo quando já está executado, senão mesmo a esperança da publicação de decisões governamentais que reponham o equilíbrio contratual. Tal sucede, designada-

mente, em certos países árabes. Para esses povos, contratos do tipo dos utilizados nos Estados Unidos são pura perda de tempo, uma vez que o contrato, ele mesmo, não é considerado com muita seriedade ou como o fim em si do processo negocial.

Um aspecto que queremos aqui deixar expresso perante a prática contratual norte-americana (e britânica, embora esta em menor grau, dado o incomparavelmente menor receio de «pitfalls» e uma mais uniforme jurisprudência) é este: se a lei aplicável ao contrato tiver de ser a norte-americana (ou a inglesa), porque o contrato se destina a ser cumprido nos Estados Unidos (ou na Grã-Bretanha) e se os tribunais escolhidos para resolução de litígios forem os desses países, importa que isso seja dito claramente e os interesses da parte representada fiquem acautelados como se de um residente nesses países se tratasse. De notar, contudo, as normas de Ordem Pública vigentes em Portugal que devem ser salvaguardadas no contrato, em conformidade com o disposto no artigo 1096.º, alínea f), do Código de Processo Civil, no caso de necessidade de execução em Portugal da decisão de um tribunal estrangeiro, que requeira o *exequatur* nos termos estabelecidos naquele diploma legal <sup>(5)</sup>.

Se, pelo contrário, a lei aplicável ao contrato for a lei portuguesa (ou a lei de um outro país de Direito Civil), não deve tomar-se uma atitude rígida impositiva dos padrões ou da prática contratual vigente em Portugal. Na verdade, bastará atentar na necessidade de garantir a observância das normas imperativas do direito contratual português, não apenas as de Ordem Pública, mas também as de direito positivo estrito. De entre estas destacam-se, a título meramente exemplificativo, como é óbvio, as constantes do artigo 809.º do Código Civil e, por remissão deste artigo, o disposto nos artigos 798.º a 808.º, o artigo 762.º, n.ºs 1 e 2 e

---

(5) De notar que, mesmo no domínio da Convenção de Bruxelas relativa à Competência Judiciária e à Execução de Sentenças e apesar da finalidade desta ser claramente a de facilitar, na maior medida possível, a livre circulação das decisões judiciais para efeitos da sua execução (cfr. Informação Jenard, Diário Oficial das Comunidades Europeias C189, de 28-7-90, págs. 122 e segs.), a Ordem Pública de cada estado membro, no qual se pretende a execução da decisão, não é de modo algum despidianda. Na verdade, o artigo 27.º, n.º 1, daquela Convenção estabelece que as decisões estrangeiras não serão reconhecidas se o reconhecimento for contrário à Ordem Pública do estado requerido.

artigo 763.º, o artigo 811.º, n.ºs 1 e 3, 812.º, todos igualmente do Código Civil, as disposições imperativas do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre o regime das cláusulas contratuais gerais, o disposto imperativamente nas normas de direito interno e comunitário em matéria de concorrência (Dec.-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, e Dec.-Lei n.º 370/93, da mesma data), etc.

Tudo o mais que corresponder à vontade das partes e não for contrariado pela lei imperativa portuguesa não tem qualquer inconveniente em ser aceite, mesmo na formulação verbal e no estilo da prática anglo-saxónica.

## A CLÁUSULA *WARRANTY*

### 1. O Conceito de *Warranty*

Analisemos agora, com mais pormenor, esta cláusula tão importante da estrutura contratual anglo-saxónica e, por contraste com ela, outras cláusulas igualmente importantes, tal como a «Representation Clause».

Para concluirmos desde logo que, devido à maior necessidade que os juristas anglo-saxónicos tiveram de recorrer a formulações contratuais extensas e complexas, aperfeiçoaram a técnica contratual, superando em muitos pontos, em eficácia e segurança, formulações contratuais tradicionais dos países de Direito Civil. Isso é claramente o caso das *representations* («Representation Clause») e da sua importância na identificação do erro negocial e das circunstâncias objectivas e subjectivas da base do negócio. A ponto de podermos dizer, sem com isso revelarmos qualquer intenção de demonstrar qual dos dois sistemas jurídicos é mais perfeito, dado que tal questão poderia conter uma discussão interminável, que a estrutura contratual utilizada na elaboração da minuta dos contratos segundo o modelo anglo-saxónico é mais completa e aperfeiçoada do que a utilizada nos países de Direito Civil, enquanto o ordenamento legislativo regulador dos contratos é, de longe, muito mais completo e satisfatório nestes últimos do que o quase inexistente ordenamento legislativo contratual anglo-saxónico.

Uma *warranty* no Common Law é, portanto, *uma declaração contratual que visa assegurar a existência ou a veracidade de determinado facto, positivo ou negativo, que as partes consideram relevante na formação e decisão da sua vontade de contratar*. Pode tratar-se de um facto passado, existente no momento da contratação ou de um facto futuro, mas tem sempre de ser um facto certo. Se se tratar de um facto futuro e incerto é uma condição (*condition*, que não difere do conceito civilístico).

Não se torna necessário que a parte que efectua a *warranty* assuma um certo risco quanto à existência ou à veracidade do facto. Pode o facto ser indiscutivelmente existente ou verídico, como pode não o ser. Tomemos um exemplo de uma *warranty* muito usada nos contratos relativos à aquisição de participações sociais («takeover agreements»). É frequente neles o vendedor de uma participação social declarar que a contabilidade da sociedade exprime com fidedignidade à sua situação económica e financeira. Neste caso, o declarante pode estar a assumir o risco de tal não ser rigorosamente assim, pois é sempre possível haver diferentes formas ou leituras do valor do activo ou do passivo social. Tal já não será o caso de o declarante subscrever uma *warranty* que diga, por exemplo, que o quadro a óleo que pretende vender foi por si pintado, se não existirem quaisquer dúvidas a esse respeito.

Isso serve para demonstrar como o conceito de *warranty* não coincide, minimamente, com o conceito de obrigação no Direito Civil.

Na verdade, na obrigação civilística, a parte a ela vinculada nada declara sobre a existência ou a veracidade de factos, mas sim vincula-se à realização de uma conduta futura por acção ou por omissão. Se o facto assegurado pela *warranty* não existir ou não for verdadeiro, essa desconformidade dá lugar a uma obrigação (obrigação de indemnização) que vincula a parte que declarou a *warranty*. Todavia, a *warranty* não é uma obrigação, mas tão-somente uma declaração negocial concreta sobre a existência ou a veracidade de um facto igualmente concreto.

Uma última observação, neste capítulo, acerca da *warranty*. O conceito de facto dela objecto tem um sentido amplo, que inclui não apenas factos, propriamente ditos, mas também noções que no Direito Civil correspondem a conceitos de direito. Tal é o caso de

numa *warranty* se poder, por exemplo, asseverar que uma sociedade (a sociedade a cujo capital social correspondem as participações sociais a transaccionar por ela emitidas) se encontra válida e regularmente constituída segundo as leis de determinado país ou, ainda, que os produtos vendidos estão de acordo com a legislação de certo estado.

## 2. A *warranty* e outras disposições contratuais

No direito anglo-saxónico, as estipulações contratuais que definem o conteúdo do contrato denominam-se «terms of contract»<sup>(6)</sup>. Nelas não se incluem, nem a expressão da vontade produtora do efeito jurídico-funcional do contrato (a transmissão do direito de propriedade sobre a coisa no contrato de compra e venda, etc.), nem as *representations* (os factos que induziram a parte a contratar), mas sim a regulação de certas matérias que, não sendo a expressão da vontade de contratar e a assunção dos efeitos do contrato, balizam essa vontade de contratar.

Os «terms of contract» podem ser: *conditions*, *warranties* ou *innominate terms*.

No direito inglês, a violação de uma *condition*, que é considerada uma cláusula essencial de um contrato, uma vez que está intimamente ligada à concretização da vontade de contratar, legitima a outra parte a resolvê-lo e a ser indemnizada. A violação de uma *warranty* não autoriza a resolução do contrato, mas apenas confere direito a indemnização por perdas e danos<sup>(7)</sup>. A *warranty* não é, por isso, uma disposição essencial relativa à concretização prática da vontade de contratar.

A questão de se saber se determinada disposição contratual constitui uma *condition* ou uma *warranty* depende da interpretação

---

(6) O conceito de termo no Direito Civil é bem diferente do conceito de «term» no «Common Law». Aquele tem a ver com o momento do início ou da cessação dos efeitos do negócio jurídico (ver artigo 278.º do Código Civil). Todavia, não deixamos de notar que numa linguagem menos técnica ou mais ampla também no Direito Civil se denominam, por vezes, termos (termos contratuais) às estipulações do contrato.

(7) Sobre a distinção entre os dois conceitos, ver, entre outros, Schmittoff and Sarre in «Charlesworth's Mercantile Law».

da vontade das partes, tendo igualmente em atenção as circunstâncias prevaletentes no momento da celebração do contrato.

Contudo, no direito norte-americano, muito embora os conceitos de *condition* e *warranty* sejam os mesmos do direito inglês, o seu regime jurídico diverge. Na verdade, o «Common Law», que é a matriz do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, tem a sua fonte no costume e no «case law», ou seja no conjunto de decisões jurisprudenciais que podem ser elas próprias fontes de direito. Ora, o «case law» não é necessariamente o mesmo em ambos os países. Se a raiz consuetudinária e jurisprudencial primitiva é a mesma, tal não sucede com a jurisprudência, entretanto formada, em cada um dos países de acordo com as suas próprias condições de vida, cultura, etc..

Na definição dada por um tribunal do estado de Minnesota, que fez história nos EUA (caso Miller versus Monsen, 228 Minn. 400), o «case law» não é nem mais nem menos do que o normativo proveniente de decisões jurisprudenciais assentes no precedente. O «case law» é...

...«geralmente resultante mais dos princípios do que de regras pré-definidas; não se trata de um normativo absoluto, fixo e inflexível, mas antes de um vasto e completo conjunto de princípios baseados na justiça, na razão e no bom senso. Os princípios que o caracterizam foram determinados por necessidades sociais da comunidade e podem ser alterados conforme as necessidades sociais de mudança. São, por isso, susceptíveis de adaptação a novas condições, interesses, relações e aos usos que o progresso da sociedade pode exigir em cada momento».

Tal como sucede no direito inglês (igualmente, de resto, no Direito Civil), também no direito norte-americano uma *condition* define-se como um facto futuro e incerto do qual depende a constituição, modificação ou extinção de uma obrigação. Porém, no direito norte-americano, o não cumprimento ou a não verificação de uma *condition* não legitima necessariamente a resolução do contrato. Podem ser múltiplos os efeitos. Neste ponto, o direito norte-americano está sem dúvida mais próximo do Direito Civil.

Um caso típico de uma condição necessária posta pelo comprador à efectivação da compra de uma sociedade (que na linguagem anglo-americana tem o nome de «condition precedent» ou de «suspensive condition», conforme a sua natureza resolutiva ou suspensiva) pode ser o recebimento de uma «comfort letter» de um auditor ou de um revisor oficial de contas. Ou, para o vendedor, a celebração de certos contratos colaterais de que depende a celebração do negócio principal. Em qualquer dos casos, se a condição se não verificar, o efeito imediato não é, assim, e necessariamente, a cessação do contrato, mas consequências de outra ordem que as partes expressamente prevejam no contrato.

Uma *warranty*, nos Estados Unidos como em Inglaterra, tem um conteúdo e efeitos bem diversos da *condition*, pois constitui (transcrevendo West, in «Law and Commercial Dictionary»):

...«uma declaração negocial que visa assegurar a verdade de certo facto, tal como ele é representado pelas partes e, ainda, que ele permanecerá como tal. Ou, por outras palavras, no que respeita especificamente ao contrato de compra e venda, é uma declaração negocial feita pelo vendedor, contemporânea da celebração do contrato e fazendo parte do seu conteúdo, que se refere às características, à qualidade da coisa objecto da venda e bem assim à existência do direito de propriedade do vendedor sobre ela, através do qual este se obriga a assegurar que esses factos existem e manter-se-ão tal como as partes os representam na sua mente no momento da referida celebração do contrato».

Finalmente, uma *warranty*, tal como os anglo-saxónicos a concebem, constitui basicamente, no Direito Civil, uma declaração negocial juridicamente relevante de uma parte de um contrato ou a aceitação, por uma parte de um contrato, de uma norma legal supletiva de finalidade semelhante, relativas à existência ou à veracidade de um facto referente à definição de um *quid* objecto (coisas, direitos, tais como acções, quotas, etc.) que, uma vez desconforme com o teor da *warranty*, pode dar lugar a determinadas consequências jurídicas perante a contraparte no âmbito da responsabilidade civil, do erro ou outro.

O conceito de *innominate term* <sup>(8)</sup> respeita já a um *quid* que é intermédio entre a *condition* e a *warranty*. Na verdade, nem sempre é fácil saber se as partes de um contrato quiseram certa estipulação contratual como *condition* ou como *warranty*. Na dúvida, compete aos tribunais qualificar a declaração negocial. Essa cláusula cinzenta quanto à sua natureza e efeitos é um *innominate term*. A dúvida é, então, resolvida deste modo: se o seu incumprimento é grave, dentro da economia e do fim do contrato, trata-se de uma *condition*, autorizando por isso a resolução do contrato. Se não é grave, e por isso não põe em causa a essência económico-teleológica do contrato, trata-se de uma *warranty*, autorizando apenas uma indemnização.

Por isso, essas cláusulas são atípicas ou inominadas (*innominate terms*) que só, caso a caso, são definidas quanto às consequências jurídicas do seu incumprimento, resolvendo-se sempre pelos efeitos típicos da *condition* ou da *warranty*.

### 3. Distinção entre *warranty* e *representation*

A *representation* (ou «Representation Clause») é também um genuíno produto do direito contratual anglo-saxónico que, como se viu, se caracteriza pelo lato uso da liberdade contratual e da quase ausência de direito escrito («statutory law»). Traduz, contudo, tal como já anteriormente salientámos, uma técnica evoluída de expressão contratual. Na verdade, a sua importância principal está ligada ao regime do erro («mis-representation») na formação da vontade das partes e ao regime da alteração das circunstâncias da base do negócio («change in the circumstances»).

A técnica de redacção de contratos nos países de Direito Civil nada reserva, em regra, à expressão no contrato das razões que influenciaram ou induziram a parte a formar a vontade negocial e

---

(8) Os *innominate terms* são exclusivos do direito inglês. Não existem no direito norte-americano, exactamente porque neste a não verificação de uma *condition* não significa necessariamente a resolução do contrato (Schemitthoff's Export Trade, 9.ª edição, pág. 135).

a decidir contratar. Daqui resulta que, em caso de erro, é por vezes muito difícil identificá-lo como tal e provar que ele viciou, em concreto, a vontade de contratar. Tal não sucede na técnica contratual anglo-saxónica, pois as partes declaram expressamente no contrato os factos e as razões que as levaram a formar a vontade e a decidir contratar. Essas declarações constituem as *representations*. Uma *representation* define-se como sendo ...«uma declaração negocial escrita ou oral feita num contrato e dirigida à outra parte, que visa influenciá-la a contratar e que constitui para esta última um facto material que efectivamente ela reconhece como sendo uma razão por que contrata nos termos definidos no contrato»<sup>(9)</sup>.

Ela não constitui, contudo, tal como já se disse, um «term of contract». Pré-existe ou subjaz a ele. Não é um elemento do seu conteúdo estrito. No caso de ela se revelar errada ou falsa («misrepresentation»), tal desconformidade pode constituir motivo de erro negocial («mistake») que pode legitimar a parte a resolver o contrato. Tal como as *conditions* e, em parte, os *innominate terms*, mas ao contrário das *warranties*, a «misrepresentation» pode fundamentar a resolução do contrato.

Em resumo, trata-se de uma declaração relativa a um facto tendente a induzir a outra parte a contratar, facto que esta reconhece expressamente ter sucedido. No caso de o facto não ser verdadeiro, pode dar lugar àquela consequência de direito — a resolução do contrato. Observe-se que a consequência do erro no Direito Civil é, em regra, a anulação do contrato, não a sua resolução.

A «misrepresentation», tal como o erro no Direito Civil, pode assumir vários graus. Pode ser inocente, negligente ou dolosa.

No direito norte-americano (mais uma vez divergente do direito inglês quanto ao regime, que não quanto ao conceito), *representations* e *warranties* são usadas muitas vezes de forma muito próxima e complementar. As consequências da sua violação são praticamente as mesmas. Contudo, elas têm um diferente conteúdo e campo de aplicação, tal como se viu acima.

---

(9) Ver «The Oxford Companion to Law» (Walker).

*Representations* típicas são, por exemplo, no contrato de compra e venda de acções, as que as partes tenham feito relativamente:

- (1) ao estado em que se encontra o activo da sociedade;
- (2) às contas da sociedade;
- (3) à ausência de responsabilidades para além das que estejam, eventualmente, indicadas no contrato;
- (4) ao montante de créditos a haver;
- (5) à titularidade do direito de propriedade sobre as acções objecto do contrato na pessoa do vendedor e bem assim a existência ou não de ónus ou encargos sobre as acções;
- (6) à relação dos litígios existentes em que a sociedade seja parte;
- (7) ao cumprimento pela sociedade da legislação de protecção do ambiente;
- (8) aos assuntos de pessoal e do contencioso laboral;
- (9) à clientela («goodwill»);
- (10) aos direitos de propriedade intelectual na titularidade da sociedade;
- (11) aos impostos e seguros.

Em conclusão, se a declaração negocial, feita pelo vendedor ou pelo comprador, respeitar às qualidades, ao estado ou a quaisquer circunstâncias relativas àquelas matérias e fôr dirigida à contraparte com o propósito de a *induzir* a celebrar o contrato, trata-se de uma *representation*. Pelo contrário, se a declaração não tiver o propósito de induzir a outra parte a contratar, mas sim a assegurar-lhe a realidade, positiva ou negativa, de certas qualidades, do estado ou de quaisquer outras circunstâncias, presentes ou futuras, relativas à coisa, trata-se de uma *warranty*.

Como se vê, a distinção pode ser, na prática, muito ténue. A importância da distinção reside, sobretudo, nos efeitos jurídicos da não verificação ou da desconformidade da *representation* ou da *warranty* com a realidade. A primeira («mis-representation») pode dar lugar a resolução do contrato, pois a *representation* teve o efeito de induzir a parte a contratar. Sem ela, a parte não contrataria. A não verificação ou a desconformidade da *warranty* com a realidade, por não ter tido a força de induzir a parte a contratar, mas

constituir apenas um facto relevante nos efeitos queridos do contrato dá lugar apenas a indemnização por perdas e danos.

Por outro lado, a diferença entre a *condition* e a *representation* reside, sobretudo, no facto de aquela, no direito inglês, constituir um termo («term») do contrato, sem a qual o conteúdo deste carece de eficácia prática, enquanto a segunda não respeita ao conteúdo contratual, pré-existindo ou subjacendo ao contrato como elemento inspirador e determinador de formação da vontade e decisão de contratar.

#### 4. Distinção entre *Warranty* e *Garantia (Guarantee)*

Alguma confusão pode surgir, entre juristas não conhecedores do «Common Law», entre estas duas figuras.

Como se viu, a *warranty* é uma declaração negocial que visa assegurar a existência ou a veracidade de determinado facto (numa linguagem popular, corrente, mas desprovida de rigor conceptual, dir-se-ia que pela *warranty* a parte que declara *garante* a existência ou a veracidade do facto). Dizemos linguagem imprópria, porque permite a confusão com o conceito de garantia que agora analisaremos. Aliás, esta confusão é assumida pelo próprio legislador português no artigo 921.º do Código Civil, quiçá com o propósito de tornar mais claro o texto legislativo, moldando-o na gíria popular. A garantia de bom funcionamento de que trata aquela disposição legal não é uma garantia de cumprimento das obrigações no sentido próprio, mas sim a «venda com garantia» de que a coisa está em condições de funcionar. Esta «garantia» imprópria não é nem mais nem menos do que uma *warranty* de fonte legal, do direito contratual português. O conceito de *warranty* está também implícito no artigo 913.º, n.º 1, quando diz: «Se a coisa vendida ... não tiver as qualidades *asseguradas* pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim»...

As qualidades asseguradas pelo vendedor são *warranties* contratuais explícitas. As necessárias para a realização do fim, que não tenham sido asseguradas expressamente pelo comprador, são *warranties* implícitas de origem legal (no nosso direito, impostas em regra pela boa fé ou pelos usos relevantes do comércio ou disposi-

ções legais brancas como a do n.º 2 do mesmo artigo 913.º do Código Civil). A *guarantee* (garantia) é também uma declaração negocial. Contudo, e tal como sucede no Direito Civil, de cujo conceito não difere, a *guarantee* é restrita, não à afirmação da veracidade de factos, *mas sim à obrigação de um terceiro de que cumprirá a obrigação do devedor, e por este, no caso de ele não cumprir.*

Não se expressa, portanto, numa cláusula do contrato, mas sim num acordo separado («collateral agreement») de cumprimento por terceiro.

Veremos adiante (número 10) a relação prática entre a *warranty* e a garantia, ou seja, como pode a verificação da *warranty* ser mais efectivamente assegurada pela garantia.

## 5. Classificações de *Warranty*

### 5.1. *Warranty* expressa e implícita

As *warranties* incluídas pelas partes no contrato são expressas. As *warranties* implícitas, não são apenas as que não são expressamente incluídas pelas partes num contrato, mas também as *warranties* previstas na lei («statutory warranties» que a seguir mencionaremos com mais pormenor).

Em termos práticos, sempre que uma *warranty* não tenha sido expressamente mencionada pelas partes num contrato, mas a ele esteja subjacente, está nele presumida, ao ponto de não necessitar de ser mencionada, trata-se de uma *warranty* implícita. Essa inclusão implícita no contrato resulta da lei, do costume, do «case law», dos usos ou das circunstâncias prevalecentes da base do contrato.

Como se viu antes, muito embora sejam escassas as disposições legais aplicáveis, imperativa ou supletivamente, às relações contratuais constituídas, nalguns casos a inclusão implícita resulta da lei. Tais são os casos já salientados do «Sale of Goods Act», no direito inglês, e do «Uniform Commercial Code», nos EUA. Ora, sempre que, em regra por forma supletiva, a lei («statute») estabelece uma *warranty* aplicável a determinado tipo de contrato, sobre

cuja matéria as partes não dispuseram expressamente, no mesmo sentido da lei ou em sentido diverso, trata-se de uma *warranty* implícita. É o caso, por exemplo, de a lei estipular que, na hipótese de a coisa objecto do contrato ter sido vendida com um defeito oculto que a torna imprópria para a satisfação do fim a que se destina, a parte lesante tem o dever de corrigir o defeito e/ou indemnizar a outra parte. A *warranty* aqui não é senão a afirmação implícita, por via legal, de que as coisas destinadas a venda não devem apresentar defeitos que as tornem inapropriadas para a satisfação do fim a que se destinam.

Esta *warranty* denomina-se «fit for purpose warranty», isto é, a coisa deve ser adequada ao fim a que se destina.

Não se torna, assim, necessário incluí-la no contrato. Está subjacente a ele por força de uma disposição legal. Mas o mesmo se aplica quando a *warranty*, tal como sublinhámos acima, não tem fonte legal.

O Direito Civil, como facilmente se conclui e acabámos de ver ao citarmos os artigos 913.º e 921.º do Código Civil português, contém várias disposições supletivas (e até mesmo, por vezes, imperativas) que não são mais do que «implied warranties» no conceito e na nomenclatura jurídica do «Common Law». Pode mesmo dizer-se que é bem mais rico do que este nesse particular e, por isso, os contratos celebrados no domínio do «Common Law» contêm muito mais «express warranties» do que os contratos celebrados segundo a lei civil, pelas razões já antes analisadas, por forma a substituir o vazio ou a escassez de «implied warranties» da lei.

## 5.2. *Warranty contratual, legal e jurisprudencial*

Do que deixámos dito resulta claro que as *warranties* podem também ser classificadas, segundo a sua fonte, em:

- «contractual warranties»
- «statutory warranties»
- «court warranties».

«Contractual warranties» podem respeitar a qualquer assunto que as partes entendam de interesse relevante estipular na sua relação contratual, por exemplo sobre:

- o grau de certeza da *warranty* (se limitado ou ilimitado) no que respeita à existência ou à veracidade do facto dela objecto (se a *warranty* não é concludente, a parte que a formula dirá, por exemplo: «tanto quanto é do meu conhecimento»...);
- a duração da *warranty*, isto é, se não tem limite temporal a afirmação da existência no tempo do facto ou, pelo contrário, se a *warranty* é feita até determinada data ou relativa apenas à data em que o contrato é celebrado;
- a capacidade e os poderes das partes para celebrarem o contrato;
- a existência de licenças ou autorizações, designadamente dada por órgãos sociais, para que o contrato possa ser celebrado, ou por autoridades públicas para que o produto possa ser comercializado;
- a existência ou não de litígios, ónus e encargos, etc..

«Statutory warranties» são, entre outras, as seguintes (damos aqui como exemplo o contrato de compra e venda de coisa):

- que o vendedor se presume ser o dono da coisa e que esta está livre de ónus ou encargos;
- que a coisa vendida tem presuntivamente as qualidades próprias para a sua utilização para o fim a que se destina;
- que a coisa vendida se presume igual à constante da amostra, no caso de venda sobre amostra;
- que a coisa vendida se presume em conformidade com a descrição, no caso de venda feita por descrição em catálogo ou outro meio <sup>(10)</sup>.

«Court warranties» são as que são apostas a um contrato por decisão judicial. Na verdade, os tribunais anglo-saxónicos dispõem de poderes *latos* para introduzir, quando solicitados a tal e dentro

---

<sup>(10)</sup> No nosso direito, ver várias disposições idênticas sobre a matéria nas modalidades de venda constantes dos artigos 887.º e seguintes do Código Civil.

de certas condições processuais, cláusulas destinadas a completar contratos ou a conferir-lhes a eficácia de que carecem. Trata-se de «equitable provisions», isto é, disposições integradoras de lacunas proferidas dentro de um critério de equidade e adequação aos interesses e às circunstâncias subjacentes a um dado contrato. Este poder não existe ou é muito limitado nos tribunais dos países de Direito Civil que se limitam, em regra, a interpretar e a fazer cumprir os contratos submetidos a juízo.

## 6. As *warranties* nos vários tipos de contratos

### 6.1. *Warranties típicas do contrato de compra e venda de coisas*

No direito anglo-saxónico, em matéria de contrato de compra e venda, domina um princípio já anteriormente referido que é conhecido, quer pela expressão latina «Caveat Emptor», quer pela expressão inglesa «Let The Buyer Beware» (deixe-se o comprador ser cuidadoso).

Isto significa que, na ausência de dolo ou incumprimento por parte do vendedor dos deveres impostos por uma *warranty* (contratual ou legal), pertence ao comprador o risco relativo às qualidades ou à quantidade da coisa comprada.

Nos Estados Unidos, este princípio tem aplicação quase exclusiva à compra e venda judicial, em leilão e semelhantes, dada a grande protecção ao consumidor existente. Na Grã-Bretanha, nota-se uma tendência semelhante nos últimos anos. Todavia, a compra e venda de bens não oferecidos ao grande público, por exemplo moradias unifamiliares e coisas infungíveis em geral permanecem sujeitas àquele princípio. O princípio «Caveat Emptor» não existe nos países de sistema civilista, dada a protecção maior ou menor que a lei geral, para além da legislação de protecção ao consumidor, concede ao comprador. Ao contrário daquele regime anglo-saxónico, o princípio da boa fé, como se sabe, impõe ao vendedor o cumprimento de deveres acessórios da prestação principal. Entre eles, segundo Karl Larenz in «Schuldrecht» pág. 5 (7.<sup>a</sup> edição): o dever de informação do vendedor ao comprador dos riscos pessoais ou patrimoniais não reconhecíveis relativos à utilização

da coisa vendida; o dever de embalar e enviar a coisa vendida com o cuidado necessário para não se deteriorar. Em geral, entre outros, os deveres de fidelidade, de aviso e informação, de cooperação, de protecção da pessoa e património da outra parte <sup>(11)</sup>.

Para além disso, o regime do erro e mais limitadamente o regime de resolução ou alteração do contrato por modificação das circunstâncias da base do negócio concedem ao comprador meios adicionais de protecção.

De novo salientamos aqui o ónus que as partes de um contrato no sistema anglo-saxónico têm de se precaver, pela via contratual e através de *warranties* e *representations* (e, sobretudo, o comprador devido ao mencionado princípio «Caveat Emptor»), contra as qualidades menos adequadas da coisa objecto de contrato e, designadamente, possíveis defeitos ou impropriedades dela para o fim a que se destina.

Entre os vários aspectos da coisa que, em regra, são no direito anglo-saxónico objecto de *warranties* expressas no contrato de compra e venda salientamos <sup>(12)</sup>:

- o bom funcionamento e a adequação da coisa ao fim em vista («fitness for purposes warranty») <sup>(13)</sup>;
- quantidades e pesos;
- titularidade e ausência de ónus do direito de propriedade sobre a coisa no momento da venda («good title warranty»);

---

<sup>(11)</sup> Para maior desenvolvimento desta matéria, ver, entre outros, Prof. Menezes Cordeiro, in *Da Boa Fé no Direito Civil*, pág. 586 e segs., Prof. Mota Pinto in *Cessão da Posição Contratual*, pág. 335 e segs. e Prof. Inocêncio Galvão Telles, in *Manual dos Contratos em Geral*, 3.<sup>a</sup> edição, pág. 62.

No direito português, os deveres acessórios da prestação estão, como se sabe, sobretudo, contidos no dever de boa fé acolhido pelo artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil e, de modo mais geral, no regime do abuso do direito constante do artigo 334.º do mesmo diploma.

<sup>(12)</sup> Como já se disse, a lei passou a prever recentemente, quer em Inglaterra, quer nos Estados Unidos, algumas destas *warranties* («implied warranties») em favor do comprador, não se tornando assim necessária a sua menção expressa no contrato (é o caso das *warranties* «clear and marketable title», «absence of material or legal defects», «merchantable quality» e «proper function»).

<sup>(13)</sup> No direito português, ver sobre esta matéria o já citado artigo 921.º do Código Civil.

- ausência de defeitos materiais;
- comercialidade legal da coisa, (isto é, não existência de disposição legal que interdite ou condicione a sua comercialização).

## 6.2. *Warranties típicas do contrato de compra e venda de acções ou de activos sociais*

As *warranties* nos contratos de compra e venda sobre estes bens referem-se, principalmente, não apenas àqueles que já mencionámos anteriormente relativos a compra e venda de coisas, tais como a boa titularidade do direito de propriedade que se pretende transmitir, a ausência de ónus ou encargos, mas também referentes a direitos ou aspectos da situação do activo e do passivo da sociedade emitente das acções a transaccionar ou a que pertencem os bens ou valores do activo e do passivo, a existência ou não de direitos de preferência de terceiros na compra das acções e outros.

Algumas dessas *warranties* têm consagração legal supletiva, mas são escassas.

Os aspectos sobre que incidem *warranties* contratuais («express warranties») são, nomeadamente, os seguintes:

### a) *Relativamente à sociedade ou empresa*

- autorizações sociais de venda;
- clientela («goodwill»);
- direitos de propriedade intelectual;
- valor e situação material e jurídica do activo social, nomeadamente a existência de ónus ou encargos;
- existência e situação jurídica de autorizações administrativas para o exercício de actividade (alvarás, etc.);
- a actividade durante os últimos anos expressa na contabilidade, nos lucros, nos créditos a receber, nos débitos e outras responsabilidades, designadamente potenciais ou ocultas, no cumprimento das normas reguladoras da actividade e bem assim a situação de cumprimento das obrigações fiscais, as obrigações relativas ao ambiente, ao consumidor, etc.;

- a rede comercial existente (concessionários comerciais, agentes, franquizados);
- litígios pendentes ou potenciais, do foro comercial, administrativo, laboral, fiscal, etc.;
- situação do pessoal.

b) *Relativamente às acções*

- registo comercial da sociedade emitente das acções;
- a titularidade das acções pelo vendedor e inexistência de ónus ou encargos que as afectem;
- existência de direitos de preferência ou promessas vinculativas de compra ou de venda das acções («call-option», «put option» por parte de outros accionistas) ou da necessidade de obtenção de autorização de venda por estes;
- direitos sociais especiais inerentes às acções a vender ou detidos por outros accionistas (direitos especiais de voto, de nomeação de administradores, de fiscalização, direito a dividendos especiais, etc.);
- capacidade do vendedor para vender e obtenção das autorizações sociais para tal, no caso de o vendedor ser uma sociedade comercial e bem assim autorização da assembleia geral ou do conselho de administração, etc..

### 6.3. *Warranties típicas no contrato de construção*

As *warranties* dadas pelo dono da obra respeitam, em regra, às seguintes matérias:

- o local onde a obra vai ser construída («site»), situação, acesso, possibilidade de construção de estaleiro e de armazéns de material e ferramentas pelo empreiteiro;
- natureza geológica do solo;
- condições de acesso e de fornecimento de electricidade e água à obra;
- desenhos e projectos fornecidos pelo dono da obra.

As *warranties* dadas pelo empreiteiro respeitam, por sua vez e em regra, às seguintes matérias:

- descrição dos trabalhos a efectuar e, se for o caso, dos materiais a fornecer;
- qualidade da obra;
- programa e cronograma de trabalhos;
- existência de registos no local da obra relativos à progressão da sua execução;
- segurança da execução da obra;
- controle de custos da obra.

#### 6.4. *Warranties típicas do contrato de financiamento internacional*

Não é prático descrever aqui, como também não é a propósito de outros contratos igualmente complexos, a multiplicidade de *warranties* em uso nos contratos de financiamento internacional. Contudo, alguns deles, principalmente os «*syndicated loans*» (empréstimos concedidos por um sindicato bancário) e os «*sovereign loans*» (empréstimos concedidos a estados e outras entidades públicas em regra por sindicatos bancários), merecem especial consideração.

Desde logo, porque aparecem normalmente identificadas nestes contratos como *warranties* cláusulas que só em parte o são. Efectivamente, uma *warranty* tem por objecto e diz basicamente respeito a factos, positivos ou negativos, com o seu significado próprio no cumprimento das obrigações. Estes factos podem, todavia, para que existam ou se mantenham existentes no tempo, originar a constituição de verdadeiras obrigações, isto é, a vinculação a condutas tendentes a isso mesmo, a constitui-los ou a manter a sua integralidade, tal como ela existe no momento da celebração do contrato ou, ainda, a modificá-lo ou a extingui-lo em momento posterior, tudo conforme for convencionado pelas partes.

Por exemplo, pode assegurar-se que determinado bem está desonerado de hipotecas. Isto é uma *warranty* típica. Mas associada a esse facto, que traduz a realidade em determinado momento, pode conceber-se uma obrigação tendente a assegurar

que a coisa, não só está desonerada no momento da celebração do contrato, mas permanecerá desonerada no futuro até por exemplo à data da ocorrência de certo evento. Este compromisso já não é uma *warranty*, mas sim uma obrigação «undertaking» ou «obligation».

Ora, no domínio dos financiamentos internacionais, sobretudo nos «sovereign loans», são correntes certas cláusulas que assentam numa *warranty*, mas desenvolvem-se e resolvem-se numa obrigação.

Na verdade, nos «sovereign loans» não são normalmente concedidas garantias (fianças, hipotecas, penhores, etc.) em favor do mutuante. Deste modo, não dispondo o mutuante desses recursos laterais de pagamento, necessita de obter declarações vinculativas específicas e de efeitos especiais no caso de incumprimento pelo mutuário. Em termos práticos, estas *warranties* especiais aproximam-se, na sua finalidade protectora, dos efeitos das garantias, enquanto visam assegurar a igualdade de todos os credores nos empréstimos internacionais e enquanto, ao não se verificarem na realidade, determinam consequências jurídicas especiais que mitigam a lacuna da inexistência de garantias (vencimento imediato da obrigação, etc.).

São elas:

- (1) — a «*pari passu*»;
- (2) — a «*negative pledge*»;
- (3) — a «*cross-default*».

Vejamos cada uma destas *warranties*.

### *Pari Passu Warranty*

A cláusula «*pari passu*» como é conhecida em Portugal (mais propriamente, na terminologia anglo-saxónica, «*pari passu ranking*») visa assegurar ao mutuante, através de uma declaração contratual do mutuário, que o crédito daquele está em pé de igualdade com os restantes créditos comuns do mutuário. Não se incluem, assim, nessa cláusula os eventuais créditos privilegiados que porventura existam, os quais, se for o caso, devem ser mencionados no contrato para poderem ser ressalvados dos efeitos do incumprimento da cláusula que adiante mencionaremos.

### *Negative Pledge Warranty*

Por ela o mutuário declara que não estão constituídas garantias reais sobre os seus bens em favor de outros credores. Essa *warranty* pode e é normalmente completada com uma obrigação que consiste em o mutuário manter a situação, obrigando-se a não constituir garantias reais no futuro sobre os seus bens em favor de outros credores.

### *Cross-Default Warranty*

Por ela o mutuário declara que não tem situações de incumprimento contratual de contratos da mesma natureza com outros mutuantes no momento da celebração do contrato de empréstimo. Está associada a uma outra estipulação, segundo a qual no caso de o mutuário não cumprir outros contratos de financiamento internacional, celebrados com o mesmo banco mutuante ou com qualquer outro banco, ou no caso de praticar actos que permitam o vencimento antecipado ou a exigibilidade imediata do pagamento nesses outros contratos de financiamento internacional, tais factos constituem fundamento contratual de vencimento imediato do mútuo celebrado.

Como se vê, as três *warranties* descritas, só em parte o são, ou seja, enquanto asseguram que, no momento da celebração do contrato, o crédito do mutuante está em pé de igualdade com os de outros mutuantes, que não existem, nesse mesmo momento, ónus ou encargos sobre o património do mutuário e que não existem situações de incumprimento, igualmente no momento da celebração do contrato, de outros contratos de financiamento internacional. Todavia, enquanto essas cláusulas se referem à manutenção da situação no futuro já constituem obrigações («undertakings») e não *warranties*.

As três *warranties* completam-se entre si e visam, no seu conjunto, determinar o vencimento antecipado e imediato do mútuo no caso de incumprimento, com a importante consequência inibidora, para o mutuário, de esse incumprimento determinar o vencimento de todos os outros empréstimos em que o devedor seja mutuário.

Outro interesse prático importante é o de impedir que o mutuante, em caso de insolvência ou falência do devedor, seja tratado desigualmente em relação a outros credores comuns ou, até mesmo, o de determinar o vencimento automático e antecipado do mútuo antes de outros créditos comuns <sup>(14)</sup>.

## 7. A *Warranty* nos vários estádios da negociação e contratação <sup>(15)</sup>.

### 7.1. *Warranties na fase negocial*

#### 7.1.1. *Em geral*

Não é usual as partes acordarem *warranties* na fase negocial ou pré-contratual para regerem as próprias negociações, deixando de ter aplicação logo que o contrato é celebrado. Dada a sua natureza não eminentemente obrigacional, mas sim fáctica relativa à situação passada, presente ou futura do *quid* condicionador ou

---

<sup>(14)</sup> Para mais desenvolvimento ver, em Portugal, Prof. Pessoa Jorge in «A Garantia Contratual da Igualdade dos Credores nos Empréstimos Internacionais», Centro de Estudos Fiscais, I vol., pág. 133 e segs. e, também, «Syndicated Lending-Practice and Documentation», por Tony Rhodes e outros, Euromoney Books e, ainda, «International Loans, Bonds and Securities Regulation», por Philip R. Wood, edição de Sweet & Maxwell.

<sup>(15)</sup> A propósito, é útil saber como se estrutura um contrato segundo a técnica anglo-saxónica, dado que isso nos permite compreender de uma forma global como se arrumam as matérias de que estamos a tratar.

Um contrato comercial típico (e só a contratos comerciais nos referiremos, embora não haja diferenças significativas para outros tipos de contratos) tem normalmente as seguintes partes (não é obrigatório que elas existam em todos os contratos):

— *Commencement* (Preliminares): na qual se indica a natureza do contrato, a data da celebração e a identificação das partes;

— *Recitals* (Preâmbulos): são parágrafos que normalmente são antecedidos da palavra «Whereas» (Considerando que...) que descrevem as várias razões de facto ou a finalidade por que o contrato é celebrado;

— *Operative Part*: normalmente começa pela frase *Now it is hereby agreed as follows*. Contêm-se nela as declarações contratuais essenciais do contrato, as que criam direitos e obrigações, que transmitem o direito de propriedade sobre a coisa ou determinam os

caracterizador do conteúdo das obrigações contratuais assumidas, a fase negocial não é ainda o campo fértil das *warranties*. Mencionemos, porém, exemplos de compromissos contratuais da fase negocial, susceptíveis de conterem *warranties*, que constituem, contudo, bons exemplos do estado evoluído da prática e da técnica negocial anglo-saxónica.

### 7.1.2. Acordos pré-contratuais

#### 7.1.2.1. Acordos de confidencialidade («Confidentiality Agreements»)

As partes podem ter conveniência em negociar numa estrita base de confidencialidade. Isso pode ser particularmente importante, quer nos casos de empresas cotadas em bolsa dado o efeito que o conhecimento pelo público da existência de negociações relativas a uma transacção de acções ou de activos dessa sociedade pode provocar nas cotações dos títulos em bolsa, quer nos casos de negociação com um concorrente da empresa vendedora dos activos ou da sociedade emitente das acções sob negociação. Na verdade, neste último caso, é normalmente necessário revelar ao concor-

---

efeitos típicos do contrato. As que expressam, em suma, a vontade de celebração do contrato e a produção dos efeitos jurídicos típicos dele;

— *Conditions Precedent* e/ou *Suspensive Conditions*: esta parte contém as *conditions* (condições) do contrato, suspensivas, resolutivas, impeditivas, etc.;

— *Other Operative Provision*: contém a descrição dos direitos e obrigações a que as partes ficam vinculadas como consequência das declarações contratuais feitas na «Operative Part». É nesta parte que aparecem as *warranties*, as *representations* e bem assim as cláusulas de limitação ou de exclusão de responsabilidade (se for o caso) e outras;

— *Boiler-plate* (isto é, cláusulas de estilo, na sua correspondente em português): constitui a última parte do contrato que contém cláusulas sobre aspectos complementares, tais como se às partes assiste ou não o direito de cederem a posição contratual, os endereços das partes para envio de notificações, as cláusulas do foro ou de arbitragem, se o contrato tem natureza internacional, qual a lei que lhe é aplicável e frequentemente a sacramental frase *AS WITNESS the hands of the duly authorised representatives of the parties to this Agreement the day and year first before written* e, por fim, as assinaturas das partes;

— *Schedules*: isto é, os documentos anexos.

rente interessado na compra aspectos relativos ao negócio da vendedora ou da sociedade emitente das acções sob negociação («disclosures») ou o próprio comprador tem necessidade de proceder a um exame da situação económica, financeira e jurídica da empresa («due diligence»).

#### 7.1.2.2. *Acordos relativos a não-oferta pública («Non-Hostile Takeover Agreements»)*

Visam proteger a sociedade que pretende vender activos ou a sociedade emitente das acções sob negociação contra uma possível oferta pública de compra hostil após o oferente ter obtido informações confidenciais relativas ao negócio da sociedade em questão.

#### 7.1.2.3. *«Standstill Agreements»*

Trata-se de acordos pelos quais as partes, no início das negociações de um contrato, se obrigam a não estabelecer negociações paralelas ou concorrentes com terceiros em vista do mesmo objetivo. Trata-se, assim, de acordos de não concorrência negocial (também denominados no direito inglês «lock-out agreements»).

#### 7.1.3. *A Warranty e a responsabilidade pré-contratual*

Não se trata agora de analisar a existência de acordos pré-contratuais na fase negocial, mas sim de notar a relevância da responsabilidade pré-contratual no «Common Law». Ou melhor, de verificar a sua pouca ou quase nula relevância.

De facto, nos sistemas de Direito Civil o princípio da boa fé na fase pré-contratual e mesmo o estudo sistemático da problemática pré-contratual fora do quadro da doutrina da boa fé e, em suma, a relevância dada a determinados valores de protecção de interesses preponderantes do contraente enganado ou prejudicado conduziram à fixação de um regime jurídico anulatório do contrato que, ainda assim, venha a ser celebrado, e/ou indemnizatório dos

prejuízos sofridos pela parte prejudicada. É o campo da «culpa in contrahendo», mais modernamente estudada a propósito da responsabilidade civil pré-contratual.

No «Common Law», porém, não são conhecidos deveres da boa fé, a não ser em certos contratos, tal como o contrato de seguro para os quais se exige o cumprimento estrito do princípio de *uberima fidae*.

Mais uma vez, a liberdade contratual tem um amplo e dominante sentido na fase negocial. As partes não têm de negociar segundo os deveres de boa fé conhecidos no Direito Civil. Têm apenas de negociar, em vista da protecção e auto-regulação dos seus interesses, conforme o entenderem mais conveniente.

Encontramos, decerto, aqui, mais uma explicação para a necessidade da existência de acordos negociais como os anteriormente mencionados («confidentiality», «non-hostile takeover» e «standstill agreements»), sem dúvida de grande interesse prático na fase negocial de certos contratos que sobreleva claramente o quadro limitado do regime civilista da «culpa in contrahendo» e acautela interesses específicos já identificados a propósito da análise desses acordos.

## 7.2. *Warranties no contrato-promessa*

O contrato-promessa é escassamente utilizado nos países do «Common Law». As partes negociam os contratos, estabelecem ou não acordos pré-contratuais, acordam os termos, condições, *warranties* e *representations*, rubricam os acordos alcançados para, num momento posterior, os assinarem definitivamente. Este momento final, após o período de negociação, que é a assinatura do contrato, denomina-se «closing» (celebração, encerramento do processo contratual, como se queira traduzir).

Durante esse percurso, às vezes longo, de muitos meses, não entra qualquer contrato-promessa. Sucede mesmo, com frequência, a ocorrência de um período de tempo entre o momento em que as negociações são encerradas com a rubrica do contrato e o «closing», dentro do qual certos documentos são obtidos ou são realizadas verificações finais (por auditores ou outros peritos) ou

até mesmo tem lugar a obtenção de autorizações administrativas ou dos órgãos sociais para a celebração do contrato. Mas, nem assim, a mera rúbrica do contrato, aguardando o «closing», se pode considerar um contrato-promessa ou um compromisso vinculativo.

Aqui, como em toda a fase negocial, domina o princípio da liberdade contratual. As partes, enquanto não celebrarem o contrato, não estão vinculadas à sua celebração ou a particulares deveres de protecção pré-contratual recíproca <sup>(16)</sup>.

Todavia, alguns autores e até mesmo alguma jurisprudência têm começado a despertar, em Inglaterra, para certas e gritantes situações de rompimento injustificado e danoso de negociações. Vidé o caso (julgado em 1982) *Barrington J. Cadbury v. Kerry Co.* — Op. no qual se anotou a existência de um certo compromisso vinculativo em vista da concretização do negócio ainda não assinado.

O documento, muito frequente nos países anglo-saxónicos, destinado a manifestar a intenção de contratar ou no qual se fixam os pontos preliminares básicos já acordados ou as próprias balizas quantitativas, temporais ou outras da negociação tem uma diferente natureza do contrato-promessa. É a «letter of intent» que é principalmente utilizada nos contratos de compra e venda de acções e de compra e venda de activos sociais ou de empreitada ou

---

<sup>(16)</sup> Por exemplo, no caso *Walford v. Miles* (1992), a Câmara dos Lordes pronunciou de novo o que tem sido sacramental no «case law» inglês: o direito que cada parte tem de se retirar, em qualquer altura, das negociações e não celebrar o contrato, é incompatível com o conceito compromissório deste. Por outras palavras, não há que falar em vínculos contratuais quando o contrato ainda não está celebrado. Igualmente não reconhecem qualquer dever de indemnizar por rompimento de negociações, simplesmente porque são difíceis de determinar os prejuízos (*Courtney & Farbairn v. Tolaini Brothers (Hotels)*), 1979. Este aspecto da indemnização ou difícil justificação e prova de danos pré-contratuais tem sido, de resto, a razão determinante para a não relevância jurídica dada pelos tribunais ingleses à fase negocial ou pré-contratual em caso de rotura das negociações. Lord Ackner, no caso *Walford v. Mills* (1992) 1 AER 453, disse textualmente que, muito embora o direito inglês admita os «lock-out agreements» ou «standstill agreements» (já atrás por nós referidos, vidé 7.1.2.3), através dos quais as partes se podem obrigar a não negociar com terceiros enquanto durarem as suas negociações, tal não significa que estejam obrigadas a negociar uma com a outra. E disse mais, que rejeitava a ideia de existirem deveres da boa fé no direito inglês, dado que são muito difíceis de concretizar na prática. Tais deveres contrariam o carácter eminentemente «adversariante» das negociações.

de bens cuja produção está em curso (respectivamente, «sale of shares agreements», «purchase of assets agreements» ou «work in progress agreements»).

Pode ser vinculativa, não vinculativa ou híbrida (vinculativa quanto a certos pontos do seu conteúdo e não vinculativa quanto a outros pontos).

Mas, mesmo nos países do sistema civilístico existem diferentes graus de popularidade dos contratos-promessa. Eles são, sem dúvida, muito utilizados nos países latinos. Mas já o são menos, por exemplo, na Alemanha. Tal deve-se ao facto de o contrato de compra e venda no direito alemão não ser translativo, mas sim real «quoad constitutionem», o que significa que o direito de propriedade sobre a coisa não é transmitido por mero efeito da celebração do contrato de compra e venda, mas apenas com a entrega da coisa ou com a celebração do negócio abstracto de transferência da propriedade. A celebração do contrato sem entrega da coisa pode ter assim uma função algo parecida com a do contrato-promessa ou, pelo menos, pode dispensá-lo na maioria dos casos.

A tal ponto que o contrato-promessa («Vorvertrag») não tem consagração legal no direito alemão, sendo antes um produto da doutrina e da jurisprudência.

## 8. A vigência da *warranty*

As partes podem acordar a duração de uma *warranty*. A sua vigência pode sobrevir ou não ao momento da celebração do contrato («closing»). Depende dos termos em que foi acordada.

Também a lei pode estabelecer limites temporais de vigência da *warranty*, que podem ser ou não afastados pela vontade das partes, variando de país para país os regimes jurídico-positivos nesse capítulo (referimo-nos aqui, tanto ao direito positivo de países do sistema do «Common Law», como do Direito Civil). Pelo menos, nos países do sistema civilístico existem dois tipos de limitações temporais de vigência:

- (1) a prescrição;
- (2) a caducidade.

A prescrição, que no direito anglo-saxónico tem a sua correspondente na «estoppel», refere-se, como se sabe, à extinção de direitos pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo (artigo 298.º, n.º 1, do Código Civil) e a caducidade («prescription») à extinção do direito que deveria ser exercido durante certo lapso de tempo e não foi (idem artigo 298.º, n.º 2).

## 9. Não verificação da *warranty*. Consequências

Já antes nos referimos a dois aspectos importantes do regime jurídico da *warranty* no direito anglo-saxónico.

Primeiro, que a *warranty*, embora não sendo uma obrigação no conceito civilístico, está com ela intimamente ligada, pois visa criar as condições subjacentes ou laterais necessárias ao cumprimento das obrigações contratuais, através de declaração que visa assegurar a veracidade ou a existência de um facto passado ou, sobretudo, de um facto presente e, se tal for acordado, de um facto futuro. Para que tais factos objecto da *warranty* sejam verídicos ou possam ter existência material ou jurídica pode tornar-se necessário adoptar certa conduta, positiva ou negativa, que a parte que formula a *warranty* se obriga a assumir ou a concretizar. Esta conduta não é, porém, a obrigação contratual que constitui o objecto principal do contrato. Estamos, ainda, no domínio da criação das condições subjacentes ou laterais, como dissemos, para que a obrigação contratual seja possível, tenha eficácia prática ou tenha interesse para as partes ou, pelo menos, para uma delas.

Segundo, que as consequências do incumprimento ou da não verificação da *warranty* <sup>(17)</sup> se resumem, no direito inglês, apenas à constituição do dever de indemnizar pela parte vinculada à *warranty* e, no direito norte-americano, tanto pode dar lugar ao dever

---

(17) É mais próprio falar-se em verificação ou não verificação da *warranty* do que em incumprimento, já que uma *warranty*, podendo implicar um dever de prestar, não é em si uma obrigação no sentido civilístico do conceito, que se cumpra ou incumpra.

de indemnizar, como ao direito de resolução do contrato ou outro que a lei estabeleça ou as partes convencionem.

Não adiantaremos mais sobre esta matéria, dada a natureza deste trabalho.

## 10. A garantia e a verificação do facto objecto da *warranty*

Uma vez que a *warranty* visa assegurar a existência ou a veracidade de um facto, positivo ou negativo, é óbvio que a garantia pode desempenhar um papel importante na cobertura dos efeitos da *warranty*, sejam eles os que respeitam à simples preservação da motivação tendente à criação das condições para que o facto objecto da *warranty* se verifique (neste caso estamos no domínio de uma certa compulsoridade que pode estar associada a certas figuras próximas da garantia, como é o caso da «Comfort Letter»), sejam os relativos às consequências pela sua não verificação (efecção da indemnização, etc.).

A garantia (*guarantee*) tem, no direito anglo-saxónico, praticamente o mesmo sentido da fiança no direito civil. Trata-se, portanto, de uma obrigação acessória de natureza pessoal (ou seja, não real), dada por um terceiro, de cumprimento da obrigação do devedor principal se este não cumprir.

O conceito civilístico de garantia real não é normalmente traduzido no «Common Law» por *guarantee*, mas sim por *security* (ou mais propriamente por *real security*, dado que a *personal security* é o mesmo que *guarantee* (Walker, *loc. cit.*, pág. 1126) <sup>(18)</sup>).

Vejamos, sumariamente, os instrumentos mais usuais no direito anglo-saxónico (muitos deles comuns ao direito civil ou recentemente assimilados por ele por força da expansão do comércio internacional) que constituem *guarantees*, para além de uma breve referência que também faremos a *real securities*.

---

(18) No direito anglo-saxónico, deve também distinguir-se o conceito de *guarantee* do conceito de *indemnity*. De facto, *indemnity*, enquanto contrato (dado que *indemnity* significa igualmente indemnização), é um acordo através do qual alguém se obriga a indemnizar outra. Ao contrário da *guarantee*, não tem natureza acessória, mas sim principal. O caso mais paradigmático de *indemnity* é o contrato de seguro.

10.1. «*Bank Guarantee*». «*Standby Letter of Credit*». «*Performance Bond*». «*Comfort Letter*».

«*Bank Guarantee*»

A «bank guarantee» (garantia bancária) é a forma mais comumente usada para assegurar os efeitos da falta de verificação de uma *warranty* ou de qualquer outro termo contratual, cuja não ocorrência implique consequências indemnizatórias (incumprimento de uma *condition*, de um *innominate term*, etc.).

Não é mais do que uma fiança, apenas dada por um banco <sup>(19)</sup>.

Contudo, e tal como sucedeu nos países de Direito Civil, as necessidades práticas do comércio internacional alargaram o conceito tradicional de obrigação subsidiária <sup>(20)</sup>, fazendo-a evoluir, primeiro para a fiança solidária, e depois para a garantia bancária à primeira solicitação («guarantee ou first demand»), isto é, uma fiança independente da obrigação do devedor principal que não permite sequer ao garante socorrer-se das exceções que podem assistir àquele <sup>(21)</sup>.

«*Standby Letter of Credit*»

Uma «standby letter of credit» não é o mesmo que uma «letter of credit» (carta de crédito). Trata-se de uma obrigação de pagamento semelhante à «bank guarantee». Tem origem nos Estados Unidos e é usada praticamente só neste país. Por uma razão

---

<sup>(19)</sup> Para maior desenvolvimento sobre o regime e os aspectos práticos da utilização da «Bank Guarantee», ver Driscoll in «Performance Bond, Bankers Guarantees and Mareva Injunction», 7 *NWJ*, *International Law & Business*, 1985, pág. 380. Ou, em geral, sobre «Bank-Guarantee, Standby Letter of Credit and Performance Bond in International Trade», a obra com este título de Norbert Horn e Eddy Wymeersch, Kluwer, 1990.

<sup>(20)</sup> O conceito de obrigação subsidiária da fiança está ligado ao conceito de caução («cautionment» no direito francês e «Bürgschaft» no direito alemão). Contudo, «caution» no direito anglo-saxónico não tem o mesmo sentido de caução.

<sup>(21)</sup> A garantia bancária «on first demand» ou, o que é o mesmo, «upon first demand» foi buscar esta designação abreviada às primeiras palavras da sua formulação contratual anglo-saxónica «upon first written demand and without the need to furnish any proof, judgment, award or evidence of any nature whatsoever» (vidé Williams, «On Demand and Conditional Performance Bonds» in *Journal of Business and International Law* (1981), pág. 8 e segs.).

simples: as leis federais bancárias norte-americanas não autorizam os bancos a emitir garantias bancárias. Por isso, tiveram necessidade de se socorrer da tradicional carta de crédito que, como se sabe, não é uma fiança, mas sim um meio de pagamento de uma dívida por um terceiro (um banco). Na «standby letter of credit», para que assumisse a natureza de uma garantia e não de um meio de pagamento, bastou adicionar-lhe uma condição: o pagamento pelo banco só é feito se a parte que solicita a carta de crédito (o devedor) não fizer o pagamento atempado. No fundo, é uma fiança bancária.

#### «Performance Bond»

No direito inglês, uma «bond» é uma declaração formal pela qual alguém se vincula a prestar alguma coisa para ou por outrem, em regra a pagar uma determinada quantia em dinheiro imediatamente ou numa data futura. A principal espécie de «bond» em Inglaterra é, por isso, a «money bond» (*loc. cit.*, Walker, pág. 140), que frequentemente é emitida por bancos ingleses no comércio internacional.

Contudo, nos Estados Unidos, uma «performance bond» (também chamada «completion bond») é basicamente uma obrigação de garantia acessória de uma obrigação principal, emitida a favor de um comprador no contrato de compra e venda ou de fornecimento ou do dono da obra no contrato de empreitada, que visa assegurar a execução do contrato respectivo em caso de incumprimento.

É normalmente emitida na condição de o beneficiário dela provar o incumprimento da obrigação principal pelo devedor principal.

Transposta do quadro legal e prático norte-americano para o comércio internacional, a «performance bond» não é senão uma fiança bancária, desde logo por, em regra, ser emitida por um banco. A sua diferença da «bank guarantee» reside mais no nome e no uso do que na sua natureza jurídica. Efectivamente, a «performance bond» é utilizada em contratos de prestação de facto ou em contratos complexos em que a prestação de facto, podendo estar associada a prestação de coisas, tem uma importância consi-

derável no cumprimento integral da prestação. É o caso do contrato de empreitada, de certos contratos de distribuição, do contrato de fornecimento continuado ou, por fim, do contrato de compra e venda que importa a fabricação da coisa pelo devedor e a sua entrega ao credor em momento posterior.

Como se disse, o seu vencimento depende da prova do incumprimento da obrigação principal pelo devedor, a ser feita pelo beneficiário da garantia e credor daquela obrigação principal. Neste particular, a condição de vencimento é apenas diferente da condição de vencimento da «bank guarantee» (garantia bancária de pagamento) pelo facto de o incumprimento na «performance bond» não ser um acto de falta de pagamento de uma determinada importância em dinheiro, mas sim o incumprimento, total ou parcial, de uma prestação de outra natureza — uma prestação de facto de maior ou menor complexidade executória. Todavia, excluindo a condição de vencimento da «performance bond» e a sua prova (na verdade, a «bank guarantee» pode exigir uma prova mínima do incumprimento ou até nenhuma prova, como é o caso da garantia bancária «on first demand»), ela não é mais do que uma garantia bancária como as outras.

### «Comfort Letter»

Em geral, são declarações não vinculativas emitidas por um terceiro com o objectivo de, dada a especial posição deste na formação ou na gestão da vontade do devedor principal, conferir ao credor algum conforto de que aquele, no vencimento, cumprirá. O terceiro é, em regra, o accionista maioritário do devedor ou outrém que, pela sua posição determinante, mal ficaria, sob o ponto de vista ético-social ou de imagem no mercado comercial ou financeiro, se o devedor principal, devendo cumprir e o emitente da «Comfort Letter» podendo fazê-lo cumprir, tal não sucedesse. No direito bancário, é uma carta dirigida por um terceiro a um banco com o fim de fortalecer as condições práticas do pagamento por forma a conseguir o crédito bancário <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Para maior desenvolvimento, ver Prof. António Menezes Cordeiro, *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lisboa, 1993.

Todavia, existem cartas denominadas de conforto que podem assumir natureza vinculativa («strong comfort letters»). Neste caso, não são verdadeiramente documentos deste género, mas sim fianças ou «personal guarantees» e, como tal, vinculativas ao cumprimento da obrigação principal garantida.

## 10.2. Outras garantias

Outras garantias susceptíveis de assegurar a verificação da *warranty* ou de propiciar os meios indemnizatórios emergentes da sua não verificação são as garantias reais (*real securities*). Têm igualmente a sua origem, tal como as *personal guarantees*, num contrato ou numa declaração negocial unilateral de garantia.

Não são diferentes, em termos teóricos, da garantia real do Direito Civil. O seu regime jurídico e o objecto, isso sim, podem variar, mas isso também pode suceder de ordem jurídica para ordem jurídica no universo das jurisdições do Direito Civil.

Familiarizemo-nos, todavia, com as várias figuras de garantia real no direito anglo-saxónico. Sumariamente, atendendo ao bem dado em garantia dela objecto podem ser, entre outras:

### *Garantia real sobre bens móveis*

- «pledge» (penhor);
- «chattel mortgage» (é sobretudo usada nos Estados Unidos). Constitui uma hipoteca sobre bens do devedor que permanecem na posse deste. Estão sujeitas a registo numa repartição pública;
- «mortgage» <sup>(23)</sup>;
- «warehouse warrant» de bens em armazém;

---

<sup>(23)</sup> Ao contrário do que comumente se pensa, a «mortgage» do direito anglo-saxónico está longe de constituir a hipoteca do direito civil. A sua denominação provém da expressão latina «mortnum vadium» ou seja, à letra, penhor morto («dead pledge»). Pode incidir sobre qualquer bem (móvel ou imóvel) e visa, obviamente, garantir, por via real, o pagamento de uma obrigação principal.

- «fiduciary transfer of title» (transmissão temporária do direito de propriedade sobre um bem do devedor para o credor como garantia de pagamento). Esta figura é muito utilizada no «leasing» financeiro sob a forma de «lease back»);
- «floating charge» (garantia real de bens móveis fungíveis que podem ser substituídos por outros da mesma natureza segundo a opção do garante);
- «statutory lien» (privilégios creditórios concedidos por lei) <sup>(24)</sup>.

#### *Garantia real sobre direitos*

- «pledge of a receivable» (penhor de crédito);
- «pledge of an invoice» (penhor de crédito incorporado numa factura comercial);
- «fiduciary assignement of a receivable as a security» (penhor de um crédito fiduciariamente cedido ao credor pignoratício em garantia de pagamento);
- «statutory lien» (privilégio creditório concedido por disposição legal) <sup>(25)</sup>;
- «floating charge».

#### *Garantia real sobre bens imóveis*

- «mortgage on real estate» (hipoteca);
- «statutory lien».

---

<sup>(24)</sup> De notar que em muitos países do «Common Law» e até mesmo nalguns de Direito Civil é possível constituir, por via negocial, privilégios creditórios, dentro de certas condições e atendendo à natureza de certos créditos. Tal sucede, nomeadamente, no Direito Comercial Marítimo. Isso não é possível no direito português, como se sabe, pois apenas a lei pode atribuir um privilégio creditório a certo crédito.

<sup>(25)</sup> Outras formas carecidas de autonomia conceitual por derivarem da «mortgage», mas com aspectos particulares de execução são, ainda, a «satautory assignment by way of a specific mortgage» e a «equitable assignement by way of a specific charge» que, dada a natureza deste trabalho, aqui não desenvolvemos.

## 11. Distinção entre garantias e meios de conservação de direitos

Tal como sucede no Direito Civil, também no «Common Law» existem meios de conservação da garantia patrimonial que, obviamente, não se confundem com as garantias de pagamento.

No direito português, o Código Civil considera meios de conservação típicos da garantia patrimonial a declaração de nulidade, o arresto, a acção de impugnação pauliana e a acção subrogatória (artigos 605.º a 622.º).

Outras formas de preservação de direitos existem, quer no Direito Civil quer no «Common Law», que, todavia, não são garantias de pagamento e também pouco interessam ao estudo da *warranty*, mas que importa mencionar para permitir manter clara a sua distinção. São elas, entre outros:

- «retention of title» (reserva de propriedade);
- «specific performance» (execução específica de um contrato-promessa ou de outro contrato susceptível de ser especificamente executado compulsivamente);
- «stoppage in transit» (exercício da excepção de incumprimento que se concretiza numa ordem de não entrega da mercadoria com interrupção do transporte já em curso).