

GIACOMO LUIZ MARIA OLIVEIRA GREZZANA

**A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS
EM ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Associado Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo/SP
2019

GIACOMO LUIZ MARIA OLIVEIRA GREZZANA

**A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS
EM ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

Versão corrigida da dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob orientação do Prof. Associado Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. O original encontra-se disponível em acervo reservado da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo/SP
2019**

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Grezzana, Giacomo Luiz Maria Oliveira

A natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária / Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. -- São Paulo, 2019.

513 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França.

GIACOMO LUIZ MARIA OLIVEIRA GREZZANA

**A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS
EM ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial.

Ata n. _____

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Associado Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (orientador)

Examinador

Examinador

Examinador

São Paulo

2019

*A todos que pacientemente ouviram os argumentos
desta dissertação*

RESUMO

Autor: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Título: A natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária. Data: 11.06.2019. Número de páginas: 444 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, data: 11.06.2019.

O trabalho inicia buscando compreender a função exercida pela cláusula de declarações e garantias nos sistemas de *common law* inglês e norte-americano para, a partir de sua função, identificar a natureza jurídica da cláusula no direito brasileiro. Na primeira parte do trabalho, procede-se a uma investigação acerca das funções exercidas pela cláusula de declarações e garantias, concluindo-se que a cláusula pode assumir naturezas jurídicas diferentes conforme a função exercida no caso concreto. Na segunda parte do trabalho, com base nessa delimitação, a dissertação analisa os regimes jurídicos possíveis de serem aplicados à cláusula: obrigação de garantia, obrigação de dar, responsabilidade pré-contratual, erro, dolo e vícios redibitórios e evicção. O trabalho também aborda o processo de auditoria prévia na sociedade para aquisição das ações ou quotas (*due diligence*), seu modo de realização e implicações sobre as obrigações das partes.

Palavras-chave: declarações; garantias; declarações e garantias; representações; representações e garantias; representations; warranties; representations and warranties; sociedades; venda; compra; alienação; participação societária; obrigação de garantia; obrigação de dar; pré-contratual; informação; erro; dolo; vícios redibitórios; evicção; due diligence; auditoria; comprador; vendedor.

ABSTRACT

Author: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Title: The legal character of representations and warranties in share acquisition transactions. Date: 06.11.2019. Number of pages: 444. Master`s degree – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 06.11.2019.

This master thesis seeks to understand the functions carried out by the clause of representations and warranties in the English and US common law systems so as to be able to identify its corresponding legal nature under Brazilian Law. In its first part, the thesis investigates the functions of representations and warranties clauses in Brazil, concluding that it may assume different legal natures according to the function exercised *in concreto*. In the second part of the thesis, based on the identified functions of representations and warranties, its legal natures are analyzed: indemnities, obligation to give, pre-contractual liability, misrepresentation and implied warranties (*vícios redibitórios e evicção*). This thesis also addresses the process of due diligence for acquisition of shares and equity interest, as well as its execution and effects thereof on parties' obligations.

Keywords: warranties; representations; representations and warranties; companies; sale; purchase; acquisition; shares; stock; equity interest; obligation to guarantee; obligation to give; pre-contractual; information; misrepresentation; due diligence; audit; buyer; seller.

ZUSAMMENFASSUNG

Verfasser: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Titel: Die Rechtsnatur der “Representations and Warranties” –Klausel in Unternehmenskaufverträge. Datum: 11.06.2019. Seitenzahl: 444 S. Masterarbeit – juristische Fakultät der Universität von São Paulo, São Paulo, datum 11.06.2019.

Die Masterarbeit untersucht die Aufgaben der “Representations and Warranties” –Klausel in den *common law’schen* Systemen und abzielt, die Rechtsnatur der Klausel in brasilianischem Recht festzustellen. Im ersten Teil der Masterarbeit werden die Funktionen der Representations and Warranties in Brasilien ermittelt, mit der Schulssfolgerung, dass diese Klausel mehrere Rechtsnaturen darstellen kann, je nach der *in concreto* vorgenommenen Funktion. Im zweiten Teil wertet die Arbeit die unterschiedenen Rechtsnaturen der Representations and Warranties aus, nämlich: Freistellungsanspruch, Stückschuld, Haftung aus *culpa in contrahendo*, Irrtum, Täuschung, Rechtsmängel und Sachmängel. Der *Due Diligence*–Verfahren wird angesprochen, als auch seine Implikationen für die Pflichten der Parteien.

Stichwörter: Garantien; Garantievereinbarung; selbständige Garantieverprechen; Zusicherung einer Eigenschaft; Beschaffenheitsvereinbarung; Representations; Warranties, Representations and Warranties; Verkauf; Kauf; Beteiligungskauf; Stückkauf; *culpa in contrahendo*; Information; Irrtum; Täuschung; Sachmängel; Rechtsmängel; *Due Diligence*; Unternehmenskauf

RÉSUMÉ

Auteur: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Titre: La nature juridique des déclarations du garant (*representations and warranties*) dans les cessions de droits sociaux. Date: 11.06.2019. Pages: 444 p. Thèse pour le degré de Master – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, date 11.06.2019.

La thèse commence par examiner la fonction exercée par la clause contenant les déclarations du garant (*representations and warranties*) dans les systèmes de *common law* anglais et nord-américain, avec le but de, à partir de cette fonction, identifier sa nature juridique dans le droit brésilien. En la première partie du travail, on recherche les fonctions exercées par la clause de déclarations du garant en Brésil et on conclut que sa nature juridique peut varier selon la fonction exercée dans chaque cas. En la deuxième partie, le travail fait une analyse des natures et régimes juridiques applicables à la clause : obligation de garantie, obligation de délivrance conforme, responsabilité pré-contractuelle, erreur, dol, vices cachés et éviction. La thèse aborde néanmoins les audits préalables à l'acquisition des droits sociaux (*due diligence*), son mode de réalisation et ses implications pour les obligations des parties.

Mots-clés : déclarations; garanties; déclarations du garant; representations; warranties; déclaration de sincérité; garantie de passif; garantie d'actif; garantie de valeur; société; droits sociaux; vente; obligation de garantie; délivrance conforme; pré-contractuelle; information; erreur; dol; vices cachés; éviction; due diligence; audit préalable; acheteur; vendeur

RIASSUNTO

Autore: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Titolo: La natura giuridica delle clausole di rappresentazioni e garanzie nella alienazione di partecipazioni societarie. Data: 11.06.2019. Pagine: 444 p. Master – Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo, San Paolo, data: 11.06.2019.

La tesi di master cerca di comprendere la funzione della clausola di rappresentazioni e garanzie nei sistemi di *common law* inglese e americano così da, sulla stregua delle funzioni che queste esercitano in quei sistemi, potere fare l'identificazione della sua natura giuridica nel diritto brasiliano. Nella prima parte della tesi, si fa un'investigazione sulle funzioni che la clausola di rappresentazioni e garanzie può esercitare in Brasile, concludendosi per la possibilità di questa assumere molteplici nature giuridiche a secondo della funzione *in concreto*. Nella seconda parte, la tesi analizza i regimi giuridici applicabili alla detta clausola: obbligo di garanzia, obbligo di dare, responsabilità precontrattuale, errore, dolo, vizi redibitori ed evizione. La tesi abborda anche la verifica dei cespiti aziendali prima dell'acquisizione (*due diligence*), bensì il suo modo di realizzazione e le implicazioni per le obblighi delle parti.

Parole-chiave : dichiarazioni ; garanzie ; rappresentazioni ; rappresentazioni e garanzie ; representations and warranties ; società ; vendita ; alienazione ; partecipazione societaria ; obbligo di garanzia ; obbligo di dare ; precontrattuale ; informazione ; errore ; dolo ; vizi redibitori ; evizione ; due diligence ; compratore ; venditore ; business warranties ; legal warranties

SUMÁRIO

SUMÁRIO	19
INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.....	23
1. Preliminares	23
2. As condições de entorno do direito contratual no <i>common law</i>	25
2.1. Análise objetiva dos termos que formam o conteúdo contratual	26
2.2. Ausência de regulação dos tipos contratuais na lei.....	27
2.3. Reduzido campo de atuação da boa-fé.....	28
2.4. Princípio <i>caveat emptor</i>	30
2.5. <i>Parol evidence rule</i>	32
2.6. Regra <i>ejusdem generis</i>	34
3. A <i>misrepresentation</i>	35
4. A tipologia das cláusulas contratuais no <i>common law</i>	44
4.1. <i>Conditions</i>	45
4.2. <i>Warranties</i>	48
4.3. <i>Indemnities</i>	53
5. A cláusula de declarações e garantias.....	57
6. Exposição do problema	62
PARTE I: DELIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS	64
1. Estrutura da cláusula de declarações e garantias.....	66
2. Funções da cláusula de declarações e garantias.....	70
2.1. Função assecuratória	73
2.2. Função conformativa	73
2.3. Função informativa.....	74
2.4. Função probatória.....	79
3. O enquadramento tipológico da cláusula de declarações e garantias.....	81
4. Classificação das declarações e garantias em alienação de participação societária	90
4.1. Garantias de balanço, de capital próprio, de ativos e passivos e de riscos	90
4.2. <i>Business warranties</i> e <i>legal warranties</i>	91
4.3. Declarações e garantias sintéticas e analíticas.....	92
4.4. Classificação segundo as consequências jurídicas concretas	93
5. Distinção de figura afim	95
PARTE II: A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS	97
1. Diferença entre vicissitudes da sociedade-alvo e vicissitudes das ações ou quotas..	97
2. A natureza jurídica das declarações e garantias no direito estrangeiro.....	116
2.1. Inglaterra e Estados Unidos	116
2.2. Alemanha	117

2.2.1. Vícios do objeto, vícios do direito e responsabilidade pré-contratual	118
2.2.2. Obrigação contratual de dar a participação societária.....	126
2.2.3. A <i>Freistellungsanspruch</i>	129
2.2.4. Erro e dolo.....	130
2.3. França.....	135
2.3.1. Obrigação de garantia.....	138
2.3.2. Obrigação contratual de dar a participação societária.....	139
2.3.3. Responsabilidade pré-contratual	142
2.3.4. Erro e dolo.....	143
2.3.5. Vícios ocultos e evicção	149
2.4. Itália.....	152
2.4.1. Obrigação de garantia.....	158
2.4.2. Obrigação contratual de dar a participação societária e vícios redibitórios	161
2.4.3. Responsabilidade pré-contratual	166
2.4.4. Erro e dolo.....	167
3. Brasil – exposição da tese defendida	173
4. A qualificação das declarações e garantias como obrigação de garantia no direito brasileiro	175
4.1. Proposição	175
4.2. A qualificação das declarações e garantias como obrigação de garantia	175
4.2.1. Elementos da obrigação de garantia: a garantia	178
4.2.2. Elementos da obrigação de garantia: o interesse protegido	180
4.2.3. Elementos da obrigação de garantia: o risco	184
4.3. Estrutura da cláusula de declarações e garantias como obrigação de garantia	190
4.3.1. Prazo de garantia.....	191
4.3.2. Prestador da garantia.....	196
4.3.3. Beneficiário da garantia.....	198
4.3.4. As consequências da falsidade das declarações e garantias.....	201
4.3.5. Consequências em espécie da falsidade de declarações e garantias: pagamento da soma garantida	204
4.3.6. Consequências em espécie da falsidade de declarações e garantias: redução do preço	209
4.3.7. Consequências em espécie da falsidade de declarações e garantias: desfazimento do negócio.....	212
4.3.8. Consequências em espécie da falsidade de declarações e garantias: sanção <i>in natura</i> do risco	214
4.3.9. Desnecessidade da classificação <i>legal warranties</i> e <i>business warranties</i>	215
5. A qualificação das declarações e garantias como obrigação de dar.....	216
5.1. Proposição	216
5.2. As declarações e garantias como obrigação dar no direito brasileiro.....	217
5.3. A estrutura das declarações e garantias como qualificadoras da obrigação de dar.....	224

5.3.1. Consequências da violação a declarações e garantias: cumprimento específico.....	227
5.3.2. Consequências da violação a declarações e garantias: indenização	232
5.3.3. Consequências da violação a declarações e garantias: resolução do contrato	235
6. Declarações e garantias e responsabilidade pré-contatual	246
6.1. Proposição	246
6.2. O surgimento de um dever de informar na fase de negociações em alienação de participação societária	247
6.2.1. A estrutura do dever de informar	253
6.2.1.1. Desconhecimento da informação pelo credor da informação.....	253
6.2.1.2. Conhecimento da informação pelo devedor da informação	255
6.2.1.3. Legitimidade do desconhecimento da informação: ônus de autoinformação	257
6.2.1.4. Legitimidade do desconhecimento da informação: perguntas e respostas.....	263
6.2.1.5. Legitimidade do desconhecimento da informação: relação de confiança entre as partes	267
6.2.2. Outros <i>topoi</i> aplicáveis à alienação de participação societária	268
6.2.2.1. Distribuição do risco informacional entre as partes	268
6.2.2.2. Essencialidade da informação.....	271
6.2.2.3. Considerações de eficiência.....	274
6.3. Conteúdo e extensão do dever de informar	278
6.4. Dever pré-contratual de informar em alienação de participação societária e <i>due diligence</i>	285
6.4.1. Funções da <i>due diligence</i>	286
6.4.2. Desenvolvimento da <i>due diligence</i>	287
6.4.3. <i>Due diligence</i> , diligência e ônus de autoinformação	289
6.4.4. Objeto da <i>due diligence</i>	294
6.5. Responsabilidade por violação a deveres pré-contratuais de informar	296
6.5.1. Consequências jurídicas da violação a dever de informar	296
6.5.2. Fixação do dano sofrido pela falha no dever de informar	303
6.6. Dever de informar e cláusula de declarações e garantias.....	308
7. Declarações e garantias e erro	310
7.1. Proposição	310
7.2. Erro substancial em alienação de participação societária: o erro próprio.....	311
7.3. Erro substancial em alienação de participação societária: o erro obstativo ...	324
7.4. Erro substancial em alienação de participação societária: o erro nos motivos	325
7.5. A cognoscibilidade do erro pela outra parte.....	328
7.6. A escusabilidade do erro.....	333
7.7. Restituição das partes ao <i>statu quo ante</i> e indenização do interesse negativo ..	338
8. Declarações e garantias e dolo	341
8.1. Proposição	341

8.2. Aplicabilidade do dolo à alienação de participação societária.....	341
8.3. A conduta dolosa	344
8.4. O <i>animus decipiendi</i>	348
8.5. O dolo essencial na alienação de participação societária	352
8.6. A diligência do <i>deceptus</i>	354
8.7. Dolo de terceiro, dolo do representante e os envolvidos na operação	357
8.8. Reparação de danos e restituição das partes ao <i>statu quo ante</i>	361
9. Declarações e garantias e vícios redibitórios e de direito.....	364
9.1. Proposição	364
9.2. Remota aplicabilidade do regime de vícios redibitórios e de direito à alienação de participação societária na ausência de declarações e garantias.....	364
9.3. Dificuldades aplicativas do regime de vícios redibitórios à alienação de participação societária	367
9.3.1. Inadequação ao conceito de vício grave do objeto.....	368
9.3.2. Dificuldade de determinar o caráter oculto do vício	378
9.3.3. Inadequação das consequências do regime de vícios redibitórios.....	383
9.4. Não subsunção das declarações e garantias ao regime de vícios redibitórios .	390
CONCLUSÃO	395
ANEXO	399
BIBLIOGRAFIA PESQUISADA.....	403
JURISPRUDÊNCIA PESQUISADA	434

INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1. Preliminares

O uso das cláusulas de declarações e garantias na prática contratual brasileira talvez seja o melhor exemplo de “transplante acrítico de soluções estrangeiras”.¹ A cláusula, muito utilizada em contratos oriundos do *common law* para equacionar interesses dos contratantes que só se põem em vista das peculiaridades daquele sistema jurídico, foi transposta para contratos utilizados no Brasil sem a devida adaptação aos institutos do direito nacional. Os problemas que a cláusula visa solucionar colocam-se no direito nacional sob outros formatos, a demandar respostas também sob outros formatos.

A cláusula de declarações e garantias é uma técnica contratual por meio da qual as partes fazem afirmações positivas ou negativas sobre diversos aspectos do bem objeto do negócio, cuja veracidade e exatidão são garantidas pela parte que presta tais afirmações.² Este conceito pode ser aceito de forma preliminar, mas comporta desenvolvimentos que serão feitos ao longo deste trabalho.

A utilização deste mecanismo na prática anglo-saxã tem origem no instituto da *misrepresentation*, que, de regra, só se preenche quando o vendedor faz afirmações equivocadas sobre o bem objeto do negócio, mas não quando omite informações. Daí a prática de incluir declarações expressas sobre as qualidades do bem no contrato. No direito romano-germânico, porém, não só há tutela contra a omissão de informações relevantes pelo comprador, como a assunção de responsabilidade em contrato pela presença de determinadas qualidades do bem independe de afirmações de fato sobre o mesmo.

Na fórmula anglo-saxã, o modo encontrado para alocar a responsabilidade foi a parte prestar uma afirmação de fato para incidir o regime da *misrepresentation* e, adicionalmente, prestar uma promessa contratual de que tais afirmações são verdadeiras (*warranty*) de forma a conjugar ambos os regimes de responsabilidade, contratual e extracontratual. A assunção de responsabilidade acabou adotando o formato de uma

¹ A expressão é de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. *in*: MARTINS-COSTA, Judith (org.), Modelos de Direito Privado. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22).

² MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 178.

declaração de fato, do tipo “o vendedor declara e garante que a sociedade possui tais qualidades...”.

Uma fórmula nacional poderia ser posta como “o vendedor assume responsabilidade caso a sociedade X não tenha tais qualidades...”. Na prática negocial, porém, impôs-se o modelo anglo-saxão e cada vez mais têm proliferado cláusulas de declarações e garantias, ou *representations and warranties*. Cabe ao jurista analisar como tais modelos estrangeiros³ acomodam-se aos institutos jurídicos nacionais, quais seus limites e como podem modificar os institutos tradicionais da nossa cultura jurídica.

Não é tarefa deste estudo apontar as causas dessa transposição de institutos. Pode-se imaginar que a alienação de participação societária seja o principal veículo deste movimento por conta da crescente onda de aquisições internacionais de empresas, na qual o Brasil figura como receptor do investimento e, portanto, em larga dose sujeito aos esquemas contratuais do investidor. Muitas vezes o investidor estrangeiro é uma grande companhia que possui um modelo padrão de contrato para aquisição de empresas, e seus advogados buscam aplicá-lo mundo afora com mínimas modificações.

De um ponto de vista prático, a razão de ser da cláusula de *representations and warranties* no *common law* é retirar a responsabilidade das partes em um contrato de alienação de participação societária dos esquemas ordinários de regulação jurídica, de forma a manter o alienante responsável por determinadas vicissitudes da sociedade-alvo mesmo após sua saída, total ou parcial, do quadro societário.⁴ Para compreender a função das declarações e garantias é preciso primeiro entender como é disciplinada a responsabilidade das partes no *common law*, para, a partir daí, identificar sua correta adaptação ao direito brasileiro.

O presente trabalho despenderá suas páginas introdutórias analisando os traços principais do direito contratual no *common law* para compreender a inserção da cláusula de declarações e garantias no contexto de uma alienação de participação societária. Não será

³ Modelos jurídicos, segundo Judith Martins-Costa, são estruturas normativas referidas às fontes de produção jurídica. Os modelos podem ser prescritivos ou hermenêuticos. Os primeiros, que aqui nos interessam, resultam da conjugação de dois ou mais princípios ou regras para formar estruturas normativas que direcionam condutas dentro de um dado segmento da realidade (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 265-266). Dentre os modelos prescritivos, encontram-se os modelos legais, jurisprudenciais, negociais e costumeiros, as declarações e garantias constituindo exemplo de modelo negocial.

⁴ KRAIEM, Ruben. *Leaving money on the table: contract practice in a low-trust environment*. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, p. 726.

feita uma extensa análise do direito contratual no *common law*, o que fugiria ao escopo deste trabalho, mas apenas as principais razões que levam as partes a estipular declarações e garantias e a técnica contratual empregada para tanto. Ao fim desta introdução, teremos condições de expor o problema que as declarações e garantias visam a resolver no *common law* e como esse problema pode ser resolvido no direito nacional.

Na Parte I do trabalho, será analisada a *fattispecie* cláusula de declarações e garantias e a *fattispecie* alienação de participação societária. Procuraremos, assim, delimitar e precisar o objeto deste estudo.

Na Parte II, analisaremos a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias especificamente em operações envolvendo alienação de participação societária e tentaremos indicar as consequências jurídicas aplicáveis à falsidade das declarações. Faremo-lo testando seis hipóteses que, à primeira vista, parecem aplicáveis: obrigação de garantia, obrigação de dar, responsabilidade pré-contratual, erro, dolo e vícios redibitórios e de direito. Nossa análise concentra-se na forma pela qual as declarações e garantias podem se relacionar com cada um destes institutos, e não necessariamente na identificação de um único regime jurídico aplicável. Até porque, como será demonstrado, as declarações e garantias não apresentam natureza jurídica unívoca, mas interagem com diversos institutos.

Feitas estas considerações preliminares, podemos passar à exposição do problema a partir do direito contratual do *common law*.

2. As condições de entorno do direito contratual no *common law*

Para compreender a função exercida pela cláusula de declarações e garantias nos países de *common law*, é preciso entender os incentivos existentes naquele sistema para que as partes elaborem longas e detalhadas obras contratuais. Estes incentivos tomam-se acentuam na cláusula de declarações e garantias, visto que há uma tentativa de cobrir todas as eventualidades possíveis de ocorrer em uma sociedade, capazes de afetar o interesse do adquirente. Listamos a seguir seis traços principais que incentivam esta abordagem.

2.1. Análise objetiva dos termos que formam o conteúdo contratual

Para que uma disposição se torne parte do contrato nos países de *common law*, é necessária uma certeza muito grande de que as partes quiseram trata-la como verdadeiro conteúdo do contrato. Coloca-se a questão de saber se as declarações⁵ feitas antes da celebração do contrato chegam a tornar-se conteúdo contratual (*terms of the contract*), ou se ficam no campo das simples declarações pré-contratuais (*mere representations*).⁶

O ponto de partida na formação do contrato certamente é o acordo de vontades entre as partes. Mas esse acordo é visto a partir de um ponto de vista bastante objetivado. Coloca-se grande ênfase na análise dos atos objetivamente praticados pelas partes para chegar ao acordo e não tanto nas suas circunstâncias subjetivas.⁷ Esse teste costuma desdobrar-se na presença de alguns requisitos objetivos, a saber: quanto maior a distância no tempo entre a declaração e o acordo final, menor a chance de tal declaração ter sido incorporada ao conteúdo do contrato;⁸ quanto maior a importância para a contraparte de que a declaração seja verdadeira, maior a chance de ser um *term of the contract*;⁹ se a parte que faz a declaração estiver em melhor posição de confirmar sua veracidade, também será maior a chance de tal declaração ser considerada parte do contrato;¹⁰ e, por fim, se a

⁵ A palavra “declarações” não é utilizada no texto com o sentido técnico que lhe é dado no direito brasileiro de “declaração negocial”, formada pelo encontro das vontades das partes do contrato. Trata-se aqui de afirmações ou troca de manifestações avolitivas que ficam fora do contrato. A opção por utilizar esta tradução do vocábulo *representations* se justifica pela frequência com que as cláusulas de “*representations and warranties*” são traduzidas para “declarações e garantias”.

⁶ CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 310 e 1014; FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 177.

⁷ CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 68-69; CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 306-307; MCKENDRICK, Ewan. *Contract: in general*. in: BURROWS, Andrew (ed.). *Principles of the English Law of obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 28-29.

⁸ FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 178-179; CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 1014 (citando jurisprudência); VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 22.

⁹ CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 1014 (citando jurisprudência); VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 22.

¹⁰ FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 179-183; CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 1014 (citando longa jurisprudência); VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 22. O principal caso neste sentido é *Dick Bentley Productions Ltd. v. Harold*

declaração feita na fase pré-contratual deixa de constar do acordo final, será pequena a chance de ser considerada um *term of the contract*.¹¹ Nesse último caso, entende-se que, se as partes discutiram a questão, mas optaram por não incluí-la no documento final, é porque não pretendiam atribuir-lhe eficácia de contrato. Para evitar incertezas sobre se as declarações feitas entre as partes justificam pretensões contratuais ou se constituem *mere misrepresentations*, as partes acabam inserindo-as no próprio instrumento contratual.

2.2. Ausência de regulação dos tipos contratuais na lei

Contribui para a preparação de longas obras contratuais o fato de o *common law* não dispor de tipos contratuais fixados em lei, como ocorre nos países de tradição romano-germânica (a exemplo do Título VI do Livro I da Parte Especial do nosso Código Civil). As partes não podem simplesmente escolher a regulação de um tipo e fixar em contrato apenas questões específicas não reguladas no tipo ou afastar a disciplina dispositiva do tipo em pontos específicos. As partes precisam tomar a iniciativa de regular em contrato todos os aspectos relevantes do negócio.¹²

John Cartwright explica que essa característica decorre do fato de o *common law* não ter construído seu direito contratual a partir da recepção do direito romano, onde o pacto deveria encaixar-se nos modelos de um dos contratos nominados para ser tratado como contrato.¹³ Obviamente, o *common law* reconhece a existência de diferentes tipos contratuais, como a compra e venda, prestação de serviços *etc.*, apenas não desenvolveu corpos de normas para regular a formação, o conteúdo e os efeitos especificamente a nível

Smith (Motors) Ltd. [1965] 1 WLR 623, no qual o vendedor de um automóvel usado afirmou que este não tinha rodado mais de 20.000 milhas, quando na verdade, já tinha passado as 100.000, o que levou a Corte a considerar a declaração uma promessa contratual (*warranty*). Já no caso *Oscar Chess Ltd. v. Williams* [1957] 1 WLR 370, o vendedor de um automóvel afirmara que o veículo era modelo 1948, baseando-se na alteração do registro do automóvel feita por um terceiro, quando na verdade tratava-se de um modelo 1939. A Court of Appeals considerou tratar-se de uma simples *representation*.

¹¹ FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 179; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 1014-1015 (citando jurisprudência); VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 22.

¹² CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 62-63; VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 22.

¹³ CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 55-56.

de cada um dos tipos. Todos os contratos são regulados pelos mesmos princípios e pelas mesmas regras.¹⁴

Joseph Chitty ressalta que, apesar da abordagem do direito contratual do *common law* ser a de não tipificar contratos em lei,¹⁵ alguns tipos lograram reconhecimento na legislação (como o transporte marítimo de coisas e de seguro marítimo) e, outros, no direito costumeiro, com a principal consequência, neste último caso, de possibilitar aos tribunais extrair termos implícitos do contrato que derivam não do acordo das partes, mas do tipo contratual em si.¹⁶

2.3. Reduzido campo de atuação da boa-fé

Um terceiro traço característico do *common law* é a inexistência de um dever genérico de agir segundo a boa-fé, seja na fase de tratativas contratuais, quanto na fase de execução do contrato.¹⁷ No reconhecido julgado *Walford v. Miles*, a *House of Lords* inglesa chegou mesmo a rejeitar a pactuação de uma obrigação de negociar segundo o princípio da boa-fé, pois isto iria contra a natural contraposição de interesses das partes de um contrato.¹⁸ Assim, não existem, em regra, deveres de informar, de respeitar os interesses da contraparte ou mesmo de agir com lealdade durante as negociações.

John Cartwright aponta três razões para a inexistência de um dever genérico de agir segundo a boa-fé. Primeiro, há uma certa relutância dos tribunais de *common law* em generalizar princípios abstratos, preferindo, em vez, particularizar suas razões no caso concreto. Daí a dificuldade para impor um dever geral de agir conforme a boa-fé.¹⁹ Segundo, a ideia de certeza do direito, tão cara aos tribunais de *common law*, ficaria comprometida com a inserção de um princípio como a boa-fé, marcado pela vagueza semântica própria a qualquer cláusula geral.²⁰⁻²¹ Terceiro, em contratos bilaterais, onde a

¹⁴ CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*. 3ª ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 58; FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 31.

¹⁵ CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 90, nota de rodapé n. 688.

¹⁶ CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 91-92.

¹⁷ CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 35-38.

¹⁸ *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128 [1992] 1 All E.R. 453 (HL).

¹⁹ CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*. 3ª ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 64-65 e 75-76.

²⁰ CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*.

contraposição de interesses entre as partes é natural, a posição dos tribunais é que seria inconsistente impor um dever de negociar em boa-fé,²² muito embora se admita um tal dever em contratos de cooperação, como os de parceria.²³ Como corolário, rejeita-se normalmente nos países de *common law* uma obrigação de informar a outra parte, assim como também se rejeita a obrigação de indenizar por ruptura de negociações.²⁴

A jurisprudência nos países do *common law* desenvolveu a figura do *promissory estoppel*, que cumpre de certa forma o papel do princípio da boa-fé no sistema romano-germânico. Pela doutrina do *estoppel*, a pessoa que faz uma declaração fica impedida de voltar atrás em tal declaração, se a contraparte nela tiver confiado. Mas o *estoppel* não cria um novo direito para a outra parte, ou uma nova pretensão (*cause of action*), daí a corriqueira locução “*estoppel is a shield not a sword*”. A parte atingida pelo *estoppel* apenas fica impedida de voltar atrás em sua declaração e, eventualmente, tem de arcar com os prejuízos causados.²⁵ O *promissory estoppel* está muito mais relacionado, assim, à proibição de comportamento contraditório, o que ao menos no direito brasileiro corresponderia à função da boa-fé como limite ao exercício disfuncional de posições jurídicas, deixando a descoberto a função hermenêutica e a de criação de deveres.²⁶

Neste ponto, o direito norte-americano difere sensivelmente do direito inglês, pois a obrigação de negociar segundo boa-fé está não só no §1-304 do *Uniform Commercial*

3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 65-66 e 76-78.

²¹ Sobre a vagueza semântica inerente às cláusulas gerais, veja-se MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 131-141.

²² CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 66 e 78-79.

²³ CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 66. Chitty adiciona ao rol dos contratos em que se admite um dever de agir segundo a boa-fé aqueles em que uma parte tem de considerar os interesses da outra, como no contrato de mandato (*agency*), e aqueles em que existe obrigação especificamente estipulada de agir segundo boa-fé (CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 43-50). O autor ainda reconduz as ideias de razoabilidade e justiça contratual à boa-fé, seja na interpretação contratual, na definição de termos contratuais implícitos e na adequação dos remédios jurídicos cabíveis em caso de violação contratual (p. 50-59).

²⁴ CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 80-82.

²⁵ MCKENDRICK, Ewan. Contract: in general. in: BURROWS, Andrew (ed.). Principles of the English Law of obligations. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 18-20; FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 132-136; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 459 e 469-470; CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 82-83 e 143-153. Veja-se também os casos paradigmáticos julgados pelas cortes inglesas em *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* [1947] KB 130 e *Jorden v. Money* [1854] 5 HL Cas 185.

²⁶ Sobre as três funções do princípio da boa-fé no direito brasileiro, veja-se MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, capítulos 6, 7 e 8.

Code,²⁷ mas também no §205 do *Restatement (2nd) of Contracts*.²⁸ Allan Farnsworth aponta que a visão tradicional é de ampla liberdade para negociar (*freedom of negotiation*), tendo ambas as partes possibilidade de, a qualquer momento, desistir das tratativas. A parte que entra em negociações com a expectativa de auferir ganhos com o contrato assume o risco de eventuais perdas, caso o contrato não se concretize. Segundo Farnsworth, esta abordagem está amparada na visão tradicional do contrato dentro do esquema de oferta e aceitação: a parte ofertada está protegida pela possibilidade de aceitar a oferta antes da sua revogação. Por isso não há simpatia pelo ofertado que vê a celebração do contrato frustrada pela revogação abrupta da oferta. O autor, porém, aponta que os fundamentos de tal doutrina vão cada vez mais se erodindo, pois as complexas negociações atuais de contratos dificilmente se deixam apreender no esquema tradicional de oferta e aceitação.²⁹

A principal razão para não se impor, no *common law* americano, uma obrigação de *fair dealing* na etapa pré-contratual, é que isso criaria um desincentivo para as partes entrarem em negociações, sabendo que podem estar assumindo um risco de responsabilização pela não conclusão do contrato. Farnsworth conclui, assim, que não há razões para abandonar a visão tradicional do *common law*, que atribui diminuta relevância ao princípio da boa-fé (*fair dealing*) na fase pré-contratual.³⁰

2.4. Princípio *caveat emptor*

Pelo princípio *caveat emptor*, é responsabilidade do adquirente examinar o bem objeto do negócio para identificar possíveis vícios e, eventualmente, garantir-se contra eles por meio de garantias contratuais específicas. O risco quanto a vícios da coisa fica a cargo do adquirente, pois o alienante só responde pelos vícios se tiver agido de má-fé.³¹

²⁷ Uniform Commercial Code, §1-304: “Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement”.

²⁸ Restatement (2nd) of Contracts, §205: “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”.

²⁹ FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, vol. 87, n. 2, mar./1987, p. 221-223.

³⁰ FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, vol. 87, n. 2, mar./1987, p. 242-243.

³¹ BRIDGE, Michael J. The sale of goods. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 341; VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 32-33. Gerard McMeel inclusive relaciona a doutrina do *caveat emptor* à regra tradicional de irrelevância do erro unilateral no *common law*, já que o risco de vícios da coisa fica a cargo do adquirente (MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 537).

O princípio *caveat emptor* também encontra aplicação nos países de *civil law*. Porém, sua amplitude é mais limitada, pois se reconhece à boa-fé o papel de criação de deveres informativos na fase contratual,³² ao passo que, no *common law*, o dever de informar é admitido em situações mais restritas. Na Inglaterra, a menos que a falta de informação configure *misrepresentation*, reconhece-se um dever de informar em situações bastante específicas, como relações consumeristas, contratos de seguro, relações de acentuada confiança, contratos de parceria e transações entre membros da mesma família.³³ Nos Estados Unidos, embora o §1-304 do *Uniform Commercial Code* imponha uma obrigação de agir segundo a boa-fé, não se considera a mesma uma fonte criadora de novos deveres, mas apenas um mandamento para que os contratos sejam interpretados e executados segundo os padrões comerciais. Ou seja, a boa-fé age de forma acoplada ao contrato.³⁴ Em ambos os países, portanto, o adquirente não é tutelado senão de forma casuística por um dever de informar, restando-lhe como princípio geral a inteira responsabilidade por procurar sua própria informação.

Tal princípio, contudo, vem sendo sistematicamente mitigado. Alex Johnson justifica tal mitigação com base no fato de que o princípio *caveat emptor* surge historicamente em um momento em que a sociedade era essencialmente agrária, e as transações imobiliárias envolviam substancialmente transferência de propriedade rural. Qualquer informação relevante para o negócio poderia ser facilmente obtida através de uma simples inspeção visual do imóvel. Por isso não se exigia a divulgação de informações pelo alienante. Com o incremento na complexidade das transações, a premissa que justifica o *caveat emptor* já não é mais verdadeira. Por isso, aceita-se um ônus maior do alienante de fornecer informações.³⁵

³² No Brasil, veja-se MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, capítulo 7.

³³ CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 80-81; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 119-121.

³⁴ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. Contract law and theory. 5^a ed. Durham: Carolina Academic Press, 2013, p. 89-90.

³⁵ JOHNSON JR., Alex M. An economic analysis of the duty to disclose information: lessons learned from the *caveat emptor* doctrine. San Diego Law Review, vol. 45, 2008, p. 97-99 e 118.

Atualmente, o significado do *caveat emptor* reside principalmente em impor ao adquirente um ônus de tomar todas as medidas preventivas necessárias para proteger seus interesses, sob pena de, não o fazendo, arcar com um negócio desvantajoso.³⁶

2.5. *Parol evidence rule*

A *parol evidence rule* (também conhecida como *four corners of the contract rule*) afirma que o contrato escrito é completo em si mesmo, suas disposições devendo ser interpretadas exclusivamente de acordo com o que está contido no documento contratual. O texto do contrato não pode ser afetado por outras coisas que as partes fizeram ou disseram até chegar no documento escrito. Daí a ideia de “four corners”: o contrato se lê apenas pelo que está escrito nos quatro cantos da página do documento que o contém.³⁷ Em curtas palavras, a *parol evidence rule* veda a interpretação do escrito pelo não-escrito.

A definição mais comum da *parol evidence rule* é a de que evidências verbais não devem ser admitidas para adicionar, modificar ou contradizer o instrumento escrito.³⁸ Chitty descreve-a da seguinte maneira: “[s]e um contrato foi reduzido por escrito, elementos verbais não podem ser admitidos (...) para adicionar, subtrair ou de qualquer outra maneira alterar ou qualificar o contrato” (tradução livre).³⁹

Na interpretação do contrato não são consideradas, portanto, comunicações nem as negociações entre antes da celebração do documento escrito. A utilização de elementos verbais é vedada na tarefa de interpretação. Acertos escritos, minutas e protocolos de intenções trocados entre as partes são igualmente irrelevantes para investigar o conteúdo do contrato.⁴⁰ De certa forma, a *parol evidence rule* torna o documento escrito um sistema hermeticamente fechado em si mesmo para evitar incertezas quanto a sua interpretação.

³⁶ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 33.

³⁷ CALNAN, Richard. Principles of contractual interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 24.

³⁸ Jacobs v. Batavia [1924] 1 Ch 287 at 296. Veja-se também ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 169.

³⁹ CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 1070: “[i]f there is a contract which has been reduced to writing, verbal evidence is not allowed to be given (...) so as to add or subtract from, or in any manner to vary or qualify the contract”.

⁴⁰ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 33-34.

Richard Calnan adverte, porém, que a regra não deve ser levada tão longe. Se as partes quiseram que o contrato fosse mais do que um simples documento escrito, seria inapropriado tratar o documento como se fosse a única fonte do acordo entre as partes.⁴¹ Como exceções à regra, as partes podem celebrar acordos colaterais verbalmente ou por escrito, além de trazer elementos extracontratuais para provar a invalidade do negócio.⁴²

Gerard McMeel relata, no entanto, que a regra vem sofrendo amenizações a partir do século XX, de forma a dar valor para o cenário mais amplo em que as partes celebraram o contrato, e não apenas à sua letra do contrato. Aceita-se, por exemplo, elementos extrínsecos quanto às circunstâncias de fato conhecidas de ambas as partes, ao objeto do contrato ou ao pano de fundo jurídico e regulatório das partes. Mas mesmo nessa versão moderna da *parol evidence rule*, excluem-se as intenções subjetivas e negociações prévias.⁴³ Pode-se dizer que, hoje, a *parol evidence rule* não nega a possibilidade de elementos extrínsecos serem utilizados para interpretar o contrato, mas apenas que o documento contratual deve ter primazia sobre outros materiais interpretativos.⁴⁴

No *Uniform Commercial Code*, § 2-202, está corporificada uma versão desta regra que apenas impede os termos escritos de serem contrariados por elementos não-escritos, mas permite que o documento escrito seja explicado ou complementado por outros acordos ou pelas negociações entre as partes.⁴⁵

Por outro lado, a *parol evidence rule* tem o mérito de ressaltar a função precípua do instrumento escrito de conferir certeza jurídica às partes,⁴⁶ mas nada impede de trazer elementos de fora do instrumento, caso em que o julgador terá de decidir se aceita-os ou não. Para evitar tais incertezas formou-se a praxe de incluir as chamadas *entire agreement clauses*, pelas quais as próprias partes limitam o acervo interpretativo ao documento escrito

⁴¹ CALNAN, Richard. Principles of contractual interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 24.

⁴² ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 169-170. No mesmo sentido, citando ainda outros casos em que se admite prova por meio de elementos externos ao contrato, TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 193-201.

⁴³ MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 165-166. O autor dedica longas páginas à matéria, cuja leitura se recomenda fortemente (p. 167-250).

⁴⁴ MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 41.

⁴⁵ WHITE, James; SUMMERS, Robert. Uniform commercial code. 6^a ed. Saint Paul: West Publishing, 2010, p. 116.

⁴⁶ CALNAN, Richard. Principles of contractual interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 25; TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 192.

do contrato. No fim das contas, as cláusulas de *entire agreement* acabaram substituindo a *parol evidence rule* como mecanismo de identificação do conteúdo contratual.⁴⁷

Em suma, pode-se dizer com John Cartwright que o sentido da *parol evidence rule* está em criar “*uma inferência quanto a quaisquer declarações ou promessas feitas por uma das partes à outra, durante as negociações, que não venham a ser repetidas no documento escrito, de que estas não deveriam ser contratualmente vinculativas*” (tradução livre).⁴⁸

2.6. Regra *ejusdem generis*

Um último traço característico do *common law* que vale ser mencionado neste capítulo introdutório é o apego à regra *ejusdem generis*, segundo a qual, quando uma cláusula contratual enumera várias termos específicos seguidos de um termo geral, deve-se interpretar tal termo geral como sendo restrito às coisas do mesmo gênero daquelas que foram listadas de forma específica.⁴⁹ O termo geral não é interpretado no seu sentido mais amplo, mas no sentido compatível com a classe dos termos específicos que o precedem.⁵⁰

Uma aplicação da regra poderia ser dada no seguinte exemplo, envolvendo cláusula de não-concorrência, tão comum em alienações de participação societária: “o alienante das ações não poderá investir como sócio, gerir, exercer atividade remunerada ou por qualquer outra forma participar de atividade concorrente”. Os sintagmas “investir como sócio”, “gerir” e “exercer atividade remunerada” estão aí como termos específicos, enquanto que “participar de atividade concorrente” está como termo geral. Como os três termos específicos anteriores referem-se a atividades positivas do alienante das ações, o sintagma “participar de atividade concorrente” deve ser entendido como vedação à prática de atos positivos que contribuam para atividades concorrentes, mas não assim para um não-fazer.

⁴⁷ CALNAN, Richard. Principles of contractual interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 25-26.

⁴⁸ CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 206 (“*But there will be an inference that any statements or promises made by either party to the other during negotiations, which are not repeated in the written document, were not intended to be contractually binding*”).

⁴⁹ PERILLO, Joseph. M. Calamari and Perillo on contracts. 5^a ed. Saint Paul: West Publishing, 2003, p. 159.

⁵⁰ Essa é a definição da regra dada pelo Black’s Law Dictionary: “*the ejusdem generis rule is, that where general words follow an enumeration of persons or things, by words of a particular and specific meaning, such general words are not to be construed in their widest extent, but are to be held as applying only to persons or things of the same general kind or class as those specifically mentioned*” (BLACK, Henry Campbell. Black’s Law dictionary. 5^a ed. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 464, verbete “*ejusdem generis*”). No mesmo sentido, CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 1065-1066.

Dada a tendência do *common law* para colocar toda a regulação do contrato por escrito, a regra *ejusdem generis* é utilizada por juízes para interpretar as disposições contratuais de forma restritiva. Porém, como observa Richard Calnan, as partes muitas vezes valem-se do termo geral ao fim da enumeração para ampliar o escopo da cláusula, o que pelo menos mitiga a funcionalidade da regra *ejusdem generis*.⁵¹ Já Gerard McMeel entende que, embora a máxima latina tenha aplicação, ela não pode ser tomada como mais do que uma presunção de linguagem.⁵²

Delineadas estas seis principais características estruturais do direito contratual no *common law*, compreende-se por que os contratos são tão extensos e detalhistas nos sistemas jurídicos que seguem essa tradição. As partes precisam esforçar-se para criar uma regulação contratual clara, completa e detalhada para conferir segurança a suas relações.

Tudo isto deixa-nos mais próximos de compreender a razão de ser da cláusula de declarações e garantias nos países de *common law*, mas não exaure a questão. Os seis traços analisados *supra* constituem incentivos para que as partes se lancem à redação de longas obras contratuais, especialmente extensas e minuciosas cláusulas de declarações e garantias, mas resta ainda analisar a técnica contratual do *common law*.

3. A *misrepresentation*

Representations são afirmações de fato feitas por uma parte com a intenção de induzir a outra a celebrar o contrato.⁵³ Podem consistir em afirmações sobre a qualidade do bem que é objeto do negócio, sobre a capacidade da pessoa de executar o contrato ou ainda sobre uma determinada situação. Neste sentido, as *representations* distinguem-se dos *terms of the contract*, porque não chegam a integrar o conteúdo do contrato, ao passo que estes últimos são o próprio conteúdo. As *representations* apenas induzem a parte a contratar sem constituírem elas próprias parte da regulação objetiva de interesses das partes.⁵⁴

⁵¹ CALNAN, Richard. Principles of contractual interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 82-83.

⁵² MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 293-295 (citando a evolução da jurisprudência inglesa neste aspecto).

⁵³ ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 97; STONE, Richard; DEVENNEY, James. The modern law of contract. 12^a ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 281; FARNSWORTH, E. Allan. Contracts. 4^a ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 237.

⁵⁴ CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter,

No direito inglês, não são *representations* aquelas afirmações tão vagas a ponto de não terem efeito algum sobre a decisão de contratar (*mere puffs*), nem as meras opiniões ou simples crenças de quem faz a declaração.⁵⁵ Característica relevante de uma *representation* é que esta só pode referir-se a fatos existentes, seja no presente ou no passado. Jamais comporta declarações sobre fatos futuros. Quando a parte promete praticar determinado ato no futuro, poderá descumprir o contrato se tal promessa for parte do contrato, mas certamente não estará dando uma falsa *representation* (*misrepresentation*).⁵⁶

Para que a parte possa valer-se dos remédios aplicáveis à *misrepresentation* no direito inglês, a declaração deve ser unívoca (*unambiguous*), relevante (*material*) e o declaratório deve ter nela depositado confiança (*reliance*). Se a declaração for ambígua, comportando mais de uma interpretação possível, ou seja, se for verdadeira em um sentido e falsa em outro, o declarante não será responsável por *misrepresentation* se a sua interpretação da própria declaração for a verdadeira ou se, apesar de tê-la interpretado no sentido falso, tiver nele acreditado honestamente.⁵⁷

Quanto à relevância, a declaração deve ser tal que uma pessoa razoável não teria celebrado o contrato ou não o teria celebrado nos mesmos termos se soubesse da sua falsidade.⁵⁸ Não se considera *misrepresentation* relevante se a declaração é correta em sua maior parte e falsa quanto a questões menores que não influenciariam a decisão de uma pessoa razoável.⁵⁹ Mas há duas exceções a esse requisito. A primeira é que a declaração falsa intencional sujeita à responsabilidade por *misrepresentation*, independentemente da

2015, p. 645; FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 345.

⁵⁵ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 330-331; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 103; STONE, Richard; DEVENNEY, James. The modern law of contract. 12^a ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 282-283; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 647-648.

⁵⁶ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 331; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 645; FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 346.

⁵⁷ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 335-336.

⁵⁸ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 336; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 670-671; FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 353.

⁵⁹ ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 105.

relevância. A segunda é que, qualquer declaração torna-se relevante se o contrato assim dispuser, mesmo que, considerada em si mesma, a declaração não tenha relevância.⁶⁰

Mais complexo é o preenchimento do requisito de confiança da parte enganada na declaração. Se a parte não confiou na declaração, então não se pode dizer que foi induzida a contratar por causa da declaração. O declaratório precisa ter recebido a declaração e ter sido decisivamente influenciado por ela.⁶¹ Assim, se o declaratório conhecia a verdade, não poderá reclamar da falsidade da declaração cuja falsidade era sabida. Do mesmo modo, se o declaratório investiga por si próprio a veracidade da declaração, não será esta que o terá induzido a firmar o negócio, mas sim a confiança no seu próprio julgamento. A responsabilidade por *misrepresentation* persiste ainda que o declaratório tenha tido oportunidade de testar a veracidade da declaração por si próprio, mas não seja razoável exigir-se que o fizesse.⁶² Por fim, o requisito de confiança na *misrepresentation* considera-se preenchido quando a declaração falsa é transmitida ao contratante por meio de terceiros, bastando que o autor da declaração falsa tenha a intenção de que seja transmitida ao declaratório, ou quando puder contar que a declaração lhe será transmitida (por exemplo, quando um relatório produzido pelo declarante seja transmitido ao banco intermediário da operação contendo informação falsa e este o repasse à contraparte do contrato).⁶³

É importante notar ainda que, como regra, a *misrepresentation* só se concretiza quando efetivamente exista uma declaração falsa. Não configura *misrepresentation* o mero silêncio quanto a um fato que a contraparte teria interesse em saber. No direito inglês, mesmo se a contraparte está celebrando o negócio com base em uma falsa representação da realidade, não há dever de entregar a informação verdadeira à outra parte, pois se sanciona apenas a parte que fala inverdades, mas não há obrigações positivas de informar fatos verídicos. Mas há algumas exceções na Inglaterra. Contar uma meia-verdade pode configurar *misrepresentation* quanto à parte do fato que foi omitida. Também configura *misrepresentation* deixar de comunicar uma mudança de fatos que torna falsa uma

⁶⁰ TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 336-337.

⁶¹ ANDREWS, Neil. *Contract rules: decoding English Law*. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 107; CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 667; STONE, Richard; DEVENNEY, James. *The modern law of contract*. 12ª ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 287 (ressaltando que a *misrepresentation* não precisa ser a única razão para celebração do contrato, embora precise ser decisiva).

⁶² TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 338-340; ANDREWS, Neil. *Contract rules: decoding English Law*. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 108-109. De forma similar, FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 351-354.

⁶³ TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 340-341.

declaração anteriormente prestada que era verdadeira. Em contratos *uberrimae fidei*, como o seguro, também se aceita que o silêncio configure *misrepresentation*.⁶⁴

No *common law* inglês, existem três tipos de *misrepresentation*: fraudulenta (*fraudulent misrepresentation*), negligente (*negligent misrepresentation*) ou inocente (*innocent misrepresentation*).

A *fraudulent misrepresentation* configura-se quando a declaração é feita com conhecimento de sua falsidade, sem crença na sua veracidade ou ainda de forma descuidada, sem importar-se com a veracidade ou falsidade do seu conteúdo.⁶⁵

Já a *negligent misrepresentation* consiste na prestação de declaração falsa em violação a um dever de cuidado. A questão então passa a ser a de definir quando está presente um tal dever. Günter Treitel classifica em três grupos os casos em que se pode afirmar a presença de um tal dever. O primeiro grupo de casos caracteriza-se quando a parte presta a declaração falsa no exercício de uma atividade profissional,⁶⁶ como ocorreu no caso *Anderson & Sons Ltd. v. Rhodes (Liverpool) Ltd.*,⁶⁷ em que se considerou que um agente que afirma a um vendedor de batatas que o seu comitente era solvente, quando não o era, tem um dever de cuidado para com o vendedor. O segundo grupo de casos é o de relações comerciais em que uma parte pode confiar no conhecimento superior e na experiência da contraparte,⁶⁸ como no caso de um arrendador que foi induzido a celebrar contrato de arrendamento com uma companhia petrolífera porque esta afirmara o grande potencial lucrativo do terreno.⁶⁹ O terceiro grupo de casos é aquele em que há uma relação jurídica especial entre as partes que justifica o dever de cuidado do declarante. Para identificar este terceiro grupo de casos, os tribunais ingleses recorrem a um teste trifásico consistente em analisar se (i) era previsível ao declarante que o declaratário iria confiar na afirmação falsa; (ii) há proximidade suficiente entre as partes; e (iii) se é razoável impor um tal dever ao declarante. Preenchidos estes três requisitos, configura-se a relação jurídica

⁶⁴ STONE, Richard; DEVENNEY, James. *The modern law of contract*. 12ª ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 285-287; FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 349-350.

⁶⁵ *Derry v. Peek* (1889) 14 App Cas 337. TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 343-344; CHITTY, Joseph Junior. *Chitty on contracts*. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 676; FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 354-355.

⁶⁶ TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 348-349.

⁶⁷ *Anderson & Sons Ltd. v. Rhodes (Liverpool) Ltd.* [1967] 2 All E.R. 850.

⁶⁸ TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 349.

⁶⁹ *Esso Petroleum Co Ltd. v. Mardon* [1976] Q. B. 801.

especial que dá azo à *negligent misrepresentation*.⁷⁰ Por fim, o dever de cuidado pode ser assumido voluntariamente pelo declarante, mesmo que não haja contrato expresso sobre o ponto, caso em que se dispensa o teste trifásico.⁷¹ O maior exemplo dessa assunção de um dever de cuidado é o famoso caso *Hedley Byrne*.⁷² Hedley Byrne era uma empresa de publicidade que recebera um grande pedido de um cliente seu, a empresa Easipower Ltd., ao que indagou ao banco Heller & Partners Ltd. acerca da solvência do seu cliente. A resposta foi afirmativa e Hedley Byrne prestou os serviços a Easipower, a qual, porém, entrou em liquidação logo após. Heller & Partners não foi condenado a indenizar porque a informação fora prestada com a advertência “without responsibility”, mas a House of Lords declarou que, se não houvesse tal exclusão expressa de responsabilidade, seria de considerar-se uma assunção de um dever de agir com cuidado.⁷³

O direito inglês conhece ainda a chamada *innocent misrepresentation*, quando a parte que presta a declaração falsa não age fraudulentamente nem em violação a dever de cuidado.⁷⁴

Em todos os casos de *misrepresentation* no direito inglês, são dois os seus efeitos. O primeiro é que o contrato pode ser desfeito *ab initio* (*rescission*)⁷⁵ à escolha do declaratório enganado, restituindo-se as partes ao estado anterior.⁷⁶ Mas o desfazimento do contrato fica obstado se as partes estiverem impedidas de restituir uma à outra ao estado

⁷⁰ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 345-347; STONE, Richard; DEVENNEY, James. The modern law of contract. 12^a ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 297. Menciona esse terceiro grupos de casos, porém sem fazer alusão ao teste trifásico: CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 698-699.

⁷¹ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 347-348; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 697.

⁷² Hedley Byrne & Co Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] A. C. 465.

⁷³ Veja-se as palavras do juiz Lord Morris of Borth-y-Gest: “I consider that it follows and that it should now be regarded as settled that if someone possessing special skill undertakes, quite irrespective of contract, to apply that skill for the assistance of another person who relies upon such skill, a duty of care will arise”.

⁷⁴ CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 703; FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 363.

⁷⁵ Günter Treitel adverte que o termo *rescission* é polissêmico no direito inglês, podendo ser utilizado tanto para definir a extinção do contrato *ab initio*, como a resolução do contrato por inadimplemento, em ambos os casos recolocando-se as partes, tanto quanto possível, no lugar em que estariam se o contrato nunca tivesse sido celebrado (TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 370).

⁷⁶ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 371; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 109-110; STONE, Richard; DEVENNEY, James. The modern law of contract. 12^a ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 290-291; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 715; FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 364 e 366.

original.⁷⁷ Esse impedimento se aplica ao desfazimento do contrato em geral, independente da causa do desfazimento.⁷⁸ A razão de ser da regra é impedir que a parte seja colocada em posição pior do que se encontrava antes de celebrá-lo.⁷⁹ Este impedimento terá grande impacto no contrato de alienação de participação societária, pois, pela própria natureza do seu objeto, quase sempre é impossível restituir à outra parte a empresa sem alterações.

O segundo efeito é o surgimento de pretensão indenizatória para o declaratório, o que pode ser feito cumulativamente ao desfazimento do contrato ou de forma autônoma, desde que não importe em duplo ressarcimento.⁸⁰ A indenização por *misrepresentation* segue o paradigma da responsabilidade extracontratual (*damages in tort*), recolocando-se o declaratório no estado em que estaria sem a declaração falsa. Se a *representation* for assumida como obrigação contratual, o paradigma de responsabilidade contratual (*damages in contract*) determina que a parte seja colocada na situação em que estaria se a declaração fosse verdadeira.⁸¹ A exceção fica por conta da *innocent misrepresentation*, para a qual não existe remédio indenizatório, mas apenas desfazimento do contrato.⁸² Porém, para evitar que o negócio inteiro seja anulado, o art. 2(2) do Misrepresentation Act de 1967 passou a conferir ao juiz o poder discricionário de manter o contrato e conceder perdas e danos em vez do desfazimento do negócio, tendo em vista a natureza da *misrepresentation* e os danos sofridos pelas partes com o desfazimento.⁸³

No direito americano, a *representation* também refere-se sempre a fatos passados ou presentes, mas jamais a fatos futuros, pois aí estar-se-ia diante de uma obrigação

⁷⁷ FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 370.

⁷⁸ O'SULLIVAN, Dominic; ELLIOTT, Steven; ZAKRZEWSKI, Rafal. The law of rescission. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 365.

⁷⁹ O'SULLIVAN, Dominic; ELLIOTT, Steven; ZAKRZEWSKI, Rafal. The law of rescission. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 366.

⁸⁰ TREITEL, Günter. The law of contract. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 343; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 675. De forma um pouco diversa, Neil Andrews entende que o dano cumulável com a anulação do negócio são apenas as despesas necessariamente incorridas segundo os termos da operação (ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 111). De forma contrária, entendem Stone e Devenney, para os quais, no regime do *common law*, a indenização aplica-se apenas no caso de *innocent misrepresentation*, pois o escopo da indenização é bastante restrito, vez que limitada aos gastos necessariamente incorridos com a celebração do negócio (STONE, Richard; DEVENNEY, James. The modern law of contract. 12ª ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 298).

⁸¹ TREITEL, Günter. The law of contract. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 359-360.

⁸² CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 703.

⁸³ TREITEL, Günter. The law of contract. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 357-359; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 115.

contratual propriamente dita.⁸⁴ Como diz Mark P. Gergen, uma *representation* oferece confiança (*invites reliance*) quanto a um determinado enunciado, mas não traz a promessa de tomar alguma atitude no futuro para que tal enunciado venha a ser verdadeiro.⁸⁵ A *representation* pode ser feita por meio de qualquer tipo de conduta, mas normalmente é uma afirmação em palavras escritas ou faladas. Tal como no direito inglês, o mero silêncio (*nondisclosure*) não é sancionado, mas o §161(b) e (c) do *Restatement (2nd) of Contracts* determina que o silêncio equivale a uma afirmação positiva quando a divulgação do fato ou da informação for necessária para impedir que a contraparte celebre o negócio (i) com base em falsa representação da realidade e não seja conforme ao padrão de boa-fé ou de negociação leal não fornecer a informação que elimina o erro, ou (ii) em equivocada compreensão do conteúdo ou efeito de um contrato escrito.⁸⁶ Allan Farnsworth ensina ainda que a falha em retificar uma informação verdadeira, que se torna falsa por mudança superveniente de circunstâncias, pode ser considerada *misrepresentation*, assim como a não divulgação de uma informação quando as partes estão em uma relação de confiança.⁸⁷

A parte só pode exigir os remédios da *misrepresentation* nos Estados Unidos quando tiver confiado de forma justificada na veracidade da declaração falsa. Assim, se a

⁸⁴ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 237. Contra este entendimento tradicional, Mark P. Gergen defende que a responsabilidade por afirmações negligentes e equivocadas deveria ser colocada na problemática contratual (GERGEN, Mark P. *Negligent misrepresentation as contract*. *California Law Review*, vol. 101, 2013, p. 989-1011).

⁸⁵ GERGEN, Mark P. *Negligent misrepresentation as contract*. *California Law Review*, vol. 101, 2013, p. 959.

⁸⁶ HOFFER, Stephanie R. *Misrepresentation: the restatement's second mistake*. *University of Illinois Law Review*, 2014, vol. 1, p. 127. No comentário oficial do American Law Institute ao §161 do *Restatement (2nd) of Contracts*, afirma-se que a parte não tem o dever de informar tudo o que sabe à contraparte, mas a não divulgação só tem consequências jurídicas nos casos enumerados no §164 (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law second contracts §§1-177*. Saint Paul: American Law Institute Publisher, 1981, p. 431-432). Veja-se no texto original do *Restatement (2nd) of Contracts*, §161: “*When Non-Disclosure Is Equivalent to an Assertion. A person's non-disclosure of a fact known to him is equivalent to an assertion that the fact does not exist in the following cases only: (a) where he knows that disclosure of the fact is necessary to prevent some previous assertion from being a misrepresentation or from being fraudulent or material. (b) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to a basic assumption on which that party is making the contract and if non-disclosure of the fact amounts to a failure to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing. (c) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to the contents or effect of a writing, evidencing or embodying an agreement in whole or in part. (d) where the other person is entitled to know the fact because of a relation of trust and confidence between them*”.

⁸⁷ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 240. Sobre a necessidade de corrigir declarações anteriormente feitas à luz de mudança de circunstâncias, veja-se o comentário oficial ao §161, item c, do *Restatement (2nd) of Contracts* (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law second contracts §§1-177*. Saint Paul: American Law Institute Publisher, 1981, p. 432). De forma um pouco diversa, Marvin Chirelstein interpreta o §162 do *Restatement* como uma regra que equipara a não divulgação à *misrepresentation* toda vez que a não divulgação configurar violação à boa-fé ou disser respeito a uma premissa básica do contrato levada em conta pela outra parte (CHIRELSTEIN, Marvin A. *Concepts and case analysis in the law of contracts*. 2ª ed. Saint Paul: Foundation Press, 2013, p. 90).

parte investigou por conta própria os fatos que originaram a declaração falsa e confiou na veracidade dos fatos com base em seu próprio julgamento, não terá pretensão por *misrepresentation*.⁸⁸ Questão controversa é se o comprador, mesmo tendo ciência da falsidade da *representation*, negocia uma indenização específica para tal *representation* no contrato. Aqui o comprador certamente não terá confiado na *representation*, pois sabe de antemão que é falsa; contudo, as partes decidem mantê-la no contrato para o comprador poder cobrar indenização. Seria o comprador merecedor de tutela neste caso? No conhecido caso *Hendricks v. Callahan*, decidiu-se pela perda do direito à indenização.⁸⁹

Tampouco se considera justificada a confiança em uma mera opinião do declarante, em uma questão de direito ou ainda em uma simples afirmação de intenção subjetiva do declarante.⁹⁰ Porém, a jurisprudência americana impõe o dever de agir com certa diligência para investigar a veracidade das afirmações da contraparte, não se tolerando uma confiança cega em qualquer informação.⁹¹

O *Restatement (2nd) of Contracts* distingue apenas duas hipóteses de *misrepresentation*, em seus §§162-163: fraudulenta (*fraudulent misrepresentation*) e relevante (*material misrepresentation*). Na *fraudulent misrepresentation*, a parte que faz a declaração falsa ou tem conhecimento de sua falsidade, ou não acredita na veracidade da sua própria declaração, ou a faz descuidadamente, sem ter elementos suficientes para fazê-la (*scienter*).⁹² Porém, é imprescindível que o declarante tenha também a intenção de

⁸⁸ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 245. Contrariamente a este entendimento comum, Pablo Carrillo entende que mesmo o conhecimento prévio da falsidade da informação não deve, por si só, impedir a ação por *misrepresentation*. Para o autor, a parte que toma conhecimento da falsidade da informação antes de fechar o negócio pode ter razões negociais suficientes para fechar o negócio mesmo assim e, por isso, não deveria ser penalizada com a perda do remédio da *misrepresentation*. Assim, apenas quando o desconhecimento da falsidade da informação fosse causado por negligência da parte é que se poderia falar em não incidência da *misrepresentation* (CARRILLO, Pablo Enrique. *Beware of Scylla and Charybdis: stock purchase of privately held companies and the remedies problem under Rule 10b-5 – what is buyer to do?* *Tulane Law Review*, vol. 72, jun./1998, p. 2119-2130). Em nosso parecer, tal entendimento não merece ser seguido no Brasil. Se a parte tem ciência de que a informação é falsa, não há falsa representação da realidade (o que já obsta o acesso ao erro e dolo) e tampouco prejuízo por falha no dever de informar, já que o pretenso credor da informação acaba obtendo, ainda que por outros meios, a informação.

⁸⁹ *Hendricks v. Callahan*, 972 F.2d (8th Circ. 1992). Veja-se os comentários de Bill Payne em PAYNE, Bill. *Representations, reliance and remedies: the legacy of Hendricks v. Callahan*. *Bench & Bar of Minnesota – Official Publication of the Minnesota State Bar Association*, 2005, vol. 62, n. 8.

⁹⁰ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 247-252.

⁹¹ HOFFER, Stephanie R. *Misrepresentation: the restatement's second mistake*. *University of Illinois Law Review*, 2014, vol. 1, p. 132.

⁹² A expressão “*scienter*” é comumente utilizada para indicar que o declarante tem ciência da falsidade de sua declaração. Mas, para os fins do §162 do *Restatement (2nd) of Contracts*, qualquer das 3 hipóteses supra delineadas configuram *scienter*, conforme consta do próprio comentário oficial (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law second contracts* §§1-177. Saint Paul: American Law Institute Publisher, 1981, p. 440-441).

enganar.⁹³ Já na *material misrepresentation*, são desnecessárias a ciência de que a afirmação é falsa e a intenção de enganar: basta que a *misrepresentation* seja capaz de induzir a contraparte a manifestar seu consentimento ou que o declarante saiba que ela tem o potencial de induzir especificamente aquele declaratário a celebrar o contrato.⁹⁴⁻⁹⁵

As consequências da *misrepresentation* no direito americano diferem conforme a natureza da *misrepresentation*. Na *material misrepresentation*, o enganado pode pedir desfazimento do contrato (*rescission*) e a consequente restituição dos benefícios e vantagens recebidas de uma parte a outra (*Restatement (2nd) of Contracts*, §376), ou em dinheiro, se não for mais possível a restituição *in natura*.⁹⁶

Já a *misrepresentation* fraudulenta dá ao enganado a opção de desfazer o contrato e pedir a restituição das prestações recebidas ou manter o contrato e pedir apenas indenização dos prejuízos sofridos. A forma de cálculo desses prejuízos varia de estado para estado norte-americano. Alguns estados, como Nova Iorque, adotam o critério *out-of-pocket*, pelo qual o dano sofrido é igual ao valor pago pelo bem menos o quanto o bem efetivamente vale.⁹⁷ Outros estados seguem o critério *benefit of the bargain*, segundo o qual o dano é igual ao valor que o bem teria se as declarações do alienante fossem verdadeiras, menos o valor atual do bem.⁹⁸ As diferenças podem ficar mais claras com um exemplo. Imagine-se que o comprador C adquire uma casa do vendedor V por 5 mil, motivado pela afirmação de V de que a casa está livre de infestações de cupins. Após a compra, descobre-se que a casa, na verdade, possui infestações do inseto, o que faz seu valor cair para 3 mil. Pelo critério *out-of-pocket*, o dano seria calculado da seguinte forma: 5 mil - 3 mil = 2 mil. Já pelo *benefit of the bargain*, se a veracidade da afirmação fizesse a

⁹³ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 243-44; veja-se também o comentário oficial do American Law Institute ao §162 (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law second contracts* §§1-177. Saint Paul: American Law Institute Publisher, 1981, p. 439-440).

⁹⁴ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 244; AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law second contracts* §§1-177. Saint Paul: American Law Institute Publisher, 1981, comentário ao §162, item c, p. 441.

⁹⁵ Stephanie Hoffer discute se a relevância da *misrepresentation* seria necessária apenas na *material misrepresentation* ou igualmente na *fraudulent misrepresentation*. Segundo a autora, mesmo a *fraudulent misrepresentation* deve induzir e ter a intenção de induzir a outra parte a contratar. Como na maioria dos casos o consentimento da parte ao contrato dificilmente seria induzido por uma *misrepresentation* sem relevância, a autora conclui que ambos os tipos de *misrepresentation* exigem que a afirmação falsa seja relevante (HOFFER, Stephanie R. *Misrepresentation: the restatement's second mistake*. *University of Illinois Law Review*, 2014, vol. 1, p. 121-122).

⁹⁶ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 254.

⁹⁷ Veja-se *Reno v. Bull*, 124 N.E. 144, 146 (N.Y. 1919).

⁹⁸ Veja-se *Lightning Litho, Inc. v. Danka Indus., Inc.*, 776 N.E.2d 1238, 1241-1242 (Ind. Ct. App. 2002).

casa valer 10 mil, V teria de pagar a C a diferença entre 10 mil e 3 mil = 7 mil. Em adição a esta indenização, o enganado pode pedir ainda *punitive damages*.⁹⁹

Em ambos os casos de *misrepresentation*, a impossibilidade de restituir às partes ao estado anterior impede a alegação de *rescission*.¹⁰⁰ Mas note-se que, mesmo na ação de *misrepresentation* que busca tão somente indenização, em muitos estados norte-americanos a vítima deve comprovar a confiança na *representation* feita pela outra parte.¹⁰¹

Vê-se, assim, que o adquirente de participação societária encontra proteção limitada no instituto da *misrepresentation*, pois, além de o não-fornecimento de informações sobre a sociedade não configurar *misrepresentation* em geral, o adquirente teria de fazer prova de que justificadamente confiou na informação prestada. Diante da dificuldade de realizar tal prova, o melhor recurso é proteger-se por meio de estipulações contratuais.¹⁰²

4. A tipologia das cláusulas contratuais no *common law*

A distinção entre os *terms of the contract* e as *mere representations* é de grande importância no *common law*, pois permite distinguir entre aquilo a que as partes quiseram outorgar força vinculativa contratual e aquilo que ficou no campo das simples declarações pré-contratuais que não chegam a obrigar as partes ao seu cumprimento. No primeiro caso, as partes estão sujeitas aos remédios próprios do descumprimento contratual; no segundo, aos remédios explorados acima para a *misrepresentation*.

À base de toda a construção dos termos do contrato está o acordo das partes. Os direitos inglês e americano partem da ideia de contrato com base na intenção das partes, naquilo que as partes efetivamente prometeram uma à outra e concordaram.¹⁰³ Os termos do contrato são classificados em *express terms* e *implied terms*. Em um contrato escrito, os termos expressos estão escritos no próprio instrumento contratual ou são a ele incorporados

⁹⁹ STARK, Tina L. *Drafting contracts: how and why lawyers do what they do*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 15-16.

¹⁰⁰ PERILLO, Joseph. M. *Calamari and Perillo on contracts*. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing, 2003, p. 357.

¹⁰¹ AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. *Model stock purchase agreement with commentary*. Vol. I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 288.

¹⁰² KARAMPATZOS, Antonios G. *Der Umfang der Aufklärungspflicht des Verkäufers beim Unternehmenskauf – Insbesondere die so genannte “Non-Reliance”-Klausel*. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2012, p. 853-854, aduz que a melhor forma de se proteger contra a indução a erro no *common law* é colocar no contrato as informações repassadas para induzir a outra parte a celebrar o negócio.

¹⁰³ CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*. 3ª ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 201; WILLISTON, Samuel. *A treatise on the law of contracts*. vol. 11. 4ª ed atualizada por Richard Lord. Danvers: West Group, 1999, p. 31-33.

por outro documento escrito, desde que o contrato aceite tal incorporação. Já em um contrato não escrito, a busca pelos termos expressos depende das comunicações entre as partes e dos meios de prova que as partes puderem trazer ao processo. Já os termos implícitos são aqueles que não foram incluídos expressamente no contrato pelas partes, mas cuja existência pode ser atestada pelo julgador no caso concreto.¹⁰⁴ Embora essa distinção seja bastante trabalhada no *common law*, fugiria ao escopo deste estudo descer à análise dos critérios de existência e interpretação de tais termos.

Mais importante é analisar a tipologia das cláusulas contratuais construídas no *common law*, pois afetam diretamente o entendimento da cláusula de declarações e garantias. Fazemos aqui referência às *conditions*, *warranties* e *indemnities*.

4.1. *Conditions*

A expressão “conditions” é polissêmica no *common law*. Gerard McMeel identifica pelo menos três significados diferentes para as *conditions* no direito inglês. Em um sentido amplo, *conditions* são qualquer estipulação que integre o conteúdo do contrato, equivalente aos *terms of the contract*. Em um segundo sentido, *conditions* são apenas aquelas obrigações contratuais às quais as partes outorgam importância tamanha a ponto de o descumprimento de uma *condition* justificar a extinção do contrato. Neste segundo sentido, a *condition* pode melhor ser explicada por contraposição a uma *warranty*, que é uma cláusula contratual que não possui senão importância lateral para a equação de interesses entre as partes. A violação de uma *condition* autoriza a resolução do contrato, ao passo que a *warranty* apenas intitula a parte inocente a reclamar indenização. Por fim, em um terceiro sentido, a *condition* pode ser mencionada como uma disposição que impede a formação do contrato até que se preencha a *condition (condition precedent)*, ou que desfaz o contrato caso venha a implementar-se (*condition subsequent*),¹⁰⁵ sentido próximo ao de condições suspensivas e resolutivas do direito brasileiro. Günter Treitel aponta ainda um quarto sentido para as *conditions* no direito inglês, no qual esta organiza a ordem de execução das

¹⁰⁴ CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016, p. 203, 205 e 210.

¹⁰⁵ MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 544-545. Classificação similar pode ser encontrada em CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32^a ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 295-296 e 1025-1026. Apontando também a polissemia da palavra no direito inglês, FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 203-207

obrigações das partes no contrato. Por exemplo, a entrega da mercadoria pode ser *condition* para que surja a obrigação do comprador de pagar o preço.¹⁰⁶

Já no direito americano, é mais comum ver-se o emprego de *conditions* no terceiro e quarto sentidos acima mencionados. Assim, a *condition* tanto pode ser um evento incerto e alheio ao controle das partes, de cuja implementação depende a obrigação da parte de executar o contrato (e nesse sentido é que o §224 do *Restatement 2nd of Contracts* define a *condition*), quanto um método de organização da entrega das prestações de parte a parte.¹⁰⁷ As *conditions* podem ser utilizadas também para criar procedimentos dentro do contrato para que uma parte possa exigir a execução da obrigação da outra parte, por exemplo, o envio de notificação à contraparte.¹⁰⁸ Para falar de obrigação contratual, o direito americano costuma utilizar as expressões *covenant* ou *promise*, em vez de *condition*.¹⁰⁹

Para o escopo deste trabalho releva a compreensão das *conditions* no segundo sentido mencionado acima para o direito inglês, pois permite melhor compreender a cláusula contratual que é seu oposto, as *warranties*. Adotaremos, a partir de agora, a expressão *conditions* no sentido de cláusula contratual com fundamental importância para o contrato a ponto de o seu descumprimento justificar a extinção do contrato.

Obviamente a parte não estará autorizada a extinguir o contrato apenas em caso de violação de uma *condition*. A extinção do contrato também pode ocorrer se a violação de uma cláusula contratual que não se enquadra como *condition* nem *warranty* (os chamados *intermediate terms*) for suficientemente grave a ponto de justificar a extinção do contrato, ou igualmente se a contraparte se recusar a prestar ou se o contrato contiver disposição específica sobre o direito de pedir sua extinção.¹¹⁰ A função de uma *condition* será, então, a de estabelecer a presunção *prima facie* de que a sua violação por si só é suficientemente grave a ponto de autorizar a resolução.

Diz-se *prima facie* porque em certos casos a violação de uma *condition* não será tão relevante para o contrato a ponto de justificar sua extinção. Em alguns casos, os tribunais

¹⁰⁶ TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 788-789.

¹⁰⁷ FERRIEL, Jeffrey; NAVIN, Michael. *Understanding contracts*. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2004, p. 411-417; FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 503-504. Enfatizando o uso no terceiro sentido aqui mencionado, HUNTER, Howard O. *Modern law of contracts*. Vol. 1. West Publishing, 2012, p. 568-572.

¹⁰⁸ FERRIEL, Jeffrey; NAVIN, Michael. *Understanding contracts*. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2004, p. 417.

¹⁰⁹ Essa é a nomenclatura usada, por exemplo, em HUNTER, Howard O. *Modern law of contracts*. Vol. 1. West Publishing, 2012, p. 568.

¹¹⁰ MCMEEL, Gerard. *The construction of contracts: interpretation, implication and rectification*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 545-546.

ingleses rejeitaram o pedido de extinção com base em violação de uma *condition*, porque, embora sendo *condition*, não tocava à essência do contrato.¹¹¹ É claro que, se as próprias partes classificam determinada cláusula como *condition*, será difícil encontrar maneira melhor de medir a importância da *condition* no esquema contratual que a própria vontade das partes.¹¹² Mas em outros casos, julgou-se que a resolução por *fundamental breach* visa a proteger a parte contra prejuízos, ao passo que a extinção por violação de uma *condition* objetiva promover segurança jurídica às partes que assim estipularam, independente da magnitude da violação.¹¹³ Pode-se, assim, entender a extinção por desrespeito de uma *condition* como exceção à regra de resolução por *fundamental breach*.¹¹⁴

A extinção contratual no direito inglês possui basicamente três efeitos. Em qualquer caso, a extinção (i) desobriga as partes de suas obrigações ainda não vencidas¹¹⁵ e (ii) obriga a parte inadimplente a indenizar a outra em lugar da prestação primária.¹¹⁶ Porém, pode também (iii) intitular a parte inocente a pedir restituição das prestações entregues em lugar da indenização, mas, se a prestação entregue pela parte inocente for em dinheiro, a falha da parte inadimplente em oferecer a sua contraprestação deve ser total para que nasça o direito de extinguir a avença, ou, ao contrário, se a prestação da parte inocente não for em dinheiro, basta o inadimplemento parcial.¹¹⁷ Assim, a regra é que a extinção projete seus efeitos apenas para o futuro, mantendo hígidas as prestações já entregues pelas partes.¹¹⁸ Apenas em determinadas circunstâncias serão desfeitos os efeitos já produzidos

¹¹¹ Hongkong Fir Shipping Co Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1962] 2 Q. B. 26; United Scientific Holdings v. Burnley BC [1978] A. C. 904; TREITEL, Günter. The law of contract. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 791.

¹¹² TREITEL, Günter. The law of contract. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 791-792. No entanto, não só a nomenclatura da cláusula adotada pelas partes, mas também a lei, os precedentes judiciais, a outorga expressa de um direito de resolução em caso de violação podem indicar a presença de uma *condition* (STANNARD, John E.; CAPPER, David. Termination for breach of contract. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 141-156; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 285-287; STONE, Richard; DEVENNEY, James. The modern law of contract. 12ª ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 458-460).

¹¹³ Bunge Corp v. Tradax Export SA [1981] 1 W. L. R. 711; Lombard North Central plc v. Butterworth [1987] Q. B. 527.

¹¹⁴ TREITEL, Günter. The law of contract. 11ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 791.

¹¹⁵ STANNARD, John E.; CAPPER, David. Termination for breach of contract. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 239.

¹¹⁶ STANNARD, John E.; CAPPER, David. Termination for breach of contract. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 261; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 282; MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 547.

¹¹⁷ STANNARD, John E.; CAPPER, David. Termination for breach of contract. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 287-299.

¹¹⁸ ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 281-282; MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 546-547; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general

pelo contrato. O credor pode optar por manter o contrato, mas sua aceitação pode ser considerada um indício de que a *condition* não era tão relevante ao mesmo.¹¹⁹

No direito americano, dada a diferença de entendimento quanto ao conceito de *condition*, a não ocorrência da *condition* suspende a obrigação da parte até que esta se implemente ou, se a *condition* não puder ocorrer de forma definitiva, a parte fica liberada de cumprir sua obrigação. A exceção à regra fica por conta da *condition* cujo implemento uma das partes obriga-se a fazer acontecer.¹²⁰ A resolução contratual fica sujeita à regra geral de inadimplemento substancial do contrato (*material breach*),¹²¹ sendo que a ausência de probabilidade de purga da mora é requisito do *material breach*, de acordo com o §241 do *Restatement (2nd) of Contracts*.

4.2. Warranties

As *warranties*, contrariamente às *conditions*, são promessas contratuais que, por não tocarem matérias fundamentais ao contrato, não dão ensejo a resolução contratual quando de sua violação, mas apenas a indenização¹²² independentemente de culpa.¹²³ Porém, é preciso concordar com Gerard McMeel que as *warranties* não são necessariamente cláusulas de importância secundária na arquitetura contratual, embora esta seja a lição mais corriqueira. As *warranties* podem ser a cláusula mais importante do negócio, e frequentemente o são em operações envolvendo alienação de participação societária. Mas, mesmo nesse caso, as *warranties* se distinguem por gerar apenas ação de indenização, e esse é o seu traço característico.¹²⁴

principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 710.

¹¹⁹ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 57.

¹²⁰ FERRIEL, Jeffrey; NAVIN, Michael. Understanding contracts. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2004, p. 418.

¹²¹ FERRIEL, Jeffrey; NAVIN, Michael. Understanding contracts. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2004, p. 450 e 478; FARNSWORTH, E. Allan. Contracts. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 566.

¹²² STONE, Richard; DEVENNEY, James. The modern law of contract. 12ª ed. Abingdon: Routledge, 2017, p. 210; CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015, p. 1030.

¹²³ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 62.

¹²⁴ MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 554. Essa essência das warranties foi reafirmada no caso Hong Kong Fir Shipping Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1962] 2 Q.B. 26, [1962] 1 All ER 474. Veja-se também FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 207-211.

É comum a confusão entre *warranties* e *representations* quando a declaração feita com o intuito de induzir a pessoa a contratar é posteriormente incluída como *term of the contract*, pois aí a declaração sobre fato presente ou passado deixa de ser uma mera declaração indutora do contrato e passa a ser uma obrigação contratual. No direito inglês, a incorporação de uma declaração de fato ao conteúdo do contrato transforma-a em *warranty*, mas a *representation* pode subsistir como tal para o efeito de provocar o desfazimento do negócio.¹²⁵ Em outras palavras, ambos os regimes podem conviver simultaneamente. Ainda que a *representation* não se incorpore ao negócio como *term of the contract*, a declaração pode ser interpretada como um pacto lateral de *warranty* (*collateral warranty*), se, apreciada sob o prisma do teste objetivo que identifica quais declarações integram o conteúdo do contrato (Introdução *supra*, n. 2.1), o julgador puder definir que a intenção das partes era elevá-la ao posto de promessa contratual.¹²⁶

Em dois casos envolvendo alienação de participação societária, a jurisprudência inglesa firmou o entendimento de que a parte não pode reclamar por violação de *warranty* se, antes da celebração do negócio, tinha conhecimento da falsidade da *warranty*. No caso *Eurocopy*,¹²⁷ o adquirente da totalidade do capital de uma sociedade alegou quebra de *warranty* por conta de uma informação que não fora divulgada pelo vendedor, mas sua pretensão foi negada com base na alegação do vendedor de que o comprador tinha tomado conhecimento da real situação de fato antes da assinatura do contrato. Já em *Infiniteland*,¹²⁸ o vendedor de 100% do capital de uma sociedade não informou corretamente em sua contabilidade a injeção de mais de um milhão de libras em outra sociedade logo antes da venda da companhia ao comprador, que alegou quebra da *warranty*. O vendedor, porém, demonstrou que a informação tinha sido repassada ao perito contábil que auxiliou o comprador na negociação. A corte de apelação inglesa, embora reconhecendo que o conhecimento do fato obstaría a pretensão por quebra de *warranty*, acabou acolhendo o pedido do comprador, pois entendeu que o conhecimento do fato pelo contador não pode ser estendido ao comprador.

¹²⁵ TREITEL, Günter. The law of contract. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 805; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 100.

¹²⁶ MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 555-556; ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 99-100.

¹²⁷ Eurocopy v. Teesdale [1992] BCLC 1067, CA.

¹²⁸ Infiniteland Ltd. v. Artisan Contracting Ltd. [2004] EWHC 955 (Ch).

Na Inglaterra, o art. 53 do Sale of Goods Act de 1979 oferece ao beneficiário da *warranty* a opção de pedir a redução do preço ou de levantar uma pretensão indenizatória autônoma. Uma das maiores diferenças da *warranty* para a *misrepresentation* está na forma de cálculo dos danos gerados pelo seu descumprimento. Como a *warranty* é uma promessa contratual propriamente dita, o interesse juridicamente protegido do beneficiário da *warranty* é que o bem possua todas as qualidades prometidas nas declarações de fato. Portanto, a indenização visa colocá-lo no estado em que se encontraria se o bem possuísse tais qualidades. No caso de uma declaração de fato não estar coberta por proteção contratual, a indenização visa apenas a diferença entre o preço pago e o valor real do bem, sem as qualidades prometidas.¹²⁹ A diferente forma de cálculo dos danos nas duas situações reflete a dicotomia entre interesse positivo e interesse negativo.

A ideia de *warranty* é um pouco diferente no direito americano. A doutrina comumente define *warranty* como a promessa contratual de que o bem possui determinadas características, qualidades e quantidade.¹³⁰ O traço característico que diferencia a *warranty* de uma *representation* é que a *warranty* é sempre uma cláusula contratual e sua violação dá origem a uma pretensão contratual, ao passo que a *misrepresentation* apenas dá lugar ao desfazimento do negócio ou a uma ação de indenização *in tort*.¹³¹⁻¹³² A *representation* é puramente uma asserção de fato que induz confiança; na *warranty*, a existência ou não-existência do fato afirmado se projeta para o futuro, na medida em que a parte assume responsabilidade em contrato pela afirmação.¹³³

¹²⁹ ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016, p. 101.

¹³⁰ FERRIEL, Jeffrey; NAVIN, Michael. Understanding contracts. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2004, p. 357; HUNTER, Howard O. Modern law of contracts. Vol. 1. West Publishing, 2012, p. 471; CUMMING, Elizabeth. Balancing the buyer's right to recover for precontractual misstatements and the seller's ability to disclaim express warranties. *Minnesota Law Review*, vol. 76, mai./1992, p. 1192.

¹³¹ *Stevenson v. B.B. Kirkland Seed Co.*, 180 S.E. 197, 200 (S.C. 1935); *Hecht v. Components Int'l, Inc.*, 867 N.Y.S.2d 889, 895-96 (Sup. Ct. 2008); BAINBRIDGE, Stephen M. Mergers and acquisitions. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2012, p. 79; WEST, Glenn D.; LEWIS JR., W. Benton. Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the "entire" deal? *The business lawyer*, vol. 64 (agosto-2009), p. 1008-1009; GELTMAN, Elizabeth Glass. Shifting the environmental risk: a guide to drafting contracts and structuring transactions. Chicago: ABA Publishing, 1999, p. 133.

¹³² Contra esse posicionamento, WILLISTON, Samuel. A treatise on the law of contracts. vol. 18. 4ª ed atualizada por Richard Lord. Danvers: West Group, 1999, p. 175-178 (citando jurisprudência), afirma que uma *warranty* pode ser uma simples afirmação de fato feita para induzir a outra parte a celebrar o contrato. Mas isso talvez possa ser explicado pelo fato de que o antigo direito inglês não diferenciava *representations* de *warranties*, mesmo quando estas estivessem escritas no contrato, tratando ambas como afirmações de fato que induzem a parte a contratar e, portanto, qualificando sua violação como *misrepresentation*. Sobre a matéria veja-se WEST, Glenn D.; LEWIS JR., W. Benton. Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the "entire" deal? *The business lawyer*, vol. 64 (agosto-2009), p. 1009-1010.

¹³³ GERGEN, Mark P. Negligent misrepresentation as contract. *California Law Review*, vol. 101, 2013, p. 990, nota de rodapé n. 163 (citando Williston).

Porém, muitos tribunais americanos aceitam a existência de uma pretensão concomitante por *misrepresentation*, em caso de falsidade de *warranty*, se satisfeitos seus requisitos.¹³⁴

As *warranties* no direito americano podem ser expressas ou implícitas. Como *warranties* expressas contam afirmações de fato sobre as qualidades ou condições do objeto do contrato.¹³⁵ Já as implícitas independem de estipulação expressa pelas partes, porém seu conteúdo varia conforme a jurisprudência de cada estado norte-americano.¹³⁶ Característica importante das *warranties* é que qualquer elemento de fato, seja ele presente, passado ou futuro, pode ser objeto de proteção contratual.¹³⁷

Sendo ambos os tipos de cláusula baseados em afirmações de fato sobre as qualidades e quantidade da coisa, aponta-se a diferença entre ambas nos seguintes termos: “[a] distinção entre uma *representation* e uma *warranty* é sutil: uma *representation* é uma declaração ou asserção de determinado fato, enquanto que a *warranty* é uma promessa de que a declaração ou asserção é verdadeira” (tradução livre).¹³⁸

As *warranties* podem ter sua fonte no direito costumeiro (*warranties at common law*) ou no direito legislado (*statutory warranties*). No direito costumeiro, geralmente aceita-se a existência de *warranties implícitas* quanto à titularidade do direito transferido (*warranty of title*), adequação da coisa para seu uso ordinário (*warranty of merchantability*) e para um uso específico conhecido do alienante (*warranty of fitness for a*

¹³⁴ Ainger v. Mich. Gen. Corp., 476 F. Supp. 1209, 1225 (S.D.N.Y. 1979); WEST, Glenn D.; LEWIS JR., W. Benton. Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the “entire” deal? *The business lawyer*, vol. 64 (agosto-2009), p. 1009-1010.

¹³⁵ Shippen v. Bowen, 122 U.S. 575, 581, 7 S. Ct. 1283, 30 L. Ed. 1171 (1887); HUNTER, Howard O. Modern law of contracts. Vol. 1. West Publishing, 2012, p. 472.

¹³⁶ HUNTER, Howard O. Modern law of contracts. Vol. 1. West Publishing, 2012, p. 473.

¹³⁷ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 66; SERFILIPPI, Claude S. A New York lawyer in London: representations and warranties in acquisition agreements – what’s the big deal? Artigo publicado no site Lexology, disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1d954834-a35d-4470-bfa2-bfee233afe41>. Acesso em 23 de maio de 2018.

¹³⁸ GELTMAN, Elizabeth Glass. Shifting the environmental risk: a guide to drafting contracts and structuring transactions. Chicago: ABA Publishing, 1999, p. 133-134, no original “[t]he distinction between a representation and a warranty is slight: a representation is a statement or assertion of fact, while a warranty is a promise that the statement or assertion is true”. No mesmo sentido, STARK, Tina L. Drafting contracts: how and why lawyers do what they do. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 13; ROSENBAUM, Judith A. Transactional drafting: teaching tips. *Tennessee Journal of Business Law*, n. 14, Transactions, p. 594-595; RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 181.

particular purpose). Em se tratando de aquisição de imóveis, aceita-se também uma warranty de habitabilidade.¹³⁹

Para as *warranties* previstas em lei, o *Uniform Commercial Code* possui regulação detalhada no seu Artigo 2 que abrange transações envolvendo quaisquer mercadorias.¹⁴⁰ Porém, a negociação de quotas e ações não se submete a esta regulação do *Uniform Commercial Code*.¹⁴¹ A jurisprudência, de uma forma geral, inclui tais operações no âmbito do Artigo 8 do UCC,¹⁴² que regula a emissão, transferência e registro de valores mobiliários (*investment securities*), mas não possui regras tão detalhadas sobre *warranty*, limitando-se a outorgar uma garantia de legitimidade do alienante e de validade do título transferido (UCC, §8-108).

Seja no direito costumeiro ou no legislado, a violação de uma *warranty* torna o devedor responsável independentemente de culpa,¹⁴³ ao contrário das normas que regulam a *misrepresentation*. Mas, em determinados estados, o devedor pode se exonerar de responsabilidade comprovando que o credor tinha conhecimento da falsidade da *warranty* quando celebrou o contrato.¹⁴⁴

¹³⁹ HUNTER, Howard O. *Modern law of contracts*. Vol. 1. West Publishing, 2012, p. 480-490.

¹⁴⁰ Sob a rubrica do Artigo 2, são *warranties* previstas em todo contrato: (i) o alienante possui bom título e pode transferir a coisa (*title warranty*); (ii) se o alienante for um comerciante profissional do tipo de coisa que está a alienar, há *warranty* de que a coisa corresponde à descrição do contrato e é própria ao uso ordinário próprio àquele tipo de coisa, (*merchantability warranty*); e (iii) se o alienante tiver condições de saber que o bem se destina a um uso diverso do ordinário, há *warranty* de que a coisa presta-se ao uso específico. Além disso, podem ser previstas outras *warranties* específicas pelo alienante (QUINN, Thomas. *Quinn's uniform commercial code commentary and law digest*. Vol. 1. West Publishing, 2002, p. 395-396, 481-482, 570-571 (Article 2)).

¹⁴¹ HUNTER, Howard O. *Modern law of contracts*. Vol. 1. West Publishing, 2012, p. 496.

¹⁴² A discussão sobre o enquadramento de ações e quotas de companhias fechadas parece pender para o entendimento que as inclui entre os valores mobiliários para os fins do Artigo 8 do UCC após os precedentes *United Ind. Ins. Agencies Inc. v. Bank of Honolulu*, 6 Hawaii App. 222, 718 P.2d 1097, 1 U.C.C. Rep. Serv. 2d 866 (1986); *Cambron v. Moyer*, 519, N.W.2d 381, 25 U.C.C. Rep. Serv. 2d 218 (Iowa 1994); *Jennison v. Jennison*, 346 Pa. Super. 47, 99 A.2d 302, 41 U.C.C. Rep. Serv. 585 (1985); *Bahre v. Pearl*, 595 A.2d 1027, 16 U.C.C. Rep. Serv. 2d 780 (Me. 1991). Contra: *Blasingame v. American Materials, Inc.*, 654 S.W.2d 659, 35 U.C.C. Rep. Serv., 1610 (Tenn. 1983); *Rhode Island Hosp. v. Collins*, 117 R.I. 535, 368 A.2d 1225, 21 U.C.C. Rep. Serv. 619 (1977).

¹⁴³ WILLISTON, Samuel. *A treatise on the law of contracts*. vol. 18. 4ª ed atualizada por Richard Lord. Danvers: West Group, 1999, p. 190-193, citando farta jurisprudência antes e após a entrada em vigor do *Uniform Commercial Code*; CUMMING, Elizabeth. *Balancing the buyer's right to recover for precontractual misstatements and the seller's ability to disclaim express warranties*. *Minnesota Law Review*, vol. 76, mai./1992, p. 1194

¹⁴⁴ *Jackson v. Russell*, 498 N.E.2d 22 (Ind. Ct. App. 1986); *Pegasus Management Co., Inc. v. Lyssa, Inc.*, 995 F. Supp. 29 (D. Mass. 1998). A discussão é bastante viva nos Estados Unidos e, em última análise, é a razão pela qual surgiram na prática as cláusulas de *sandbagging*. Muitos estados exigiam o requisito de *reliance* para que a vítima do inadimplemento pudesse exigir os remédios da *warranty*, requisite esse que caía por terra quando a parte tomava conhecimento da falsidade da *warranty* antes de celebrar o contrato. Para uma análise da jurisprudência americana neste sentido, veja-se: WHITEHEAD, Charles K. *Sandbagging: default rules and acquisition agreements*. *Delaware journal of corporate law*, 2011, vol. 36, p. 1081-1115;

As sanções aplicáveis à violação da *warranty* no direito americano normalmente são as mesmas do direito inglês: indenização *in contract* pelos danos sofridos, mas não autoriza o desfazimento do contrato. Os danos são calculados segundo a fórmula *benefit of the bargain* (Introdução *supra*, n. 3).¹⁴⁵ No regime do *Uniform Commercial Code*, a violação de *warranties* pode autorizar outros remédios, como rejeição da coisa e até mesmo desfazimento do contrato (§2-601 e ss.), sua sanção variando conforme a natureza e a gravidade da violação, podendo as partes inclusive definir em contrato os remédios aplicáveis.¹⁴⁶ Ou, nas palavras de Glenn West e Benton Lewis, “*a warranty é executada como qualquer outra obrigação ou acordo contratual, geralmente independente da intenção, relevância ou confiança [na sua veracidade]*” (tradução livre).¹⁴⁷

4.3. *Indemnities*

No direito inglês, a *indemnity* é o acordo por meio do qual uma das partes promete proteger e manter a outra parte indene de quaisquer perdas oriundas de um determinado evento especificado ou conjunto de eventos.¹⁴⁸ A *indemnity* abstrai do conceito de dano e promove o pagamento de uma soma “pound-for-pound” ao beneficiário no montante da perda por ele sofrida, mesmo que a perda não venha a configurar dano em sentido jurídico.¹⁴⁹ A *indemnity*, portanto, está atrelada a dados objetivos: o evento que a dispara e o ressarcimento da perda que ela proporciona definem-se no contrato e abstraem de outros requisitos. A obrigação de ressarcir a perda é decorrência única e exclusiva da ocorrência do fato coberto pela *indemnity*, pura e simplesmente.

MIZIOLEK, Aleksandra; ANGELAKOS, Dimitrios. Contract drafting: sandbagging: from poker to the world of mergers and acquisitions. *Michigan Bar Journal*, 2013, vol. 92, p. 30-34. Já Sidney Kwestel argumenta que a questão passa por saber se a parte lesada pelo inadimplemento da *warranty* “comprou” a promessa contractual de *warranty* ou a ela renunciou e quais os elementos de prova que podem ser utilizados nesse interim, em vista da *parol evidence rule*, KWESTEL, Sidney. Express warranty as contractual – the need for a clear approach. *Mercer Law Review*, 2002, n. 53, p. 557-580.

¹⁴⁵ STARK, Tina L. Drafting contracts: how and why lawyers do what they do. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 13 e 15.

¹⁴⁶ FERRIEL, Jeffrey; NAVIN, Michael. Understanding contracts. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2004, p. 358-359.

¹⁴⁷ WEST, Glenn D.; LEWIS JR., W. Benton. Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the “entire” deal? *The business lawyer*, vol. 64 (agosto-2009), p. 1009. Lê-se no original: “*Indeed, a warranty is strictly enforced like any other contractual covenant or agreement, generally without regard for intention, materiality, or reliance*”.

¹⁴⁸ COURTNEY, Wayne. Contractual indemnities. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 3; MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 563.

¹⁴⁹ VON BISMARCK, Nilufer. Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom. Zuidpooslingel: Wolters Kluwer, 2013, p. 40.

Em uma aquisição de participação societária, a estipulação de *indemnities* tem o mérito de contornar a tortuosa questão de saber se a perda sofrida pela sociedade-alvo reverte totalmente em diminuição do valor das ações. Se uma deterioração de estoques da sociedade no valor de R\$ 1 milhão reflete-se numa desvalorização das ações de apenas R\$ 600 mil, isso não afeta a obrigação do alienante de pagar à sociedade toda a extensão dos R\$ 1 milhão, pois a *indemnity* não se prende ao dano, que pode nem mesmo existir, mas liga-se às perdas decorrentes do evento especificado.

Em monografia especificamente dedicada ao assunto na Inglaterra, Wayne Courtney aponta que a *indemnity* pode ser preventiva quando o pagador antecipa-se a uma perda do beneficiário – como ocorre em alienações de participação societária quando o adquirente tem de arcar com o custo de uma demanda de terceiro e o pagador da *indemnity* fornece a quantia necessária para fazer frente a tal despesa –, ou compensatória quando a quantia é entregue ao beneficiário após a consumação da perda – o que também pode ser exemplificado com o contrato de alienação de participação societária que dispõe que a perda só será ressarcida após o desembolso pelo beneficiário.¹⁵⁰

Segundo Wayne Courtney, embora as cláusulas de *indemnities* sejam variáveis em seu conteúdo (podendo até mesmo ter origem em outras fontes que não o contrato)¹⁵¹ a essência comum a todas elas é a ideia de “proteção exata” (*exact protection*). A proteção exata se desdobra em três elementos: se for corretamente executada, a *indemnity* mantém o beneficiário propriamente seguro contra a perda; fá-lo na exata medida da perda, nem acima nem abaixo dela, o que leva a deduzir do valor da *indemnity* eventuais ganhos obtidos com o evento da perda; mas a *indemnity* limita-se às perdas ocasionadas pelo evento especificado pelas partes, ou seja, ela deve ser compreendida apenas dentro de um escopo restrito de perdas ressarcíveis (*scope of indemnity*).¹⁵²

As partes possuem liberdade para definir a extensão da *indemnity*. Podem pactuar, por exemplo, que o ressarcimento abrange perdas, danos por ricochete, despesas, gastos com advogados, pretensões, demandas de terceiro *etc.* Seu escopo é, portanto, flexível.¹⁵³⁻¹⁵⁴ Wayne Courtney refere que a *indemnity* deve idealmente contemplar três

¹⁵⁰ COURTNEY, Wayne. Contractual indemnities. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 19-29.

¹⁵¹ COURTNEY, Wayne. Contractual indemnities. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 4-6; MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 562-563.

¹⁵² COURTNEY, Wayne. Contractual indemnities. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 7-8.

¹⁵³ COURTNEY, Wayne. Contractual indemnities. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 57-59.

elementos, a saber: a descrição do evento que ativa a *indemnity*, o conector semântico indicando que a parte deverá indenizar ou salvaguardar a outra parte das consequências de tal evento e a definição das consequências geradas por tal evento que se encontram no âmbito de proteção da *indemnity* (perdas, danos, honorários, danos por ricochete *etc*).¹⁵⁵ Assim, embora não precise estar vinculada à ideia de violação contratual, nada impede que o fato ativador da *indemnity* seja justamente a violação de alguma disposição contratual e sua amplitude se identifique com as consequências negativas de tal fato.

Como abstrai do conceito de dano, uma das vantagens da *indemnity* em relação à *warranty* no direito inglês é que o ressarcimento da perda não é afetado pelo conhecimento do adquirente quanto à inconsistência no patrimônio da sociedade.¹⁵⁶ Outra vantagem que pode ser imaginada é conferir o ressarcimento da perda diretamente à sociedade-alvo que, em tese, não poderia ser indenizada por violação do contrato, já que dele a sociedade-alvo não é parte.¹⁵⁷ Essa é, inclusive, a razão pela qual as *indemnities* começaram a ser utilizadas em aquisições de participação societária na Inglaterra, pois muitas operações acabavam impondo à companhia a obrigação de recolher impostos por um benefício que havia sido auferido pelo acionista.¹⁵⁸

No direito americano, a concepção de *indemnity* assemelha-se à do direito inglês, qualificando-se como uma obrigação de pagar uma soma em dinheiro ao beneficiário pela simples ocorrência de um determinado evento. A *indemnification* é um método pelo qual uma parte transfere à outra parte uma perda pela qual a primeira seria responsável, ou seja,

¹⁵⁴ Porém, se o beneficiário não puder provar nenhum tipo de perda, Nilufer von Bismarck chama *covenant* a cláusula que prevê o pagamento de uma soma pela violação de uma *warranty*. Isso pode ser exemplificado com a aquisição de uma sociedade que possui um imóvel avaliado em R\$ 10 milhões, mas, após a aquisição, descobre-se que o imóvel vale apenas R\$ 5 milhões. A sociedade não terá sofrido nenhuma perda, pois o imóvel sempre esteve em seu patrimônio e o valor sempre foi o mesmo. E o adquirente da participação pode não conseguir comprovar nenhuma diminuição no valor de sua participação em decorrência do evento. Neste caso, a responsabilidade do alienante não será propriamente por uma perda, mas sim por um *covenant* de ressarcimento de qualquer diminuição de valor atribuível à violação da *warranty* sobre as condições do imóvel (VON BISMARCK, Nilufer. *Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom*. Zuidpoolingel: Wolters Kluwer, 2013, p. 41). Em nossa opinião, a questão parece ser de mera nomenclatura, pois, tendo escopo flexível, nada obstará que a matéria fosse abrangida por *indemnity*.

¹⁵⁵ COURTNEY, Wayne. *Contractual indemnities*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 58.

¹⁵⁶ SINCLAIR, Neil. *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*. 9ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2014, p. 5; VON BISMARCK, Nilufer. *Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom*. Zuidpoolingel: Wolters Kluwer, 2013, p. 40.

¹⁵⁷ Sinclair ressalta que as *warranties* promovem o efeito de uma redução do preço e, por isso, tocam apenas comprador e vendedor da participação societária, deixando a sociedade-alvo desprotegida (SINCLAIR, Neil. *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*. 9ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2014, p. 3).

¹⁵⁸ SINCLAIR, Neil. *Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales*. 9ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2014, p. 3-4.

opera-se uma transferência de um risco de uma parte a outra.¹⁵⁹ Distingue-se, assim, da indenização, porque não visa compensar a parte por um dano sofrido em sentido jurídico, mas esgota-se na asserção objetiva da ocorrência de um fato, o qual desencadeia o efeito de pagar a soma em pecúnia.¹⁶⁰

Historicamente, o termo *indemnify* surgiu no *common law* para descrever o pedido de reembolso feito pelo autor contra o réu quanto a pagamentos feitos por aquele a terceiros, ou seja, em situações de *third-party claims*.¹⁶¹ No entanto, o uso moderno da expressão “*indemnify*” evoluiu para significar qualquer pagamento devido por violação ao contrato, independentemente de sua fonte.¹⁶² Normalmente a *indemnity* vem traduzida na expressão “hold harmless”, mas ambas podem ser consideradas sinônimas.¹⁶³

Entre as vantagens de se estipular uma *indemnity*, cite-se que as partes podem (i) incluir no âmbito de proteção da *indemnity* uma quantidade maior de indivíduos do que seria possível pelas regras de direito comum, inclusive partes não-signatárias, como empresas subsidiárias, diretores *etc.*; (ii) ampliar ou reduzir a gama de perdas ressarcíveis; (iii) reduzir as incertezas sobre como se dará o procedimento de ressarcimento, como entrega de notificações, prazos de resposta *etc.*; e (iv) a *indemnity* pode induzir a parte a prestar declarações de forma mais correta se souber que a falsidade da declaração disparará uma *indemnity* mais severa que o regime do direito comum.¹⁶⁴

¹⁵⁹ YOUNGBLOOD JR., D. Hull; FLOCOS, Peter N. Drafting and enforcing complex indemnification provisions. *The practical lawyer*, ago./2010, p. 22.

¹⁶⁰ WEST, Glenn D.; DURAN, Sarah G. Reassessing the “consequences” of consequential damage waivers in acquisition agreements. *The business lawyer*, vol. 63, mai./2008, p. 786.

¹⁶¹ AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. Model stock purchase agreement with commentary. Vol. I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 309.

¹⁶² AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. Model stock purchase agreement with commentary. Vol. I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 309.

¹⁶³ Assim as trata, por exemplo, Bryan Garner (GARNER, Bryan A. Indemnify and hold harmless; save harmless. 15 *Green Bag*, 2d 17) e o contrato-modelo do American Bar Association (AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. Model stock purchase agreement with commentary. Vol. I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 303). Nesse mesmo sentido são também as decisões dos tribunais americanos em *Majkowski v. American Imaging Management, LLC*, 913 A.2d 572, 588–89 (Del. Ch. 2006); *Paniaguas v. Aldon Companies, Inc.*, 2:04-CV-468-PRC, 2006 WL 2788585 (N.D. Ind. Sept. 26, 2006); *Consult Urban Renewal Dev. Corp. v. T.R. Arnold & Assoc., Inc.*, CIV A 06-1684 WJM, 2007 WL 1175742 (D.N.J. Apr. 19, 2007); *In re Marriage of Ginsberg*, 750 N.W.2d 520, 522 (Iowa 2008). A corte de apelação da Califórnia, no entanto, no julgamento de *Queen Villas Homeowners Association v. TCB Property Management*, 56 Cal. Rptr. 3d 528, 534 (Cal. Ct. App. 2007), cunhou a distinção de que *indemnify* seria uma postura ativa de ressarcir a outra parte por um dano, enquanto que *hold harmless* significaria uma postura defensiva de impedir que algum dano chegue ao beneficiário da cláusula.

¹⁶⁴ YOUNGBLOOD JR., D. Hull; FLOCOS, Peter N. Drafting and enforcing complex indemnification provisions. *The practical lawyer*, ago./2010, p. 24-25.

5. A cláusula de declarações e garantias

Analisada a estrutura básica das *representations*, *warranties* e *indemnities* no *common law*, podemos passar à cláusula de declarações e garantias propriamente dita, a chamada *representations and warranties clause*. Há mais de uma explicação para sua origem, no direito americano.

Uma explicação possível é que as *representations* referem-se a fatos passados ou presentes, ao passo que as *warranties* referem-se a fatos futuros.¹⁶⁵ Essa afirmação pode ser entendida sob a perspectiva de que as *warranties* são promessas contratuais propriamente ditas, por isso se referem ao futuro, pois não é possível se obrigar a fazer alguma coisa no passado. Em outras palavras, as *representations* seriam declarações de que determinados fatos existem no presente ou existiram no passado, ao passo que as *warranties* seriam promessas contratuais para o futuro de que tais declarações são verdadeiras. Mas separar declarações sobre o passado daquelas sobre fatos futuros acaba não tendo relevância prática, razão pela qual comentaristas tratam tal separação como um incômodo à elaboração do contrato.¹⁶⁶ Embora exista de fato uma diferença ontológica entre *representations* e *warranties* do ponto de vista do momento temporal a que cada uma se refere, como as partes acabam dando a ambas o mesmo tratamento jurídico, a díade *representations and warranties* merece ser tratada como uma *fattispecie* única, não se justificando, em nossa opinião, a separação.¹⁶⁷

Como visto, a maior diferença entre os institutos da *misrepresentation* e da *warranty* é que esta outorga pretensão contratual, ao passo que aquela confere pretensão extracontratual em caso de falsidade das declarações. À primeira vista soa estranho que uma cláusula contratual intitule-se “*representations*”, que constituem base tão somente para

¹⁶⁵ LEVINE, Mark L. Including representations and warranties in contracts. *New York law journal*, 20.1.1989, p. 1; BAINBRIDGE, Stephen M. Mergers and acquisitions. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2012, p. 79; PETTARIN, Guido Germano. Acquisizione, fusione e scissione di società. Milão: Giuffrè, 1992, p. 37. Na Itália, Giovanni Iorio também entende ser esta a distinção entre as *representations* e as *warranties*, porém afirma que a distinção não se impõe na prática contratual italiana (IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 4).

¹⁶⁶ BAINBRIDGE, Stephen M. Mergers and acquisitions. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2012, p. 79 (“*separating them explicitly in an acquisition agreement is a drafting nuisance, and the legal import of the separation has been all but eliminated*”). No mesmo sentido, HANKE, Kerstin; SOCHER, Oliver. Fachbegriffe aus M&A und Corporate Finance: die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags. *Neue juristische Wochenschrift*, 2010, p. 1576; AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. Model stock purchase agreement with commentary. Vol. I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 77.

¹⁶⁷ Veja-se PISTORELLI, Roberto. Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 158-159, julgando inadequada a ideia de que a distinção entre *representations* e *warranties* se justifique por referirem-se a fatos passados ou presentes e fatos futuros.

responsabilidade extracontratual. Mas isto pode explicar-se pela evolução dos institutos no *common law* americano.

Tradicionalmente, os tribunais americanos não tratavam afirmações fáticas sobre as qualidades da coisa como uma promessa contratual, mas, em vez disso, como meras declarações quanto ao “predicado fático” do contrato, que podiam ser acionadas por meio de uma *misrepresentation*, mas não como *warranty* – nem mesmo quando tais afirmações estivessem escritas no corpo do próprio contrato.¹⁶⁸ Em consequência disso, seguindo o direito costumeiro da *misrepresentation*, os tribunais exigiam prova da confiança (*reliance*) da parte inocente na declaração falsa para atribuir-lhe os remédios do desfazimento do contrato (*rescission*) ou indenização por responsabilidade extracontratual. Isso acabava impedindo o acesso de muitos compradores a quaisquer tipos de remédios quando não conseguiam comprovar a *reliance*.¹⁶⁹

Essa é a razão por que se passou a incluir nas cláusulas de *representations* que o declarante também garantia (“... *and warranties*”) a veracidade das declarações, pois muitos causídicos entendiam que a *warranty* teria o condão de transformar a mera afirmação de fato em uma promessa contratual. Com isto, seria conferida ao comprador uma pretensão autônoma, com base no contrato, por violação de *warranties*, independente de a falsidade da declaração preencher os requisitos da *misrepresentation*. Assegurava-se remédios de ambos os institutos.¹⁷⁰ Essa a origem da expressão *representations and warranties*.

Tina Stark refere cinco razões para se incluir ambas *representations* e *warranties* em um contrato: (i) a parte terá a possibilidade de desfazer o contrato e restituir as prestações se forem prestadas *representations* falsas; (ii) a parte garante a possibilidade de pedir *punitive damages* se for alvo de *misrepresentation* fraudulenta; (iii) a parte mantém seu direito a indenização por quebra de *warranty* se não conseguir provar confiança na declaração falsa; (iv) se o estado americano em questão segue a regra de danos *out-of-pocket* para indenização por *misrepresentation* fraudulenta, a parte pode ainda assim pedir a indenização *benefit of the bargain* pelo regime da *warranty*; e (v) recorrendo ao regime

¹⁶⁸ WEST, Glenn D.; LEWIS JR., W. Benton. Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the “entire” deal? *The business lawyer*, vol. 64 (agosto-2009), p. 1009; WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? *The M&A lawyer*, vol.11, n. 1, 2007, p. 4.

¹⁶⁹ WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? *The M&A lawyer*, vol.11, n. 1, 2007, p. 4.

¹⁷⁰ WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? *The M&A lawyer*, vol.11, n. 1, 2007, p. 4.

da *warranty*, a parte fica dispensada de provar a intenção de enganar da *fraudulent misrepresentation*.¹⁷¹ No mesmo sentido, Frank Dawson e Stella Styllis entendem que é útil manter a cláusula de *representations* ao lado das *warranties* para manter os remédios próprios do regime daquelas, mormente a possibilidade de desfazimento do contrato e de pedir indenização com base em critério que proporcione maiores indenizações.¹⁷²

Em curtas palavras, o binômio *representations* e *warranties* passou a ser utilizado nos contratos norte-americanos para assegurar ao comprador a proteção de ambos os institutos. Mas isto não impede que as próprias partes regulem em contrato as consequências da violação de declarações e garantias – como sói ocorrer em alienações de participação societária.

Atualmente, a expressão “representations and warranties” tornou-se uma díade que sintetiza e expressa um sistema unitário de declarações, já que normalmente a elas estão atreladas as mesmas consequências jurídicas.¹⁷³ Contratos modernos envolvendo alienação de participação societária, em sua grande parte, atrelam violações de *representations and warranties* às consequências jurídicas exclusivamente previstas no próprio contrato, normalmente uma cláusula de *indemnity*.¹⁷⁴ Mas a prática se enraizou e até hoje é comum contratos brasileiros reproduzirem os hábitos da praxe norte-americana. Na Inglaterra, para evitar a imiscuição no contrato de conceitos de responsabilidade extracontratual, muitos contratos utilizam apenas a expressão *warranties*.¹⁷⁵

¹⁷¹ STARK, Tina L. *Drafting contracts: how and why lawyers do what they do*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p. 16.

¹⁷² DAWSON, Frank Griffith; STYLLIS, Stella. Beyond the pitfalls of bad contract drafting practices: a selection of cross-border legal and cultural misunderstandings. *Business Law Review*, 2007, n. 28, p. 27.

¹⁷³ HARRISON, Christopher S. *Make the deal: negotiating mergers and acquisitions*. Nova Jérsei: Bloomberg Press, 2016; PISTORELLI, Roberto. Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento. *in*: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 159.

¹⁷⁴ WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? *The M&A lawyer*, vol.11, n. 1, 2007, p. 5; WEST, Glenn D.; DURAN, Sarah G. Reassessing the “consequences” of consequential damage waivers in acquisition agreements. *The business lawyer*, vol. 63, mai./o-2008, p. 786. No caso em que as consequências da violação de uma *representation* se definam por uma cláusula de *indemnity*, Luca Renna chega a equiparar o seu conteúdo ao de uma *warranty* (RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 181-182). A opinião não nos parece convincente, pois os efeitos de uma *indemnity* são bastante diferentes da violação de uma *warranty*, como se viu acima (Introdução *supra*, n. 4.2 e 4.3).

¹⁷⁵ FERERA, Leon N.; PHILIPS, John R.; RUNNICLES, John; SCHWARTZ, Jeffery D. Some differences in law and practice between U.K. and U.S. stock purchase agreements. Disponível em: <http://www.mondaq.com/uk/x/47706/Contract+Law/Some+Differences+In+Law+And+Practice+Between+U+K+And+US+Stock+Purchase+Agreements>. Acesso em 10.2.2018; WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses,

Christopher Harrison ressalta que a diferença entre *representations* e *warranties* é geralmente ignorada na prática. Embora o direito costumeiro historicamente tenha construído consequências jurídicas distintas para cada uma das hipóteses, a prática das operações de fusões e aquisições é tratá-las indistintamente, criando remédios contratualmente negociados que se aplicam igualmente tanto a uma quanto a outra¹⁷⁶ – normalmente uma *indemnity*.¹⁷⁷

Partindo da premissa de que o desfazimento do negócio é uma consequência jurídica indesejada em contratos de aquisição de empresas ou de participação societária, Claude Serfilippi coloca a questão de saber por que os advogados americanos normalmente utilizam a expressão *representations and warranties*, quando na verdade desejam apenas o remédio da *warranty*, que é a indenização, tal como fazem os advogados ingleses. O autor identifica que a gama de remédios disponíveis por violação a essas declarações depende menos do rótulo que as partes atribuem à cláusula, do que da capacidade de provar os elementos da *misrepresentation*. Ou seja, tanto no direito americano quanto no direito inglês, a parte pode ter sucesso em uma ação de *misrepresentation* se comprovar os seus requisitos, ainda que se trate de uma cláusula de *warranties*. A conclusão do autor é que a gama de remédios disponíveis ao adquirente depende mais da dicção da cláusula que exclui outras consequências jurídicas e atribui apenas eficácia indenizatória às *warranties* ou às *representations and warranties*, do que propriamente do título da cláusula na qual são feitas as declarações.^{178_179}

who is sandbagging whom? *in*: The M&A lawyer, vol.11, n. 1, 2007, p. 4-5; SERFILIPPI, Claude S. A New York lawyer in London: representations and warranties in acquisition agreements – what’s the big deal? Artigo publicado no site Lexology, disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1d954834-a35d-4470-bfa2-bfee233afe41>. Acesso em 23 de maio de 2018.

¹⁷⁶ HARRISON, Christopher S. Make the deal: negotiating mergers and acquisitions. Nova Jérsei: Bloomberg Press, 2016, p. 88.

¹⁷⁷ WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? *The M&A lawyer*, vol.11, n. 1, 2007, p. 5.

¹⁷⁸ SERFILIPPI, Claude S. A New York lawyer in London: representations and warranties in acquisition agreements – what’s the big deal? Artigo publicado no site Lexology, disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1d954834-a35d-4470-bfa2-bfee233afe41>. Acesso em 23 de maio de 2018. Embora o autor em diversas ocasiões restrinja sua análise ao direito do estado de Nova Iorque, parecem-nos aplicáveis suas conclusões à prática americana em geral. A mesma opinião é exarada também por ADAMS, Kenneth A. A lesson in drafting contracts: what’s up with ‘representations and warranties’? *Business Law Today*, vol. 15, n. 2, nov./dec. 2015, p. 1-2, no sentido de que os remédios à disposição da parte independem do título da cláusula de declarações. O autor acrescenta que, se fosse necessário escolher uma única palavra para descrever o conteúdo da cláusula, o melhor seria seguir com o verbete *representation*, já que a gama mais vasta de remédios é oferecida por este instituto. A indiferença do título da cláusula para a determinação das consequências jurídicas aplicáveis pode ser vista nos precedentes judiciais norte-americanos. No caso *Edwin Bender & Sons v. Ericson Livestock Commission Co.*, 421 N.W.2d 766 (Neb. 1988), no qual o comissário vendedor de um conjunto de novilhas havia dado uma *warranty* em nome do

Em suma, apesar da diversidade de regimes, não se diferenciam as consequências jurídicas aplicáveis ao par *representations and warranties* pelo fato de serem afirmações de fatos presentes e passados (*representations*) ou promessas futuras (*warranties*), pois da mesma declaração podem ser extraídos os remédios de um ou outro instituto. O regime jurídico depende muito mais do que as partes regulam na cláusula de *indemnification*.

As declarações e garantias mais relevantes são fornecidas pelo alienante das ações ou quotas. Mas o adquirente também as pode fornecer, embora normalmente isso ocorra em extensão mais limitada. Se a contraprestação do adquirente consiste tão somente em dinheiro entregue no ato de assinatura do contrato, o alienante provavelmente não terá interesse em declarações e garantias do adquirente, circunscrevendo-se seu interesse ao recebimento da quantia. À medida, porém, que aumenta a distância no tempo entre assinatura do contrato e pagamento do preço, ou a contraprestação do adquirente move-se da simples quantia em dinheiro para outras formas de contraprestação, como fatias em outras sociedades ou dívidas de *earn-out* dependentes da performance do adquirente pós-aquisição, o alienante passa a assemelhar-se também ele a um adquirente. Essa passagem normalmente leva à redução de discrepâncias entre as declarações e garantias das partes, e as declarações do adquirente assumem maior relevância.¹⁸⁰

vendedor de que as novilhas não estavam prenhas. Quando da descoberta da falsidade da warranty, o comprador ajuizou ação por misrepresentation contra o comissário, o qual contestou que não se tratava de representation, mas de warranty dada diretamente pelo vendedor. O tribunal de apelação de Nebraska, porém, julgou que mesmo na presença de uma cláusula de warranty é possível que a afirmação seja tratada como representation, se induzir a confiança da parte para celebrar o negócio. O mesmo princípio foi afirmado no caso *Newman v. Kendall* 103 Vt 421 (Vt. 1931), em que o permutante de uma área de terras foi induzido a celebrar o contrato porque tinha sido afirmado no contrato que a área possuía em torno de 100 acres de terra cobertos de madeira virgem, quando na verdade a área havia sido serrada 18 anos antes e havia menos de 100 acres nas condições declaradas no contrato. O comprador ajuizou uma ação por misrepresentation, ao que sobreveio a defesa de que a declaração era uma warranty e não uma representation. Mas a corte de Vermont julgou que tanto uma warranty quanto uma representation podem ser derivadas da mesma afirmação de fato.

¹⁷⁹ Boa parte da discussão no direito americano gira em torno de saber se as cláusulas de entendimento integral, ou seja, aquelas em que as partes declaram que o contrato escrito reflete todo o acordo havido entre elas, com exclusão de quaisquer outros entendimentos orais havidos na fase pré-contratual, têm o condão de excluir a ação por *misrepresentation*. A solução diverge de estado para estado, para o que recomendamos a leitura do estudo feito por CUMMING, Elizabeth. *Balancing the buyer's right to recover for precontractual misstatements and the seller's ability to disclaim express warranties*. *Minnesota Law Review*, vol. 76, mai./1992 p. 1201-1206.

¹⁸⁰ AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. *Model stock purchase agreement with commentary*. Vol. I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 191; GILSON, Ronald J. *Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing*. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 259, nota de rodapé n. 52; GOLDBERG, Victor P. *Protecting reliance*. *Columbia Law Review*, vol. 114, n. 4, mai./2014, p. 1075.

6. Exposição do problema

A análise empreendida até aqui nos permite concluir que a cláusula de *representations and warranties* surge no *common law* para conferir proteção ao adquirente do bem contra itens que não seriam tuteláveis, ou o seriam apenas de forma limitada, nos regimes da *misrepresentation* ou da *warranty*. Onde esses institutos não conseguem “entrar”, ou não o conseguem de forma satisfatória, a cláusula de declarações e garantias consegue. Foi para solucionar deficiências – ou melhor, limitações de abrangência – dos institutos tradicionais, que as partes começaram a utilizar cláusulas contratuais de declarações e garantias para tutelar em contrato o que não era tutelado fora dele.

A cláusula ora em comento visa equilibrar duas ordens distintas de interesses entre as partes de uma alienação de participação societária. De um lado, visa impor responsabilidade ao alienante por vicissitudes da sociedade-alvo que possam afetar a relação de equivalência entre as ações ou quotas e o seu valor real. Por outro lado, visa oferecer uma via rápida e eficaz para o adquirente obter ressarcimento pelas perdas sofridas, afastando requisitos que de outra forma seriam necessários no regime da *misrepresentation*, como a confiança e a relevância da declaração falsa.

No *common law*, tais inconvenientes são contornados através da formalização em contrato das declarações prestadas pelo alienante. Essa estipulação assume a forma de cláusulas tipicamente conhecidas do jurista anglo-saxão: *representations, warranties, conditions* e *indemnities*. Ou seja, na prática do *common law* optou-se por contornar tais problemas usando o arsenal de que dispunha a cultura jurídica daqueles países: através de afirmações fáticas sobre a sociedade-alvo e sobre a participação societária.

Tais fórmulas são, porém, estranhas ao jurista brasileiro. A responsabilidade por indução a erro sequer necessita que afirmações positivas fáticas sejam prestadas no direito nacional, sendo pacificamente aceitas as figuras do dolo por omissão (CC, art. 147), do erro cognoscível (CC, art. 138) e da responsabilidade pré-contratual por falha no dever de informar. É preciso, assim, analisar quais as funções exercidas pelas declarações e garantias no direito brasileiro e como se relacionam com os institutos próprios à nossa cultura jurídica.

Podemos assim colocar a problemática da natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias no direito brasileiro como o formato jurídico pelo qual uma parte

assume responsabilidade contratual para proteger a outra parte contra vicissitudes da sociedade-alvo que de outra forma ficariam sem proteção nenhuma ou encontrariam proteção apenas nos estreitos limites dos vícios de vontade e da responsabilidade pré-contratual. Em outras palavras, trata-se de fazer a responsabilidade contratual chegar aonde os institutos tradicionais não chegam. Ou, no dizer de dois autores americanos, estamos diante da arte de contratar para evitar responsabilidade extracontratual.¹⁸¹ A transformação das pretensões das partes em contrato, na verdade, é a principal função da cláusula de declarações e garantias.¹⁸² Apenas fazemos a ressalva de que a cláusula também pode atuar auxiliando a concretizar os requisitos de outros institutos estranhos ao contrato, como a *misrepresentation* – próximo do erro e do dolo em nosso direito.

Nossa tarefa será, portanto, identificar as formas pelas quais as partes podem, no direito brasileiro, transformar em contrato a responsabilidade por afirmações fáticas sobre a sociedade-alvo ou sobre as próprias ações ou quotas. Ou ainda se é possível uma cláusula contratual influir no regime de responsabilidade previsto em lei para as hipóteses mencionadas *supra*. É o que passamos agora a fazer.

¹⁸¹ Como sugestivamente indica o título do artigo de Glenn D. West e Benton W. Lewis Jr., *Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the “entire” deal? The business lawyer*, vol. 64 (agosto-2009), p. 999-1038.

¹⁸² BAINBRIDGE, Stephen M. *Mergers and acquisitions*. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2012, p. 80.

PARTE I: DELIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS

A mais relevante característica da cláusula de declarações e garantias é conferir tutela para determinadas vicissitudes do patrimônio ou das atividades sociais que, de outra forma, restariam irrelevantes para o negócio, como o estado de conservação de equipamentos e estoques, inexistência de passivos *etc.*, que normalmente não são características da participação societária. Como ver-se-á adiante, tais elementos não se prendem à participação societária e, via de regra, permanecem no campo dos simples motivos subjetivos das partes. Por isso não recebem genericamente nenhum tipo de tutela.¹⁸³ Desta forma, as declarações e garantias são chamadas a alienações de participação societária especificamente para preencher o espaço entre os simples motivos e a regulação contratual, conferindo-lhes tutela jurídica.

Em alienações de participação societária, as declarações e garantias costumam abranger um amplo espectro de áreas da sociedade-alvo para as quais o adquirente busca proteção. Esse espectro varia conforme a negociação das partes, a amplitude da *due diligence*, entre outros fatores. As principais declarações e garantias abrangem (i) existência e regular constituição da sociedade e suas subsidiárias, (ii) titularidade plena das ações ou quotas da sociedade-alvo (iii) inexistência de restrições ao direito de voto, dividendos e demais direitos da relação societária, (iv) inexistência de efeitos adversos e não-violação de contratos ou leis pela transferência da participação, (v) exatidão das demonstrações financeiras da sociedade e contabilização de acordo com princípios geralmente aceitos, (vi) cumprimento de normas tributárias e previdenciárias pela sociedade-alvo, (vii) cumprimento de normas trabalhistas, (viii) cumprimento de normas ambientais e detenção de todas as licenças ambientais necessárias ao funcionamento da sociedade, bem como o correto cumprimento de suas condicionantes, (ix) cumprimento dos contratos da sociedade com clientes, fornecedores e prestadores de serviço, (x) titularidade de todos os ativos de propriedade intelectual necessários ao desempenho das atividades sociais ou detenção de licenças sobre os mesmos, (xi) situação da sociedade com relação a litígios em curso, (xii) detenção de autorizações regulatórias e governamentais para exercer as atividades da sociedade-alvo, (xiii) contratação de apólices

¹⁸³ Neste sentido, manifesta-se Andrea Tina que o entendimento assente na Itália é de que, ausentes garantias contratuais específicas, o comprador não recebe tutela alguma pelas inconsistências do patrimônio social (TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 275-276).

de seguro suficientes para conduzir os negócios sociais e quitação em dia dos respectivos prêmios, (xiv) propriedade sobre bens móveis e imóveis da sociedade e, cada vez mais, tem-se incluído também declarações sobre (xv) observância da legislação anticorrupção.

Não se olvida a existência de cláusulas de declarações e garantias que não têm por objeto as características da sociedade-alvo, mas sim características do próprio declarante, do próprio negócio ou de que certos procedimentos foram observados na conclusão do negócio. Assim, por exemplo, quando é prestada uma declaração de que o vendedor possui capacidade e legitimidade para celebrar a venda da participação; ou que a celebração do negócio não implica a violação a normas regulamentares ou a contratos com terceiros. Embora tais previsões sejam comuns e passíveis de enquadramento como declarações e garantias, entendemos por deixá-las de fora do âmbito deste trabalho, pois não apresentam especificidades que justifiquem tratamento diverso no bojo de uma alienação de ações ou quotas. É que, a enunciação das características da sociedade-alvo reclama aplicação de disciplinas jurídicas profundamente marcadas pela distinção entre a participação societária e os bens ou atividades da sociedade-alvo. A mesma peculiaridade não se verifica, porém, para as declarações que versem sobre outros atributos estranhos às características da sociedade-alvo, motivo pelo qual não vemos razão para incluir tais declarações e garantias no escopo deste trabalho.

Para analisar a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias é preciso antes defini-la. Afirmamos acima, grosso modo, que, por meio da cláusula de declarações e garantias, uma parte faz afirmações positivas ou negativas sobre diversos aspectos da sociedade-alvo do negócio, assumindo responsabilidade pela veracidade e exatidão de tais afirmações. Essa definição merece desenvolvimentos, pois entendemos que a cláusula objeto de estudo é um tipo elástico que comporta mais de uma natureza jurídica, determinada pela função que é chamada a desempenhar no caso concreto.

Cumpramos adiantar desde já que, para cada função identificado neste trabalho, corresponde uma determinada natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias. E, de acordo com a sua natureza jurídica *in concreto*, a cláusula deverá seguir um ou outro regime jurídico.

1. Estrutura da cláusula de declarações e garantias

A cláusula de declarações e garantias possui a particularidade de reportar-se sempre a fatos presentes ou passados. O declarante não dá prognósticos sobre o futuro, mas apenas atesta a presença de fatos presentes e passados sobre a sociedade-alvo, os quais podem vir a revelar-se falsos em momento posterior. Se as declarações forem verdadeiras, o declarante prestou-as corretamente e não se põem maiores dificuldades. Se, porém, são falsas, o declarante tem de assumir as consequências de as declarações já serem falsas no momento em que foram prestadas, muito embora essa falsidade só se revele posteriormente. A falsidade da cláusula sempre se desdobra, portanto, em dois fatos que ocorrem em momentos diferentes no tempo.

O primeiro é o “fato gerador” da falsidade, isto é, o evento que torna falsa a declaração. As partes normalmente pactuam que o “fato gerador” deve ser anterior ao contrato de alienação da participação societária, mas pode-se também definir outra data-base, como a data dos documentos contábeis, ou mesmo a data da transferência da participação. Já o segundo fato é o “fato revelador” da falsidade das declarações e garantias; é o fato que traz à tona a existência de um fato gerador, que era desconhecido das partes, ou ao menos da parte que se beneficia da garantia. O “fato revelador” deve ocorrer, em regra, após a celebração do contrato (salvo o caso de uma cláusula *sandbagging*). Em sua estrutura, portanto, a cláusula de declarações e garantias sempre comporta um elemento de futuridade (o fato revelador) acoplado a um elemento presente ou passado (o fato gerador).

Cabe às partes definir o regime jurídico da falsidade das declarações e garantias, ou seja, quais as consequências jurídicas que devem irradiar do fato revelador da falsidade. Para tanto, é preciso identificar a função que as partes atribuem no caso concreto à cláusula de declarações e garantias para, com isso, determinar sua natureza jurídica.

As declarações e garantias são, antes de mais nada, afirmações de fatos presentes e passados sobre a sociedade-alvo. No seu suporte fático está, portanto, o quadro fático pintado nas declarações e garantias. O interesse do adquirente é a que as declarações sejam verdadeiras. O evento que revela a falsidade e ativa as consequências jurídicas previstas para sua falsidade é a atestação de que a realidade não condiz com o que foi afirmado, ou seja, a falsidade deve ter por base sempre um fato anterior ou contemporâneo à

declaração.¹⁸⁴ Como afirma Pierre Mousseron, “[o] fato gerador da garantia consiste na revelação da inexatidão ou da insinceridade de uma informação à situação ou à atividade da sociedade antes da entrada em vigor da garantia” (tradução livre).¹⁸⁵

Mas o que se deve entender por falsidade? O emprego da palavra falsidade parece estar ligado em sua origem ao instituto da *warranty* no direito norte-americano, onde é comum o caráter de inverdade de uma afirmação dada pelo declarante ser designado de “falsidade”.¹⁸⁶ No *common law*, a falsidade de uma declaração pode ser intencional ou acidental,¹⁸⁷ daí sua aproximação com a palavra “untrue”, que significa simplesmente em desacordo com a realidade.¹⁸⁸ No vocabulário jurídico brasileiro, de forma similar, “falsidade” significa aquilo que é contrário à verdade, que não guarda correspondência com a realidade, o que contraria a verdade dos fatos ou das coisas.¹⁸⁹ Embora o emprego geral da palavra falsidade dê uma luz sobre o que as partes quiseram colocar no suporte fático das declarações e garantias, seu conteúdo específico deve ser construído a partir da vontade das partes e em cima dos usos do meio (CC, art. 113).

Não é incomum encontrar-se em contratos de alienação de participação societária que o declarante se responsabiliza não só pela falsidade, mas também pela incorreção, imprecisão e incompletude das declarações e garantias. A incorreção é o caráter de uma declaração não corresponder à realidade, pouco ou nada se diferenciando do guarda-chuva “falsidade”. Imprecisão é a ausência de exatidão ou certeza da declaração,¹⁹⁰ como se a afirmação refletisse a verdade de forma pouco específica.¹⁹¹ Já a incompletude indica algo

¹⁸⁴ ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l'environnement*, n. 3, 1996, p. 313.

¹⁸⁵ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 277: “Le fait générateur de la garantie consiste en la révélation de l’inexactitude ou de l’insincérité d’une information relative à la situation ou à l’activité de la société avant l’entrée en vigueur de la garantie”.

¹⁸⁶ Veja-se o uso da palavra *falsehood* em BLACK, Henry Campbell. Black’s Law dictionary. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 171, verbete “breach of warranty”.

¹⁸⁷ BLACK, Henry Campbell. Black’s Law dictionary. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 540, verbete “false”.

¹⁸⁸ BLACK, Henry Campbell. Black’s Law dictionary. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 1380, verbete “untrue”.

¹⁸⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31ª ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2014, verbete “falsidade”.

¹⁹⁰ Neste sentido, o vocabulário jurídico de De Plácido e Silva atrela a palavra imprecisão às ideias de incerteza, indefinição, vagueza, indeterminação (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31ª ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2014, verbetes “certeza do objeto”, “indefinido” e “indício”).

¹⁹¹ Nesse sentido, o Black’s Law Dictionary define o vocábulo “certeza” como precisão, acurácia, ausência de dúvida, a qualidade de ser específico e distinto (BLACK, Henry Campbell. Black’s Law dictionary. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 205, verbete “certainty”).

que não está acabado, indica a falta de algo.¹⁹² Parece-nos, portanto, que o sentido de falsidade das declarações e garantias deva ser completado a partir das ideias de incorreção, imprecisão e incompletude, sendo estas últimas, por sua vez, entendidas dentro do guarda-chuva da “falsidade”, em um intercâmbio dialético de significado entre os vocábulos. Ou seja, quando a incorreção, imprecisão ou incompletude da declaração forem tais a ponto de veicular uma afirmação contrária à realidade (isto é, falsa), ter-se-á por concretizada a falsidade da declaração.

Em qualquer dos casos, procede-se sempre a uma comparação entre a realidade representada nas declarações e garantias e a realidade no mundo dos fatos.¹⁹³ Importante sublinhar que o suporte fático da cláusula é bastante dependente da correta interpretação da declaração. As declarações e garantias são usualmente prestadas de forma restritiva para limitar a responsabilidade de quem as presta. Isto é, apenas o que foi expressamente declarado é objeto da declaração e garantia, vedando-se interpretação extensiva. Será o caso de analisar, pela teoria da declaração no negócio jurídico, qual interpretação deve prevalecer no caso concreto, se a interpretação dada pelo declarante às suas declarações ou a dada pelo declaratário.¹⁹⁴

Note-se que a falsidade da declaração não diz respeito à ciência do declarante quanto a sua falsidade. A ciência da falsidade é questão endereçada por outra cláusula recorrente nesse tipo de operação, comumente denominada qualificador de melhores conhecimentos (*knowledge qualifier*). Para a falsidade da declaração, basta que esta seja incorreta, imprecisa ou incompleta, independente de ciência ou vontade do declarante de fornecer declaração falsa.¹⁹⁵

¹⁹² Em várias menções à palavra “incomplete”, o Black’s Law Dictionary traz a ideia de algo inacabado, inconcluso, defeituoso, veja-se BLACK, Henry Campbell. Black’s Law dictionary. 5ª ed. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 205, verbetes “facts incomplete”, “imperfect” e “part”. Já o vocabulário jurídico de De Plácido e Silva usa a palavra incompleta para designar algo que ficou inacabado, mutilado, veja-se SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31ª ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2014, verbetes “mutilação” e “ratificação”.

¹⁹³ Veja-se Paillusseau em PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d’entreprise. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 308-309 (embora o autor não as qualifique na obrigação de garantia).

¹⁹⁴ Sobre interpretação do texto negocial e prevalência de uma interpretação em detrimento de outra, recomenda-se a leitura de FERRER CORREIA, Antonio de Arruda. Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico. Coimbra: Arménio Amado, 1939.

¹⁹⁵ Assim defende Pierre Mousseron, embora o autor faça uma distinção incomum na prática brasileira entre inexatidão e insinceridade (*inexactitude* e *insincerité*) da declaração, sendo as primeiras independentes de ciência do declarante, enquanto que as segundas seriam aplicáveis apenas quando o declarante conscientemente fornece informação falsa (MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les

Dúvidas surgem quando a falsidade das declarações e garantias advém da prática de um ato que não era considerado ilícito ou irregular à época em que foi praticado, mas vem posteriormente a ser assim considerado por mudanças legislativas ou jurisprudenciais retroativas. A solução deve ser pela responsabilidade do declarante, pois a retroatividade da mudança faz com que tal prática constitua um fato gerador.¹⁹⁶ Embora não se possa cominar ao declarante culpa por ter praticado um ato considerado lícito e regular no momento de sua prática, a falsidade persiste, porque independe de culpa.

Se o fato gerador já se concretizou no momento da prestação das declarações e garantias e o declaratório tem ciência dele, aplica-se a *ratio* do art. 441 do Código Civil, obstando a que reclame por falsidade da declaração (pensamento do vício aparente).¹⁹⁷ Isto é, se tanto fato gerador quando revelador ocorreram antes da conclusão do negócio, a manifestação de vontade do declaratório deve ser interpretada como tendo aceito a sociedade-alvo com os vícios ou defeitos que já são conhecidos. Basta imaginar o caso em que o comprador das ações descobre durante a auditoria prévia que a sociedade-alvo não possui determinadas instalações sanitárias necessárias para o cumprimento de normas ambientais e que o comprador certamente vai implementar assim que assumir o comando da empresa, pois, por suas políticas internas, não pode manter a fábrica operando sem tais precauções. Aqui a falsidade já se concretizou e o desembolso para saná-la é uma certeza. Para obter proteção, o declaratório teria de incluir uma cláusula *sandbagging* no contrato ou reduzir o preço.

Em qualquer caso, é preciso ter em mente que a prestação das declarações e garantias não se confunde com a consequência jurídica que a sua falsidade acarreta. Nos contratos de alienação de participação societária, a consequência jurídica da falsidade das declarações e garantias normalmente vem regulada em uma cláusula separada, usualmente chamada “cláusula de indenização”.¹⁹⁸ Daí advém a distinção adotada por alguns autores entre a parte “declarativa” das declarações e garantias e a parte em que o declarante assume

cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 277-280.

¹⁹⁶ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 308-309.

¹⁹⁷ Contra tal pensamento, por entender que a disciplina dos vícios aparentes aplica-se apenas e especificamente ao regime de vícios: MELLERT, Christofer Rudolf. Selbständige Garantien beim Unternehmenskauf – Auslegungs- und Abstimmungsprobleme. *Betriebs-Berater*, 2011, p. 1671. No entanto, o próprio autor admite que o mesmo resultado proposto no texto poderia ser atingido por meio da proibição ao venire *contra factum proprium*.

¹⁹⁸ FREYRIA, Charles. Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 20, 1992, item I, §7.

responsabilidade pelas declarações.¹⁹⁹ De fato, a parte “declarativa” é apenas o suporte fático; a sua falsidade pode atrair consequências jurídicas diversas, as quais usualmente são definidas no próprio contrato em cláusula distinta. Assim, a cláusula de indenização é um bom índice da função exercida *in concreto* e da natureza jurídica das declarações e garantias, razão pela qual é recomendável que a cláusula de indenização seja o ponto de partida em tal análise.

Assim, com razão Pierre Mousseron ao separar de forma nítida a garantia assumida pela parte e a consequência jurídica dessa garantia.²⁰⁰ Com efeito, as declarações e garantias constituem apenas um suporte fático; a consequência jurídica que se irradiará da concreção desse suporte fático é outra questão que, segundo defendemos nesse trabalho, dependerá da função outorgada pelas partes às declarações e garantias. Na prática negocial, o regime jurídico das declarações e garantias dependerá sempre do jogo entre estas e a cláusula de indenização, comumente vista nessas operações.²⁰¹ A consequência jurídica não desnatura o tipo (nem o subtipo) da cláusula de declarações e garantias, vez que esta é só um suporte fático. Na verdade, a função desempenhada pelas declarações e garantias define sua natureza jurídica e, por via de consequência, os remédios jurídicos cabíveis.

2. Funções da cláusula de declarações e garantias

À cláusula de declarações e garantias Mariana Mendes-Medeiros atribui, em monografia dedicada ao assunto, três funções, a saber: informativa, probatória e

¹⁹⁹ LÉOBON, Thierry. La partie déclarative des conventions de garantie de passif. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 16, 2010, item 2.A. Reconhece-se que o regime jurídico das declarações e garantias depende das consequências que as partes concretamente visaram atribuir-lhes, o que induz a uma “quebra” das declarações em duas partes: na primeira, o declarante presta as declarações, ao passo que, na segunda, define as consequências jurídicas aplicáveis. No entanto, não se pode concordar com a tese de Thierry Léobon de que a “parte declarativa” das declarações e garantias seria autônoma em relação à parte em que se define suas consequências jurídicas. É preciso averiguar qual a função concretamente atribuída pelas partes à declaração e garantia em questão para definir suas consequências jurídicas, o que deve ser feito a partir da leitura da segunda parte das declarações e garantias. Com maior razão parece estar Pierre Mousseron, que afirma que na ausência de definição de remédios específicos para as declarações e garantias, podem estas servir como critério de apreciação de erro ou dolo por fornecimento de informação falsa, mas que, em havendo estipulação de obrigação de garantia, ainda que não ligada diretamente à cláusula de declarações e garantias, deve-se entender como incluindo estas no escopo da obrigação de garantia (MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 280-281).

²⁰⁰ MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 138-149.

²⁰¹ É importante ressaltar, com Thierry Léobon, que as *conventions de garantie* costumam regular-se em duas partes. A primeira são as declarações e garantias propriamente ditas, nas quais o declarante presta uma série de declarações relativas à sociedade-alvo; na segunda é que se definem as consequências jurídicas da falsidade dessas declarações, que podem variar de ajuste de preço a responsabilidade por aumento de passivos ou diminuição de ativos (LÉOBON, Thierry. *La partie déclarative des conventions de garantie de passif*. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 16, 2010, p. 1391 e ss.).

protetora.²⁰² Já Arnoldo Wald classifica as funções da cláusula de declarações e garantias em informativa, protetora e responsabilizadora.²⁰³ Entendemos mais correto, porém, afirmar que as declarações e garantias desempenham quatro funções distintas. Para além de configurar fornecimento de uma informação e documentá-la (funções informativa e probatória), as declarações e garantias ainda podem conformar a obrigação do declarante ao especificar as qualidades da participação societária objeto de alienação (função conformativa), ou instigar assunção de obrigação de garantia pelo declarante (função assecuratória). Desta forma, em relação à classificação de Mariana Mendes-Medeiros, entendemos por manter as primeiras duas funções e desdobrar a terceira em outras duas funções. Essa ampliação do leque de funções justifica-se pelas diferentes naturezas jurídicas que a cláusula pode assumir, cada uma vinculada a uma função própria.

A cláusula pode desempenhar apenas uma dessas quatro funções ou mais de uma delas concomitantemente, em maior ou menor grau. Ou podem as partes pretender atribuir funções diferentes a cada declaração, tudo dentro do âmbito de liberdade que possuem.²⁰⁴ O desempenho de uma função não preclui outra. Em suma, é do jogo entre essas quatro funções que o intérprete deverá extrair a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias no caso concreto. É questão do caso concreto saber qual delas ressalta e de que forma isso impacta a natureza jurídica da cláusula em questão. Assim, a cláusula de declarações e garantias não possui natureza jurídica unívoca, mas é um tipo que comporta uma multiplicidade de naturezas jurídicas, determináveis de acordo com a função tida em vista pelas partes no momento de sua pactuação.

Nem todas essas funções possuem o condão de transformar em contratual a responsabilidade pela veracidade das declarações e garantias. Na verdade, apenas as funções assecuratória e conformativa resultam na assunção de obrigações contratuais; aqui, a cláusula de declarações e garantias assume a natureza de negócio jurídico, cujo efeito é o surgimento de uma obrigação de garantia ou obrigação de dar. Já na função informativa, a

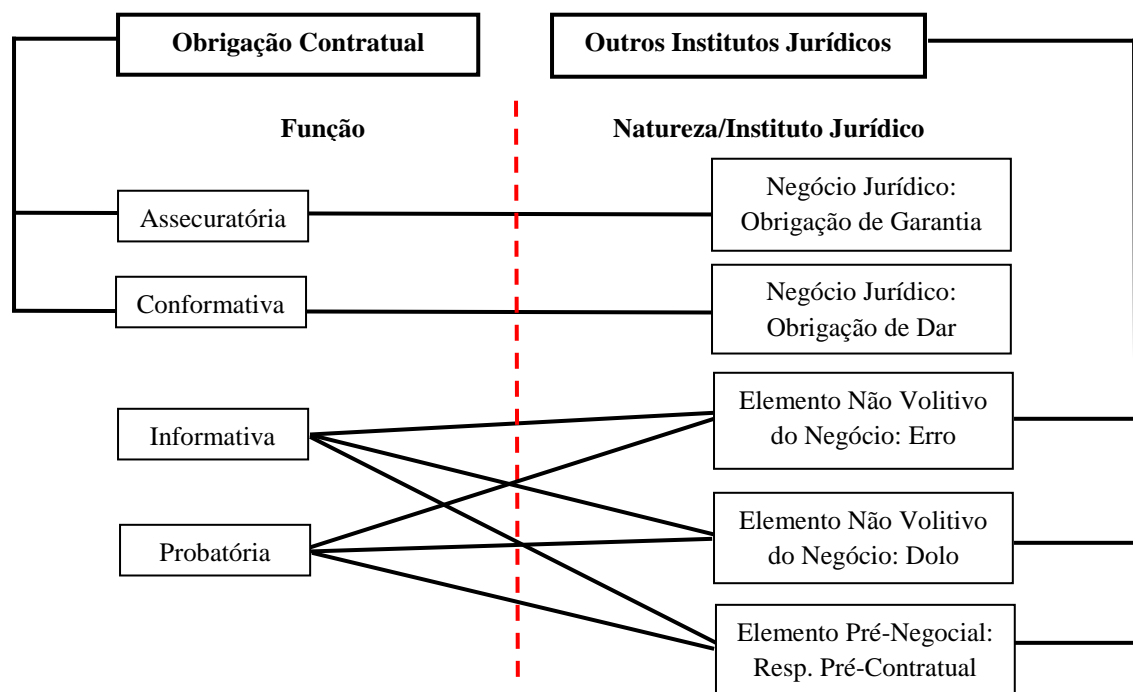
²⁰² MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 149-155.

²⁰³ WALD, Arnoldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, 2014, n. 949, p. 97.

²⁰⁴ A possibilidade de as partes atribuírem funções e regimes jurídicos diversos a cada declaração e garantia é o cerne da tese de Stefan Friedrich Voss. Veja-se VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 154 e ss.

cláusula de declarações e garantias funciona como elemento não-volitivo do negócio jurídico, que elenca enunciados de fato que auxiliam a concretizar os requisitos dos institutos do erro e do dolo; ou, quando sequer chega a compor o negócio, ativa a responsabilidade pré-contratual. Quanto à função probatória, as declarações e garantias atuam como simples documentação por escrito das informações trocadas entre as partes e ajudam a fazer prova dos requisitos da responsabilidade pré-contratual, do erro e do dolo.

Importante ressaltar desde já, para eliminar certa confusão muitas vezes vista na prática, que as declarações e garantias jamais propiciam responsabilidade por vícios redibitórios, pois a inserção de qualidades prometidas em contrato necessariamente retira a hipótese do âmbito de aplicação dos vícios, como ver-se-á no último capítulo deste trabalho. A correlação entre as funções e as múltiplas naturezas jurídicas possíveis para a cláusula de declarações e garantias pode ser assim esquematizada:



Quando a cláusula desempenha mais de uma dessas funções, caberá ao credor efetuar a escolha por uma delas, *electa una via non datur recursus ad alteram*. Contudo, do ponto de vista de obrigação contratual, não pode o devedor assumir obrigação de mais de uma natureza quanto às declarações e garantias. Por esta razão, entendemos que pode haver concorrência entre as funções, exceto entre a assecuratória e a conformativa. Estas duas podem coexistir com as funções informativa e probatória, mas não uma com a outra.

2.1. Função assecuratória

Em sua função assecuratória, as declarações e garantias podem ser associadas à assunção de uma obrigação de garantia pelo declarante, apartada da obrigação principal de entrega das ações ou quotas, mas que a ela se liga em relação de acessoriedade. Nesta função, as declarações e garantias visam apenas garantir o declaratário contra superveniências da sociedade-alvo adversas e que estejam em desconformidade com o que foi declarado. A hipótese não é desconhecida da doutrina e da jurisprudência, embora não se tenha conhecimento de sua formulação nestes termos. Na Itália, se propugna o enquadramento da cláusula de declarações e garantias que versa sobre características do patrimônio social dentro de uma obrigação de tipo assecuratório, garantindo ao declaratário a consistência do patrimônio da sociedade-alvo mediante pagamento de indenização por falsidade das declarações.²⁰⁵ O próprio mecanismo de *indemnities* do *common law* (Introdução *supra*, n. 4.3) assemelha-se à assunção de uma obrigação de garantia com pressupostos e consequências próprios.

Desta forma, pensamos que a cláusula de declarações e garantias possa ser formatada pelas partes de modo a assumir a natureza de negócio jurídico do qual exsurge obrigação de garantia, que não se confunde com a própria prestação principal devida pelo declarante, pois dela apartada, mas sim um outro gênero em que o declarante apenas garante determinado estado de coisas ao declaratário, assumindo o risco de que não seja verdadeiro. O pagamento de uma soma garantida é aqui o mais comum para defender o declaratário contra tais riscos, mas não o único.

2.2. Função conformativa

Por função conformativa queremos mencionar aqui a capacidade das declarações e garantias de conformar a obrigação do declarante, especificando as qualidades da participação societária que o declarante se obriga a entregar. Nesta função, as declarações e garantias atuam definindo o próprio conteúdo da prestação devida. Diferente da função assecuratória, enquanto especificação do conteúdo da obrigação de dar, as declarações e garantias se somam à própria obrigação principal do alienante, amalgamando-se em uma única obrigação e não em duas obrigações separadas. O desempenho de uma tal função

²⁰⁵ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 221-222 (citando doutrina a favor de tal tese); IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 134-138.

resulta na aplicação do regime de responsabilidade contratual por inadimplemento, em caso de falsidade das declarações e garantias.

A função conformativa não é desconhecida da doutrina e jurisprudência sobre o tema, embora tampouco se tenha notícia de sua formulação nestes termos. Na França se discute, por exemplo, se tais cláusulas poderiam estruturar uma obrigação de entrega da coisa conforme ao pactuado para os fins dos arts. 1604 e ss. do *Code Civil (obligation de délivrance conforme)*.²⁰⁶ Na Itália, a jurisprudência majoritária (contrária ao posicionamento doutrinário) entende que a aposição de uma cláusula de declarações e garantias que versa sobre características do patrimônio social sujeita-se ao regramento da responsabilidade por falta de qualidades prometidas da coisa (que, no direito italiano, se enquadra dentro do regime de vícios redibitórios), com a possibilidade de o credor pedir a resolução do contrato pelo art. 1497 do *codice civile*, em caso de sua falsidade.²⁰⁷ Parte da doutrina italiana, porém, entende que a enunciação de qualidades da participação societária não deve ser reconduzida à promessa de qualidades, mas diretamente ao regime do inadimplemento contratual.²⁰⁸

Desta forma, pensamos que deve ser reconhecida a possibilidade de a cláusula de declarações e garantias assumir função de negócio jurídico do qual surge como obrigação principal do declarante a de entregar a participação societária dotada das qualidades prometidas, caso em que sua falsidade se submete ao regime do inadimplemento contratual.

2.3. Função informativa

Não é incomum encontrar referências à cláusula de declarações e garantias como uma forma de fornecer informações essenciais sobre as operações da sociedade-alvo.²⁰⁹ De

²⁰⁶ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 305-307.

²⁰⁷ Veja-se a extensa jurisprudência sobre o assunto citada em RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 217, embora o autor não concorde com o posicionamento jurisprudencial.

²⁰⁸ IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 153; BONELLI, Franco. *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 29-30.

²⁰⁹ Mencionam tal função: FROME, Robert L. *Representations and warranties in agreements*. *New York law journal*, vol. 192, n. 122, 27.12.1984, p. 1; CHU, Wilson. *Avoiding surprises through due diligence*. in: *Business law today*, Vol. 6, No. 3 (jan./fev. 1997), p. 11; CASELLA, Paolo. *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore*. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI,

fato, as declarações prestam-se a transmitir, embora nem sempre tragam consigo tal função, informações sobre a sociedade-alvo que eram desconhecidas do adquirente. As declarações costumam vir acompanhadas de exceções, normalmente formuladas de forma sintética no corpo da declaração e de forma mais detalhada nos anexos ao contrato (por exemplo: “o alienante declara que a sociedade não possui ações trabalhistas em curso, exceto pelas constantes do anexo”).²¹⁰ Com isso, é inegável que o adquirente passa a deter conhecimento sobre fatos e dados da sociedade-alvo que antes não possuía, evidenciando-se aí a função informativa das declarações e garantias, que prestam-se sobretudo à formação do consentimento informado do adquirente sobre proceder ou não à aquisição.²¹¹

É preciso, porém, separar o caráter informativo presente em todas as declarações e garantias da função informativa. De uma certa forma, as declarações e garantias sempre transmitem, no plano dos fatos, certo número de informações ao declaratório, mas nem sempre as partes conferem relevância jurídica a essa prestação de informações, que pode ficar no plano meramente fático. Apenas quando é intenção das partes utilizar as declarações e garantias como meio de transmissão de informações é que se concretiza a função informativa.

Nesta hipótese, as partes valem-se da cláusula como elemento não volitivo do negócio. Não há vontade de constituir, modificar ou extinguir direitos e obrigações para as partes, mas transmissão pura de informação capaz de induzir quem recebe as declarações a erro ou dolo. Por vezes, a veiculação de informações na cláusula de declarações e garantias sequer é vista pelas partes como parte do negócio, caso em que pode gerar apenas

Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 140; TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 366; PISTORELLI, Roberto. Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 157; WALD, Arnoldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, 2014, n. 949, p. 97 (embora o autor mencione ainda outras funções não reproduzidas neste trabalho a saber: protetora e responsabilizadora, as quais nos parecem não desembocar, ao menos diretamente, em regime jurídico específico que auxilie a disciplinar a cláusula de declarações e garantias); ABLA, Maristela Sabbag. Sucessão empresarial – declarações e garantias – o papel da *legal due diligence*. *in*: CASTRO, Rodrigo Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.), Reorganização societária. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 110-111 (a autora menciona ainda a função das declarações e garantias de agir sobre a determinação do preço, o que, embora seja verdade, não auxilia na identificação do regime jurídico aplicável à cláusula); GODOY FERNANDES, André de. Brazil. *in*: CAMPBELL, Dennis (org.) Mergers and acquisitions in North America, Latin America, Asia and the Pacific: selected issues and jurisdictions. Special issue, volume B. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 108.

²¹⁰ GOLDBERG, Richard A. A guide to mergers & acquisitions. Nova Iorque: Practising Law Institute, 2007, p. 18.

²¹¹ MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 149-151.

responsabilidade pré-contratual por prestação de informação falsa.²¹² As declarações e garantias atuam aqui como veículo de informação juridicamente relevante.

Em longo artigo dedicado ao assunto, Ronald Gilson ressalta a função da cláusula de declarações e garantias de reduzir a assimetria informativa entre as partes de forma cooperativa – e não da forma adversarial em que são tradicionalmente entendidas. O autor defende que a avaliação de um ativo é feita com base em informações sobre fatos presentes e passados relacionados ao ativo e em informações sobre fatos futuros que possam afetar o seu valor. Ocorre que as projeções futuras de valorização do ativo dependem igualmente de o agente possuir informação sobre suas características presentes ou passadas. A função das declarações e garantias seria, portanto, reduzir as assimetrias informativas sobre esses fatos presentes ou passados para minimizar o desacordo entre as partes quanto ao futuro do ativo.²¹³ Daí a relevância do compartilhamento de informações em uma relação cooperativa para aproximar expectativas.

Como o alienante da participação societária possui maior informação sobre o ativo do que o adquirente, Ronald Gilson propõe que o fluxo de informações daquele para este seja dividido em dois planos: aquisição da informação e confirmação da mesma. No plano da aquisição de informação, as declarações e garantias facilitam o fluxo ao adquirente de informações que o alienante já possui.²¹⁴ Quanto às informações que o alienante não possui, este estará em posição de produzi-la a menores custos, empregando seus consultores para tanto.²¹⁵ Porém, ainda no plano da aquisição de informação, surge a questão de definir quais informações valem a pena ser produzidas, pois toda produção de informação envolve custos, e nem todo custo vale a pena ser incorrido, mormente quando ultrapassa os benefícios proporcionados. Gilson entende que os qualificadores de relevância (*materiality qualifier*) e de conhecimento (*knowledge qualifier*) das declarações e garantias exercem a função de especificar quais informações merecem ser produzidas. Assim, pelo *materiality qualifier* apenas informações relevantes valem o custo de serem

²¹² Embora não fale especificamente da anulação por erro ou dolo, Christian Köster admite que a descrição das características da empresa podem ser uma simples descrição sem configurar promessa contratual (KÖSTER, Christian. *Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 237-239). É precisamente nesses termos que age a função informativa da cláusula de declarações e garantias, segundo os termos defendidos neste trabalho.

²¹³ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 267-269.

²¹⁴ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 271-273.

²¹⁵ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 273-276.

produzidas; já pelo *knowledge qualifier*, apenas aquelas informações que já estão em poder do alienante, ou que o alienante pode obter exercendo ordinária diligência, justificam os custos de sua produção.²¹⁶

Mas não necessariamente toda informação alcançada pelo vendedor será correta e verdadeira, pois este tem incentivos para entregar apenas informações que aumentem o valor da participação. Por isso, no segundo plano do fluxo informativo, o adquirente confere a veracidade e completude das informações prestadas pelo alienante. A maneira mais comum e simples de efetuar tal verificação é através da acoplagem de mecanismo de reembolso à falsidade das declarações e garantias. Na visão de Ronald Gilson, esse mecanismo beneficia o próprio alienante, na medida em que a qualidade da informação se reflita no preço que o adquirente está disposto a pagar pelo ativo.²¹⁷ Porém, como mecanismos ressarcitórios podem não ser perfeitos – o alienante pode se beneficiar de um teto financeiro ou de um curto período de responsabilidade, por exemplo – é de interesse das partes convocar um terceiro, normalmente um advogado ou auditor, para auditar as informações prestadas. O terceiro atua, assim, oferecendo sua reputação como garantia de que a informação é verdadeira.²¹⁸

Ainda no espectro da função informativa, as declarações e garantias podem ser utilizadas como substituto para a auditoria quando, em uma perspectiva de custo-benefício, a informação não puder ser obtida ou confirmada de modo eficiente,²¹⁹ ou quando a informação não é passível de ser produzida em auditoria.²²⁰ Mas, nesse caso, as declarações e garantias podem não conferir uma proteção tão forte, pois o reembolso depende da solvência do devedor, e muitos vícios da sociedade-alvo, como a falta de uma autorização ou de uma patente essencial para seu funcionamento, podem não ser adequadamente compensadas por pagamento em dinheiro.²²¹

²¹⁶ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 276-279.

²¹⁷ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 281-282. Na mesma linha, GOLDBERG, Victor P. Protecting reliance. *Columbia Law Review*, vol. 114, n. 4, mai./2014, p. 1075-1076.

²¹⁸ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, p. 288-293.

²¹⁹ Neste sentido, Edwin Miller ressalta a dialética entre o procedimento de *due diligence* e a prestação de declarações e garantias (MILLER JR., Edwin L. *Mergers and acquisitions: a step-by-step legal and practical guide*. Nova Jérsei: John Wiley & Sons, 2008, p. 214).

²²⁰ GOLDBERG, Richard A. *A guide to mergers & acquisitions*. Nova Iorque: Practising Law Institute, 2007, p. 10.

²²¹ CHU, Wilson. Avoiding surprises through due diligence. *Business law today*, Vol. 6, No. 3 (jan./fev.

De fato, a capacidade de o adquirente confiar na informação prestada pelo alienante permite colocar maior valor no negócio, oferecendo maior preço. Dentro dessa função informativa das declarações e garantias, deve-se incluir também, portanto, uma função de determinação do preço, já que este é apurado com base nas informações disponíveis ao adquirente.²²²

Nesta função, as declarações e garantias assumem natureza jurídica de elemento não volitivo inserido no negócio, mero enunciado de fato. E flertam com os regimes da responsabilidade pré-contratual e dos vícios da vontade por erro e dolo.²²³ É no escopo de sua função informativa que a falsidade das afirmações contidas na cláusula pode induzir o declaratório em falsa representação da realidade ou influir na sua decisão negocial, levando-o a pensar que a sociedade-alvo possui determinadas características que na verdade não possui. Prejudica, assim, a livre formação da vontade.

A função informativa das declarações e garantias fica evidente quando é a própria sociedade-alvo quem as presta. De fato, a sociedade-alvo apenas dificilmente poderia assumir obrigação de garantia contra um risco que pesa sobre o declaratório das declarações e garantias, pois, caso tivesse de reembolsá-lo por inconsistências do seu patrimônio ou da sua atividade, acabaria por se descapitalizar, gerando nova falsidade das declarações e garantias que concretizaria um novo risco garantido e dispararia o dever de reembolsar novamente, criando um ciclo eterno. Além disso, se a sociedade-alvo assumisse obrigação de garantia para pagar soma garantida a si mesma, ela estaria assumindo uma espécie de autoindenização ou autogarantia, o que é estranho. Quando prestada pela própria sociedade-alvo, é difícil conceber que a cláusula de declarações e garantias exerça função assecuratória, salvo se os pagamentos forem destinados diretamente ao adquirente. O mesmo pode-se dizer com relação à função conformativa. Excluída a hipótese de

1997), p. 11. Fala da utilização de declarações e garantias como substituto da due diligence por questões de tempo e custo, CASELLA, Paolo. I due sostanziali metodi di garanzia al compratore. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 140.

²²² KRAIEM, Ruben. Leaving money on the table: contract practice in a low-trust environment. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, p. 726.

²²³ Como diz Pontes de Miranda, “[n]os atos jurídicos (...) há, ao lado do elemento volitivo, enunciados de fato, tais como a declaração do vendedor de que a coisa vendida tem a dimensão tal ou a qualidade tal. Tais enunciados de fato, feitos explícita (declarados, isto é, de modo claro) ou implicitamente, ou são verdadeiros, ou são falsos. Tais enunciados de fato podem ter grande relevo jurídico, como se dão ensejo a erro e, pois, à anulabilidade do ato jurídico (arts. 86-91) ou à condition indebiti (repetição por enriquecimento injustificado, art. 965), ou à tutela da boa-fé (...)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 525).

negociação com as próprias ações ou quotas, a sociedade-alvo não tem como assumir uma obrigação de entregar a participação societária dotada de certas características prometidas, porque esta obrigação incumbe apenas a quem detém a participação.

Quid juris se a sociedade-alvo presta declarações e garantias juntamente com o alienante, mas não é ela mesma alienante e nem se define o adquirente como beneficiário do reembolso previsto para a falsidade das declarações, isto é, excluindo-se as funções conformativa e assecuratória do escopo das declarações prestadas pela sociedade-alvo? Nesta hipótese, vemos apenas duas saídas possíveis: ou se entende que todas as partes prestaram as declarações e garantias com função informativa ou adota-se uma solução mosaico, em que a sociedade-alvo as presta com função informativa e, o alienante, por sua vez, com função assecuratória (ou conformativa).

2.4. Função probatória

Mariana Mendes-Medeiros identifica a função probatória das declarações e garantias com a alocação de riscos entre as partes por passivos desconhecidos, fornecendo um parâmetro para apuração de responsabilidade do alienante.²²⁴ Embora não se negue que as declarações e garantias de fato sirvam a este propósito, isto parece estar muito mais ligado às funções assecuratória e conformativa do que à função probatória, razão pela qual temos de aqui discordar da autora.

Todo contrato escrito serve, de certo modo, à documentação de um fato. E é exatamente para ter maior certeza de suas relações que as partes buscam celebrar um contrato por escrito. Neste ponto, a adoção de forma escrita pelas declarações e garantias não seria diferente de qualquer outra cláusula contratual. Mas há peculiaridades na cláusula objeto deste estudo que distinguem sua função probatória da função de certeza jurídica conferida por uma cláusula escrita qualquer.

A diferença reside em que, considerada estritamente pelo aspecto de sua função probatória e desconsiderando-se as demais funções que pode exercer, as declarações e garantias colocam no contrato informações e não só a regulação objetiva de interesses entre as partes, como a forma de executar prestação e contraprestação. A aposição de

²²⁴ MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 154-155.

declarações e garantias em um contrato de alienação de participação societária serve ao propósito de fazer prova de que determinada informação foi repassada – fato que, normalmente, permaneceria no campo das meras afirmações pré-contratuais, com pouco ou nenhum suporte probatório. Ou seja, as declarações e garantias põem a limpo que determinada informação foi fornecida por uma parte a outra.

É claro que o fornecimento de uma informação pode ser comprovado por outros meios admitidos em direito, como a prova testemunhal, confessional, pericial ou por presunções (CC, art. 212). Mas, em sua função probatória, as declarações e garantias constituem prova mais forte e de fácil acesso, pois escrita e assinada pelo próprio declarante, havendo aí a presunção dificilmente afastável por prova em contrário, nos termos do CC, art. 219, *caput*, no sentido de que a declaração é verdadeira em relação ao seu signatário. Este o conteúdo específico da função probatória: chamar à incidência do art. 219, *caput*, as questões atinentes às características da sociedade-alvo.

Como diz Pontes de Miranda, sempre há enunciados de fato ao lado do elemento volitivo nos negócios jurídicos. Os enunciados de fato ou são verdadeiros ou são falsos; não são propriamente manifestações de vontade.²²⁵ Uma vez inserido no ato jurídico, o enunciado de fato ganha presunção de veracidade *juris tantum*, ou seja, o figurante que recebe a declaração de fato pode afastar a presunção mediante prova em contrário.²²⁶ O parágrafo único do art. 219 apenas cria uma exceção a essa regra, determinando que, quanto a enunciados de fato que não guardam relação com a legitimidade das partes ou com as disposições principais do negócio, não existe essa presunção, cabendo ao interessado na falsidade da declaração comprová-la.²²⁷ Para as declarações e garantias, vale dizer: em sua função probatória, os enunciados de fato constantes das declarações e garantias eximem o declaratório da necessidade de provar o fluxo de informações ou a sua veracidade.²²⁸

Obviamente a função probatória mostra-se com toda sua força no contrato escrito. Mas não só em contrato escrito existe tal função. Mesmo ajustes verbais podem ser mais

²²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 525-527.

²²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 526-527.

²²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 526-527.

²²⁸ Sobre a facilitação do ônus da prova da situação patrimonial da sociedade-alvo no conferimento de estabelecimentos empresariais ao capital social, veja-se CASSOTTANA, Marco. Rappresentazioni e garanzie nei conferimenti d'azienda in società per azioni. Milão: Giuffrè, 2006, p. 13-140.

facilmente comprovados com declarações expressas do alienante sobre as qualidades da sociedade-alvo. Figure-se o caso em que uma informação é repassada por um funcionário do alienante, e o adquirente, desejando obter maior segurança da informação, pede ao alienante que a confirme na presença de testemunhas. Assim, a cláusula de declarações e garantias serve a facilitar a prova de fornecimento da informação que se revelou falsa, conferindo maior segurança ao adquirente da participação societária.

Mas não só em favor do adquirente a cláusula faz prova. As declarações e garantias criam a presunção, também praticamente inafastável, de que o adquirente tomou conhecimento das informações ali divulgadas, obstaculizando o acesso a determinados remédios jurídicos quando o teor das afirmações for correspondente à realidade.²²⁹ Assim, fica o adquirente impedido de levantar pretensão por vícios redibitórios ou de direito, que se baseiam no desconhecimento do vício. Fica também impedido do acesso aos regimes de erro, dolo e responsabilidade pré-contratual, pois a cláusula fará prova de uma informação corretamente fornecida. Normalmente essa formulação vem na forma de uma exceção ao fim de uma afirmação sobre o estado patrimonial da sociedade. Por exemplo: “o vendedor declara e garante que a sociedade não é parte do polo ativo ou passivo de ações judiciais trabalhistas em curso, exceto pelos processos listados no anexo”.²³⁰ A exceção à afirmação do primeiro período serve a comprovar que o adquirente tomou conhecimento da existência dos processos listados no anexo ao fim do contrato. Parte-se, portanto, da presunção de que o adquirente foi informado e tomou conhecimento dos processos existentes, operando-se aqui uma inversão do ônus da prova em benefício do declarante.²³¹

3. O enquadramento tipológico da cláusula de declarações e garantias

Não convém definir a cláusula de declarações e garantias em um conceito rígido, pois a cláusula pode desempenhar múltiplas funções e assumir naturezas jurídicas diversas. Portanto, a atitude mais correta é descrever o tipo (não o conceito) da cláusula de

²²⁹ CASELLA, Paolo. I due sostanziali metodi di garanzia al compratore. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 139-140; TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 366.

²³⁰ Esta prática é referida por MILLER JR., Edwin L. *Mergers and acquisitions: a step-by-step legal and practical guide*. Nova Jérsei: John Wiley & Sons, 2008, p. 215.

²³¹ Sobre a inserção de cláusula de imputação de conhecimento ao adquirente em alienação de participação societária, veja-se TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. *Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. Betriebs-Berater* 2002, 528. A posição defendida nesta dissertação é que a mesma função pode ser desempenhada por declarações e garantias.

declarações e garantias, indicando seus índices de tipo e forma de qualificação. Tal tarefa não poderia ser empreendida antes de analisar as funções da cláusula de declarações e garantias, pois são elas que compõem o principal índice para qualificação do tipo, embora não o único. Feita esta análise no capítulo anterior, consideramo-nos em condições de passar a fazer a análise tipológica das declarações e garantias.

Como se sabe, os tipos operam de modo distinto dos conceitos. O conceito conta com elementos fixos obtidos a partir do processo de depuração da realidade. Verificados esses elementos, está preenchido o conceito; mas basta que se não verifique algum ou alguns deles para que não se dê por preenchido.²³² O tipo, ao invés, por designar uma realidade total de sentido, não se deixa apreender em esquemas binários de verificação ou não-verificação, mas se deixa apenas qualificar como mais ou menos típico.²³³ O juízo de enquadramento no conceito é classificatório, é de sim ou não; o enquadramento no tipo é de mais ou menos. O conceito opera um corte na realidade, dividindo-a em duas seções: o que está dentro do conceito e o que está fora. As fronteiras do tipo são fluídas, não sendo possível determinar com segurança onde começa e onde termina o tipo. Por isso diz-se que os conceitos são suscetíveis de definição, ao passo que os tipos apenas são passíveis de descrição.²³⁴

Os tipos comportam a formação de subtipos uns dentro dos outros. Já os subtipos designam uma parcela da realidade contida dentro de outro tipo, descrita segundo critério mais estreito, mas não é possível dizer que se articulam com os tipos por juízo de subsunção. Essa parcela da realidade, por sua vez, pode ser parcialmente abrangida por

²³² COMIRAN, Giovana Cunha. A exegese do art. 425 do Código Civil e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. *in*: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.) Transformações contemporâneas do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 600; OTT, Walter. Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts. Berna: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1972, p. 24-25; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

²³³ OTT, Walter. Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts. Berna: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1972, p. 25-26; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 57-58; SZTAJN, Rachel. Atipicidade de Sociedades no Direito Brasileiro. São Paulo: PKR Gráfica e Editora, 1987, p. 18.

²³⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 44. Walter Ott, com razão, aponta que o conceito não apenas classifica, mas, no próprio ato de classificar, já descreve um conteúdo. E também o tipo, por outro lado, não apenas descreve, mas de certa forma também estabelece uma diferenciação frente a outros tipos (OTT, Walter. Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts. Berna: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1972, p. 29-30).

outro tipo. E assim formam-se séries de tipos e de subtipos, mas não se perde o conteúdo de realidade, pois este processo não é de abstração.²³⁵

Não é escopo deste estudo, fazer uma digressão sobre conceitos e tipos, para o que se remete à literatura especializada.²³⁶ Apenas ressalte-se que os tipos se caracterizam por serem estruturas abertas, graduáveis, dotadas de sentido, totalidade e proximidade da realidade.

De especial importância para o estudo das declarações e garantias é a ideia de tipicidade social. O tipo social é o tipo que, por oposição ao tipo jurídico estrutural, não está descrito na legislação, sua tipicidade derivando da recorrência na vida prática.²³⁷ Pedro Pais de Vasconcelos elenca três requisitos para que se forme um tipo social. Em primeiro lugar, o ato socialmente típico deve ser recorrente, pois a tipicidade não é compatível com a ocorrência de atos isolados. Em segundo lugar, o ato deve traduzir-se numa verdadeira prática, reconhecida no meio social como mais do que a soma de coincidências fortuitas. E, em terceiro lugar, deve existir uma consciência geral e pacífica da vigência dessa prática como algo vinculativo, como norma de comportamento.²³⁸ Presentes esses elementos, pode-se considerar o ato socialmente típico, integrando, portanto, um tipo normativo.

Os índices do tipo são as qualidades ou características que permitem identificar o tipo no caso concreto, distinguindo-o ou comparando-o a outros tipos, seja para formar séries de tipos ou para qualificar o caso concreto em um juízo de tipicidade ou atipicidade. Não são elementos cuja ausência determina, por si só, a desqualificação do tipo, pois o tipo é aberto e flexível, mas constituem um indício de que o tipo está presente no caso.²³⁹ Analisamos abaixo os principais índices de tipo capazes de influenciar a qualificação da

²³⁵ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed. Berlin; Heidelberg; Nova York; Barcelona; Budapeste; Hong kong; Londres; Milão; Paris; Tokyo: Springer Verlag, 1995, p. 291; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 66-67.

²³⁶ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed. Berlin; Heidelberg; Nova York; Barcelona; Budapeste; Hong kong; Londres; Milão; Paris; Tokyo: Springer Verlag, 1995; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006; BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editoras Forense, Gen e Billac Pinto, 2010; OTT, Walter. *Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts*. Berna: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1972; SZTAJN, Rachel. *Atipicidade de Sociedades no Direito Brasileiro*. São Paulo: PKR Gráfica e Editora, 1987; KOLLER, Arnold. *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*. Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967; ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1953.

²³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

²³⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 62-63.

²³⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 117-119.

cláusula de declarações e garantias, sem pretensão de exaustão. Falaremos aqui dos seguintes índices de tipo: objeto do negócio, da causa, do fim, da configuração e do horizonte de sentido.²⁴⁰

Como índice de tipo, o objeto do negócio é o bem sobre o qual incide ou a que se refere o contrato. O objeto pode ser uma coisa, um fazer da outra parte, um direito ou uma mistura deles.²⁴¹ Como diz Maria del Carmen Calera, enquanto índice de tipo, em determinadas situações o objeto do negócio determina não só o seu tipo mas também sua específica regulação.²⁴² Essa nos parece ser precisamente a hipótese da cláusula de declarações e garantias.

As declarações e garantias podem ser aplicadas a qualquer objeto, desde a compra e venda de um imóvel até um aumento de capital social com integralização em ações.²⁴³ O que importa é que o bem possa ser qualificado a partir de afirmações de fatos presentes ou passados.²⁴⁴ Em alienações de participação societária, porém, as declarações e garantias do alienante apresentam a peculiaridade de tornar relevantes para o negócio certos características que, de outra forma, permaneceriam simples motivos do negócio. Isso nos permite classificá-las como um subtipo específico dentro do tipo maior que é a cláusula de declarações e garantias. E nisso se diferencia substancialmente das declarações e garantias aplicadas a outros tipos de operação, pois aqui elas recaem sobre itens que sequer compõem o objeto do negócio, vindo a desempenhar, para tal mister, funções diferentes.

Isso nos leva à análise da causa (função) como índice de tipo das declarações e garantias, pois, quando tem por objeto a participação societária, as declarações e garantias acabam desempenhando uma função socialmente típica. A causa do negócio é útil enquanto índice de tipo na medida em que exprime a função econômica desempenhada pelo negócio. Apenas enquanto função econômica é que a causa permite efetuar um

²⁴⁰ Para uma análise completa dos índices de tipo na doutrina da tipicidade contratual, veja-se VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 117-165.

²⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 142-143.

²⁴² CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y. *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 275-276.

²⁴³ Mark Levine, por exemplo, dedica artigo inteiro à inclusão de declarações e garantias em contratos de edição bibliográfica (LEVINE, Mark L. Including representations and warranties in contracts. *New York law journal*, 20.1.1989, p. 1 e 6).

²⁴⁴ Não se ignora a possibilidade de as partes convencionarem garantias para o futuro, como nas *garanties de rentabilité* do direito francês (MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef/université, 1992, p. 131-134). Tais cláusulas, porém, parecem-nos fugir ao tipo “declarações e garantias”, embora possam ser também uma obrigação de garantia. A especificidade destas últimas está justamente em qualificar o bem, informar sobre ele. Tanto que, no *common law*, fatos futuros sequer podem ser objeto de *representations* ou de *warranties*.

comparativo entre o papel normalmente desempenhado pelo negócio (função típica) e o papel exercido no caso concreto, em um juízo de aproximação ou distanciamento do negócio em relação ao tipo.²⁴⁵ O negócio indireto é um bom exemplo de utilização de modelos contratuais típicos para executar funções diversas das que lhe são, em princípio, típicas.²⁴⁶ É preciso, portanto, investigar a função econômica normalmente exercida pelas declarações e garantias em operações de alienação de participação societária.

Viu-se no capítulo anterior que a cláusula de declarações e garantias pode desempenhar quatro funções distintas (assecuratória, conformativa, informativa e probatória). No subtipo cláusula de declarações e garantias em alienações de participação societária, a função mais comum e típica é a assecuratória, mas a maleabilidade do tipo dá conta de acomodar as demais funções em seu bojo, conforme a necessidade das partes.²⁴⁷ De fato, a prática mais recorrente é tratar as declarações e garantias como originando apenas pretensão ressarcitória do *quantum* gasto pela sociedade-alvo para criar o estado de coisas que existiria se as declarações e garantias fossem verdadeiras. Cria-se uma pretensão contratual autônoma, próxima da ideia de uma *indemnity* do *common law*. A recorrência dessa prática no mundo dos negócios é facilmente detectada na doutrina especializada,²⁴⁸ o que nos permite falar da sua tipicidade social.

²⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 129-130. O autor aduz, com razão, que a causa do negócio nada tem a acrescentar à análise tipológica enquanto fundamento de juridicidade do negócio, pois apenas carimba a licitude (ou ilicitude) do negócio, mas não permite compará-lo a outros negócios similares, de forma a estabelecer uma escala tipológica.

²⁴⁶ ASCARELLI, Tullio. Problemas da sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 103. Outro interessante exemplo trabalhado na Itália por Corrada Giammarinaro é o do contrato de mútuo com escopo legal, o qual se caracteriza pela estatuição de uma destinação específica para a soma mutuada financiar empreendimentos de interesse público previstos na lei (GIAMMARINARO, Corrada. Il problema della qualificazione del mutuo di scopo. in: Tipicità e atipicità nei contratti. Quaderni di giurisprudenza commerciale, vol. 53. Milão: Giuffrè, p. 67-70).

²⁴⁷ De fato, a causa do negócio não pode, ela sozinha, ser determinante do juízo de qualificação ou desqualificação no tipo, como por muito tempo se sustentou. A consideração da causa para tal finalidade, de forma exclusiva, excluiria do juízo uma série de fatores subjetivos e objetivos que determinam a verdadeira natureza do contrato, independentemente de adotarem-se as teorias objetivas ou subjetivas da causa. Por isso, o juízo de tipicidade deve ser analisado em face do todo do negócio. Para uma explanação completa do argumento, veja-se COSTANZA, Maria. Il contratto atipico. Milão: Giuffrè, 1981, p. 185-196.

²⁴⁸ Referindo a recorrência com que as declarações e garantias são formatadas para assumir a natureza de *selbständige Garantieverprechen* ou *indemnities*, veja-se BEINERT, Dieter; BURMEISTER, Frank; TRIES, Hermann-Josef. Mergers and acquisitions in Germany. Munique: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 124-125; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 557-558; KNOTT, Hermann; MIELKE, Werner. Unternehmenskauf. 3ª ed. Colônia: RWS Verlag, 2008, p. 35-36; PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3ª ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 159; WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? in: The M&A lawyer, vol.11, n. 1, 2007, p. 5; TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 332; IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 3. Embora os autores alemães tendam a classificá-las como uma promessa de qualidades e

O fim do negócio aproxima-se muito da causa-função como índice de tipo. Pedro Pais de Vasconcelos distingue o fim da função, porque aquele seria eminentemente subjetivo, enquanto que a função seria objetiva. O fim estaria nas partes, no objetivo que buscam alcançar com o contrato, já a causa seria a função exercida pelo contrato para proporcionar às partes atingir tal objetivo. Assim, causa-função e o fim do contrato seriam índices de tipo distintos, embora intimamente ligados um ao outro.²⁴⁹ Em nossa opinião, a distinção perde relevância com a crescente adoção da teoria segundo a qual a causa concreta do negócio é o seu próprio fim, em oposição à chamada teoria da causa abstrata. Segundo Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a finalidade do negócio é algo objetivo, pois os interesses visados pelas partes no contrato só se erigem como fim quando sejam conhecidos da outra parte, considerados no momento da celebração do contrato e estejam englobados na promessa contratual da contraparte.²⁵⁰ Logo, seria difícil distinguir a causa-função do contrato (concreta) do seu fim.

As características do contrato podem se relacionar entre si de diversas maneiras nos quadros do contrato. Contratos diferentes podem prever mecanismos diferentes de alcançar as mesmas utilidades para as partes, mas nem por isso são do mesmo tipo. Por exemplo, o vendedor de uma coisa pode remir a dívida que nasce em seu favor em virtude da venda, ou pode simplesmente fazer uma doação para produzir o mesmo resultado prático, mas isso não significa dizer que não exista uma sensível diferença entre as duas hipóteses. É que as características de um contrato não podem ser consideradas individualmente, como uma mera soma de características. O modo como se relacionam umas com as outras é também ele um índice de tipo, denominado “configuração” do tipo.²⁵¹ Nessa perspectiva, a cláusula de declarações e garantias aplicada à alienação de participação societária permite diferenciar situações afins que, porém, não possuem a mesma configuração. Bom exemplo disso é a cláusula de indenização por todas as perdas geradas por fatos anteriores à aquisição da participação. A função se aproxima das declarações e garantias, pois garante o adquirente contra superveniências passivas da sociedade-alvo posteriores à celebração do negócio. Porém, sua construção dentro do contrato é diversa. As situações que geram

não como obrigação de garantia, a pactuação de remédios específicos excludentes do regime legal do inadimplemento é assente na Alemanha. A qualificação da sua natureza jurídica como obrigação de garantia ou de dar varia conforme o direito de cada país, mas a recorrência da pactuação de *selbständige Garantieverprechen* com escopo ressarcitório permite afirmar a tipicidade social desse tipo de arranjo.

²⁴⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 131-133.

²⁵⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 128-130.

²⁵¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 148-149.

obrigação de ressarcir estão ligadas ao aumento de passivos ou diminuição de ativos considerados em si, e não especificamente à falsidade de certas declarações sobre a participação societária. O adquirente pode ter o remédio independentemente de o alienante ter prestado alguma declaração sobre a sociedade-alvo. A falta de semelhança com a configuração típica de uma cláusula de declarações e garantias é visível, a ponto de justificar a desqualificação no tipo.

O sentido do tipo é um dos mais relevantes índices de tipo. Se a configuração do tipo é a ordenação interna de seus elementos, o sentido do tipo é o critério diretivo de tal ordenação, é o parâmetro segundo o qual os elementos do contrato se organizam e se relacionam entre si.²⁵² Quando falamos do sentido do tipo, dissemos que o contrato não é uma soma desorganizada de elementos, mas estes encontram-se articulados segundo uma ordem, que é o seu sentido. A controvérsia enfrentada pela doutrina e jurisprudência nacionais para distinguir o arrendamento mercantil com pagamento de valor residual garantido da compra e venda a prestação é um bom exemplo da qualificação do tipo segundo o índice de sentido.²⁵³ Pode-se entrever na cláusula de declarações e garantias como que uma ordenação dos elementos do tipo para proteger o declaratário em torno de afirmações de fatos presentes ou passados sobre a sociedade-alvo.²⁵⁴ Tudo gira em torno das declarações: as matérias objeto de proteção, a forma de averiguar a falsidade das características enunciadas da sociedade-alvo, a responsabilidade do declarante, a proteção do declaratário *etc.* As declarações é que ordenam o tipo da cláusula. Por ser apenas um índice de tipo, o sentido também comporta graduação, até o ponto em que, se os outros elementos do contrato não andarem junto com esse sentido, a não correspondência leve à sua desqualificação.²⁵⁵

²⁵² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 154-156.

²⁵³ Sobre a matéria, veja-se MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada valor residual garantido – VRG e a sua dupla função: complementação do preço e garantia. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, vol. 49, jul.-2010, p. 109; RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 5ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 71-79. A questão acabou sendo pacificada pelo STJ no EREsp n. 213.828-RS, sob relatoria do Min. Edson Vidigal, j. 7.5.2003, quando se consolidou o entendimento de que o pagamento do valor residual garantido não desnatura o contrato de *leasing*.

²⁵⁴ Como diz Jacques Richard, o essencial é que os fatos geradores da responsabilidade do declarante sejam anteriores à alienação da participação (RICHARD, Jacques. *Le choix du bénéficiaire de la garantie de passif. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 5, 1991, p. 19).

²⁵⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, a nosso ver equivocadamente, entende que a divergência de sentido entre o contrato e o tipo impediria a qualificação no tipo (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 158). Em nosso entender, embora o sentido do tipo seja o mais relevante dos índices de tipo, a desqualificação não pode se dar apenas com base neste índice. É preciso analisar o conjunto de todos os elementos do contrato para formar tal convicção.

A doutrina dos índices de tipo não releva apenas para o juízo de qualificação. O regime jurídico do tipo também não pode ser separado de suas características, graduadas segundo os índices de tipo. As características do tipo chamam à incidência determinada estrutura normativa, que pode estar prevista na lei se for um tipo jurídico estrutural, ou impregnada nos usos e costumes se o tipo for social. Como diz Pedro Pais de Vasconcelos,

cada uma das características do tipo tem ligada a si uma certa parcela ou aspecto do regime do tipo. A inexistência, no caso, de uma característica conduzirá à não vigência da parcela de regime que lhe está ligada. Se a característica típica se verificar, mas com uma intensidade diminuída, o regime correspondente terá uma vigência proporcionalmente reduzida.²⁵⁶

A gradação dos elementos do contrato de acordo com a proximidade com o tipo, portanto, é tarefa crucial na análise da cláusula de declarações e garantias, pois dela deriva a definição do regime jurídico, assim como a intensidade de cada parcela de tal regime. A interpretação e a integração do contrato pelo regime típico ficam, assim, indissolavelmente ligadas aos índices do tipo.

Em se tratando de participação societária, pode-se dizer que a função assecuratória desempenhada pela cláusula de declarações e garantias já adquiriu tipicidade social, dado seu uso recorrente na vida prática – ao menos em operações de médio e grande porte.

A existência dessa função típica pode ser demonstrada com base em dois elementos. Em primeiro lugar, a falsidade das declarações e garantias normalmente não configura inadimplemento contratual, mas desencadeia apenas as consequências assim previstas no contrato (normalmente o pagamento de uma soma garantida pelo alienante). Como a operação é complexa e envolve muitos riscos, as partes desejam contar com a previsibilidade de que qualquer vicissitude fa operação se resolva apenas segundo as disposições do próprio contrato. As partes então limitam esse espectro de remédios jurídicos aos expressamente previstos no instrumento contratual.²⁵⁷ Em segundo lugar, as partes costumam definir um prazo de garantia em contrato, ou seja, um período de tempo dentro do qual o “fato revelador” da falsidade das declarações e garantias gera as consequências previstas no contrato. “Fatos reveladores” não ensejam responsabilidade se vierem à tona após tal prazo. Essa estipulação, bastante comum na prática, é indício

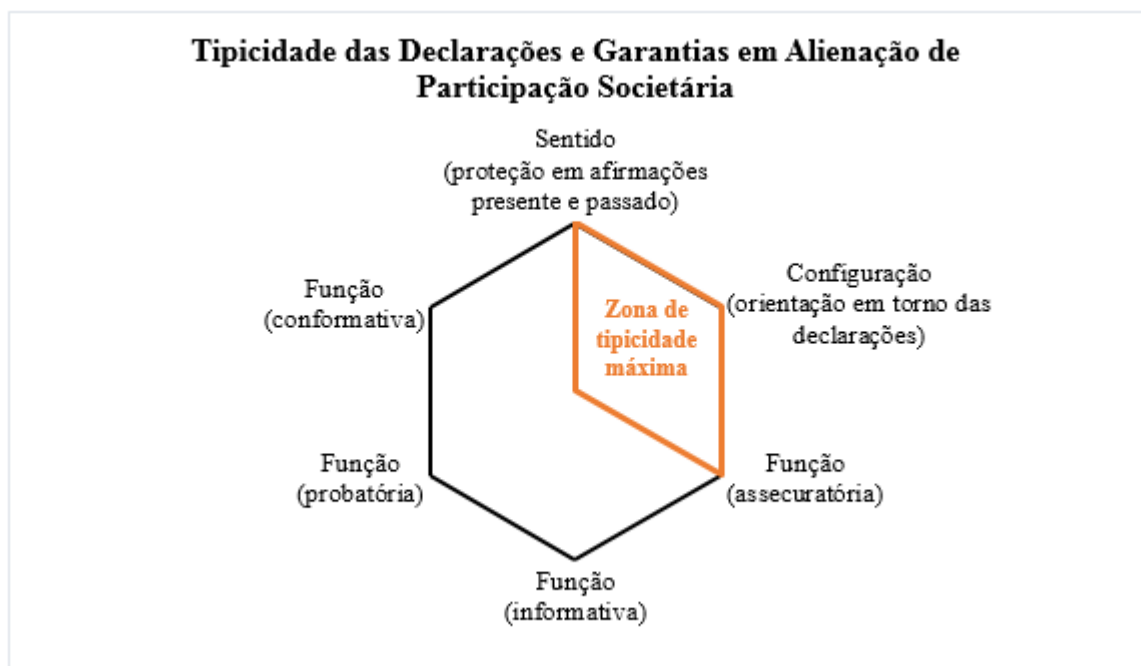
²⁵⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 104.

²⁵⁷ SCHIFFER, Jack; MAYER, Carolin. *Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung*. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 2627, reportando que as partes normalmente excluem todos os remédios cabíveis e ficam apenas com a estipulação de uma *selbständige Garantieversprechen*, no direito alemão.

fortíssimo de que a responsabilidade do alienante segue o paradigma de uma obrigação de garantia (Parte II *infra*, n. 4.3.1).

Isso nos permite concluir pela existência de uma cláusula de declarações e garantias socialmente típica em alienação de participação societária, quando no exercício da função assecuratória. Isso não é incompatível com o desempenho de outras funções pela cláusula. Apenas quer-se dizer que, em seu formato mais típico consagrado na prática, quando têm por objeto ações ou quotas de sociedade, as declarações e garantias devem ser interpretadas e integradas segundo a função assecuratória, ou seja, assumem a natureza jurídico de negócio jurídico do qual exsurge obrigação de garantia.

Para melhor compreensão, permitimo-nos representar graficamente a escala tipológica. Na zona em que a cláusula apresenta maior tipicidade, apresentam-se na maior intensidade possível (i) o sentido de proteger a contraparte por meio de afirmações de fatos presentes e passados sobre a sociedade-alvo; (ii) a disposição dos elementos do contrato entre si em torno da falsidade ou veracidade das declarações e garantias; e (iii) a função de transferir para o alienante o risco de eventos supervenientes que tornem as declarações e garantias falsas. Obviamente a cláusula pode comportar o avanço nos outros eixos de função, embora isso gradativamente reduza sua tipicidade social no subtipo considerado.



É até mesmo possível outorgar funções diferentes para cada declaração. Isso ocorrerá quando a veracidade de determinada declaração seja mais relevante para o

declaratório que outras, justificando-se remédios jurídicos diferentes para um e outro caso.²⁵⁸ O juízo de tipicidade social serve precipuamente à interpretação da vontade das partes e à integração do contrato segundo os usos e costumes do meio.²⁵⁹

4. Classificação das declarações e garantias em alienação de participação societária

São vários os critérios adotados na doutrina estrangeira para classificar a cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária, embora nem todas as classificações pareçam úteis. A rigor, não se pode falar aqui de classificação, pois a classificação compatibiliza-se com os conceitos, mas dificilmente dá conta do fenômeno do tipo. Estamos falando, portanto, de subtipos dentro do subtipo de declarações e garantias em alienação de participação societária, um subtipo “de segundo grau”.

4.1. Garantias de balanço, de capital próprio, de ativos e passivos e de riscos

Na Alemanha, a classificação mais comum é feita segundo o conteúdo da declaração e distingue quatro grupos distintos de declarações e garantias: garantias de balanço, garantias de capital próprio, garantias de ativos e passivos e garantias de riscos.²⁶⁰ A garantia de balanço pode limitar-se a afirmar que foram seguidos princípios de contabilidade geralmente aceitos, ou garantir a correção das cifras constantes de todas as rubricas contábeis. As garantias de capital próprio asseguram que a sociedade-alvo possui determinado montante de capital ou que o capital da sociedade é suficiente para conduzir suas atividades. Nas garantias de ativos e passivos o declarante afirma que os bens da sociedade estão em determinado estado, abrangendo afirmações sobre suas relações contratuais, quadro de funcionários e outras relações jurídicas incapazes de serem transpostas aos documentos contábeis, como licenças e cláusulas de não-concorrência. Por fim, as garantias de riscos garantem que determinados riscos não se concretizarão

²⁵⁸ A possibilidade de as partes definirem remédios jurídicos distintos para cada declaração é o núcleo, com o que se concorda, da tese defendida em VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 154 e ss.

²⁵⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª Coimbra: Almedina, 2009, p. 64.

²⁶⁰ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. *Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge*. *Betriebs-Berater* 2002, 528; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; *Der Unternehmenskauf*. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 558; PICOT, Gerhard. *Unternehmenskauf und Restrukturierung*. 3ª ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 157. Estes três autores identificam ainda um quinto grupo de declarações garantindo o sucesso econômico futuro da sociedade-alvo. No entanto, não se pode aceitar que uma promessa de fato futuro configure uma declaração e garantia, pois estas são sempre uma descrição de fato presente ou passado, ainda que funcionalmente possam configurar uma promessa contratual.

adversamente à sociedade-alvo, como a de que a alienação da participação societária não acarretará descumprimento de obrigações com terceiros ou penalidades de autoridades reguladoras.

Embora esta classificação seja possível, não se vislumbra quais consequências práticas poderiam ser dela extraídas, pois o fato de as declarações se reportarem ao balanço patrimonial, ao capital próprio, aos ativos e passivos ou aos riscos não impõe, *per se*, uma natureza jurídica própria. Não vemos utilidade prática, portanto, nesta classificação.

4.2. *Business warranties e legal warranties*

A classificação amplamente difundida na Itália se dá pelo objeto sobre o qual recaem as garantias. Quando as garantias se referem ao objeto imediato do negócio – as ações ou quotas – chamam-se *legal warranties*; quando recaem sobre o patrimônio social, que não é mais do que mediatamente o objeto visado pelas partes, chamam-se *business warranties*. A doutrina italiana submete uma e outra categoria a regimes jurídicos distintos, o que parece justificar, à primeira vista, a classificação.

As *business warranties* teriam o condão de criar uma obrigação contratual cuja natureza é controversa na Itália, a doutrina pendendo para qualificá-la como obrigação de garantia, ao passo que a jurisprudência a entende como promessa de qualidades da coisa.²⁶¹ Já as *legal warranties* basicamente repetiriam o regime de vícios redibitórios e de direito acrescentando modificações pontuais ao regime da lei²⁶². No direito brasileiro, porém, entendemos que a classificação não se justifica. Embora o objeto do negócio seja um importante índice de tipo que justifica a formação de um subtipo dentro da categoria cláusula de declarações e garantias (Parte I *supra*, n. 3), sua natureza jurídica não é ditada exclusivamente pelo objeto da cláusula, mas pelo jogo entre os vários índices de tipo, especialmente pela função que as partes lhe outorgam.

²⁶¹ IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 134-138; RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 221-224; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 314-322.

²⁶² RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 190-193; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 332-345; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 210

4.3. Declarações e garantias sintéticas e analíticas

Na Itália, também é bastante conhecida a classificação das declarações e garantias em garantias sintéticas e analíticas. As cláusulas sintéticas contêm uma formulação ampla e genérica, como a afirmação de que a sociedade simplesmente não possui passivos fiscais e tem cumprido a legislação ambiental. Dado seu caráter genérico e amplo, as cláusulas sintéticas são mais incertas e passíveis de interpretação extensiva pelo julgador.²⁶³

Já as cláusulas de garantia analíticas trazem uma enunciação precisa e minuciosa, *self explanatory*, de aspectos individualizados do patrimônio social.²⁶⁴ As cláusulas analíticas permitem definir com maior consistência a responsabilidade do alienante e conferem maior segurança sobre a interpretação de seu conteúdo, diminuindo as chances de surgirem discussões futuras sobre a falsidade de uma declaração. Seu escopo pode atingir questões inacessíveis às garantias sintéticas, como estado de execução de determinados contratos, mas se restringe às situações trazidas em seu texto, incapaz de ser esticado para alcançar hipóteses não antevistas pelas partes, pois se interpretam restritivamente.²⁶⁵ Por isso a doutrina sugere combinar cláusulas sintéticas e analíticas no sistema de garantias do contrato.²⁶⁶

²⁶³ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 224.

²⁶⁴ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 224; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 362 e 364-365; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 5; CASELLA, Paolo. *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore*. *in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 137 e 139; PETTARIN, Guido Germano. *Acquisizione, fusione e scissione di società*. Milão: Giuffrè, 1992, p. 36-37; ROLLI, Rita. *Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: aliud pro alio datum? Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 219-220.

²⁶⁵ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 224-225. É interessante notar como Marco Speranzin liga a necessidade de interpretar as cláusulas analíticas de modo restritivo pela incidência da regra *ejusdem generis*, comumente aplicada nos países de *common law* (SPERANZIN, Marco. *Vendita della partecipazione di “controllo” e garanzie contrattuali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 240 *apud* RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 224).

²⁶⁶ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 225; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 365-368; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 5; PISTORELLI, Roberto. *Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento*. *in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 158. A exceção parece ser Alessandro Pedersoli, para quem a melhor forma de tutelar o comprador é com a utilização exclusiva de garantias sintéticas, PEDERSOLI, Alessandro. *Le garanzie fiscali, previdenziali ed ecologiche*. *in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 148; ROLLI, Rita. *Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: aliud pro alio datum? Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 220.

A classificação afigura-se útil na medida em que fornece cânones interpretativos distintos para um e outro tipo de cláusula, instruindo sua aplicação prática.²⁶⁷

4.4. Classificação segundo as consequências jurídicas concretas

Uma classificação sensata parece-nos ter sido empreendida na Alemanha por Stefan Friedrich Voss, segundo as consequências jurídicas aplicáveis à falsidade das declarações e garantias. É verdade que as partes raramente disciplinam as consequências jurídicas individualmente ao nível de cada declaração e garantia, colocando, ao contrário, todas as declarações sob o título da cláusula de declarações e garantias. Mas isso não deve levar à conclusão *tout court* de que as partes quiseram que os mesmos remédios fossem aplicados a todas as declarações e garantias. Como diz Voss, a razão para tanto parece repousar mais na conveniência de reunir na mesma cláusula todas as declarações do alienante, do que na intenção de conferir o mesmo remédio jurídico a todas elas.²⁶⁸

Stefan Friedrich Voss distingue quatro grupos de declarações e garantias. No primeiro grupo encontram-se as declarações cuja violação autorizam a parte lesada a pedir a resolução do negócio ou manter o contrato e pedir indenização (o que o autor equipara às *conditions e representations do common law*).²⁶⁹ O segundo grupo é composto pelas declarações que, se violadas, desencadeiam a adaptação do contrato por modificação do preço. A dificuldade prática dessa opção reside em calcular o valor de mercado da participação e o valor que teria se as declarações fossem verdadeiras, até porque o preço normalmente é calculado com base em projeções futuras e dinâmicas de lucratividade, ao passo que as declarações e garantias se referem a situações passadas ou presentes que são

²⁶⁷ Dentro das garantias analíticas, Roberto Pistorelli busca separá-las em quatro grupos que refletem, de certa forma a distinção entre *legal e business warranties*. O autor divisa garantias sobre o título de participação na sociedade, garantias relativas ao balanço e elementos ativos, garantias relativas aos elementos passivos da sociedade-alvo e sobre elementos não reconduzíveis às rubricas do balanço (PISTORELLI, Roberto. *Le garanzie "analitiche" sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento. in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 162-167). A classificação, porém, parece-nos pecar pelos mesmos defeitos elencados no texto para as classificações adotadas na Alemanha e na Itália.

²⁶⁸ VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 158.

²⁶⁹ Com a exceção de que a rescission só é admitida no common law se a restituição das partes ao estado anterior ainda é possível. Isso praticamente anula o remédio resolutório nas aquisições de empresas (VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 164).

estáticas.²⁷⁰ O autor equipara essa segunda categoria às *warranties*, *conditions* e *covenants* do *common law*. No terceiro grupo colocam-se as cláusulas de pré-liquidação de danos, que fazem nascer pretensão indenizatória em caso de sua violação, mas os danos já estão pré-determinados. No quarto e último grupo encontram-se as cláusulas que obrigam o alienante a manter o adquirente indene de violações às declarações e garantias, normalmente no que tange a ações ajuizadas por terceiros contra a sociedade-alvo, de forma semelhante às *indemnities* do *common law*.²⁷¹

A classificação de Stefan Friedrich Voss, embora congruente, parece-nos merecer apenas dois reparos. O primeiro é que a melhor classificação deve se guiar pela função exercida pela cláusula de declarações e garantias, e não somente pelas sanções aplicáveis a sua falsidade. É verdade, como diz o autor, que as consequências jurídicas queridas pelas partes constituem um bom ponto de partida na tarefa classificatória,²⁷² mas nela não se esgotam. Muitas vezes as partes negociam as declarações e garantias sem ter pleno conhecimento das consequências jurídicas cabíveis. Por isso, o melhor sistema classificatório deve dar conta da totalidade do fenômeno, analisando os vários índices de tipo e, em especial, a função exercida pela cláusula de declarações e garantias na arquitetura contratual – até porque esta é que irá determinar a natureza jurídica das declarações e garantias e, por via de consequência, o seu regime jurídico. O segundo reparo a ser feito é que as *indemnities* mencionadas no quarto grupo não se limitam a proteger o adquirente contra ações de terceiros, mas também contra qualquer fato querido pelas partes (Introdução *supra*, n. 4.3).

As classificações poderiam multiplicar-se, mas entendemos que a melhor maneira de classificar as declarações e garantias seja pela função exercida pela cláusula no caso

²⁷⁰ VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 165-166. A nosso ver, porém, o autor erra ao incluir pretensões indenizatórias nessa categoria. Primeiro, porque o próprio Stefan Voss coloca uma limitação para que a indenização se enquadra nesse segundo grupo, que é a indenização não ultrapassar o montante do preço. Segundo, porque a base jurídica e a forma de medir a extensão da indenização diferem sensivelmente da redução de preço. No Código brasileiro, esta distinção pode ser vista pela diferença de regimes do art. 927 e ss. (indenização) e 442 (redução de preço)

²⁷¹ A completa análise do sobre os quatro grupos mencionados acima encontra-se em VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 154-174.

²⁷² VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 157.

concreto, do que derivam não só suas consequências jurídicas, mas sua natureza e o regime jurídico aplicável.

5. Distinção de figura afim

Para esclarecer confusão muitas vezes vista na prática, cabe distinguir entre a cláusula de declarações e garantias e as cláusulas de indenização por todos os fatos geradores anteriores ao contrato de alienação. A disposição normalmente é inserida no contrato em uma cláusula de indenização, apartada das declarações e garantias, para proteger o adquirente contra quaisquer eventualidades não cobertas pelas declarações e garantias, daí sua redação amplíssima.

Uma outra forma mais intuitiva com que tal cláusula se apresenta na vida prática, normalmente em transações de pequena monta, consiste em simplesmente dizer que “*o vendedor assume integral responsabilidade por todas as dívidas da sociedade-alvo anteriores à assinatura deste contrato*”.

Tais cláusulas não se qualificam como declarações e garantias, pois a atribuição de responsabilidade não está relacionada a nenhuma declaração do alienante quanto a fatos presentes e passados sobre a sociedade-alvo. Na verdade, as declarações e garantias são um suporte fático que ativa uma consequência jurídica a ser definida pelas partes, ao passo que a indenização por todos os fatos geradores anteriores ao negócio já é a própria consequência jurídica. Isso elimina qualquer identificação de tais cláusulas no tipo “declarações e garantias”. A confusão vista na prática deve-se ao fato de que ambas os tipos de cláusula visam proteger o adquirente da participação contra vicissitudes da sociedade-alvo anteriores à aquisição. Contudo, a forma como operam é distinta.

No caso da cláusula de indenização por fatos anteriores, ficam completamente afastadas as funções informativa e probatória, pois a cláusula nada diz sobre a sociedade-alvo. Perde-se também a função conformativa, pois a cláusula tampouco especifica uma qualidade do bem que é objeto da prestação devida. A proteção ao adquirente fica muito menos articulada, embora haja ganhos de amplitude. Daí porque é comum os contratos de alienação de participação societária combinarem ambas as proteções ao adquirente.

Por outro lado, a cláusula de indenização por fatos anteriores não parece abranger situações tipicamente cobertas por declarações e garantias. Se o adquirente descobre que

um imóvel da sociedade-alvo, do qual se cria proprietária, fora dado em hipoteca antes da operação, não há propriamente nenhuma perda para a sociedade-alvo decorrente deste fato. Neste exemplo, seria preciso trabalhar o conceito contratual de “perda” para que uma tal cláusula pudesse gerar alguma obrigação de pagar uma soma ao adquirente. A eficácia prática de uma tal cláusula parece-nos, portanto, mais limitada que a das declarações e garantias, embora tenha capacidade para cobrir hipóteses mais amplas.

Pergunta-se se tal cláusula de indenização por todos os fatos anteriores poderia ser transformada em uma cláusula de declarações e garantias fazendo mudanças em sua redação, como por exemplo “o alienante declara e garante que não ocorreu nenhum fato e a sociedade-alvo não praticou nenhum ato que possa gerar perdas para a sociedade-alvo ou para o adquirente”. A hipótese é meramente teórica, pois a formulação linguística diferente não afasta os problemas de operatividade supramencionados.

PARTE II: A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS

1. Diferença entre vicissitudes da sociedade-alvo e vicissitudes das ações ou quotas

A alienação de participação societária se desenvolve, segundo a clivagem existente no direito brasileiro entre plano obrigacional e plano real, por meio de um ato que constitui a obrigação para o alienante de transferir a participação societária e outro ato que consuma o adimplemento dessa obrigação, transferindo a participação societária ao adquirente.²⁷³ Como negócios obrigacionais, podem estar à base da alienação de participação societária uma multiplicidade de negócios jurídicos, como compra e venda, doação, permuta, subscrição de ações *etc.* Como negócio de disposição, a alienação de participação societária classifica-se dentro da categoria maior da cessão de posição contratual,²⁷⁴ já que a participação não perde sua característica de posição titulada pelo sócio dentro do contrato de sociedade. Nas operações em que haja emissão de novas ações, como na constituição da sociedade e no aumento de capital, não há propriamente cessão de posição contratual, mas criação de novas relações jurídicas no âmbito do contrato de sociedade.

As considerações deste estudo aplicam-se a qualquer operação em que uma das partes esteja transferindo ações ou quotas, independente do negócio jurídico obrigacional que esteja à sua base. Por alienação de participação societária quer-se aqui significar qualquer operação que culmine no registro da transferência de quotas ou ações. Pode-se pensar em declarações e garantias oferecidas na incorporação de sociedade pelos sócios da sociedade incorporada quanto ao patrimônio social desta última, assim como podem oferecer declarações e garantias também os sócios da sociedade incorporadora quanto ao seu patrimônio social. O mesmo vale para fusões, cisões e subscrições de capital com ações ou quotas de outra sociedade.

Andrea Tina propõe, de forma inovadora, que o contrato de alienação de participação societária acompanhado de cláusula de declarações e garantias seja tratado como contrato atípico. Para o autor, a obrigação do alienante da participação societária não

²⁷³ Neste sentido, Gustavo Haical trata a cessão de crédito como negócio de disposição sem ser de direito das coisas (HAICAL, Gustavo. Cessão de crédito: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22).

²⁷⁴ Sobre a qualificação da alienação de participação como cessão de posição contratual, leia-se a digressão feita em BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 74.

poderia ser reconduzida aos tipos contratuais tradicionais, pois não se esgota na simples transferência das ações ou quotas, mas é caracterizada por uma atividade específica de transferência de titularidade sobre as mesmas, qualificada pelo conteúdo das declarações e garantias. A causa da cláusula de garantia e a causa da transferência da participação seriam, portanto, uma só, e dessa combinação resultaria a natureza atípica do contrato.²⁷⁵ Embora concordemos que a cláusula de declarações e garantias possa atuar qualificando a prestação principal, que é a transferência da titularidade da posição jurídica detida no contrato de sociedade, parece-nos que qualificar todo contrato envolvendo alienação de participação societária como atípico pelo simples de fato de possuir declarações e garantias seria ir muito longe. Como visto, o tipo contratual é elástico e comporta variações dentro dos limites do tipo, desde que resguardado o seu sentido típico (Parte I *supra*, n. 3). Assim, a presença no contrato de alienação de participação societária de declarações e garantias, de uma ou ambas as partes, pode afastá-lo do tipo perfeito, como uma compra e venda ou doação puras, mas não nos parece suficiente para desqualificar o negócio jurídico obrigacional dentro dos flexíveis limites do tipo correspondente.

Foge, contudo, ao escopo deste trabalho fazer longas digressões sobre a natureza jurídica das ações e das quotas, ou sobre a distinção entre os planos obrigacional e real. Para tanto, remetemos à doutrina especializada.²⁷⁶

Releva aqui analisar qual é o objeto do negócio jurídico de alienação de participação societária, se a própria participação ou os bens e atividades da sociedade-alvo. Tal como ocorre nos direitos alemão, francês e italiano, uma assimilação entre um e outro não é dogmaticamente correta nem logicamente sustentável.

Em regra, apenas os direitos e obrigações incorporados na participação societária, isto é, os direitos e obrigações que exsurtem da posição no contrato de sociedade,

²⁷⁵ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 314-322.

²⁷⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. in: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Vol. IV. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943, p. 287 e ss.; CARVALHO SANTOS, Jorge M. de. Código civil brasileiro interpretado. Vol. XVI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 10 e ss.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo XXXIX. Atualizado por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 129-141; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

constituem objeto da alienação de quotas ou ações. Por meio do contrato de sociedade, os sócios obrigam-se a contribuir para o exercício de atividade econômica e a partilha dos resultados entre si (CC, art. 981). Portanto, os direitos e deveres que constituem o *status socii* é que são objeto da alienação: direito a participar dos lucros, direito a participar do acervo social, direito de fiscalização da gestão, dever de integralizar o capital, dever de lealdade (se houver no tipo societário em questão) *etc.*

Do ponto de vista dogmático, o adquirente não se torna titular de direito sobre o patrimônio ou atividades sociais, que seguem sob a titularidade da sociedade, mas sim passa a deter uma posição dentro do contrato de sociedade. Em outras palavras, adquire-se um feixe de direitos e deveres, mas não os bens sociais enquanto tais nem a atividade da sociedade.²⁷⁷ Caso o alienante tivesse de responder por vícios dos bens do patrimônio social, estaria assumindo responsabilidade por um bem que não transferiu ao adquirente e nem poderia fazê-lo, pois dele não é titular, o mesmo valendo para as atividades da sociedade.

Corroborando o entendimento aqui defendido de separação entre a participação societária e as vicissitudes da sociedade-alvo, que não integra o objeto do contrato, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁷⁸ julgou caso de compra e venda das quotas de um supermercado, o qual, um ano e três meses após a operação, teve o imóvel onde funcionava uma de suas filiais adjudicado à Caixa Econômica Federal. O comprador voltou-se contra o vendedor alegando evicção, mas o tribunal rechaçou a pretensão, pois “*se o objeto da aquisição foram as quotas da sociedade comercial, somente se poderia falar em evicção se o fato se relacionasse com a perda da propriedade ou posse dessas quotas do supermercado*”.

²⁷⁷ A situação pode ser outra quando a aquisição for de quota de participação de uma sociedade em comum, pois, aqui, a posição no contrato de sociedade é transmitida juntamente com a parcela dos bens e dívidas sociais detida pelo sócio alienante, já que estes constituem patrimônio especial do qual os sócios são titulares em comum, a teor do art. 988 do Código Civil, e estão naturalmente vinculados à quota do sócio (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 158). O mesmo raciocínio aplica-se para a aquisição de quota detida por sócio ostensivo na sociedade em conta de participação, devendo-se entender que a cessão de sua quota importa transferência do fundo social ao adquirente da quota, já que o sócio ostensivo é o único titular dos bens que integram o patrimônio especial da sociedade (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em conta de participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 223). Mas o mesmo não é verdade para o sócio participante, posto que este não titula os bens sociais; vale aqui a conclusão do texto, no sentido de separar claramente a aquisição da quota da aquisição dos bens sociais.

²⁷⁸ TJRJ, apelação cível n. 0076149-06.1998.8.19.0001, Des. Rel. Mauro Fonseca Pinto Nogueira, j. 3.10.2000.

No mesmo sentido, no caso *Auto Shop 575*, julgado pelo tribunal paranaense,²⁷⁹ o adquirente de 90% das quotas de uma loja de acessórios automotivos ajuizou ação pedindo resolução contratual, porque o alvará de funcionamento do estabelecimento estava irregular, o que classificou como vício redibitório. Embora a principal razão para rejeição do pleito tenha sido o conhecimento pelo adquirente da situação do alvará previamente à conclusão do negócio, o tribunal entendeu que o objeto do contrato era constituído apenas pelas quotas, e não pelo patrimônio social. Segundo a corte do Paraná, “*o contrato firmado entre as partes diz respeito à compra e venda de ‘ações’, o qual não engloba a venda do ponto comercial ou da propriedade comercial imobiliária*”.

Na doutrina nacional, Rafael d’Avila Dutra e Flávio Rossini, tratando especificamente da responsabilidade do vendedor de ações, também separam nitidamente as ações emitidas pela sociedade dos ativos por ela detidos. A autonomia patrimonial da sociedade estaria à base dessa distinção: aos acionistas cabem apenas os direitos políticos e econômicos inerentes às ações, ao passo que a propriedade dos ativos incumbe à sociedade, com o que se deve concordar.²⁸⁰

Tentou-se, sobretudo na Alemanha, a partir de reiteradas decisões do BGH, equiparar a hipótese de alienação da participação societária à alienação da própria empresa mantida pela sociedade, através de uma questionável identificação entre os substratos econômicos de ambas as operações.²⁸¹

O BGH estabeleceu, através de sua jurisprudência majoritária, o *standard* da aquisição da totalidade ou quase totalidade da participação para equiparar a compra de participação societária à compra da empresa em si.²⁸² O julgado seminal do BGH na

²⁷⁹ TJPR, apelação n. 163145-6, Rel. Des. Jurandyr Souza Junior, j. 23.5.2001.

²⁸⁰ DUTRA, Rafael d’Avila; ROSSINI, Flávio Augusto Carvalho da Fonseca. Passivos ocultos em contratos de compra e venda de ações. *Revista do Advogado*, ano XXXII, n. 116, jul./2012, p. 154. Os autores fundamentam a distinção entre patrimônio social e ações também com base na limitação de responsabilidade dos acionistas. Não se entende, porém, o argumento. A limitação de responsabilidade do acionista diz respeito aos débitos sociais, não frente ao adquirente da participação societária. As partes podem estipular em contrato a responsabilidade do sócio por ressarcir a sociedade de eventual passivo oculto, mas nem por isso a responsabilidade do acionista deixa de ser limitada na S.A. A limitação de responsabilidade diz respeito à possibilidade de o credor social atacar o patrimônio particular do acionista; no caso de alienação de participação societária, o adquirente sequer é credor social.

²⁸¹ A mesma tentativa foi empreendida na Suíça por Anne Petitpierre, a qual aduz que, ao menos na cessão de controle, o objeto real do contrato é a empresa (PETITPIERRE, Anne. *La cession de contrôle, mode de cession de l’entreprise*. Genebra: Georg & Cie. S.A., 1977, p. 89-93).

²⁸² DAUNER-LIEB, Barbara; THIESSEN, Jan. Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 109. Assim parecem entender também Holger Fleischer e Torsten Körber, *Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Betriebs-Berater* 2001, 842. Veja-se as decisões BGH WM, 1969, 67; BGH WM 1970, 819; BGH WM 1980, 1006.

matéria foi o caso *Betonsteinwerke*.²⁸³ Um casal havia adquirido 49% das quotas de uma sociedade limitada por 98 mil marcos junto aos antigos proprietários, sendo que o contrato de compra das quotas foi assinado sobre as bases do balanço patrimonial assinado pelo contador da sociedade. Após a aquisição, descobriram que não constava do balanço uma nota promissória de 70 mil marcos e uma outra promissória de 170 mil marcos que fora erroneamente contabilizada sob a rubrica “credores”. Diante disto, ajuizaram ação pedindo resolução contratual e devolução do preço. A aplicação do regime de vícios redibitórios foi rechaçada pelo BGH, com o argumento de que sua aplicação sobre a empresa e os bens sociais apenas poderia dar-se na aquisição da totalidade da participação ou de um percentual de participação suficientemente alto a ponto de o sócio minoritário não ter poder para influenciar o poder de disposição do majoritário sobre a empresa. Ao fim, o BGH acabou reconhecendo que os compradores haviam sido induzidos a erro pelo fato de o balanço patrimonial equivocado ter sido a base da contratação e concedeu a resolução contratual.

Adotou-se, assim, o parâmetro de que, quando ao sócio minoritário restasse uma participação tão ínfima a ponto de tornar irrelevante sua influência na vida social, poderia o adquirente da participação fundamentar sua inconformidade com as inconsistências da empresa ou dos bens sociais ou da relações jurídicas da sociedade, com base nos vícios redibitórios ou de direito.²⁸⁴ Assim, em casos de aquisição de participação de 50%²⁸⁵ ou 60%,²⁸⁶ o BGH já negou a proteção do regime de vícios ao adquirente, mas o tribunal federal alemão ainda não definiu qual o percentual exato necessário para disparar as consequências dos vícios redibitórios e de direito sobre a empresa. Registre-se que, mesmo quando a empresa em si é objeto do contrato, os defeitos dos bens da sociedade só configuram defeito da empresa, se forem tais que atinjam a empresa como um todo.²⁸⁷

²⁸³ BGH 12.11.1975 - VIII ZR 142/74, publicado em BGHZ 65, 246.

²⁸⁴ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 120; STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 159; GAUL, Björn. Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, n. 166, p. 39; HESS, Gerhard; FABRITIUS, Andreas. Unternehmenskauf. in: HOPT, Klaus J (org.). Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, p. 546; RITTEMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 37-38.

²⁸⁵ BGH DB, 1980, 679; BGH NJW, 1976, 236.

²⁸⁶ BGH NJW, 1980, 2408.

²⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen und Gewährleistung beim Unternehmenskauf nach der Reform des deutschen Schuldrechts. in: STATHOPOULOS, Michael; BEYS, Kostas; DORIS, Philippos;

Apenas complementamos que, tendo em vista o maior desenvolvimento da teoria da empresa no direito brasileiro do que no alemão, ao tratar da “empresa” como objeto de um contrato, a jurisprudência alemã parece referir-se aos perfis patrimonial e funcional da empresa. Ou seja, deve-se ler a “empresa”, nos termos desta jurisprudência, como o conjunto de bens e estabelecimentos detidos pela sociedade-alvo e como atividade organizada a um fim, que é a obtenção de lucros por meio do exercício do objeto social.²⁸⁸

Ao mesmo resultado aplicativo desta jurisprudência chegam Canaris²⁸⁹ e Wiedemann,²⁹⁰ embora por outras razões. Para os autores, o critério distintivo seria a vontade das partes: apenas quando fosse sua intenção tratar a empresa si como objeto do contrato de alienação (as ações ou quotas como um simples meio de efetuar a transferência da empresa) seria possível proceder a tal equiparação. Neste aspecto, Wiedemann possui entendimento bastante peculiar. Para o autor, a equiparação da alienação de participação societária à alienação da empresa passaria por desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade-alvo, justificando-se aí a aplicação do regime de vícios redibitórios aos bens detidos por esta. Porém, Wiedemann acaba limitando tais situações àquelas em que o sócio único aliena toda a sua participação, ou quando uma maioria absoluta da participação é transferida, a ponto de restar ao sócio minoritário apenas uma *quantité négligeable* de ações ou quotas que não lhe permite exercer influência na vida social.²⁹¹ É que, na visão de Wiedemann, o alienante não pode transferir uma empresa que não lhe pertence, do que resulta a impossibilidade de, por simples manifestação de vontade, fazer da empresa o objeto do contrato – o que apenas ocorreria nas hipóteses mencionadas. A opinião do autor

KARAKOSTAS, Ioannis (orgs.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Munique: C. H. Beck, 2006, p. 88-91.

²⁸⁸ Sobre os perfis da empresa e sua recepção no direito brasileiro, veja-se: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. *Revista do Advogado*, 2003, n. 71, p. 15-25; ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1996, n. 104, p. 109-126.

²⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen und Gewährleistung beim Unternehmenskauf nach der Reform des deutschen Schuldrechts. in: STATHOPOULOS, Michael; BEYS, Kostas; DORIS, Philippos; KARAKOSTAS, Ioannis (orgs.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Munique: C. H. Beck, 2006, p. 94.

²⁹⁰ WIEDEMANN, Herbert. Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens. in: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (orgs.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965 – Band I. Munique e Berlim: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 832.

²⁹¹ WIEDEMANN, Herbert. Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens. in: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (orgs.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965 – Band I. Munique e Berlim: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 832-836. Sem mencionar a desconsideração da personalidade jurídica: RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 45.

peça, contudo, por olvidar que a personalidade jurídica não pode ser superada apenas porque as partes quiseram contratar sobre objeto diverso do contratado.

A doutrina alemã discute também se poderiam aplicar-se outros *standards* mais baixos para proceder a tal equiparação. Assim, já se levantou a possibilidade de uma maioria qualificada de 75% do capital social para imputar ao alienante responsabilidade por inconsistências patrimoniais da sociedade, já que aí o adquirente estaria assumindo o poder de modificar unilateralmente o estatuto social.²⁹² Pelas mesmas razões, discute-se se não bastaria para proceder a tal equiparação uma alienação da maioria simples do capital social, pois já aí o adquirente detém posição de controle na sociedade.²⁹³

Outra questão discutida na Alemanha é o caso em que o adquirente já possui participação na sociedade e vem a adquirir uma fatia que, somada à participação previamente detida, lhe confira um percentual de participação que permita a equiparação das inconsistências patrimoniais da sociedade a vícios incidentes sobre a própria participação societária.²⁹⁴

Em nossa opinião, o argumento que privilegia o chamado substrato econômico do negócio para equiparar a alienação da participação societária à alienação da própria empresa não merece acolhida, vez que, na verdade, refere-se aos motivos subjetivos das partes. Em termos dogmáticos, a substância econômica do negócio não passa do campo dos motivos que levam a parte a celebrar o contrato, os quais são, em regra, irrelevantes para o negócio (CC, art. 140).²⁹⁵ Mesmo a aquisição da totalidade das ações para obter poder sobre os ativos e passivos sociais não escapa a essa argumentação. O tratamento da

²⁹² TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 522. SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 67-68. HOMMELHOFF, Peter. Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und Anteilskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, p. 380.

²⁹³ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 68-69. HOMMELHOFF, Peter. Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und Anteilskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, p. 381.

²⁹⁴ Triebel e Hölzle, in Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, *Betriebs-Berater* 2002, 524, entendem que o alienante poderia ser responsabilizado no caso, embora por razões que nos parecem duvidosas. Já Köster rechaça tal possibilidade: o alienante só responde pelo regime de vícios quando aliena de uma só vez a posição dominante dentro da sociedade (KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 242-243).

²⁹⁵ Sobre a irrelevância dos motivos, veja-se MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 204. RAO, Vicente. Ato jurídico. 4ª ed. an., rev. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 185.

intenção do adquirente voltada aos bens e atividades sociais como simples motivo do negócio não é estranho na doutrina especializada.²⁹⁶

O adquirente da participação societária pode adquiri-la porque pretende manter a sociedade em operação para angariar lucros com sua atividade; ou para vender seus bens sociais a preços mais altos; pode ainda ter interesse apenas em uma determinada patente ou marca que pretende incluir em seu portfolio, dissolvendo depois a sociedade adquirida; pode-se imaginar também a aquisição de participação em uma *shelf company* desprovida de quaisquer ativos ou passivos apenas para adiantar o processo de registro da sociedade perante os órgãos competentes *etc.* São infinitos os motivos que levam as partes a alienar ou adquirir participação societária. O interesse do adquirente pode estar nos bens sociais, como pode não estar. Por isso, não se pode carrear ao alienante o fardo de suportar o risco de eventual desatendimento dos interesses voláteis e subjetivos do adquirente no negócio, a menos que tal tenha sido incluído na regulação objetiva de interesses das partes cristalizada no contrato.²⁹⁷

Os motivos são a causa impulsiva do negócio, o propósito mediato de caráter psicológico a que a parte visa com o contrato.²⁹⁸ Os motivos são móveis da vontade, variáveis de pessoa para pessoa, de operação para operação. Em suma, são circunstâncias ou aspirações individuais de cada pessoa que induzem à contratação, daí sendo também chamados de meras expectativas, pré-ideias ou pré-intenções.²⁹⁹ Justamente por esse caráter de serem, em regra, exclusivamente subjetivos, os motivos não afetam o negócio jurídico. Com sua tradicional perspicácia, Pontes de Miranda afirma sobre os motivos que

não se inserem, esses, no suporte fático; ficam aquém, ou além; psicologicamente, subjazem. Isso importa em dizer-se que não entram no mundo

²⁹⁶ Assim entende TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 264-265. De forma semelhante, RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 217 (“*posto che l’oggetto del contratto è la partecipazione sociale, il suo valore economico atterrebbe alla sfera delle valutazioni motivazionali delle parti, ragione per cui un eventuale difetto di tale valore assumerebbe rilevanza giuridica solo nel caso in cui siano state previste esplicite garanzie contrattuali*”). Assim também parece entender Rita Rolli, ao dizer que a relevância dos elementos patrimoniais da sociedade-alvo deve resultar do contrato e não ficar no âmbito puramente interno dos motivos dos contratantes (ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum? Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 228).

²⁹⁷ CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 55-56, reiterando que os motivos incitam a parte a tomar a iniciativa de adquirir a participação societária, mas permanecem externos ao objeto do contrato. A autora exemplifica cotejando a aquisição de participação ao preço de mercado com a aquisição a desconto ou por preço simbólico: como dizer que os objetivos visados pela parte em um e outro caso seriam os mesmos?

²⁹⁸ LANDIM, Jayme. Vícios da vontade: erro. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1960, p. 256.

²⁹⁹ LANDIM, Jayme. Vícios da vontade: erro. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1960, p. 262. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do negócio jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127-128.

jurídico, porque só entrariam se integrassem o suporte jurídico, e não o integram.³⁰⁰

Os motivos podem, evidentemente, ganhar relevância se for essa a vontade das partes.³⁰¹ Mas aí há uma mudança de categoria. O motivo deixa de ser mero impulso psicológico pré-jurídico e passa a ser verdadeiro elemento volitivo do negócio, sendo necessário, em todo o caso, o acordo inequívoco das partes quanto à elevação dos motivos à nova categoria. Não basta a mera comunicação ou conhecimento do motivo pela contraparte: é preciso o acordo.³⁰²

Se o adquirente da participação societária pretende entrar na sociedade para beneficiar de uma situação de fato específica quanto aos bens sociais ou às atividades da empresa, deve entrar em acordo com o alienante para elevar tal motivo ao nível do contrato. Como a aquisição é das ações ou quotas, não se pode depreender *tout court* que a intenção do adquirente está voltada especificamente ao patrimônio ou atividades da sociedade. Se fosse esta sua intenção, poderia adquirir diretamente os bens sociais por meio de um trespasse do estabelecimento, por exemplo.³⁰³

O posicionamento aqui defendido pode ser confirmado com a doutrina de Pontes de Miranda, o qual, falando especificamente de vícios do objeto, afirma que as qualidades do bem que não são negociadas pelas partes e que não são exigidas pelo uso do tráfico constituem motivos, “*e os motivos somente passam a ser elementos do suporte fático se trazidos pela vontade ao conteúdo do negócio jurídico*”.³⁰⁴

³⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III: negócios jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163.

³⁰¹ Pontes de Miranda chama a isso o “*princípio da inseribilidade dos motivos*”, ou seja, sua capacidade de serem insertos no regramento negocial por vontade das partes (Tratado de direito privado. Tomo III: negócios jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163-164).

³⁰² LANDIM, Jayme. Vícios da vontade: erro. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1960, p. 262-263. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III: negócios jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 129-131 e 164; RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 84-85; CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 56-59 (aduzindo o entendimento sedimentado na jurisprudência francesa de que, embora o motivo seja em regra um móvel externo ao contrato, podem as partes, mediante estipulação expressa, elevá-lo ao campo do contrato).

³⁰³ Usa este argumento para criticar a aplicação do regime de vícios redibitórios à alienação de participação societária: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 327-328.

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 390.

Argumenta-se na Itália que as partes poderiam adotar a forma de uma alienação de participação societária para instrumentalizar a consecução de um fim não típico ao negócio, qual seja, a transferência dos bens sociais, recaindo-assim, na teoria do negócio indireto. Mas a celebração de negócio indireto não atrai a regulação do tipo contratual indiretamente visado. Ao contrário, as partes podem celebrar diretamente o negócio, produzindo os efeitos típicos visados, sem recurso a expedientes técnicos duvidosos para atrair a regulação de um negócio que não pactuaram.

No negócio indireto, as partes têm vontade de se submeter à disciplina do negócio “direto” adotado.³⁰⁵ É claro que, dentro dos limites definidos por normas dispositivas, as partes podem regular o contrato de modo diverso em relação à sua disciplina típica. Mas, a menos que assim tenha sido previsto, o negócio segue a regulamentação que lhe é própria, ainda que tenha fins indiretos. Portanto, ainda que a alienação de participação societária pudesse ser considerada um negócio indireto no caso concreto, por almejar o adquirente os bens ou atividades sociais, a disciplina aplicável não contemplaria as vicissitudes da sociedade em seu objeto.

O próprio Ascarelli menciona a prática de transferir ações de uma sociedade que possui imóveis, em vez de transferir os imóveis propriamente ditos, para furtar-se ao pagamento do imposto de transmissão, concluindo o autor pela nítida diferença entre as espécies.³⁰⁶ Mais à frente, tratando da hipótese em que a parte adquire a totalidade das ações ou o controle da sociedade, Ascarelli diz ser inaplicável à compra e venda de participação societária as normas de direito privado sobre transferência dos bens detidos pela sociedade.³⁰⁷ Em verdade, a disciplina do negócio indireto também não teria aplicação porque as partes não querem os efeitos de um outro negócio, que continua a ser, portanto, uma compra e venda (ou outro tipo contratual) mas apenas querem superar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sem mudar o tipo do contrato.³⁰⁸

³⁰⁵ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 104; RÁO, Vicente. Ato jurídico. 4ª ed. an., rev. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 187.

³⁰⁶ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 158, nota de rodapé n. 136.

³⁰⁷ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 159, nota de rodapé n. 136, in verbis: “[n]o primeiro caso, há, afinal, um negócio indireto (pois o fim último visado é a transferência dos bens sociais), em princípio lícito, e que não está, em princípio, sujeito às normas que, no direito privado e no fiscal, versariam uma transferência de bens”.

³⁰⁸ ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum?* *Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 216-217.

Neste ínterim, a teoria das ações como bens de segundo grau também não pode ser utilizada para proceder-se à equiparação da substância econômica do negócio de alienação de participação societária à transferência dos bens sociais. A teoria dos bens de segundo grau, tal como formulada por Ascarelli, jamais teve a intenção de assimilar os bens sociais à participação societária,³⁰⁹ muito menos com relação às obrigações do alienante de participação societária perante o adquirente. A teoria dos bens de segundo grau é muito mais uma teoria que explica o porquê do surgimento de novos bens jurídicos (as ações ou quotas), mas não traz consigo uma multiplicação de valor na economia real. Para Ascarelli, embora a personificação jurídica traga consigo a “duplicação” de patrimônios autônomos, ela não dá lugar à adição dos bens sociais, pois o patrimônio de uma possuído por outra deve ser subtraído da soma do patrimônio bruto do grupo.³¹⁰ Com isso, o autor explica como multiplicam-se os patrimônios sem multiplicar os bens sociais.

No mesmo ensaio, o próprio Ascarelli reafirma a nítida distinção entre patrimônio social e patrimônio dos sócios:

As ações materializam a posição de quem é parte da coletividade à qual pertencem diretamente os bens, mas a contraposição seguramente não diz respeito a dois sujeitos, mas entre um sujeito e a coletividade da qual o primeiro é membro (e que, por sua vez, vem personificada). As ações não materializam o pertencimento ao acionista dos bens (ou créditos) em contraposição aos bens pertencentes à sociedade, mas os direitos e poderes do acionista na coletividade social e, por isso, em via definitiva, em relação aos bens da sociedade (tradução livre).³¹¹

Vê-se que a teoria dos bens de segundo grau não funde na pessoa do sócio a titularidade das ações e dos bens da sociedade, mas, realçando esta distinção, apenas explica a relação do sócio com a forma de gestão do empreendimento coletivo.

Tampouco merece fortuna a teoria que se vale da desconsideração da personalidade jurídica para equiparar a alienação da participação societária à alienação dos bens sociais. Já se defendeu na Itália que a detenção de todas as ações da sociedade por um sócio único

³⁰⁹ Assim se coloca TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 171, nota de rodapé n. 12.

³¹⁰ ASCARELLI, Tullio. Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società. *in*: saggi di diritto commerciale. Milão: Giuffrè, 1955, p. 242-244.

³¹¹ ASCARELLI, Tullio. Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società. *in*: saggi di diritto commerciale. Milão: Giuffrè, 1955, p. 239. No original italiano: “Le azioni materializzano la posizione di chi è poi parte della collettività alla quale appartengono direttamente i beni, sì che la contrapposizione non verte senz’altro tra due soggetti, ma tra un soggetto e una collettività della quale il primo è membro (e che a sua volta viene personificata). Le azioni non materializzano l’appartenenza all’azionista di beni (o crediti) in contrapposizione ai beni appartenenti alla società, ma diritti e poteri dell’azionista nella collettività sociale e perciò, in via definitiva, in relazione ai beni della società”.

seria uma mera ficção destinada a limitar a responsabilidade do sócio; ou que a venda de participação em uma sociedade constituída para deter um único bem e facilitar sua transferência (*società di comodo*) seria um mero instrumento para realizar a venda dos bens sociais, justificando a superação da personalidade jurídica.³¹² Não cabem no escopo deste estudo longas digressões sobre o conceito de pessoa jurídica e a desconsideração da personalidade jurídica. Algumas breves considerações, no entanto, merecem ser feitas.

A teoria da desconsideração foi inicialmente tratada no Brasil por Rubens Requião em estudo publicado em 1969. Em apertada síntese, o autor adota o que se costuma chamar teoria subjetiva ou unitarista da desconsideração, fundada na fraude e no abuso.³¹³ Para essa corrente, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser entendida dentro de um esquema de regra e exceção, em que o ordenamento apenas poderia afastar o véu da pessoa jurídica em casos excepcionais, na presença de fraude ou abuso da personalidade jurídica. A desconsideração ocorreria, portanto, de forma sempre igual, daí ser chamada uma doutrina unitária. Na prática, a desconsideração ficaria limitada aos casos de responsabilidade patrimonial dos sócios.³¹⁴

A essa teoria se opôs a chamada teoria objetiva da desconsideração, segundo a qual a desconsideração deve ser tomada segundo um prisma funcional, e não pelo fator subjetivo da fraude ou abuso. Para a teoria objetiva, a desconsideração não deveria ser pensada dentro de um esquema unitário, mas sim dentro do desvio de sua função no caso concreto, definida conforme as diferentes funções atribuídas pelo ordenamento à pessoa jurídica.³¹⁵ Dentro desta vertente objetiva, Calixto Salomão Filho e Fabio Comparato adotam a teoria do Prof. Müller-Freienfels, para quem a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser um fenômeno unitário, mas mutável conforme o objetivo de cada norma no caso concreto. Considerada a pessoa jurídica como um centro de imputação de normas dependente da finalidade de cada norma no caso concreto, a desconsideração poderia abarcar não só casos de abuso ou fraude, mas qualquer caso em que não seja conveniente manter a eficácia da personalidade jurídica. Dito de outro modo, a

³¹² ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum?* *Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 197.

³¹³ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 410, a. 58, dez./1969, p. 20-21.

³¹⁴ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 390-393, nota de texto n. 81.

³¹⁵ Assim relata MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 134, a. XLIII, abr.-jun./2004, p. 29-30.

desconsideração passaria a ter caráter episódico, limitado aos efeitos de determinados atos praticados pela pessoa jurídica no caso concreto, mantendo intacta a personificação da sociedade quanto ao resto.³¹⁶

O art. 50 do Código Civil enquadrava o desvio de finalidade e a confusão patrimonial como subespécies do abuso da personalidade jurídica.³¹⁷ Em estudo feito em 2004, Eduardo Secchi Munhoz concluiu que a jurisprudência nacional julgava os casos de desconsideração com base em critérios díspares, dificilmente sistematizáveis,³¹⁸ conclusão que permanece dezesseis anos após a entrada em vigor do novo código.

Alguns resultados aplicativos da teoria da pessoa jurídica como centro de imputação de normas foram muito bem sistematizados por Calixto Salomão Filho na atualização da obra de Fabio Konder Comparato e aceitos na jurisprudência. Pôde-se identificar, por exemplo, a desconsideração atributiva da personalidade jurídica para imputar determinadas qualidades do sócio à pessoa jurídica,³¹⁹ a desconsideração inversa da personalidade jurídica para atingir o patrimônio social por dívidas do sócio³²⁰ e a desconsideração por subcapitalização societária.³²¹

Feitas essas breves considerações, pode-se retornar ao tema da equiparação da alienação de participação à alienação dos bens e da atividade social por via da desconsideração da personalidade jurídica. Caso se adote a teoria subjetiva da desconsideração, a operação de alienação de participação societária teria de ser abusiva ou fraudulenta. No entanto, nenhum desses dois elementos pode ser subentendido pelo simples fato de ceder-se a participação societária, seja ela minoritária, majoritária ou de controle. É verdade que, diante do caso concreto, poderá o juiz verificar a presença destes

³¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 393-395, nota de texto n. 81 e p. 410-413, nota de texto n. 83. Concorda com o caráter episódico limitado à suspensão de efeitos da personificação jurídica no caso concreto: WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos tribunais*, n. 915, a. 101, jan./2015, p. 360.

³¹⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 134, a. XLIII, abr.-jun./2004, p. 35-36.

³¹⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 134, a. XLIII, abr.-jun./2004, p. 36.

³¹⁹ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 396-397, nota de texto n. 81.

³²⁰ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 399-401, nota de texto n. 82.

³²¹ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 398-399, nota de texto n. 81. Para uma análise das hipóteses de desconsideração sedimentadas na jurisprudência, veja-se WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos tribunais*, n. 915, a. 101, jan./2015.

requisitos e proceder à desconsideração, mas não há base legal para, com base tão somente na alienação da participação, pôr à disposição do adquirente tais remédios.

Além do mais, ainda que o interesse do adquirente se dirija apenas aos bens e atividades sociais e a transferência da participação societária não passe de uma forma de instrumentalizar tal operação, não se vislumbra por que o adquirente mereceria ver desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade para imputar os direitos e obrigações das partes diretamente aos bens sociais, já que ele mesmo terá dado sua concordância para realizar a operação. Seria contraditório o adquirente alegar que a operação executada por ele mesmo é abusiva ou que não merece ser imputada à pessoa jurídica à qual ele mesmo quis imputar.

Mesmo que adotado o critério mais casuísta da teoria dos centros de imputação, não se vislumbra razão relevante para julgar-se indesejável a separação patrimonial entre sociedade e sócio. Até porque nada impede as partes de proceder à aquisição diretamente dos bens sociais ou do estabelecimento, se assim o quiserem. É possível que a transferência dos bens sociais venha travestida de transferência das ações ou quotas de uma sociedade criada especialmente para veicular a operação. Nesse caso, havendo conluio entre as partes, a questão parece deslocar-se para o campo dos negócios simulados e não da desconsideração da personalidade jurídica.

Na doutrina brasileira, as tentativas de proceder a essa equiparação têm-se centrado na aquisição do poder de controle. Fabio Comparato e Calixto Salomão Filho sublinham que a forma societária opera uma dissociação entre a propriedade sobre os bens e a administração dos mesmos. Como a vontade social é expressa pela maioria (o controlador), a ela incumbe a função de administrar os bens sociais, como que numa relação de mandato de administração dos bens em que o mandante é ao mesmo tempo mandatário.³²² Assim, o controle deveria ser definido como o poder de disposição sobre os bens alheios que integram o patrimônio da pessoa jurídica, como se o controlador deles fosse proprietário.³²³

Baseado nessa concepção do poder de controle, Comparato e Salomão Filho entendem que a cessão da maioria das ações votantes não é uma simples alienação de ações, pois ali está contida também a alienação do poder de decidir e comandar a

³²² COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 102.

³²³ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104-105.

sociedade. Por isso, dizem haver uma “diversidade qualitativa do objeto” entre a simples cessão de ações e a cessão do controle,³²⁴ o que resultaria em o negócio jurídico de cessão de controle ser qualificado como um novo tipo contratual.³²⁵ Em cima disso, Calixto Salomão Filho afirma, em nota de texto da obra citada, que a cessão de controle comporta a incidência do regime de vícios redibitórios e evicção sobre os bens sociais, pois “o controle, como vimos, é um poder sobre a empresa e, por conseguinte, também sobre os bens e as coisas constituintes do acervo empresarial”.³²⁶

Guilherme Döring Cunha Pereira partilha da premissa de Comparato e Salomão Filho de que o controle é o poder de dirigir a atividade empresarial e, portanto, poder sobre os bens afetos a esta atividade. Na sua visão, atividade empresarial e bens sociais são noções complementares, ambas perpassadas pelo poder de controle.³²⁷ Cunha Pereira define então que o objeto da cessão de controle comporta os bens sociais e afirma ser indiferente enxergar o próprio controle como objeto do negócio de alienação de controle, ou a empresa que gira a atividade (os bens sociais aí incluídos). Nas palavras do autor, “[t]ransferir o controle é transferir um poder sobre esses bens. Nesse sentido, é transferir esses mesmos bens”.³²⁸ Por estas razões, Cunha Pereira conclui, de forma semelhante a Salomão Filho, que o adquirente do controle pode acionar o alienante com base nos vícios redibitórios e evicção por vícios dos bens sociais.³²⁹⁻³³⁰

³²⁴ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 231.

³²⁵ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 248: “[n]ão se pode, pois, deixar de reconhecer a especificidade do negócio de cessão de controle, que não se reduz, em razão do seu objeto, à tipologia tradicional dos contratos, ou das categorias jurídicas comuns”.

³²⁶ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 255. De forma semelhante, PETITPIERRE, Anne. La cession de contrôle, mode de cession de l'entreprise. Genebra: Georg & Cie. S.A., 1977, p. 94-95, para quem a cessão de controle se define como “um contrato por meio do qual o cedente se obriga a pôr o adquirente em pleno domínio de uma empresa, transferindo-lhe um bloco de ações suficiente a lhe garantir o controle da sociedade que a explora” (tradução livre do original: “un contrat par lequel le cédant s'engage à remettre à l'acquéreur la pleine maîtrise d'une entreprise en lui transférant la titularité d'un paquet d'actions suffisant à lui assurer le contrôle de la société qui l'exploite”).

³²⁷ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Alienação do poder de controle acionário. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10-11.

³²⁸ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Alienação do poder de controle acionário. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53.

³²⁹ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Alienação do poder de controle acionário. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 95-101.

³³⁰ Posição singular na doutrina brasileira é a defendida por Evandro Fernandes de Pontes, em sua obra *representations & warranties no direito brasileiro*, São Paulo: Almedina, 2014. O autor aplica ao controle a disciplina dos bens reciprocamente considerados, prevista na parte geral do Código Civil, tratando-o como um bem principal, cuja singularidade se define pela sua relação com os seus acessórios, tais como direito de voto, administração da sociedade e disposição dos bens corporativos (p. 23-25). Assim, o autor considera que

De uma forma geral, as teorias que equiparam a alienação do controle à alienação dos bens sociais assentam no conceito de poder de controle como poder de dispor sobre os bens alheios. Todavia, o poder do controlador de dispor dos bens sociais é substancialmente diverso da propriedade direta sobre os bens sociais. Uma equiparação *tout court* da aquisição de participação de controle à aquisição dos bens sociais é equivocada.³³¹ O próprio Claude Champaud, cuja obra fundamenta a concepção de poder de controle como poder de disposição dos bens sociais, reconhece que uma assimilação entre a aquisição da participação societária e a aquisição dos bens sociais seria equivocada por ignorar o diafragma da personalidade jurídica.³³² O autor, mesmo baseando-se na ideia de cessão do poder de controle como algo diferente da simples cessão de créditos ou ações, entende salutar a postura firmada na jurisprudência francesa com o *arrêt Quille*, onde se decidiu que os vícios dos bens sociais poderiam afetar a transação sobre a participação societária apenas quando fossem suficientemente graves a ponto de impedir a consecução do objeto social.³³³

Em nossa opinião, o adquirente da participação de controle (assim como o adquirente de qualquer fatia de participação) torna-se titular de direitos de sócio que não lhe garantem senão uma forma de participar, juntamente com os outros sócios, da gestão

o controle pode ser objeto do contrato de alienação de participação societária, desde que seja feita a descrição do controle e seus acessórios em cláusulas enunciativas, as quais têm a finalidade de transformá-lo em objeto do contrato (p. 27). A opinião do autor não merece ser partilhada. Evandro Pontes parece olvidar que todo bem deve antes ser um bem singular ou coletivo para que possa haver a análise de sua relação com outros bens. O próprio art. 92 do Código Civil refere que o bem principal tem existência própria que supõe a do bem acessório. Ao contrário, Evandro Pontes parece entender que o controle apenas existe quando considerado em relação a outros. De qualquer modo, Evandro Pontes não extrai dessa qualificação do controle a consequência de aplicação do regime de vícios redibitórios ou de direito, razão pela qual sua teoria não é abordada no corpo do texto.

³³¹ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 94-95 e 103, para quem a personalidade jurídica não pode ser superada pela aquisição do controle e cita julgados da *Cour de Cassation* francesa negando tal assimilação mesmo em caso de aquisição a totalidade das ações ou quotas (p. 96).

³³² O próprio autor francês em cuja teoria os professores Comparato e Salomão Filho baseiam a equiparação entre aquisição dos bens sociais e das ações de controle critica essa equiparação, pois desconsideraria a personalidade jurídica da sociedade. Champaud e Danet afirmam, em verdade, que, em tradução livre, “a revelação de um passivo fiscal após a cessão das ações não é suscetível de atrair a garantia do cedente na ausência de cláusulas específicas” (CHAMPAUD, Claude; DANET, Didier. Annulation d’une cession d’actions pour erreur sur les qualités substantielles du contrat (Com. 1er oct. 1991, SNC Quille c/ Gilbert et autres, Bull. Joly 1991. 1004, § 352; Paris 11 sept. 1990, Bloem c/ SCI Yoko Erdian, D. 1991. Somm. com. 161, note Tournafond). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 1, jan./mar. 1992, p. 199. No original em francês: “la révélation d’un passif fiscal après la cession des actions n’est pas susceptible d’engager la garantie du cédant en l’absence de clauses spécifiques”).

³³³ CHAMPAUD, Claude. Cession de parts sociales ou d’actions. Garantie du cédant, Action en annulation (Paris, 3 Ch. A. , 4 févr. 1992, Sté UMHS c/ Souchon ès qual.). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 4, out./dez. 1992, p. 825-826.

coletiva dos bens sociais.³³⁴ E nessa forma de gestão coletiva dos bens, o controlador está adstrito a exercer a atividade empresarial “*não no interesse próprio, mas no interesse social, isto é, de todos os sócios uti socii*”.³³⁵ Por isso, Herbert Wiedemann aproxima a posição do controlador à obrigação de administrar fiduciariamente (*treuhänderische Verwaltung*) os bens próprios e alheios.³³⁶ Isso nada mais é que uma decorrência do caráter instrumental do contrato plurilateral de sociedade, como já assinalava Ascarelli, cujas palavras valem a pena ser reproduzidas:

os contratos plurilaterais visam, ao contrário, justamente disciplinar a utilização dos bens a que se referem. Os atos que, na hipótese da propriedade individual, constituem apenas manifestações do lícito jurídico, passam, ao contrário, a ser objeto de disciplina jurídica pormenorizada, dada a necessidade de delimitar de um lado os direitos de cada parte no contrato e, de outro lado, os direitos individuais de cada parte e os coletivos de todas.³³⁷

O adquirente do controle não explora os bens sociais no interesse próprio, mas apenas na forma de gestão coletiva da empresa. E da gestão coletiva também participam os sócios minoritários, embora com papel diminuto, mas ainda assim presente (i) no voto em assembleia; (ii) na eleição de conselheiros pelo sistema de voto múltiplo; (iii) na propositura de ações sociais por atos dos administradores que violem a lei, o estatuto ou praticadas dentro de suas atribuições com culpa ou dolo; (iv) na propositura de ações de responsabilidade contra o próprio controlador por atos praticados com abuso de poder; ou ainda (v) na anulação de voto proferido pelo controlador contrário ao interesse da sociedade.³³⁸ E a participação do minoritário pode ser maior na sociedade limitada e na sociedade simples, onde, em regra, os próprios sócios participam da gestão social.

Dentro desse espectro, atribuir apenas ao adquirente do controle a possibilidade de reclamar por defeitos dos bens ou atividades da sociedade-alvo sob a justificativa de que apenas aqui se estaria diante de um negócio tendo por objeto os bens sociais não se afigura tecnicamente correto, já que o minoritário também participa da gestão coletiva dos bens sociais juntamente com o controlador. A equiparação peca por ignorar que o sócio

³³⁴ ASCARELLI, Tullio. Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società. in: saggi di diritto commerciale. Milão: Giuffrè, 1955, p. 238-241.

³³⁵ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 110.

³³⁶ WIEDEMANN, Herbert. Gesellschaftsrecht. Vol. I: Grundlagen. Munique: C. H. Beck, 1980, p. 432.

³³⁷ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 273.

³³⁸ Acentuando o caráter de proteção e de exercício de influência pelo acionista minoritário sobre a gestão social por meio de ações de responsabilidade e anulatórias, veja-se Wiedemann, Gesellschaftsrecht. Vol. I: Grundlagen. Munique: C. H. Beck, 1980, p. 453-468.

minoritário também pode adquirir participação em uma sociedade motivado pelo potencial dos bens sociais de serem inseridos em atividade produtiva que gere lucros.

Deve-se reconhecer também que conceder pretensão ao adquirente do controle à integridade dos bens e atividades sociais permitiria que o controlador embolsasse sozinho a diferença de valor decorrente da redução do preço de aquisição, ainda que proporcional à sua participação no capital da sociedade. Seria incongruente salvaguardar o novo controlador de adquirir uma participação que vale menos do que o preço pago, e deixar o adquirente da fatia minoritária sem tal proteção. Como diz Mousseron, a proteção do comprador da participação societária não é um objetivo superior em relação à proteção dos outros acionistas, trabalhadores e demais partes envolvidas na atividade da sociedade.³³⁹

Em sua tese de doutorado sobre compra e venda de participação de controle, Gabriel Buschinelli com razão defende que a cessão do controle não tem por objeto a organização empresarial. Buschinelli distingue entre as teorias que entendem que a compra da participação societária de controle configura pura e simplesmente compra do controle (relação de substituição) e aquelas que defendem que a compra da participação de controle seja composta pelos títulos de participação somados ao poder de controle (relação de complementaridade). Em ambas, o autor critica o fato de alçarem à posição de bem o poder de controle, que não é um bem, mas, como o nome diz, um poder.³⁴⁰

Especificamente para as teorias de substituição, Buschinelli aponta que a substituição da participação societária como objeto do contrato para colocar em seu lugar o poder de controle levaria ao inconveniente de não ter-se uma disciplina dos vícios incidentes sobre as próprias participações, para ganhar o adquirente, em contrapartida, a proteção contra os vícios sobre os bens sociais.³⁴¹ Nem mesmo poderia aplicar-se aos vícios das ações ou quotas o regime geral do inadimplemento contratual, pois a contradição da teoria seria inelutável: afirma que as ações ou quotas não são objeto do contrato, pois o é o poder de controle; mas ao mesmo tempo pretende aplicar o regime do inadimplemento a algo que sequer é objeto do contrato.

³³⁹ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 95

³⁴⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 42.

³⁴¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 44.

Já as teorias de complementaridade são criticadas por Buschinelli conforme as especificidades de cada uma. Assim, algumas pecam por considerar o controle um bem da sociedade e não um poder sobre ela; outras baseiam-se na existência de um sobrepreço pelo controle, que nem sempre se verifica.³⁴²

Na linha aqui exposta, Calixto Salomão Filho manifestou-se, em sua tese de doutorado, pela impossibilidade de aplicar o regime de vícios redibitórios e evicção [*rectius*: vícios de direito] por defeitos dos bens sociais ao caso de alienação de participação societária, pois os bens sociais são de propriedade (*rectius*: titularidade) da sociedade, e não do controlador – com o que se concorda. Ainda em sua tese de doutorado, a desconsideração da personalidade jurídica para o fim específico de aplicar as regras da compra e venda importaria em igualar o poder de controle ao direito de propriedade, o que tampouco deve-se admitir.³⁴³ A única ressalva feita então pelo autor é se os bens forem fundamentais ao funcionamento da empresa.³⁴⁴

Salomão Filho, porém, muda seu entendimento na nota de texto n. 53 da 5ª edição do livro “O poder de controle na sociedade anônima”, escrito em coautoria com Fabio Comparato. O autor justifica sua mudança de opinião por duas razões distintas. A primeira razão é a crescente sofisticação da técnica de aquisição de sociedades, que englobam não só auditorias detalhadas como declarações e garantias extensas e minuciosas que se referem não só às ações ou quotas cedidas, mas também aos bens sociais individualmente considerados. A segunda razão é a formação, no Brasil, da década de 90 para cá, de uma praxe comercial de realização de tais auditorias e inclusão de cláusulas de declarações e garantias nos respectivos contratos.³⁴⁵ Isso permitiu ao autor inferir que os próprios usos comerciais confirmariam a “*imanência entre transferência de controle e transferência dos ativos e passivos relevantes para o funcionamento do estabelecimento*”.³⁴⁶

³⁴² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 45-46.

³⁴³ SALOMÃO FILHO, Calixto. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 81-82.

³⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82. De fato, o autor ressalva que os bens fundamentais ao funcionamento da empresa poderiam escapar à regra de não equiparação entre aquisição do controle e aquisição dos bens sociais propriamente ditos. Fá-lo, porém, sem indicar qual seria o tratamento que lhes caberia.

³⁴⁵ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 238-239.

³⁴⁶ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 239.

As razões pelas quais Calixto Salomão considera aplicável o regime de vícios redibitórios e de direito aos defeitos dos bens sociais não convencem. O fato de ter-se constituído um costume de realizar auditorias e incluir extensas declarações e garantias no âmbito de operações de fusões e aquisições nada diz sobre a “imanência” entre transferência de controle e transferência dos bens sociais. Ao contrário, confirma que os agentes do mercado não entendem uma assimilação automática entre os bens sociais e a participação societária, a ponto de preferirem cautelas contratuais para garantir proteção. Além disso, o autor deixa de fora de sua fundamentação um grande número de operações de menor vulto, mas de idêntica substância, onde não é praxe realizar auditoria ou inserir declarações e garantias minuciosas em contrato. A seguir a lógica de Calixto Salomão Filho, criar-se-ia uma regulação ambivalente para situações de fato idênticas.³⁴⁷

Em síntese, a diversidade de objeto do contrato impede uma equiparação entre a aquisição da participação societária e a aquisição dos bens sociais ou da empresa. Objeto do contrato é tão somente a posição detida pelo alienante dentro do contrato de sociedade. Os bens sociais e as atividades da empresa permanecem, quando muito, no campo dos motivos subjacentes ao negócio. As partes podem, por estipulação contratual, pactuar as qualidades que o adquirente espera encontrar na sociedade-alvo, mas aí os motivos deixam de ser motivos para integrar o próprio conteúdo do negócio.

2. A natureza jurídica das declarações e garantias no direito estrangeiro

2.1. Inglaterra e Estados Unidos

Nos países de *common law*, *representations*, *warranties* e *indemnities* são conceitos distintos, cada um exercendo uma função própria na arquitetura de um contrato de alienação de participação societária (Introdução *supra*, n. 4). Na presença de regulação contratual para a falsidade de declarações e garantias, a responsabilidade normalmente se enquadra no instituto da *indemnity*.

Na ausência de disposição contratual específica sobre as consequências da falsidade de declarações e garantias, estas se regem pelas normas do direito costumeiro.³⁴⁸ Se a parte

³⁴⁷ Também critica essa regulação ambivalente BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 324.

³⁴⁸ HARRISON, Christopher S. *Make the deal: negotiating mergers and acquisitions*. Nova Jérsei: Bloomberg Press, 2016, p. 88.

prejudicada pela falsidade das declarações e garantias demonstrar que nelas confiou justificadamente para celebrar o contrato, poderá pedir indenização por responsabilidade extracontratual (*damages in tort*) ou desfazimento do negócio (*rescission*), valendo-se do regime da *misrepresentation*. Se demonstrar apenas a falsidade das declarações, sem confiança justificada na declaração, poderá acionar a contraparte pela violação de uma *warranty*, cobrando indenização com base na responsabilidade contratual (Introdução *supra*, n. 4.2).

Nos direitos inglês e americano, portanto, são dois os regimes de responsabilidade contratual possíveis de serem aplicados em caso de violação de declarações e garantias. Normalmente seguem o regime das *indemnities* definidas no contrato, mas, na ausência destas, podem seguir também o regime da *warranty*. Quanto aos remédios não amparados no contrato, podem ser enquadrados no instituto da *misrepresentation*.

2.2. Alemanha

A cláusula de declarações e garantias normalmente vem definida no direito alemão pela categoria dogmática correspondente – na maior parte das vezes, uma *selbständige Garantieverprechen*³⁴⁹ – embora não seja raro encontrar referências à nomenclatura anglo-saxã *representations and warranties*.³⁵⁰

O direito alemão rechaça uma aplicação *tout court* do regime de vícios de objeto e de direito às inconsistências do patrimônio e das atividades sociais. O adquirente da participação societária pode obter tutela se houver previsão específica nesse sentido em contrato,³⁵¹ mas, como regra, tais inconsistências não são tuteladas, por que não constituem objeto do negócio.

³⁴⁹ Tratam das declarações e garantias no capítulo das *selbständige Garantieverprechen*, BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 562-565; KNOTT, Hermann; MIELKE, Werner. Unternehmenskauf. 3ª ed. Colônia: RWS Verlag, 2008, p. 36; ADAM, Ulrich. Unternehmenskauf, Verkäuferhaftung und Vertragsgestaltung. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, p. 97-99; PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3ª ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 155-157 (à p. 165-167 o autor chega a sugerir que as partes incluam uma *selbständige Garantieverprechen* nos contratos de M&A para lograr segurança jurídica nas suas relações).

³⁵⁰ Fazem-no, por exemplo, GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 54.

³⁵¹ KNOTT, Hermann; MIELKE, Werner. Unternehmenskauf. 3ª ed. Colônia: RWS Verlag, 2008, p. 20. PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3ª ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 133.

2.2.1. Vícios do objeto, vícios do direito e responsabilidade pré-contratual

A controvérsia sobre a alienação de participação societária no direito alemão experimentou um aceso debate em torno da possibilidade de incidir à hipótese o regime de vícios de objeto e de direito (*Sach- und Rechtsmängel*). Este assunto é o que mais tem ocupado os juristas alemães, embora se possa colher que a configuração do regime contratual das declarações e garantias dependa da vontade das partes.³⁵²

Sempre foi pacificamente aceito na Alemanha que a alienação de participação societária é uma cessão de direitos (*Rechtskauf*), em oposição à disposição direta sobre os bens sociais.³⁵³ Como na cessão de direitos o alienante garante apenas a existência do direito, mas não a solvência do devedor, a doutrina extraía a conclusão de que não poderia incidir o regime de vícios do objeto ou do direito sobre a empresa ou sobre os bens sociais, pois isso equivaleria a fazer o alienante responder pela solvência do devedor,³⁵⁴ o que também é referido como não-responsabilidade pelo valor do direito (*Werthaltigkeit*).³⁵⁵ Isso vale dizer que o alienante apenas respondia pela existência dos direitos contidos na participação societária, mas não pelo valor intrínseco do direito, tal como consistência dos ativos, rentabilidade da empresa *etc.*³⁵⁶ Portanto, na ausência de garantias contratuais o

³⁵² SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 92-93. LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 203 diz que as partes em grandes operações não se limitam a manter ou modificar em contrato o regime legal de vícios de objeto e direito, mas chegam mesmo a substituí-lo por uma regulação contratual autônoma completamente diversa. Já FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 225 afirma que depende de interpretação da vontade das partes descobrir se foi constituído um novo regime contratual de responsabilidade inteiramente autônomo ou se as partes apenas modificaram o regime de vícios.

³⁵³ GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 55. EIDENMÜLLER, Horst. Rechtskauf und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 2002, 294; FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 122; HERMANN, Marc. Garantien beim Unternehmens- und Anteilskaufvertrag – Gestaltungsmöglichkeiten und Formulierungsvorschläge. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n. 16, 2002, p. 696.

³⁵⁴ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 70; FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 122. Contra: WIEDEMANN, Herbert. Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens. *in*: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (orgs.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag* 21. Januar 1965 – Band I. Munique e Berlim: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 823-826.

³⁵⁵ A ideia de valor do direito (*Werthaltigkeit*, do alemão *Wert* = valor e *halten* = conter, ou seja, a capacidade do direito de conter algum valor), deve ser entendida não pelo valor de mercado atribuído ao direito, mas sim como a capacidade do direito de ser liquidado convertendo-se em valor para o credor. Por exemplo: no caso de crédito em dinheiro, a solvência do devedor; no caso de participação societária, a segurança de que a participação alienada não está privada de dividendos, voto *etc.*

³⁵⁶ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 70. De forma semelhante, RITTMEISTER, Maximilian.

adquirente da participação só podia exigir remédios por defeitos que recaíam diretamente sobre a participação societária.

Para contornar essa problemática, a jurisprudência cunhou a regra de que a aquisição de participação societária equivale à aquisição direta da empresa em si, quando se tratar de aquisição da quase totalidade das ações ou quotas, pois aí o interesse econômico das partes estaria voltado à empresa (e aos bens da sociedade).³⁵⁷ O julgado seminal do BGH na matéria foi o já mencionado caso *Betonsteinwerke* (Parte II *supra*, n. 1).³⁵⁸ Com isso elevaram-se as características do patrimônio social e das atividades empresariais ao posto de objeto do contrato de aquisição de participação societária. Mas faltava ainda enquadrar os defeitos do patrimônio social no estreito conceito de vício do objeto do código alemão.

O vício do objeto era conceituado no direito alemão anterior a 2002 como uma característica apegada fisicamente à coisa de forma duradoura e que seja capaz de afetar seu valor ou sua utilidade.³⁵⁹ Mas muitas características da sociedade-alvo não se encaixam neste conceito, como rentabilidade, faturamento, endividamento *etc.*³⁶⁰⁻³⁶¹ Assim, mesmo

Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 36.

³⁵⁷ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 123; DAUNER-LIEB, Barbara; THIESSEN, Jan. Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 109. Assim parecem entender também FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 842; HESS, Gerhard; FABRITIUS, Andreas. Unternehmenskauf. in: HOPT, Klaus J (org.). Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, p. 546. Veja-se as decisões BGH WM, 1969, 67; BGH WM 1970, 819; BGH WM 1980, 1006.

³⁵⁸ BGHZ 65, 246.

³⁵⁹ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 529. Com definição semelhante, SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. band 3. Schuldrecht II (§§ 433-515). Stuttgart, Berlin, Colônia: Verlag Kohlhammer, 1991, p. 951; FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 10; WIEDEMANN, Herbert. Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens. in: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (orgs.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965 – Band I. Munique e Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 831-832 (limitando a liberdade das partes para definir em contrato as qualidades prometidas da coisa).

³⁶⁰ Como refere LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 188-189. PALANDT. Beck'sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 75ª ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 693.

³⁶¹ BGH, NJW 1990, 1658. No entanto, em BGH NJW 1999, 1404, o BGH admitiu excepcionalmente que dados de faturamento e lucratividade pudessem se relacionar à empresa e constituir vício de objeto quando se reportassem a um longo período de tempo e fossem objeto de uma garantia dependente do alienante (*Zusicherung einer Eigenschaft*). A regra geral parece ser, portanto, a de que faturamento e lucratividade da empresa não configuram vício redibitório, a menos que haja expressa assunção de responsabilidade por tais dados em contrato. Reportam essa jurisprudência: SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 73-74; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 843; TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und

nas situações em que a aquisição da participação societária podia ser equiparada à aquisição direta da empresa ou dos bens sociais (Parte II *supra*, n. 1), o escopo dos vícios do objeto impedia uma tutela mais ampla.

Afastando-se os vícios do objeto, afastava-se também a anulação por erro, pois vige na Alemanha a regra de especialidade entre os institutos: se o caso é passível de configurar tanto erro quanto vício do objeto, este tem preferência sobre aquele.³⁶²⁻³⁶³ O adquirente também raramente conseguia comprovar o dolo da outra parte e escassamente encontrava tutela no regime de vícios do direito que são, por sua natureza, mais incomuns neste tipo de operação.

A saída encontrada pela jurisprudência alemã antes da reforma de 2002 foi tutelar o adquirente por meio da responsabilidade pré-contratual por falha no dever de informar.³⁶⁴ O instituto, mais elástico, não se restringia aos estreitos limites do conceito de vício, bastando que a informação deixasse de ser repassada pelo alienante das ações ou quotas ou

Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 523 e 529; DAUNER-LIEB, Barbara; THIESSEN, Jan. Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 109; GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 54; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 40-41.

³⁶² Na jurisprudência do BGH, o principal caso foi julgado em 1954 (BGHZ 16, 54), relativo à compra de uma máquina para tratamento de ultrassônico de doenças (*Ultraschall*) que, embora funcionasse perfeitamente, não era apta a tratar todas as doenças inicialmente indicadas pelo fabricante, mas apenas parte delas. O BGH entendeu que a anulação por erro apenas cabe quando a questão não é regulada pelo regime de vícios redibitórios. No caso concreto, a questão poderia ser regulada pelo regime de vícios e como a máquina cumpria perfeitamente sua finalidade, que era de executar o tratamento ultrassônico, não se vislumbrou vício redibitório. Em sentido semelhante foram as decisões BGHZ 34, 32; BGHZ 63, 369; BGHZ 78, 216 e BGH NJW 1979, 160 (contra: BGHZ 65, 246; BGH NJW, 1969, 184). Sobre o assunto, veja-se SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. band 3. Schuldrecht II (§§ 433-515). Stuttgart, Berlin, Colônia: Verlag Kohlhammer, 1991, p. 841-842; WESTERMANN, Harm-Peter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 156; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 552; JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 443-446.

³⁶³ Pergunta-se se a exclusão convencional do regime de vícios, como sói acontecer em alienações de participação societária, tem o condão de “ressuscitar” o remédio anulatório. A doutrina majoritária alemã defende que não, pois a exclusão do remédio anulatório ocorre *ope legis*. O regime de vícios do objeto e do direito exclui, já no campo do suporte fático, a qualificação da hipótese como erro. Desse modo, nem mesmo a exclusão convencional dos vícios de direit e do objeto autoriza a anulação por erro. Vide LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 175; SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. band 3. Schuldrecht II (§§ 433-515). Stuttgart, Berlin, Colônia: Verlag Kohlhammer, 1991, p. 850-851; WESTERMANN, Harm-Peter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 157; JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 443.

³⁶⁴ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 10-11; WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 251.

fosse repassada de forma equivocada. Por conta disso, a doutrina da *culpa in contrahendo* alcançou notável aplicação em sede de compra e venda de empresas e alienação de participação societária na Alemanha antes da reforma do direito das obrigações de 2002.

Para a teoria da responsabilidade pré-contratual, a problemática classificação dos vícios do patrimônio social em outros institutos era contornável.³⁶⁵ As diferenças entre aquisição da empresa, aquisição dos bens sociais e aquisição da participação societária são minimizadas,³⁶⁶ já que releva aqui o dever de informar e não o objeto do negócio. Defeitos da atividade ou dos bens sociais podiam ser objeto de um dever de informar, bastando que a não divulgação da informação fosse culposa e ofendesse a boa-fé.³⁶⁷ Assim, o OLG de Munique já decidiu que uma informação equivocada sobre o valor do EBITDA de uma empresa poderia ensejar responsabilidade pré-contratual, embora já não pudesse mais ensejar a aplicação do regime de vícios do objeto, porque o prazo havia escoado.³⁶⁸

Porém, com a reforma do direito das obrigações de 2002, ampliou-se o alcance do regime de vícios, que agora indubitavelmente se aplica à alienação de estabelecimento e de participação societária³⁶⁹ e comporta uma nova concepção de vício, segundo a qual as partes possuem liberdade para definir em contrato as qualidades que a coisa deve apresentar para ser considerada livre de vícios (*Soll-Beschaffenheit*).³⁷⁰

³⁶⁵ KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 41; GAUL, Björn. Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, n. 166, p. 36; CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen und Gewährleistung beim Unternehmenskauf nach der Reform des deutschen Schuldrechts. *in*: STATHOPOULOS, Michael; BEYS, Kostas; DORIS, Philippos; KARAKOSTAS, Ioannis (orgs.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Munique: C. H. Beck, 2006, p. 72.

³⁶⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 415; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 146.

³⁶⁷ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 10-11; STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 159; HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1484.

³⁶⁸ OLG Munique, Decisão de 26.7.2006, 7 U 2128/06.

³⁶⁹ A nova redação do § 453 admite a aplicação do regime de vícios redibitórios à compra e venda de direitos e demais objetos (*sonstige Gegenstände*), sendo a locução “demais objetos” finalisticamente orientada a abarcar compra e venda de estabelecimentos e participações societárias, conforme consta da exposição de motivos da reforma de 2002 (BT-Drucks. 14-6040, p. 242).

³⁷⁰ Os argumentos utilizados pela doutrina neste sentido vão desde a exposição de motivos da lei de reforma que diz terem caído as razões pelas quais a jurisprudência aplicava o regime da *culpa in contrahendo*, até a nova redação do § 434, que teria extinto uma tipificação dos vícios redibitórios, substituindo-os pelo conceito de vício criado pelas partes ou pelo fim subjetivo do contrato. Veja-se uma resenha de tais argumentos em FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 30-32 e em LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim

Com essas modificações no regime legal de vícios do objeto, a incidência da responsabilidade pré-contratual por vícios do patrimônio e atividades sociais vem sendo sistematicamente afastada, pois, no direito alemão, a responsabilidade pré-contratual tem caráter subsidiário e apenas incide na ausência de regime mais específico aplicável à espécie.³⁷¹ Na verdade, a responsabilidade pré-contratual por falha no dever de informar não deixou de ser aplicável à alienação de participação societária após 2002; apenas nos casos em que o objeto da falha no dever de informar pode ser tutelado pelo regime de vícios, do objeto ou do direito, é que estes últimos têm preferência.³⁷²

Com a reforma, foi incluído o atual §453 no BGB, o qual determina que às cessões de direito e demais objetos aplicam-se as disposições aplicáveis aos vícios do objeto. Foi mantido o princípio de que o cedente de um direito responde apenas pela existência do direito, mas não pela solvência do devedor.³⁷³ A reforma unificou também as consequências jurídicas no plano da eficácia dos regimes de vícios de direito e de objeto nos §§453 e 437 BGB, mas manteve separados os requisitos de ambos os regimes no plano da existência.³⁷⁴

Em outras palavras, a reforma de 2002 em nada alterou o fato de que a alienação de participação societária continua sendo tratada como uma cessão de direitos.³⁷⁵ Via de

Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, 51-53. Essa concepção larga de *Beschaffenheit* encontra-se também em: GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 54-55; TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 525. Contra: JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 138.

³⁷¹ Neste sentido, veja-se SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 89-90; LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, 167-168; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 547; JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 410-417; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 148.

³⁷² WEIGL, Gerald. Gewährleistungsausschluss und Ansprüche aus c.i.c. *Deutsche Notarzeitschrift*, 2007, p. 715; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 149.

³⁷³ EIDENMÜLLER, Horst. Rechtskauf und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 8, 2002, 293; WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 250.

³⁷⁴ BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 534; PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3ª ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 132; GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 55; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 47 (falando de unificação formal, mas com conteúdo material diverso entre os dois regimes).

³⁷⁵ PALANDT. Beck'sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 75ª ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 692. STAUDINGER, Julius von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit

regra, o alienante não se responsabiliza pelas inconsistências patrimoniais da sociedade no direito alemão.³⁷⁶ Apenas se esclareceu a dúvida anteriormente existente de que às cessões de direito podem ser atribuídas as consequências jurídicas previstas para o regime de vícios do objeto.

Explica-se. Antes da reforma do direito obrigacional de 2002, era grande a discussão na Alemanha em torno da natureza jurídica da responsabilidade por vícios do objeto. Não havia discussão sobre a natureza da responsabilidade por vícios do direito, que sempre foi considerada uma obrigação contratual do alienante, suscitando as mesmas consequências jurídicas do regime geral do inadimplemento contratual: cumprimento específico, resolução contratual ou indenização.³⁷⁷ O próprio §434 do BGB estipulava que “*o vendedor é obrigado a entregar ao comprador a coisa livre de direitos de terceiros*” (tradução livre) e o §440 remetia o adquirente de bem inquinado de vício de direito para os remédios do inadimplemento contratual.

Diferente era a situação dos vícios do objeto. O BGB tratava dos vícios do objeto em capítulo separado e, ao contrário dos vícios do direito, não punha à disposição do adquirente os remédios do inadimplemento contratual, mas apenas a resolução do contrato e a redução do preço (§462 a.F. BGB) – e em prazo decadencial bastante curto (§477 a.F. BGB). Diante disso, debatia-se vigorosamente se os vícios do objeto seriam inadimplemento de obrigação contratual ou de uma obrigação legal de garantia. Uma parte da doutrina e a jurisprudência majoritária do BGH entendiam que o alienante tinha uma obrigação contratual de entregar a coisa ao adquirente livre de vícios de objeto

Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§433-480. Berlin: De Gruyter, 2014, p. 760. WESTERMANN, Harm-Peter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534. 7^a ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 323. BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7^a ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 117. PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3^a ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 114. ADAM, Ulrich. Unternehmenskauf, Verkäuferhaftung und Vertragsgestaltung. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, p. 80.

³⁷⁶ PALANDT. Beck'sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 75^a ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 693; STAUDINGER, Julius von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§433-480. Berlin: De Gruyter, 2014, p. 760; WESTERMANN, Harm-Peter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534. 7^a ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 323; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 25. Admitindo a equiparação entre aquisição de participação societária e aquisição dos bens da empresa a partir da aquisição de um percentual elevado de participação: PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3^a ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 133-134; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7^a ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 534.

³⁷⁷ REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. Kaufrecht. 6^a ed. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 108. LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Band II, Halbband 1. Besonderer Teil. 13^a ed. Munique, C.H. Beck, 1986, p. 28-30.

(*Erfüllungstheorie*), portanto a entrega de coisa inquinada de vícios configuraria inadimplemento contratual. Para esta corrente, a razão de ser da norma que limitava o prazo e as consequências jurídicas dos vícios residia na vontade do legislador de abrandar a responsabilidade do alienante, já que este poderia não ser o fabricante da coisa, tampouco poderia ter conhecimento do vício ou ser capaz de saná-lo via cumprimento específico.³⁷⁸ Já a teoria da garantia (*Gewährschaftstheorie*) refutava uma obrigação contratualmente assumida pelo alienante de entregar a coisa livre de vícios do objeto. Bastaria entregar a coisa ao adquirente livre de direitos de terceiros e no estado em que se encontrasse no momento da transferência dos riscos para dar-se por adimplido o contrato. Para Karl Larenz, talvez o maior defensor desta segunda corrente, devia-se partir da premissa de que a coisa devida pelo alienante é sempre determinada. Quem vende anel dourado não está vendendo um anel dourado qualquer (salvo obrigação de dar coisa incerta), mas sim o anel especificamente querido pelo comprador. Logo, o alienante sequer teria como entregar coisa diversa, mas apenas a coisa específica, com todas as suas qualidades e defeitos. Por isso a lei não impunha uma obrigação de entregar um anel que tenha a qualidade de ser dourado, mas sim aquele anel específico, apesar de o vendedor ter prometido ser dourado. Portanto, os partidários desta corrente entendiam que não havia uma obrigação contratual de entregar a coisa com aquela determinada qualidade, mas sim uma responsabilidade paralela ao contrato pelo fato de a coisa não corresponder às expectativas do adquirente. A responsabilidade por vícios do objeto repousaria na equivalência entre o preço e a coisa.³⁷⁹ Por isso os remédios jurídicos à disposição do adquirente seriam apenas a resolução ou a redução do preço. Pode-se dizer que, para a *Gewährschaftstheorie*, “a coisa estar livre de vícios do objeto é, segundo esta concepção (não o conteúdo, mas) a base do contrato” (tradução livre).³⁸⁰

A reforma de 2002 colocou um ponto final na discussão ao adotar de forma definitiva a teoria segundo a qual a entrega da coisa com vícios configura inadimplemento

³⁷⁸ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Besonderes Schuldrecht*. 28ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2001, § 5 I. Essa teoria é assim explanada também por REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. *Kaufrecht*. 6ª ed. Berlim: Luchterhand, 1997, p. 108-109.

³⁷⁹ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II, Halbband 1. Besonderer Teil*. 13ª ed. Munique, C.H. Beck, 1986, p. 66-68. No mesmo sentido, ESSER, Josef; WEYER, Hans-Leo. *Schuldrecht. Vol. 2. Tomo 1: contratos*. 8ª ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, §51 Ia. Assim também explicam a *Gewährschaftstheorie* REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. *Kaufrecht*. 6ª ed. Berlim: Luchterhand, 1997, p. 109-110.

³⁸⁰ REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. *Kaufrecht*. 6ª ed. Berlim: Luchterhand, 1997, p. 110. No original: “[d]ie Fehlerfreiheit der Sache ist nach dieser Auffassung (nicht Inhalt, sondern) Grundlage des Vertrages”.

contratual.³⁸¹ O atual §433 do BGB explicitamente define como obrigações do vendedor entregar a coisa livre de vícios de objeto e de direito. Do ponto de vista das consequências jurídicas, não existem mais diferenças de regime entre a entrega de coisa inquinada de vícios do objeto ou do direito, pois o atual §437 do BGB aplica as mesmas consequências previstas para o inadimplemento em geral a ambos os casos.

Isso unifica as consequências jurídicas no plano da eficácia, mas não soluciona a questão de saber, no plano da existência, quando se está diante de um vício do objeto ou do direito. O BGB nada diz sobre quando uma inconsistência do patrimônio ou da atividade da sociedade caracteriza vício de direito ou de objeto. As partes podem determinar contratualmente o que deve configurar vício, ou deixar à interpretação do julgador defini-lo.³⁸² Na ausência de previsão contratual específica responsabilizando o alienante pelas inconsistências da sociedade, portanto, o adquirente corre o risco de que se entenda que (i) os bens e as atividades sociais não fazem parte do objeto do contrato e que (ii) mesmo se forem objeto do contrato, podem não configurar vício.

Sobre o primeiro risco, a doutrina e a jurisprudência alemãs desenvolveram o entendimento (já tratado na Parte II *supra*, n. 1) de que se aplica o regime de vícios de direito e de objeto à aquisição de quotas ou ações se esta puder ser equiparada à aquisição direta da empresa em si. O *standard* fixado jurisprudencialmente é o de que a aquisição de participação societária se equipara à aquisição da própria empresa em si quando a aquisição envolver uma parcela tão grande das ações ou quotas, a ponto de o minoritário não poder influenciar a vida social. Esse *standard* continua sendo aplicável mesmo após a reforma de 2002.³⁸³

³⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen und Gewährleistung beim Unternehmenskauf nach der Reform des deutschen Schuldrechts. *in*: STATHOPOULOS, Michael; BEYS, Kostas; DORIS, Philippos; KARAKOSTAS, Ioannis (orgs.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Munique: C. H. Beck, 2006, p. 80; TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 524; GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 54; GAUL, Björn. Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, n. 166, p. 43.

³⁸² GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 55.

³⁸³ RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 41-43.

Quanto ao segundo risco, a reforma de 2002 adotou um critério subjetivo para definir o vício do objeto.³⁸⁴ As partes possuem hoje liberdade para determinar, segundo sua vontade, o que se considera vício. Isto motivou a doutrina a defender que todas as características passíveis de serem abarcadas pela vontade das partes numa descrição do objeto passaram a ser passíveis de configurar vício.³⁸⁵ Ou seja, mesmo elementos não apegados diretamente à participação societária podem hoje suscitar o regime de vícios, sejam ele relacionados ao objeto ou ao direito. A previsão em contrato acabou ganhando absoluta relevância para a proteção do adquirente da participação societária.

Note-se, porém, que mesmo considerando a empresa em si como objeto do contrato, as inconsistências de bens individuais da sociedade-alvo não configuram vício, a menos que tais inconsistências atinjam a empresa como um todo, afinal o objeto do contrato é a empresa e não cada bem individualmente considerado.³⁸⁶ Em nossa opinião, esta jurisprudência parece tratar a empresa nos seus perfis patrimonial e funcional, isto é, como o conjunto de bens e estabelecimentos utilizados pela sociedade dentro de uma atividade dirigida a um fim.³⁸⁷

2.2.2. Obrigação contratual de dar a participação societária

Mas a questão não se esgota aí. Caso as partes regulem a questão no contrato, o direito alemão conhece três tipos diferentes de pactuação das qualidades da coisa devidas pelo alienante. As partes podem fazer uma simples promessa de qualidades da coisa (*Beschaffensvereinbarung*), de modo que, se a coisa não apresentar tais características, incide o regime de vícios de direito e do objeto. As partes podem ainda lançar mão de uma

³⁸⁴ WESTERMANN, Harm-Peter. Das neue Kaufrecht. *Neue juristische Wochenschrift*, 2002, p. 243; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 229-230.

³⁸⁵ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 35-38; SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 76-77; TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 523; HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1483-1484.

³⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen und Gewährleistung beim Unternehmenskauf nach der Reform des deutschen Schuldrechts. *in*: STATHOPOULOS, Michael; BEYS, Kostas; DORIS, Philippos; KARAKOSTAS, Ioannis (orgs.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Munique: C. H. Beck, 2006, p. 88-91.

³⁸⁷ Sobre os perfis da empresa e sua recepção no direito brasileiro, veja-se: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. *Revista do Advogado*, 2003, n. 71, p. 15-25; ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1996, n. 104, p. 109-126.

garantia de qualidade (*Zusicherung einer Eigenschaft*), caso em que, a teor dos §§443 e 444 do BGB os mesmos remédios jurídicos cabem ao adquirente da coisa, porém com a peculiaridade de que o alienante não pode se valer de uma cláusula de limitação de responsabilidade e o adquirente só não preserva todos os seus direitos com base no regime de vícios se tiver deixado de conhecer o vício por culpa grave.³⁸⁸

Por fim e mais interessante para este trabalho é a previsão de uma garantia autônoma de qualidades (*selbständige Garantieverprechen*). A garantia autônoma constitui “*um fundamento jurídico de responsabilidade independente das disposições legais e confere uma pretensão ao cumprimento ou à indenização orientada à reparação do interesse positivo*” (tradução livre).³⁸⁹ O traço distintivo crucial da garantia autônoma de qualidades reside justamente na criação de um regime de responsabilidade totalmente novo e próprio, com direitos, pretensões e limitações definidos no instrumento contratual e independentemente de culpa.³⁹⁰ O conteúdo e as consequências de uma garantia autônoma podem, portanto, ser livremente pactuado pelas partes, pelo princípio da autonomia privada,³⁹¹ ao contrário da simples promessa de qualidades e da garantia de qualidades, cujas consequências jurídicas estão previstas em lei, mais especificamente no regime de vícios do objeto e do direito.

No direito alemão, a pactuação de uma garantia autônoma está amparada no §311, Abs. 1 do BGB, o qual prescreve de forma geral a liberdade contratual, similar ao art. 421

³⁸⁸ Segundo Hilgard e Kraayvanger, o novo direito das obrigações alemão não faz distinção entre *Eigenschaft* e *Beschaffenheit*, diferenciando-se apenas pela consequência jurídica de uma simples promessa de qualidades ou garantia de qualidades (HILGARD, Mark; KRAAYVANGER, Jan. Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbstständigen Garantieverprechens nach der Reform. Monatsschrift für deutsches Recht, 2002, p. 679).

³⁸⁹ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 92: “*Die selbständige Garantie begründet eine unabhängig von gesetzlichen Regelungen selbständigen, Haftungsgrundlage und gibt einen Anspruch auf Erfüllung bzw. Schadensersatz, gerichtet auf den Ersatz des positiven Interesses*”.

³⁹⁰ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 529; MÜLLER, Klaus. Unternehmenskauf, Garantie und Schuldrechtsreform – ein Sturm im Wasserglas? *Neue juristische Wochenschrift*, 2002, p. 1027; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 203 e 205.

³⁹¹ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 94-95. Na mesma linha, Triebel e Hölzle reiteram a livre admissibilidade das garantias autônomas, baseadas na autonomia privada das partes, pelo fato de que a reforma do direito obrigacional apenas reforçou a autonomia das partes em matéria de vícios de direito e de objeto (Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 531). Triebel e Hölzle chegam mesmo a sugerir que o contrato descreva em um capítulo a obrigação do alienante sujeita ao regime dos vícios de direito e de objeto, e, em outro, a garantia independente, sujeita apenas aos seus termos, *op. cit.*, p. 535-536. Também Kästle e Oberbracht reforçam que as *selbständige Garantieverprechen* não se submetem ao regime legal dos vícios do direito e do objeto (KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 118-120)

do nosso código. Não há um rol típico e fechado de garantias contratuais no direito alemão, podendo as partes livremente pactuar as consequências da violação da garantia autônoma.³⁹² A garantia autônoma não está presa ao conceito legal de vício. No suporte fático da garantia tanto podem estar qualidades da coisa que configurem vício do objeto ou de direito no conceito da lei, quanto outras qualidades desejadas pelas partes que não preencham os requisitos legais de vícios.³⁹³ A garantia autônoma possui, portanto, um potencial muito maior de regular situações fáticas díspares do que o regime legal. Outra característica de suma importância da garantia independente está no fato de sua violação conferir ao adquirente indenização do interesse positivo.³⁹⁴

Mesmo antes de 2002, a doutrina alemã já tratava as declarações e garantias como uma promessa autônoma de garantia. A razão de sua utilização frequente na vida prática consistia e ainda consiste, basicamente, em substituir os insuficientes regimes de responsabilidade previstos na lei (principalmente vícios redibitórios e de direito) por um regime de responsabilidade inteiramente novo e mais abrangente, com remédios jurídicos adaptados para a necessidade das partes.³⁹⁵ A promessa autônoma afasta a regulação dos vícios para permitir às partes (i) excluir a resolução contratual como consequência da entrega da coisa defeituosa e para (ii) definir em contrato o prazo prescricional aplicável à pretensão por inconsistências patrimoniais da empresa.³⁹⁶

É questão de interpretação contratual saber se as partes quiseram criar uma nova base jurídica para reclamar inconsistências da sociedade, ou se sua intenção foi de apenas

³⁹² GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 57.

³⁹³ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 531; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 203.

³⁹⁴ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 529; GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 55; JAKOBS, Michael; THIEL, Sven-Markus. Managementklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung aus Sicht der Geschäftsführung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 1987.

³⁹⁵ FAUST, Florian. Garantie und Haftungsbeschränkung in §444 BGB. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 2002, 271; TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 528 e 531; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 175. Sugere o uso da promessa autônoma PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3ª ed. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 154-155 GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 56; HANKE, Kerstin; SOCHER, Oliver. Fachbegriffe aus M&A und Corporate Finance: die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags. *Neue juristische Wochenschrift*, 2010, p. 1576, afirmam que as declarações e garantias normalmente afastam o regime de vícios redibitórios.

³⁹⁶ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 90-99.

fortalecer a responsabilidade legal do alienante por vícios de direito ou objeto. Fica livre às partes definir esta matéria.³⁹⁷ As declarações e garantias são comumente classificadas pela doutrina alemã como garantias autônomas.³⁹⁸

Em suma, o direito alemão posterior à reforma de 2002 comporta a qualificação das declarações e garantias dentro do regime de vícios do objeto ou do direito, se a interpretação do contrato levar a concluir que as partes quiseram tratá-las como uma promessa de qualidades (*Beschaffungsvereinbarung*) ou garantia de qualidades (*Zusicherung einer Eigenschaft*). O mais comum, no entanto, é as partes valerem-se de declarações e garantias para fugir ao regime de vícios, criando uma garantia autônoma (*selbständige Garatieversprechen*),³⁹⁹ a qual, embora ainda se qualifique como obrigação contratual de entregar a coisa dotada de determinadas qualidades, cujo descumprimento acarreta as sanções previstas para o inadimplemento contratual, já é autônoma em relação aos vícios do objeto e do direito.

2.2.3. A *Freistellungsanspruch*

Embora não seja tratada com muito rigor na Alemanha, encontram-se também menções à possibilidade de estipular em contrato determinadas obrigações de uma parte assumir responsabilidade por riscos que pesam sobre a sociedade-alvo – a chamada *Freistellungsanspruch* (pretensão a manter livre), equiparáveis às *indemnities* do *common law*.⁴⁰⁰ A *Freistellungsanspruch* é diferente dos três tipos de cláusula vistos acima para regular promessas relativas à qualidade da coisa (promessas de qualidades, garantias de qualidade e garantias autônomas). Aqui os riscos não são conhecidos e o garantidor assegura à outra parte a presença de determinadas qualidades da coisa, ao passo que,

³⁹⁷ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 92-93.

³⁹⁸ RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 177.

³⁹⁹ RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 177.

⁴⁰⁰ KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 202-203; VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 173-174 (embora não nos pareça ter razão o autor quando diz que as *indemnities* teriam por escopo apenas proteger o garantido contra demandas de terceiros. Veja-se Introdução *supra*, n. 4.3).

naquela, sabe-se da existência do risco, mas não se sabe quando nem se tais riscos chegarão a se concretizar.⁴⁰¹

O pagamento de soma em dinheiro, no âmbito de uma *Freistellungsanspruch*, diferencia-se de uma indenização, porque não é necessário comprovar o preenchimento dos requisitos próprios da responsabilidade civil contratual. Basta comprovar a ocorrência do fato contratualmente estipulado como gerador da pretensão.⁴⁰² Se o risco concerne a uma demanda de terceiro, a execução de tal pretensão pode dar-se com a assunção, pelo garantidor, da defesa contra o terceiro, quanto por meio de reembolsos ao garantido na via de regresso.⁴⁰³ A aproximação com as *indemnities* do *common law* e com a obrigação de garantia do direito brasileiro é evidente.

2.2.4. Erro e dolo

Por fim, resta analisar se o direito alemão aceita o enquadramento das declarações e garantias nos institutos do erro e do dolo. A resposta é positiva, embora seja difícil preencher os requisitos para tanto.

Dada a diversidade de objetos entre a aquisição de participação societária e a aquisição da empresa em si, pode-se inferir que as regras sobre anulação por erro podem ter aplicação quando o negócio sobre a participação societária for equiparada ao negócio sobre a empresa em si (Parte II *supra*, n. 1).⁴⁰⁴

A disciplina da anulação do negócio jurídico por erro sobre qualidades essenciais da coisa ou da pessoa no direito alemão difere substancialmente do direito brasileiro. O BGB §119, Abs. 2, prevê a anulabilidade por erro quanto às qualidades da pessoa ou da coisa consideradas essenciais pelo tráfico (*Eigenschaftsirrtum*).⁴⁰⁵ Para Flume, o erro sobre

⁴⁰¹ BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 567; KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 202-203.

⁴⁰² KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 203.

⁴⁰³ KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 203.

⁴⁰⁴ HUBER, Ulrich. Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 202, 2002, p. 222 *apud* BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 332.

⁴⁰⁵ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. Einführung in das Zivilrecht. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 269-274; BROX, Hans; WALKER, Hans-Joachim; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 172-179.

as qualidades essenciais pressupõe que a qualidade sobre a qual incide o erro seja conteúdo do contrato. Assim, a verdadeira razão pela qual este tipo de erro tem relevância é porque a coisa não corresponde à qualidade que dela se espera.⁴⁰⁶ Essa teoria foi, porém, duramente criticada, pois acabaria levando à sobreposição da anulação por erro ao regime de vícios do objeto e do direito, que é, na Alemanha, responsabilidade contratual.⁴⁰⁷

A doutrina dominante na Alemanha entende que o erro sobre as qualidades essenciais seja tratado como um caso excepcional de erro sobre os motivos. Embora valha na Alemanha a regra de irrelevância do erro sobre os motivos,⁴⁰⁸ o entendimento é que o §119, Abs. 2, do BGB abre uma exceção para que as qualidades consideradas essenciais pelo tráfico constituam causa de invalidade do negócio, por isso submetida a pressupostos mais rígidos.⁴⁰⁹ Podem ser enumerados quatro critérios que tornam mais rígido o erro sobre as qualidades essenciais do objeto no direito alemão.

Em primeiro lugar, as qualidades essenciais devem se apegar de forma duradoura e constante à pessoa ou ao bem objeto do contrato, sob pena de não serem consideradas qualidades essenciais.⁴¹⁰ Em segundo lugar, as qualidades essenciais do bem ou da pessoa devem ser consideradas essenciais não pelos contratantes, mas pelo tráfico. Com isso, se evita que qualidades de pouca relevância deem ensejo a invalidades ao mesmo tempo em que se confere certa segurança jurídica ao negócio.⁴¹¹ O valor ou preço de mercado do bem, porém, não são considerados qualidades essenciais.⁴¹² Em terceiro lugar, a qualidade deve ser reconhecível como motivo que influenciou a decisão de contratar do *errans*. A recognoscibilidade do motivo pode estar presente no caso concreto em uma declaração explícita do declarante de que o faz porque confia na presença da qualidade essencial, mas

⁴⁰⁶ FLUME, Werner. *Eigenschaftsirrtum und kauf*. Münster: Regensburg, 1948, p. 84 e ss.

⁴⁰⁷ Veja-se, por exemplo a críticas tecidas por LARISCH, Tobias. *Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf*. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 176.

⁴⁰⁸ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 652-653.

⁴⁰⁹ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 660; SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 274; LARISCH, Tobias. *Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf*. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 176.

⁴¹⁰ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 661; SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 275; BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 174.

⁴¹¹ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 662; BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 175.

⁴¹² SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 275.

também por outros meios, como a relevância da qualidade para o fim do contrato ou a habitualidade com que se celebram negócios tendo por motivo tal qualidade.⁴¹³ Em quarto e último lugar, a doutrina majoritária, contrariando Flume, entende que a qualidade essencial não pode ser objeto de uma obrigação específica da outra parte, pois, do contrário, deixaria de ser erro sobre os motivos para tornar-se conteúdo do contrato.⁴¹⁴ Contudo, é importante notar que não é requisito da anulação do negócio no direito alemão a ausência de culpa do *errans*: o declarante pode sempre anular o negócio, resolvendo-se a questão da culpa em perdas e danos (§122, Abs. 1, do BGB).⁴¹⁵ Nada obstante, deve-se reconhecer que é alta a barreira no direito alemão para que uma falsa representação sobre o patrimônio ou as atividades sociais deem causa à invalidade do contrato.

Para completar, dada a especialidade dos vícios do objeto sobre o instituto do erro na Alemanha,⁴¹⁶ pode-se concluir que esta um espaço bastante residual para a anulação da aquisição de empresas e participações por erro no direito alemão.

Já o dolo (*arglistige Täuschung*) no direito alemão é o engano malicioso, praticado com a intenção de induzir o *deceptus* em erro. Para preencher os requisitos do instituto, é preciso (i) o conhecimento da falsidade da informação; e (ii) a vontade ou a ciência de que a informação pode influenciar a decisão negocial da contraparte. Portanto, é necessário o intento subjetivo de induzir a outra em parte em erro.⁴¹⁷

⁴¹³ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 663-664; SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. band 3. Schuldrecht II (§§ 433-515). Stuttgart, Berlin, Colônia: Verlag Kohlhammer, 1991, p. 842.

⁴¹⁴ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 664. Afirmando ser este o entendimento majoritário: LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 176-177.

⁴¹⁵ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 653-654; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 553.

⁴¹⁶ Na jurisprudência do BGH, o principal caso foi julgado em 1954 (BGHZ 16, 54), relativo à compra de uma máquina para tratamento de ultrassônico de doenças (*Ultraschall*) que, embora funcionasse perfeitamente, não era apta a tratar todas as doenças inicialmente indicadas pelo fabricante, mas apenas parte delas. O BGH entendeu que a anulação por erro apenas cabe quando a questão não é regulada pelo regime de vícios redibitórios. No caso concreto, a questão poderia ser regulada pelo regime de vícios e como a máquina cumpria perfeitamente sua finalidade, que era de executar o tratamento ultrassônico, não se vislumbrou vício redibitório. Em sentido semelhante foram as decisões BGHZ 34, 32; BGHZ 63, 369; BGHZ 78, 216 e BGH NJW 1979, 160 (contra: BGHZ 65, 246; BGH NJW, 1969, 184). Sobre o assunto, veja-se SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. band 3. Schuldrecht II (§§ 433-515). Stuttgart, Berlin, Colônia: Verlag Kohlhammer, 1991, p. 841-842; WESTERMANN, Harm-Peter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 156; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 552; JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 443-446.

⁴¹⁷ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p.

Larenz explica que a anulação por dolo também é um caso excepcional de relevância do erro sobre os motivos.⁴¹⁸ Por isso não basta a mera indução em erro por negligência para justificar a anulação por dolo, mas a indução negligente em erro pode gerar invalidade, se preenchidos os demais requisitos.⁴¹⁹

O dolo de terceiro põe algumas dificuldades adicionais. Em regra, o negócio só é anulável por dolo de terceiro se a parte a quem aproveita dele tinha ou deveria ter conhecimento (BGB, §123 Abs. 2, S. 1). Mas desenvolveu-se na Alemanha a teoria do campo (*Lagertheorie*), segundo a qual não é terceiro, para os fins da anulação por dolo, quem atua como intermediário, negociante, representante ou qualquer outro agente que desempenha função que tipicamente obriga a parte a quem o dolo aproveita. Essas pessoas são consideradas auxiliares do contratante, imputando-se-lhe a prática do dolo independente de conhecimento da indução a erro.⁴²⁰

Com essas peculiaridades, o direito alemão não tem dificuldades em aceitar a anulação do negócio de alienação de participação societária por dolo de uma das partes.⁴²¹ A maioria das barreiras que dificultam ou impedem a anulação do negócio por erro não existem no regime do dolo, possibilitando maior tutela ao *deceptus*.

Em primeiro lugar, a anulação por dolo não está limitada às causas típicas de erro substancial. O dolo pode incidir sobre qualquer elemento que tenha sido relevante para a conclusão do negócio, abarcando inclusive a indução em erro sobre os motivos e sobre o

686; BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 190-191; SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. Einführung in das Zivilrecht. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 282 (ressaltando que nem toda indução a erro gera invalidade, mas apenas a indução a erro dotada de malícia, considerada pelo BGH a simples intenção de induzir a erro).

⁴¹⁸ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 689. No mesmo sentido, BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 188; SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. Einführung in das Zivilrecht. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 281.

⁴¹⁹ BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 193.

⁴²⁰ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 688; BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 192; MEDICUS, Dieter. Bürgerliches Recht. 17ª ed. Munique: Carl Heymanns Verlag, 1996, p. 97; SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. Einführung in das Zivilrecht. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 284 (para quem o que vale é que os auxiliares da pessoa a quem o dolo aproveita apareçam como unidade econômica perante o *deceptus*).

⁴²¹ Aceitam-na, a título exemplificativo, BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 553; JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 447; CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 414.

preço do objeto do negócio.⁴²² Assim, o erro sobre o patrimônio social ou sobre as atividades da sociedade pode justificar a anulação. Em segundo lugar, inexistente relação de subsidiariedade entre o dolo e os remédios próprios ao regime de vícios do objeto ou do direito.⁴²³⁻⁴²⁴ Em terceiro lugar, o dolo independe da diligência do *deceptus* para evitá-lo. Assim, mesmo a informação cuja falsidade poderia ser descoberta mediante uso de ordinária diligência justifica a anulação por dolo se há intento subjetivo de enganar.⁴²⁵ Por fim, não é necessário, no direito alemão, que o dolo seja a causa única ou determinante da celebração do negócio para o *deceptus*. Basta que de alguma forma a informação falsa tenha influenciado o consentimento da parte que foi induzida a erro.⁴²⁶

Portanto, embora possa haver dificuldades de prova, a parte enganada por dolo na alienação de participação societária pode receber tutela. Esse foi o caso julgado pelo BGH em 6 de dezembro de 1995.⁴²⁷ O vendedor de uma empresa de informática deixara de comunicar ao comprador e seus fiadores que, pouco antes da celebração do negócio, alguns de seus principais contratos com clientes tinham sido resiliados, a ponto de diminuir o faturamento bruto da empresa em mais de 40%. O comprador pagou apenas parte do valor e, assim que tomou conhecimento da rescisão dos contratos, negou-se a pagar o restante, alegando dolo do vendedor. O vendedor ajuizou ação de cobrança que foi julgada procedente em segunda instância, porque o tribunal, embora admitindo que incumbia ao vendedor o dever de informar a rescisão dos contratos antes de fechar o negócio, deu por comprovado o conhecimento prévio de um dos fiadores quanto a tal fato. O tribunal federal, porém, discordando do tribunal de apelação, entendeu que essa prova não fora feita pelo vendedor, e sustentou a anulação do negócio por dolo.

⁴²² LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 684; BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 189.

⁴²³ BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 553; JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 447; LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 689; BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 194; BGH NJW-RR 2002, 308; NJW 2002, 2774.

⁴²⁴ Como não existe razão para proteger o *deceptor*, também não haveria porque retirar ao enganado o recurso ao regime da anulação (JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, p. 447).

⁴²⁵ BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 190.

⁴²⁶ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 685; BROX, Hans; WALKER; Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 190 (ressaltando que o dolo deve ser a causa da celebração do negócio).

⁴²⁷ BGH NJW-RR 1996, 429.

2.3. França

Na França, a prática contratual enfatiza mais a função das declarações e garantias de conferir proteção contra aumento de passivos ou diminuição de ativos da sociedade-alvo, do que propriamente a enunciação das características da sociedade-alvo através de afirmações de fatos presentes ou passados, como ocorre no *common law*.

Assim, a doutrina diferencia a estipulação contratual que protege o adquirente da participação contra alteração de rubricas contábeis que aumentem o passivo ou diminuam o ativo (*clause de garantie de passif ou d'actif*) da cláusula que simplesmente protege o adquirente contra baixas no valor da participação em razão de fatos anteriores à realização do negócio (*clause de garantie de valeur*).⁴²⁸⁻⁴²⁹ A diferença entre ambas reside no fato de que a *garantie de passif ou d'actif* tem por beneficiária a própria sociedade-alvo e mede-se pela extensão do passivo que foi descoberto a maior, ou do ativo a menor, não estando limitada ao preço de compra das ações ou quotas; se, porém, o aumento do passivo for compensado por um aumento do ativo em valor correspondente, não incide a *clause de garantie d'actif ou de passif*. A hipótese de incidência está atrelada à avaliação contábil da dos bens e dívidas da sociedade, em relação ao que consta do seu balanço patrimonial. Não se trata de um simples reembolso da perda incorrida pela sociedade-alvo.⁴³⁰ Por isso as garantias de ativo e passivo são chamadas também de garantias de reconstituição.⁴³¹

⁴²⁸ Veja-se a classificação de cláusulas de garantia em: PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 302-303; ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 815-816; NOTTÉ, Gérard. Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux. *La Semaine Juridique (Edition Générale)*, n. 22, 1985, n. 3193; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 134-138.

⁴²⁹ O que também não exclui a estipulação de outros tipos de cláusulas protetivas do adquirente, como a cláusula de garantia de ativos (MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès; GAUTIER, Pierre-Yves. *Droit civil: droit des contrats spéciaux*. 9ª ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 206-207).

⁴³⁰ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 815; PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 302-303; DANET, Didier. *Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices? Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992, p. 337; NOTTÉ, Gérard. Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux. *La Semaine Juridique (Edition Générale)*, n. 22, 1985, n. 3193, item 10.

⁴³¹ HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. *Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 41-45. Com razão, Mousseron sublinha que a dicotomia garantia de valor/garantia de passivo diz respeito ao objeto da garantia; ao passo que a distinção garantia de valor/garantia de reconstituição relaciona-se com o objetivo da garantia (MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 149-153). A garantia de reconstituição, portanto, não se identificaria com as garantias de ativo e passivo, pois seriam classificações diferentes, embora pareça-

Já as *clauses de garantie de valeur* criam para o alienante a obrigação de reembolsar ao adquirente eventos que gerem diminuição, também do ponto de vista contábil, no valor das ações ou quotas, seja por diminuição de ativos líquidos, capitais próprios ou outras razões estabelecidas.⁴³² Essa cláusula não permite a restauração *in natura* da situação em que a sociedade-alvo deveria estar, mas apenas uma compensação financeira ao adquirente pela redução do valor.⁴³³ A *garantie de valeur* tem por beneficiário sempre o adquirente da participação – jamais a própria sociedade-alvo – e fica limitada ao preço de compra.⁴³⁴

As cláusulas de *garantie d'actif ou de passif* e a cláusula de *garantie de valeur* podem ser enunciadas tanto de forma atrelada quanto completamente alheia a afirmações do alienante sobre fatos presentes ou passados da sociedade-alvo. Quando o alienante declara as características principais da sociedade em uma cláusula do contrato, aumentando o volume das estipulações de garantia, tal convenção recebe o nome de *déclarations de sincérité, déclarations de conformité* ou *déclarations du garant*, e aqui sim se aproxima do que chamamos cláusula de declarações e garantias, acarretando responsabilidade do alienante pela desconformidade de tais declarações com a realidade da sociedade-alvo.⁴³⁵ Por meio das *déclarations de sincérité*, o alienante elenca as características principais da sociedade-alvo, como seus ativos e passivos, lista de clientes, fornecedores e dirigentes *etc.*,⁴³⁶ assumindo responsabilidade por tais afirmações. Criou-se o costume, na França, de

nos que o objetivo de uma garantia de ativos e passivos dificilmente possa ser outro que não a reconstituição da situação patrimonial da sociedade-alvo.

⁴³² ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 816-817; PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 303-304; NOTTÉ, Gérard. Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux. *La Semaine Juridique (Edition Générale)*, n. 22, 1985, n. 3193, item 11.

⁴³³ HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 36.

⁴³⁴ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 303-304; ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 821-823.

⁴³⁵ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 824-825. Afirmando que as *garanties de passif* e *garanties de valeur* são normalmente precedidas de declarações do alienante sobre a sociedade-alvo, porém sem nominá-las *déclarations de sincérité*, PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 313.

⁴³⁶ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 824; PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 313. É importante notar, como muito bem pondera Marie Caffin-Moi, que as *déclarations de sincérité* se distinguem das *garanties de passif* ou *garanties de valeur* justamente porque não possuem nenhuma consequência jurídica necessariamente atrelada a si. A consequência jurídica normalmente se define com a inserção de *garanties de passif* ou *de valeur* (CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p.

estipular cláusulas de garantia compostas, isto é, articulando-se as declarações de sinceridade, baseadas nas *representations and warranties* do *common law*, com as cláusulas de garantia de ativo e passivo.⁴³⁷

Na verdade, as cláusulas de garantia de ativo, passivo ou de valor apenas regulam os efeitos, ao passo que as declarações e garantias são o suporte fático cuja falsidade faz irradiar os efeitos previstos naquelas primeiras.

A cláusula de declarações e garantias sempre foi pensada no direito francês para suprir as deficiências dos regimes instituídos em lei para tutela do adquirente da participação societária. Se bem seja admitida a concorrência entre o regime de responsabilidade criado pelo contrato e os regimes dispostos na lei (erro, dolo, vícios e de direito),⁴³⁸ não se encontra posição na doutrina ou na jurisprudência pela existência de múltiplos regimes de responsabilidade contratual à escolha das partes, como na Alemanha ou nos países de *common law*.

Salvo raras exceções, a distinção entre a participação societária, que constitui objeto do contrato, e as características do patrimônio da sociedade-alvo, suas atividades ou sua situação é rigidamente seguida na França. Nega-se proteção ao adquirente da participação societária por erro ou vícios redibitórios quanto a tais vícios.⁴³⁹ No entanto, em um caso de desrespeito por um hotel a normas de segurança sobre edificações,⁴⁴⁰ a *Cour de Cassation* entendeu que um vício tão grave a ponto de impedir o exercício das atividades sociais configura vício redibitório, o que permite enxergar uma estreitíssima janela de aplicação do regime de vícios a inconsistências do patrimônio social.⁴⁴¹

387). Esta conclusão é absolutamente conforme ao quanto se defende neste trabalho. As declarações e garantias não possuem uma natureza jurídica própria sua, mas dependem da formatação que as partes lhe atribuem no caso concreto, atribuindo-lhes em outras cláusulas (explícitas ou implícitas) do contrato consequências jurídicas várias, que vão da obrigação de garantia ao erro/dolo.

⁴³⁷ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 815; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. *Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 38-39 e 42-43.

⁴³⁸ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 813; Cass. com. 3 février 2015, pourvoi n. 13-12483 (autorizando a ação de dolo mesmo na presença de uma cláusula de garantia de passivos).

⁴³⁹ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 298-300.

⁴⁴⁰ Cass. com. 12 décembre 1995, pourvoi n. 91-21304.

⁴⁴¹ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 300, indicando bibliografia sobre o assunto. Veja-se também com bibliografia de suporte, LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Montchrestien, 2011, p. 353, nota de rodapé n. 82.

De forma parecida, no caso *Quille*, julgado pela Corte de Cassação, a anulação do negócio de alienação de participação societária por erro sobre características do patrimônio social tem sido aceita apenas em casos excepcionais, nos quais a inconsistência é tão grave a ponto de impedir a própria realização do objeto social.⁴⁴² Diferente é a situação do dolo, seguidas vezes enfrentada pela corte de cassação francesa. A jurisprudência é bastante permissiva,⁴⁴³ tendo-se em vista que a anulação por dolo dispensa que a falsa representação da realidade recaia sobre o objeto imediato do contrato.

Resguardadas tais exceções, o adquirente de participação societária não encontra tutela na França, senão quando previstas proteções contratuais específicas. Há também na França tentativas de, seguindo a orientação da jurisprudência alemã, equiparar a alienação de participação à alienação da empresa e dos bens sociais quando englobar a totalidade das ações ou quotas da sociedade-alvo, mormente em uma decisão da corte de apelação de Montpellier.⁴⁴⁴ Mas a tentativa parece não ter surtido grande efeito, pois a jurisprudência posterior da Cour de Cassation seguiu a linha tradicional supra referida.

2.3.1. Obrigação de garantia

A obrigação de garantia é caracterizada no direito francês por ser uma obrigação em duas etapas. Na primeira etapa, as partes definem o campo de aplicação da garantia, indicando a natureza das dívidas garantidas, sua duração e demais características. Esta primeira etapa é de execução imediata e se cumpre com a simples conclusão do contrato de garantia. Já a segunda etapa tem por objeto o pagamento da dívida surgida pelo preenchimento da hipótese aludida na primeira etapa. É aqui que se concretiza a dívida propriamente dita, seu montante e sua exigibilidade.⁴⁴⁵

Pierre Mousseron qualifica a cláusula de declarações e garantias como sendo a primeira etapa da obrigação de garantia, ou seja, definindo o âmbito de informações pelas quais o declarante presta a garantia. Uma vez verificada a inexatidão ou insinceridade de

⁴⁴² PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 298; Cass. Com. 1^{er} octobre 1991, pourvoi 89-13967; Cass. Com. 17 octobre 1995, pourvoi 93-20523; Cass. Com. 18 février 1997, pourvoi n. 95-12617.

⁴⁴³ Veja-se as decisões citadas por Paillusseau *et al.*, *op. cit.*, p. 250, nota de rodapé n. 1: Cass. com. 20 février 1979, Gaz. Pal. 1979-1, I pan. 246; Cass. com. 21 mars 1983, Bull. Joly 1983, § 213, p. 510.

⁴⁴⁴ Montpellier, 24 oct. 1981, JCP (E) 1991.112, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, n. 12, relatado em PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 300.

⁴⁴⁵ MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 275.

tais informações, surgem as consequências ulteriores que são disciplinadas na segunda etapa da obrigação de garantia. As declarações e garantias funcionam, assim, como o âmbito de eventos cobertos pela garantia.⁴⁴⁶

Dúvidas surgem quando não há uma cláusula específica no contrato regulando as consequências da concretização do suporte fático previsto nas declarações e garantias. Para Mousseron, havendo uma estipulação de garantia no contrato não ligada expressamente às declarações e garantias, deve-se subentender estas últimas englobadas dentro da garantia. Apenas na completa ausência de obrigação de garantia é que as declarações e garantias devem servir como critério para aferir eventual vício de consentimento por erro ou dolo.⁴⁴⁷

Na França, portanto, embora não seja opinião dominante, há opinião defendendo a possibilidade de categorizar as declarações e garantias como obrigação de garantia.

2.3.2. Obrigação contratual de dar a participação societária

Na França, a qualificação mais comum dada à cláusula de declarações e garantias é de uma especificação da obrigação de entrega conforme (*délivrance conforme*), o que se assemelha, no direito brasileiro, à obrigação de dar. A exata compreensão passa pela distinção entre a *délivrance conforme* e a garantia por vícios ocultos (*vices cachés*).

O entendimento mais comum na França é de que o vendedor deve entregar as ações ou quotas correspondendo ao que foi pactuado no contrato.⁴⁴⁸ Se foi prometido por meio de declarações de sinceridade que a sociedade-alvo tinha quitado todos os salários dos funcionários até a data da venda da participação, passa a ser obrigação contratual do alienante entregar ações ou quotas de uma sociedade com esta característica.

A principal obrigação do vendedor no direito francês sempre foi a entrega da coisa. Mas a entrega não se considerava perfeita se a coisa não apresentasse conformidade com as qualidades da coisa anunciadas pelo vendedor, daí a ideia de que a entrega da coisa deveria ser *conforme*. Segundo Bénabent, no esquema clássico, a entrega da coisa seria conforme quando estivesse satisfeita a condição de identidade da coisa, ou seja, com a presença de

⁴⁴⁶ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 280-281.

⁴⁴⁷ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 281.

⁴⁴⁸ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 305-309.

todas as qualidades prometidas pelo vendedor.⁴⁴⁹ Mas uma segunda corrente, sustentada principalmente na jurisprudência, entendia que a conformidade deveria ser apreciada não apenas do ponto de vista material (promessa de qualidades), mas também por um viés funcional (aptidão da coisa à finalidade a que se destina: vícios ocultos). Esta corrente acabava, assim, por fundir a responsabilidade por vícios ocultos na obrigação de entrega conforme, em uma espécie de teoria monista das obrigações do vendedor.⁴⁵⁰

Após hesitações na jurisprudência da Corte de Cassação, acabou se impondo a distinção entre as duas obrigações.⁴⁵¹ Segundo Bénabent, as especificações da coisa pactuadas no contrato referem-se à obrigação de entrega conforme. Qualquer desvio em relação a tais especificações, por menor que seja e mesmo que não afete o uso da coisa, abre ao comprador o recurso aos remédios ordinários do inadimplemento.⁴⁵² Já os vícios ocultos não dizem respeito às qualidades prometidas, mas sim às qualidades que tornem a coisa imprópria ao seu uso normal, tenham eles sido pactuados pelas partes em contrato ou não.⁴⁵³

Portanto, o critério distintivo está na existência de regulação contratual: se há previsão de qualidades específicas no contrato, o desatendimento a tais especificações dá lugar ao inadimplemento; já o desatendimento às características normais da coisa em vista da sua finalidade caracteriza vício oculto.⁴⁵⁴ É claro que, em determinadas situações, estarão presentes os requisitos de ambos os regimes, cabendo aí ao credor a escolha por um dentre eles.⁴⁵⁵ Mas isso apenas reforça que se trata de dois regimes jurídicos distintos.

Transposta a questão para a cláusula de declarações e garantias, prevalece na França a opinião de que as cláusulas contratuais de garantia devem ser lidas como uma

⁴⁴⁹ BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. 11^a ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 146.

⁴⁵⁰ BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. 11^a ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 146; HUET, Jérôme; DECOCQ, Georges; GRIMALDI, Cyril; LÉCUYER, Hervé. *Traité de droit civil: les principaux contrats spéciaux*. 3^a ed. Paris: L.G.D.J., 2012, p. 177.

⁴⁵¹ Veja-se principalmente as decisões da troisième chambre civile da Cour de Cassation citadas por Bénabent: Cass. Civ. 3eme, 25 janvier 1989, Bull. III, n. 20; Cass. Civ. 27 mars 1991, Bull. III, n. 107; Cass. Civ. 23 octobre 1991, Bull. III, n. 249, às quais não se teve acesso até a finalização desta dissertação. Veja-se também, de forma crítica: RADÉ, Christophe. *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés*. *La semaine juridique édition générale*, n. 12, 1997, §3-4.

⁴⁵² BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. 11^a ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 147.

⁴⁵³ BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. 11^a ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 147-148; HUET, Jérôme; DECOCQ, Georges; GRIMALDI, Cyril; LÉCUYER, Hervé. *Traité de droit civil: les principaux contrats spéciaux*. 3^a ed. Paris: L.G.D.J., 2012, p. 176-178 e 217.

⁴⁵⁴ LEVENEUR, Laurent. *Distinction des vices cachés et des manquements à l'obligation de délivrance*. *La Semaine Juridique Edition Générale*, n. 51, 1994, p. 607.

⁴⁵⁵ BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. 11^a ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 196-197.

obrigação para o vendedor de entregar participação societária que detenha as características declaradas, sob pena de desconformidade. O maior defensor da tese talvez seja Jean Paillusseau. O autor rebate as críticas de que os bens e a atividade da sociedade-alvo não são objeto do negócio, aduzindo que a jurisprudência francesa em certas ocasiões já considerou os bens ou a atividade social como qualidades essenciais das ações ou quotas para o fim de aplicar o regime dos vícios de consentimento, não havendo razão para não aplicar o mesmo raciocínio à obrigação de entrega conforme. O fato de que apenas a participação societária constitui objeto do negócio não significa que as partes não possam levar outras características da sociedade-alvo em consideração no momento de celebrar contrato. As qualidades prometidas se inserem, assim, como obrigação de entrega conforme da participação societária.⁴⁵⁶

As partes possuem liberdade para determinar como deverá o vendedor responder pela desconformidade da coisa ao quanto pactuado. Normalmente, preveem três remédios: a colocação em conformidade *in natura*, revisão de preço e indenização. A reconstituição *in natura* do estado de conformidade é de difícil persecução em alienações de participação societária, dado que normalmente a própria sociedade é que está em melhores condições de providenciá-la, mas, se a desconformidade for puramente financeira, é possível a recolocação *in natura*, como no caso da violação de uma declaração sobre capitais próprios. Já a revisão de preço traz consigo a problemática de definir uma fórmula de (re)cálculo do preço e do modo de avaliação dos bens da sociedade, o que sempre comporta certa subjetividade. Por fim, a indenização, que é devida ao adquirente da participação pelo prejuízo que sofre com a ausência de conformidade, acaba se revelando o remédio mais factível, pois contorna a problemática da fórmula de revisão do preço. Mas recomenda-se que as partes prevejam os casos em que é devida, danos abrangidos, modalidades de pagamento *etc.*⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ PAILLUSSEAU, Jean. Quatrième partie. Chapitre 2. Section 5B, §2: L'obligation de délivrance conforme comme fondement de la protection contractuelle de l'acquéreur. *in*: PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 305-307. No mesmo sentido, CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 216 e 386-388; PETITPIERRE, Anne. La cession de contrôle, mode de cession de l'entreprise. Genebra: Georg & Cie. S.A., 1977, p. 96-97 (muito embora a autora suíça trate a empresa como sendo o verdadeiro objeto da alienação de controle).

⁴⁵⁷ PAILLUSSEAU, Jean. Quatrième partie. Chapitre 2. Section 5B, §2: L'obligation de délivrance conforme comme fondement de la protection contractuelle de l'acquéreur. *in*: PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 308-309.

No direito francês, portanto, há uma clara distinção entre a obrigação de entrega conforme e os vícios ocultos, posicionando-se a doutrina majoritariamente pelo enquadramento das cláusulas de garantia dentro da obrigação de entrega conforme.

2.3.3. Responsabilidade pré-contratual

A doutrina francesa especializada reforça o papel da *due diligence* em alienação de participação societária como meio de garantir proteção contratual ao adquirente. A tutela da informação pré-contratual é bastante forte nas operações sobre o estabelecimento comercial, com regulação específica no art. 12 da lei de 29 de junho de 1935, o qual impõe determinadas informações que o alienante deve obrigatoriamente fornecer sobre preço e condições em que o estabelecimento foi adquirido do titular anterior, gravames sobre os bens do estabelecimento, entre outras. Na falta de tais informações, o adquirente pode pedir redibição do estabelecimento, redução do preço, indenização; ou até mesmo anulação do negócio, se tiverem sido fornecidas de forma errônea.

No entanto, tais disposições não se aplicam à alienação de participação societária, pois é assente no direito francês a rígida diferenciação entre alienação de estabelecimento comercial e alienação de participação societária.⁴⁵⁸ Dada essa rígida distinção, muitas operações sobre o estabelecimento podem ser travestidas como se fossem sobre a participação societária para fugir à regulação mais rígida daquela.⁴⁵⁹

A doutrina francesa especializada reforça, assim, a importância da auditoria prévia como instrumento de coleta de informações. Estas servem de base à determinação do preço de aquisição,⁴⁶⁰ ao desenvolvimento de garantias contratuais, assim como a auditoria em si presta-se à documentação do fluxo de informações.⁴⁶¹ Se o adquirente deixa de conduzi-la, pode ser taxado de imprudência.⁴⁶²

⁴⁵⁸ RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. Tomo 1, vol. 2: les sociétés commerciales. 18^e ed. Paris: LGDJ, 2002, p. 72-73 (citando larga jurisprudência).

⁴⁵⁹ ADAM, Ulrich. *Unternehmenskauf, Verkäuferhaftung und Vertragsgestaltung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, p. 176.

⁴⁶⁰ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 245

⁴⁶¹ ADAM, Ulrich. *Unternehmenskauf, Verkäuferhaftung und Vertragsgestaltung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, p. 198-199.

⁴⁶² LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Montchrestien, 2011, p. 346.

2.3.4. Erro e dolo

Discute-se na França se o erro sobre a situação patrimonial da sociedade poderia configurar erro para o fim de anular o negócio de alienação de participação societária, visto o firme posicionamento doutrinário e jurisprudencial que trata como objeto da operação tão somente as ações ou quotas. A objeção é que, recaindo o erro sobre a situação patrimonial da sociedade, não estaria o erro propriamente no objeto do contrato.⁴⁶³

No direito francês, o erro pode incidir sobre qualidades essenciais da prestação ou da pessoa do co-contratante. No que toca ao erro sobre qualidades essenciais da prestação, duas correntes doutrinárias discutem seu caráter. Para uma corrente objetiva, é qualidade essencial do bem aquela cuja falta afeta a própria natureza do bem. Já por um viés subjetivo, a qualidade essencial é aquela que o *errans* tinha em vista e que foi determinante da sua vontade, afete ela a natureza do bem em si ou não. A jurisprudência francesa tem seguido a segunda corrente, de caráter subjetivo.⁴⁶⁴

Todavia, a qualidade essencial do bem, considerada pelo viés subjetivo, apenas dá lugar à invalidade quando a contraparte tem ou deva ter ciência da importância dada pela vítima do erro à qualidade que se acreditou existir. Do contrário, o contratante poderia facilmente se desvencilhar de um contrato que não mais lhe convém alegando erro sobre uma qualidade por ele considerada essencial. A solução de que a essencialidade da qualidade seja compartilhada entre as partes ajuda, assim, a evitar incertezas jurídicas.⁴⁶⁵

Nessa linha, Jacques Ghestin sublinha que o erro sobre qualidades essenciais apenas incide sobre as qualidades que, expressa ou tacitamente, tornaram-se objeto do contrato; razão pela qual o juiz deveria proceder a uma comparação com a descrição do objeto contida no contrato.⁴⁶⁶ Ainda segundo Jacques Ghestin, o erro sobre as qualidades essenciais do objeto da prestação ou da pessoa do co-contratante não é senão um erro sobre

⁴⁶³ CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 34. Assim relatam PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 298.

⁴⁶⁴ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. Droit civil: les obligations. 6ª ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 171-173; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 58; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995, p. 235; CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 92-93.

⁴⁶⁵ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. Droit civil: les obligations. 6ª ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 173-174; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 58; CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 93.

⁴⁶⁶ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 318-320.

os motivos. A questão é saber em que medida a vontade interna justifica a obrigação,⁴⁶⁷ pois vige no direito francês o princípio da irrelevância do erro sobre os motivos. Neste sentido, o traço distintivo entre o simples motivo e o motivo relevante ao negócio jurídico é que o simples motivo permanece externo, completamente alheio ao objeto do contrato.⁴⁶⁸

Em qualquer hipótese, não se concede anulação do negócio se a vítima do erro não tiver cumprido seu ônus de autoinformação, agindo com negligência em descobrir a causa do erro. No direito francês vige, pois, o princípio da escusabilidade do erro.⁴⁶⁹ Também não se considera erro sobre as qualidades essenciais o erro sobre o valor do bem.⁴⁷⁰ Atendidos estes requisitos, a jurisprudência francesa tem aceito a anulação da alienação de participação societária por erro sobre as qualidades essenciais das ações ou quotas, provocadas por inconsistências do patrimônio e das atividades sociais.

Neste sentido, no julgamento do caso *Quille*, a Corte de Cassação⁴⁷¹ manteve a anulação de um contrato de compra e venda de 99,85% das ações de uma sociedade que tinha por objeto a exploração de um haras. O vendedor havia feito o trespasse do estabelecimento empresarial da sociedade sob condição suspensiva menos de dois meses

⁴⁶⁷ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 294.

⁴⁶⁸ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 305; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 60; TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 179; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995, p. 239; CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 94.

⁴⁶⁹ CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 37; ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l'environnement*, n. 3, 1996, p. 314; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 51; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 61; TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 180-181; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995, p. 239; GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 314-315.

⁴⁷⁰ BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 59; TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 178; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995, p. 239; GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 31; DANET, Didier. Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices? *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992, p. 343; PONTAVICE, Emmanuel du. Note Cass. Com. 3 avril 1979. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 730; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 21; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 49. Em sentido contrário, Ghestin entende possível a anulação por erro sobre o valor do bem quando seja uma consequência de um erro sobre as qualidades essenciais, *in*: droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 307.

⁴⁷¹ Cass. Com. 1^{er} octobre 1991, pourvoi 89-13967.

antes da venda das ações ao comprador. Após a operação, a condição suspensiva se realizou e o comprador, alegando que a sociedade havia perdido seu principal ativo, que a impedia de exercer seu objeto social, pediu a anulação do contrato. O tribunal de apelação entendeu que havia vício incidente sobre as próprias qualidades essenciais das ações e concedeu a anulação do negócio, entendimento que foi mantido pela corte de cassação.

Em outro caso, a Corte de Cassação⁴⁷² anulou o contrato de aquisição de 60% das quotas de um ateliê de plásticos por erro sobre qualidades essenciais das quotas. Após a compra da participação, o adquirente pediu anulação por erro, pois a linha de calandragem, sem a qual a sociedade não conseguiria operar, estava indisponível. A corte de apelação e a de cassação entenderam que se tratava de qualidade essencial das próprias quotas, porque, se soubesse da indisponibilidade dos bens, o comprador jamais as teria adquirido.

Já no caso em que uma sociedade imobiliária possuía menos mandatos de gestão de imóveis do que o adquirente da participação imaginava, a corte de cassação rejeitou a anulação por erro, pois não a impedia de executar seu objeto social.⁴⁷³

Essas e outras decisões⁴⁷⁴ permitem extrair a conclusão de que a jurisprudência francesa apenas toma o erro sobre a situação patrimonial da sociedade como erro sobre qualidades essenciais da participação societária quando o erro for muito grave. A constatação de base é que a sociedade não pode realizar seu objeto social ou obter rentabilidade sem seus bens, de tal forma que, quando a inconsistência for extremamente grave, pode-se considerá-la uma falta de qualidade da própria participação societária.⁴⁷⁵ Nas palavras de Mousseron, a incapacidade do objeto de realizar o fim pretendido pela parte pode configurar erro sobre as qualidades essenciais do objeto, mas o contrato precisa

⁴⁷² Cass. Com. 17 octobre 1995, pourvoi 93-20523.

⁴⁷³ Cass. Com. 18 février 1997, pourvoi n. 95-12617.

⁴⁷⁴ Veja-se a extensa jurisprudência francesa citada em PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 298, nota de rodapé n. 7; e TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 229, nota de rodapé n. 145.

⁴⁷⁵ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 298; CHAMPAUD, Claude; DANET, Didier. *Annulation d'une cession d'actions pour erreur sur les qualités substantielles du contrat* (Com. 1er oct. 1991, SNC Quille c/ Gilbert et autres, Bull. Joly 1991. 1004, § 352; Paris 11 sept. 1990, Bloem c/ SCI Yoko Erdian, D. 1991. Somm. com. 161, note Tournafond). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 1, jan./mar. 1992, p. 200; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. *Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 22 (aduzindo que no *arrêt Quille* a utilidade da participação societária foi tratada como qualidade substancial da mesma).

dizer expressamente qual é o objeto e qual é o fim do contrato.⁴⁷⁶ Na prática, essa linha de pensamento tem praticamente se identificado com a impossibilidade da sociedade-alvo realizar seu objeto social.

As qualidades essenciais ao objeto do contrato ou à pessoa do co-contratante podem ainda ser objeto de uma estipulação expressa de garantia da qualidade. Ghestin defende que a ausência da qualidade garantida pode configurar vício de consentimento por erro, valendo repetir-se aqui suas palavras:

a qualidade garantida aparece como uma qualidade especialmente prometida e que, de tal sorte, figura no acordo expresso das partes. Na medida em que tal qualidade faz parte de uma estipulação expressa, a prova que incumbe ao demandante da anulação será bem mais fácil. Normalmente lhe bastará apresentar o contrato para estabelecer a importância que atribua e o acordo das partes sobre tal ponto. É possível que as circunstâncias permitam concluir-se por uma estipulação tácita de garantia. (tradução livre)⁴⁷⁷

Por outro lado, admite-se na França a anulação da alienação de participação societária por dolo em bases mais amplas que o erro.⁴⁷⁸ O dolo é conceituado como a provocação intencional do erro na contraparte, *malhonnêteté*.⁴⁷⁹ A hipótese tradicional é aquela em que o *deceptor* emprega manobras ardilosas, mas pode ocorrer também em situações de alteração da verdade (*mensonge*) ou de simples reticência dolosa.⁴⁸⁰ Esta última, porém, pressupõe a existência de um dever de informar de parte do enganador para

⁴⁷⁶ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 51.

⁴⁷⁷ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 322: “*La qualité garantie apparaît comme une qualité spécialement promise et qui, de ce fait, avait figuré dans l'accord des parties. Lorsque cette garantie a fait l'objet d'une stipulation expresse, la preuve qui incombe au demandeur en annulation sera beaucoup plus facile. Il lui suffira généralement de présenter le contrat pour établir l'importance qu'il attachait à cette qualité et l'accord des parties sur ce point. Parfois, les circonstances permettent de conclure à une stipulation tacite de garantie*”.

⁴⁷⁸ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 249; ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l'environnement*, n. 3, 1996, p. 314.

⁴⁷⁹ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 333; CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 87; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. Droit Civil. Obligations 2. Contrat. 3^a ed. Paris: Liitec Librairie de la Cour de Cassation, 1988, p. 184; ROCA, M.-C. Sociétés Anonymes – Cession de contrôle. Cession d'actions. Achat pour le cessionnaire de la majorité des actions. Contrat de cession. Dol. Annulation. Dommages et intérêts (non). Comentarios à decisão *Versailles, 13e Ch., 17 juin 1987. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 4, 1988, item I.B; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 63-64.

⁴⁸⁰ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 336 e ss.; CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 86; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995, p. 241; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. Droit Civil. Obligations 2. Contrat. 3^a ed. Paris: Liitec Librairie de la Cour de Cassation, 1988, p. 183 e ss.; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 62-63.

justificar a anulação,⁴⁸¹ sendo esta a questão de difícil indagação em alienações de participação societária: como definir até onde vai a obrigação de informar de uma parte em operação tão complexa?⁴⁸² Além disso, o *deceptor* precisa ter efetivo conhecimento da informação omitida para configurar-se o dolo.⁴⁸³

A doutrina discute na França se apenas o dolo essencial deveria causar a anulabilidade por ter sido determinante para a celebração do negócio, ou se o simples dolo accidental já justificaria a medida. Jacques Ghestin⁴⁸⁴ e Boris Starck⁴⁸⁵ defendem o afastamento desta distinção para permitir a anulação por qualquer tipo de dolo, essencial ou accidental. Posição contrária é defendida por Carbonnier⁴⁸⁶, Malaurie⁴⁸⁷ e Bénabent⁴⁸⁸ para os quais apenas o dolo essencial justifica a anulação.

Em regra, o dolo de terceiro não gera anulabilidade do negócio no direito francês, mas apenas o dolo praticado pelo próprio contratante. A razão para tanto é que o erro provocado por terceiro já é sancionado no regime do erro,⁴⁸⁹ além de sacrificar a boa-fé do contratante que não teve parte no engodo.⁴⁹⁰ A exceção a essa regra é o dolo do representante e o dolo cometido por terceiro cúmplice de quem o dolo aproveita.⁴⁹¹

⁴⁸¹ PONTAVICE, Emmanuel du. Note Cass. Com. 3 avril 1979. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 732; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 23. CHAMPAUD, Claude; DANET, Didier. Cession de parts sociales ou d'action. *Réticence dolosive, cause de la cession* (Paris 25 ch. B, 12 juill. 1991, Villard c/ Rondeau). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 3, jul./set. 1992, p. 623-624, ressalta que a fonte do dever de informar pode ser a lei, o contrato ou a natureza do negócio.

⁴⁸² CAFFIN-MOI, Marie. *Cession de droits sociaux et droit des contrats*. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 42-44.

⁴⁸³ MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 52-53.

⁴⁸⁴ GHESTIN, Jacques. *Droit civil: les obligations, le contrat*. Paris: LGDJ, 1980, p. 337.

⁴⁸⁵ STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. *Droit Civil. Obligations 2. Contrat*. 3^a ed. paris: Litec Librairie de la Cour de Cassation, 1988, p. 189.

⁴⁸⁶ CARBONNIER, Jean. *Droi civil. vol. 4: les obligations*. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 87.

⁴⁸⁷ MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. *Cours de droit civil. Tome VI: les obligations*. Paris: éditions cujas, 1995, p. 242-243.

⁴⁸⁸ BÉNABENT, Alain. *Droit civil: les obligations*. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 64-65.

⁴⁸⁹ GHESTIN, Jacques. *Droit civil: les obligations, le contrat*. Paris: LGDJ, 1980, p. 351-352.

⁴⁹⁰ STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. *Droit Civil. Obligations 2. Contrat*. 3^a ed. paris: Litec Librairie de la Cour de Cassation, 1988, p. 191.

⁴⁹¹ GHESTIN, Jacques. *Droit civil: les obligations, le contrat*. Paris: LGDJ, 1980, p. 352-353; CARBONNIER, Jean. *Droi civil. vol. 4: les obligations*. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 87; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. *Cours de droit civil. Tome VI: les obligations*. Paris: éditions cujas, 1995, p. 243-244.

Em qualquer caso, cabe ao *deceptus* a ação de reparação de danos em adição à anulação do negócio,⁴⁹² embora haja discussões sobre o fundamento da ação de reparação de danos – se ação autônoma e fundada na responsabilidade pré-contratual ou fundada no mesmo artigo que taxa de invalidade o negócio celebrado por dolo.⁴⁹³

Em comparação ao regime do erro, são duas as razões que tornam a disciplina do dolo mais apta a comportar o engano do *deceptus* sobre as características da sociedade-alvo. A primeira razão é que o dolo pode incidir sobre quaisquer elementos, tais como o valor e os meros motivos da parte enganada. Não há necessidade de configurar qualidade essencial do bem alienado, tal como dispõe o atual art. 1139 do *Code Civil*.⁴⁹⁴ A segunda razão é que a recente reforma do código civil francês pôs fim à discussão e deixou claro no atual art. 1139 do *Code*, que o *deceptus* está dispensado de comprovar que agiu diligentemente para descobrir o erro, pois o erro induzido por dolo é “sempre escusável”.

A jurisprudência francesa é bastante rica e permissiva em matéria de anulação de negócios sobre ações ou quotas por dolo. Apenas a título exemplificativo, a Corte de Cassação já anulou por dolo a alienação de participação societária no caso em que o alienante deixara dívida fiscal superior ao próprio valor da participação vendida;⁴⁹⁵ no caso de não revelação de um passivo que não estava relatado no balanço patrimonial sobre o qual se fundou a valiação da sociedade;⁴⁹⁶ e no caso de falta de comunicação de que a contabilidade da sociedade estava equivocada e envolvia grande risco fiscal.⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸

⁴⁹² MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995, p. 243; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. Droit Civil. Obligations 2. Contrat. 3^a ed. paris: Liitec Librairie de la Cour de Cassation, 1988, p. 193; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 65; PONTAVICE, Emmanuel du. Note Cass. Com. 3 avril 1979. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 732.

⁴⁹³ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 354-355. Para Mousseron, a ação indenizatória em caso de dolo accidental seria pela responsabilidade pré-contratual (MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 77-78).

⁴⁹⁴ GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 334-335; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995, p. 242; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. Droit Civil. Obligations 2. Contrat. 3^a ed. paris: Liitec Librairie de la Cour de Cassation, 1988, p. 192; CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 369-370; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 52; BÉNABENT, Alain. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997, p. 62 e 64-65.

⁴⁹⁵ As decisões são citadas por Paillusseau *et al.*, *op. cit.*, p. 250, nota de rodapé n. 1: Cass. com. 20 février 1979, Gaz. Pal. 1979-1, I pan. 246; Cass. com. 21 mars 1983, Bull. Joly 1983, § 213, p. 510.

⁴⁹⁶ Cass. Com. 3 avril 1979, *Revue des Sociétés*. 1980, p. 723-725.

⁴⁹⁷ Decisão citada por Paillusseau *et al.*, *op. cit.*, p. 250, nota de rodapé n. 5: Cass. com. 5 juillet 1994, Bull. Joly 1994, p. 1222, § 330, note A. Couret.

⁴⁹⁸ Para uma resenha completa das variadas hipóteses levadas à apreciação das cortes francesas, veja-se

No que pertine a cláusulas de declarações e garantias, a *Cour de Cassation*⁴⁹⁹ sedimentou o entendimento de que a anulação por dolo não é excluída na presença de declarações e garantias, mas soma-se aos remédios proporcionados pelo contrato. No caso concreto, os alienantes da participação haviam deixado a sociedade com muitas dívidas, motivando a anulação do negócio por dolo. A discussão girou em torno da possibilidade de o cessionário ingressar com a ação por dolo, pois no caso fora dada uma garantia de suficiência de capital próprio da sociedade. A corte de apelação negou tal possibilidade, mas a corte de cassação afirmou que as cláusulas de garantias contratuais de ativo e passivo somam-se às disposições legais sem privar o cessionário da ação de anulação. Da mesma forma, entende-se que a falta de uma cláusula de garantia de passivo não impede o acesso do adquirente ao remédio da anulação do negócio por dolo.⁵⁰⁰

2.3.5. Vícios ocultos e evicção

O direito francês rejeita uma aplicação pura e simples do regime de vícios e evicção (vício de direito), por defeitos dos bens sociais, à alienação de participação societária. Porém, confere-se certa proteção ao adquirente da participação quando as inconsistências da sociedade sejam de tal modo graves a ponto de dificultar ou tornar impossível o exercício de sua atividade econômica ou a realização do objeto social, cabendo aí os remédios dos vícios e evicção.⁵⁰¹

Em França, a alienação de participação societária é considerada uma cessão de direitos. O cedente apenas garante a existência do direito cedido, mas não a solvência do credor. Portanto, não incide o regime de vícios redibitórios por inconsistências de ativo e

PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 297-298.

⁴⁹⁹ Cass. com. 3 février 2015, pourvoi n. 13-12483. Também assim HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. *Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 25.

⁵⁰⁰ CHAMPAUD, Claude; DANET, Didier. *Annulation d'une cession d'actions pour dol* (Paris, 25 ch. B, 12 juill. 1991, *Villar c/ Rondeau*, Bull. Joly 1991. 922, §327, note Couret; Lyon, 3 ch., 29 mars 1991, inédit, *Gouchon c/ Roux, Lerant et autres*). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 1, jan./mar. 1992, p. 201.

⁵⁰¹ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Montchrestien, 2011, p. 352-353. ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Memento cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 783; COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 19^a ed. Paris: LexisNexis, 2006, p. 318; TRÉBULLE, François Guy. *Cession de droits sociaux: mise en oeuvre d'une convention de garantie de passif environnemental*. *La semaine juridique entreprise et affaires*, n. 9, 3 de março de 2005, p. 360 e ss.; MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 124.

passivo.⁵⁰² O direito francês diferencia rigidamente a aquisição de participação societária da aquisição direta do estabelecimento ou dos bens detidos pela sociedade.⁵⁰³ Como regra, não se aplica o regime de vícios e evicção aos ativos e passivos da sociedade, pois a aquisição é da participação societária e não dos bens sociais. Entende-se que os defeitos dos bens sociais e das atividades da sociedade-alvo afetam apenas o valor da participação, mas não sua utilidade.⁵⁰⁴ Esta é a jurisprudência predominante da *Cour de Cassation*.⁵⁰⁵

No direito francês vale, portanto, a regra de que “*o cessionário não pode se fundar sobre a natureza dos bens compreendidos no patrimônio social para solicitar as proteções aplicáveis à venda de tais bens*” (tradução livre).⁵⁰⁶ Mas pode reclamar vícios de objeto e de direito sobre a própria participação societária.

Apesar desse firme orientamento doutrinário e jurisprudencial, a *Cour de Cassation* francesa abriu um caminho para a aplicação do regime de vícios redibitórios às inconsistências patrimoniais da sociedade no julgamento do caso *Vauban*.⁵⁰⁷ A empresa Vauban adquirira a totalidade das ações do Hôtel de l’Esplanade de quatro pessoas físicas. Após a operação, o adquirente descobriu que a capacidade do hotel havia sido aumentada

⁵⁰² COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 19^a ed. Paris: LexisNexis, 2006, p. 318; MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès; GAUTIER, Pierre-Yves. *Droit civil: droit des contrats spéciaux*. 9^a ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 205-206. No mesmo sentido, e ressaltando o alcance limitado da proteção conferida ao adquirente pela simples existência do direito, PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d’entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 296; GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d’actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 31; PONTAVICE, Emmanuel du. Note Cass. Com. 3 avril 1979. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 728-729; POUSTIS, Jean; MONNOT, Jean-Louis. La garantie dans les cessions de droits sociaux (panorama de jurisprudence). *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 17, 1985, item I.A.

⁵⁰³ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Montchrestien, 2011, p. 345. PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d’entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 233, onde os autores mencionam que a diferença de tratamento pode ser vista no fato de que a venda do fundo de comércio está regulada nas leis de 17 de março de 1909 e 29 de junho de 1935, o mesmo não ocorrendo com a alienação da participação societária.

⁵⁰⁴ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 782 e 789-791 refere que os casos de vício redibitório incidente sobre as próprias ações são raríssimos, mas ao menos no caso julgado em 30 de julho de 1912, Faye-Ennemont contra Chohey et Cie.: D. 1913 I, p. 495, a Corte de Cassação considerou vício redibitório das próprias ações a impossibilidade material originária da sociedade de realizar seu objeto social. No mesmo sentido, PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d’entreprise*. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 299-300; (DANET, Didier. *Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices?* *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992, p. 343.

⁵⁰⁵ Veja-se neste sentido a extensa jurisprudência citada em ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 782-783.

⁵⁰⁶ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Montchrestien, 2011, p. 353, no original: “*Le cessionnaire ne peut se fonder sur la nature des biens compris dans le patrimoine de la Société pour solliciter les protections à la vente de ces biens*”.

⁵⁰⁷ Cass. com. 12 décembre 1995, porvoi n. 91-21304.

em inobservância às normas legais de segurança de edificações, pois a capacidade da escada de emergência não havia sido aumentada proporcionalmente. Isto exigiu a assunção de despesas adicionais pelo adquirente para adequação às normas legais. O tribunal de segunda instância rejeitou o pedido de reembolso das despesas, pois só haveria vício sobre as ações se o vício impedisse o adquirente de receber dividendos. Mas a corte de cassação entendeu que o vício impedia a sociedade de exercer a atividade econômica que constitui seu objeto social e isso bastaria para aplicar os vícios redibitórios à compra das ações.

A partir daí, a doutrina desenvolveu o princípio de que, se a inconsistência de ativo ou passivo da sociedade é a tal ponto grave que a impeça de realizar o objeto social, o adquirente da participação tem a tutela do regime de vícios e evicção, apesar de não serem objeto da aquisição diretamente os seus ativos e passivos.⁵⁰⁸ Mas o precedente da *Cour de Cassation* deve ser visto com reservas, pois ali se tratava da aquisição da totalidade das ações da sociedade, sendo dubitável se a mesma regra poderia ter aplicação para aquisição de parcelas menores do capital social.

Discute-se se a aquisição de participação societária poderia ser equiparada à aquisição direta dos bens e das atividades sociais a partir de determinado percentual do capital social, para fins de justificar a aplicação do regime de vícios e evicção. Paul Le Cannu e Bruno Dondero refutam que cessão de participação de controle possa, por si só, suscitar a aplicação do regime de vícios ocultos e evicção,⁵⁰⁹ entendimento adotado também pela *Cour de Cassation*.⁵¹⁰ Por outro lado, a *Cour d'Appel* de Montpellier já aceitou tal equiparação diante da cessão da totalidade das quotas de uma sociedade.⁵¹¹

Pode-se concluir que, no direito francês, o adquirente de participação societária não tem a proteção dos vícios redibitórios e evicção sobre inconsistências patrimoniais da

⁵⁰⁸ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 300, indicando bibliografia sobre o assunto. Veja-se também com bibliografia de suporte, LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4ª ed. Montchrestien, 2011, p. 353, nota de rodapé n. 82; DANET, Didier. *Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices? Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992, p. 344-345.

⁵⁰⁹ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4ª ed. Montchrestien, 2011, p. 343.

⁵¹⁰ Cass. com. 23 janvier 1990, pourvoi n. 87-17521. No caso, o adquirente havia comprado a fatia de controle de uma sociedade limitada que operava um hotel-restaurant-café. Porém, descobriu, após a compra, que a sociedade possuía um grande passivo fiscal, o que o motivou a rejeitar a prestação e pedir a resolução do contrato. A corte de cassação negou o pedido do adquirente sob a justificativa de que, mesmo adquirindo o controle, o regime de vícios redibitórios só pode aplicar-se quando os vícios incidem diretamente sobre as quotas da sociedade.

⁵¹¹ Como relatam Paillusseau *et al.* em *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 300. O conteúdo da decisão não esteve disponível para consulta.

sociedade, senão em casos bastante restritos. Para proteger-se contra tais vicissitudes, o adquirente da participação deve recorrer a mecanismos contratuais.

Viu-se (Parte II *supra*, n. 2.3) que o mecanismo contratual mais comumente utilizado neste sentido é a previsão de cláusulas de garantia de ativos e passivos, cláusulas de garantia de valor e declarações de sinceridade. A doutrina trata tais cláusulas como uma obrigação contratual de entrega da “participação societária conforme” às especificações definidas pelas partes (*délivrance conforme*) – e não como uma qualificação do regime de vícios ocultos e evicção.⁵¹²

Os autores franceses aceitam que concorram sobre o mesmo fato as garantias contratuais de ativo e passivo e o regime de vícios ocultos ou evicção. Assim, quando expirado ou atingido o limite de indenização de uma *garantie* contratual, o adquirente da participação societária poderia recorrer aos remédios legais para obter tutela, dentro dos estritos limites acima expostos.⁵¹³

A responsabilidade por evicção foi admitida em pelo menos dois casos pela *Cour de Cassation*, mas nenhum deles tratava de alienação de participação societária, e sim de alienação do fundo de comércio. Em um deles, o alienante fora condenado por proxenetismo e o estabelecimento foi fechado após a venda. No outro caso, uma cooperativa de táxis foi objeto de relevante autuação fiscal.⁵¹⁴ Vale notar que, no direito francês, a garantia por evicção não se limita a vícios de direito, mas também abrange fatos pessoais do alienante ou de terceiros posteriores à venda, o que confere certa singularidade ao instituto (*Code Civil*, art. 1626 e ss.).

2.4. Itália

Na Itália, a grande preocupação também tem sido com a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias. É comum ver-se a doutrina adotar para a cláusula de declarações e garantias nomenclatura que varia conforme as declarações incidam sobre o

⁵¹² PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 305-309; GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 48.

⁵¹³ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4ª ed. Montchrestien, 2011, p. 354. ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. *Memento cession de parts et actions 2013-2014*. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 813.

⁵¹⁴ Cass. com. 12 décembre 1972, pourvoi n. 71-11080 e Cass. com. 25 janvier 1983, pourvoi n. 81-13085. Veja-se a análise das decisões em PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 301.

objeto imediato da operação, ou seja, sobre a participação societária, o que a doutrina denomina *legal warranties*,⁵¹⁵ ou incidam sobre características do patrimônio social, tais como sua situação financeira, estado de conservação de seus bens, propriedade sobre seus ativos *etc.*, caso em que assumem o rótulo de *business warranties*.⁵¹⁶

Também na Itália o emprego da cláusula de declarações e garantias deve-se à insatisfatoriedade dos remédios jurídicos proporcionados pelos institutos regulados em lei – erro, dolo, vício redibitório e evicção (vício de direito).⁵¹⁷ Mas aceita-se também a concorrência entre o regime de responsabilidade predisposto em contrato e os regimes previstos na lei para o erro, dolo, vícios e evicção.⁵¹⁸

Doutrina e jurisprudência italianas são absolutamente rígidas quanto à distinção entre o patrimônio da sociedade-alvo e a participação societária.⁵¹⁹ O patrimônio social não é considerado, na Itália, uma qualidade intrínseca da participação, mas apenas um instrumento, mutável e fungível em sua consistência, para fazer girar as atividades da sociedade-alvo.⁵²⁰ Assim, na ausência de garantias contratuais específicas, não há qualquer recurso cabível de parte do adquirente para obter proteção quanto aos vícios do patrimônio

⁵¹⁵ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 190; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 332-333; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 4; PISTORELLI, Roberto. *Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento*. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 163-167 (embora não adotando esta nomenclatura).

⁵¹⁶ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 215-216; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 333; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 4; PISTORELLI, Roberto. *Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento*. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 163-167 (embora não adotando esta nomenclatura).

⁵¹⁷ BONELLI, Franco. *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*. *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 293; SALATINO, Gregorio. ‘Representations and warranties’ in sale and purchase agreements: the Italian perspective. *Global Trade and Customs Law*, 2016, vol. 11, n. 10, p. 441, o qual cita o julgado da própria Corte de Cassação italiana n. 16031 de 19 de julho de 2007, no qual restou consignada a insuficiente proteção dada pela lei ao adquirente de participação societária e a recomendação de inserção de cláusulas de declarações e garantias.

⁵¹⁸ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 278-282; EREDE, Sergio. *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 206.

⁵¹⁹ BONELLI, Franco. *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*. *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 295-297 (citando jurisprudência da corte de cassação italiana que confirma a máxima do texto).

⁵²⁰ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 205; Cass. 26 luglio 2014, n. 16963.

social ou das atividades da sociedade-alvo.⁵²¹ ⁵²² A razão para tal orientação é que o objeto do contrato de cessão de participação societária são as próprias ações ou quotas, as quais se resumem aos direitos e deveres incumbentes ao sócio de participar da atividade e participar dos resultados. O patrimônio social não integra e tampouco é qualidade intrínseca da participação societária.

A exceção a essa regra fica por conta do regime do dolo, que pode aplicar-se mesmo quando não recaia sobre o objeto imediato do contrato (as ações ou quotas),⁵²³ e da entrega de coisa diversa da pactuada (*aliud pro alio*), quando a sociedade-alvo se encontra em situações limítrofes, como próxima da falência ou as ações sejam de espécie diversa da prometida.⁵²⁴ Essa possibilidade já foi aceita em algumas decisões de tribunais italianos e é admitida na doutrina. Mas as dificuldades de prova do dolo tornam a proteção pouco eficaz. A solução, mais uma vez, é recorrer a mecanismos de proteção contratuais.

Tentativas teóricas de equiparar a aquisição de participação à aquisição dos bens sociais foram feitas na Itália para justificar a aplicação do regime de vícios e evicção, porém sem sucesso. Citem-se aqui as teorias que buscaram realizar tal equiparação por meio da teoria dos bens de segundo grau, pela teoria do negócio indireto e pela

⁵²¹ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 205-209; ASCARELLI, Tullio. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. *Il foro italiano*, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1642; BONELLI, Franco. Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 17-19; PETTARIN, Guido Germano. *Acquisizione, fusione e scissione di società*. Milão: Giuffrè, 1992, p. 31; RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 129-131.

⁵²² Alguns doutrinadores italianos reconhecem que a participação societária reflete um complexo de direitos e deveres que não se confunde com as vicissitudes materiais da empresa, mas aceitam que estas possam, excepcionalmente, influir no próprio complexo de situações subjetivas amalgamadas nas ações ou quotas, dando lugar à disciplina de vícios e evicção (vícios de direito). Para esta concepção, poderiam incidir no regime de vícios e evicção qualidades atinentes ao tipo societário, estatuto social ou ainda quando o objeto social seja diverso daquele previsto no contrato, ou quando a sociedade se encontra em estado de liquidação ou falência (a doutrina é citada em TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 219-220). Argumentando com base nas peculiaridades do direito italiano, Tina rebate que não seria propriamente um caso de vícios ou evicção, mas sim de inadimplemento propriamente dito (p. 220-221). Em qualquer caso, tais situações parecem ser facilmente evitadas com uma análise do estatuto social e dos atos registrados na Junta Comercial, o que bastaria para elidir o caráter oculto de tais vícios.

⁵²³ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 146; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 245; BONELLI, Franco. *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*. *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 297-298. Na jurisprudência, veja-se Cass. 29 agosto 1991 n. 9227, relatada por Luca Renna na página anteriormente citada.

⁵²⁴ BONELLI, Franco. *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*. *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 298-299.

desconsideração da personalidade jurídica. Estas tentativas doutrinárias já foram abordadas anteriormente, para onde se remete a fim de evitar repetições (Parte II *supra*, n. 1).

A discussão em torno da natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias é bastante acesa na Itália. Alguns autores separam a disciplina jurídica aplicável às *representations* daquela que incide sobre as *warranties*. À base de tal distinção está o fato de que as *representations* do direito anglo-saxão possuem conteúdo fortemente informativo sobre as características da sociedade-alvo, ao passo que as *warranties* são promessas contratuais de que tais afirmações são verdadeiras. Assim, já se defendeu a sujeição das *warranties* a regime diverso das *representations*, vez que a violação de uma *representation* configuraria violação a dever pré-contratual de fornecer informações corretas, com indenização do interesse negativo.⁵²⁵ Em outra parte, já se defendeu que a falsidade das *representations* seria uma violação ao dever de boa-fé contratual por fazer afirmações inexatas.⁵²⁶ Outros autores, porém, afastam tal distinção, tratando a expressão bipartida “*representations and warranties*” como uma única *fattispecie* da qual surgem consequências jurídicas unívocas.⁵²⁷

A par das opiniões que visam a separar o regime jurídico das *representations* e das *warranties*, o orientamento jurisprudencial dominante é o de que a garantia contratual funcionaria como uma promessa de qualidades das ações ou quotas, regida pelo regime de vícios redibitórios dos arts. 1490 a 1497 do código italiano.⁵²⁸

Uma parte da doutrina e da jurisprudência tem seguido parcialmente esta orientação, concordando que as declarações e garantias possam configurar uma promessa de qualidades da coisa vendida, porém não reconduzível aos vícios redibitórios, mas diretamente ao regime do inadimplemento contratual *ex art.* 1453 do mesmo código.⁵²⁹

⁵²⁵ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 331-332.

⁵²⁶ RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 186-189.

⁵²⁷ IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 4; PISTORELLI, Roberto. Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 158-159.

⁵²⁸ Citando a larga jurisprudência na Itália, embora com ela não concorde, veja-se: RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 217-218. No mesmo sentido da jurisprudência, RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese. Milão: Giuffrè, 2006, p. 77.

⁵²⁹ Citando decisões judiciais e arbitrais, veja-se: BONELLI, Franco. Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 28-30 (o

Uma terceira corrente defende que as cláusulas de declarações e garantias constituiriam, na verdade, um negócio autônomo e separado da venda de ações ou quotas, tendo por objeto diretamente o patrimônio e atividades sociais e não aquelas. Assim, a alienação de participação societária com assunção de responsabilidade pelas declarações e garantias seriam dois negócios autônomos coligados.⁵³⁰ Mas esta concepção tem sido criticada pelo fato de que seria necessária a existência de dois contratos, que conservassem sua autonomia um diante do outro, e cada um tivesse uma causa autônoma.⁵³¹

Um quarto posicionamento sobre a natureza jurídica das declarações e garantias qualifica as *business warranties* como obrigação de garantia. A participação societária não viria qualificada pela descrição da sociedade-alvo feita no contrato, razão pela qual a falsidade das declarações não configuraria inadimplemento. Essa descrição seria apenas o suporte fático cuja implementação geraria uma obrigação de reparar as perdas sofridas pela sociedade-alvo.⁵³² A garantia não seria, portanto, um negócio autônomo, mas uma cláusula acessória dentro do mesmo contrato.⁵³³

Já as declarações que recaem sobre as próprias ações ou quotas (*legal warranties*) seriam, em larga medida, uma repetição da garantia por vícios de objeto e de direito que

próprio autor aceitando tal posição ao menos para o caso de garantias imperfeitas e genéricas). No mesmo sentido, EREDE, Sergio. Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 204; ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum? Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 224-226; embora seja difícil definir a posição do autor, veja-se também IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 150-153. Aceita tal hipótese também DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 179-180 (aceitando que as partes possam escolher a natureza jurídica das declarações e garantias).

⁵³⁰ VALSERRA, Fabrizio. La vendita di quote o di azioni non è vendita di beni sociali. *in*: Il diritto fallimentare e delle società commerciali, vol. 27, n. 2, 1952, p. 475; AMBROSINI, Stefano. Trasferimento di partecipazioni azionarie, clausole de *indemnity* e contratto per persona da nominare. *in*: Contratto e impresa, ano 12, n. 3, 1996, p. 910-912; SALATINO, Gregorio. 'Representations and warranties' in sale and purchase agreements: the Italian perspective. *Global Trade and Customs Law*, 2016, vol. 11, n. 10, p. 443; DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 179-182 (aceitando que as partes possam escolher a natureza jurídica das declarações e garantias).

⁵³¹ Vejam-se as críticas de IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 153-154, nota de rodapé n. 76; RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 220-221.

⁵³² IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 134-138; RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 221-224; TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 314-322 (com a peculiaridade de que o autor trata o negócio de alienação de participação societária acompanhado de declarações e garantias como um contrato atípico).

⁵³³ IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 150-153.

tutelam o objeto imediato do contrato.⁵³⁴ Mas, embora reflitam em larga medida o regime de vícios e evicção, as *legal warranties* nele não se esgotam. Para Luca Renna e Andrea Tina, as *legal warranties* teriam o condão de exonerar o adquirente do ônus de examinar por conta própria a existência de vícios nas ações ou quotas, além de evitar indagações sobre a gravidade do inadimplemento do alienante, pois todas passariam a relevar para fins do regime de vícios de direito.⁵³⁵ Andrea Tina igualmente defende que as *legal warranties* atestam o estado de ignorância do adquirente quanto aos vícios incidentes diretamente sobre a participação societária, exonerando-o do ônus de agir com diligência para detectar eventuais vícios, mas não quando puder ser comprovado que o adquirente tinha efetivo conhecimento do vício. Mas o autor entende que, neste caso, as *legal warranties* poderiam ser interpretadas como o alienante assumindo a obrigação de liberar os gravames eventualmente existentes.⁵³⁶

Em suma, embora haja discussões em torno da natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias, as hipóteses discutidas na doutrina italiana giram em torno de variações do regime geral da responsabilidade contratual por entrega de coisa não conforme às qualidades prometidas e da obrigação de garantia.

Giorgio de Nova entende que a identificação da natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias deve ser feita no caso concreto, segundo aquilo que melhor corresponder à vontade das partes, que teriam a liberdade de optar por construí-las como uma obrigação autônoma de garantia ou como uma promessa de qualidades da coisa pelo regime do inadimplemento contratual comum.⁵³⁷ De forma semelhante, Andrea Tina entende que o regime jurídico padrão aplicável à falsidade das declarações e garantias deve ser o do inadimplemento contratual, mas, na presença de uma regulação específica pelas

⁵³⁴ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 190; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 332-333; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 210.

⁵³⁵ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 190-193; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 334-345.

⁵³⁶ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 339.

⁵³⁷ DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 182 (“[n]el concreto, sarà più proficuo impostare i ragionamenti nell’uno o nell’altro senso [como obrigação de garantia ou obrigação de entregar as ações ou quotas com determinadas qualidades] a seconda del contenuto specifico delle R&W [representations and warranties] in discussione. Anche per stabilire se si tratti di debito di valuta o di valore”). Mas o autor afirma sua predileção pela qualificação como especificação da obrigação de entrega da coisa algumas páginas adiante (p. 184).

partes sobre as consequências jurídicas a elas aplicáveis, o regime pode ser transformado em uma obrigação de garantia.⁵³⁸

2.4.1. Obrigação de garantia

Distingue-se no direito italiano entre as obrigações de dar, de fazer, de não-fazer e de garantia. Esta última caracteriza-se pela assunção pelo devedor de um risco que recai sobre o credor. Emilio Betti explica as obrigações de garantia dizendo que o credor pode ter interesse na ocorrência (ou não-ocorrência) de um determinado evento que não necessariamente se realiza através de uma prestação do devedor. Neste caso, o devedor pode assumir para si não a obrigação de realizar uma prestação tendente a satisfazer o interesse do credor, pois isto se encontra fora da sua esfera de controle, mas a posição de assumir o risco de não concretização do evento garantido. A obrigação do garante se esgota, portanto, na garantia de ocorrência de um fato objetivo.⁵³⁹

Ainda que o risco garantido não se concretize e o garante nada precise fazer para extirpar as consequências danosas do risco garantido, este terá adimplido sua obrigação pelo simples fato de colocar-se em uma posição de responder pela ocorrência do risco.⁵⁴⁰ O interesse do credor quanto à obrigação de garantia se satisfaz com a simples colagem do patrimônio do garante ao evento coberto pela garantia, já que, nas palavras de Federico Martorano, “*a utilidade que a relação de garantia proporciona consiste na segurança econômica oferecida pela transferência do risco ao patrimônio de um outro sujeito*”.⁵⁴¹

⁵³⁸ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 317-318 (“[c]osì come per la tese del collegamento negoziale, la disciplina applicabile, in assenza di specifiche previsioni, è individuata in quella propria dell’inadempimento contrattuale ex art. 1453 c.c. Le parti, tuttavia, in applicazioni dei principi di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) possono prevedere una specifica disciplina di regolamentazione dei propri rapporti per il caso di inadempimento delle clausole di garanzia”).

⁵³⁹ BETTI, Emilio. Teoria generale delle obbligazioni. Vol. II. Milão: Giuffrè, 1953, p. 82-83. No mesmo sentido: MARTORANO, Federico. La tutela del compratore per i vizi della cosa. Nápoles: Editore Jovene, 1959, p. 165; GALGANO, Francesco. Diritto civile e commerciale. Vol. 2, tomo 1. Pádua: CEDAM, 1990, p. 16. Ao analisar as teorias suscitadas na Itália para qualificar a natureza jurídica da evicção (vícios de direito) e dos vícios redibitórios, Massimo Bianca menciona a teoria da obrigação de garantia citando-a nos mesmos termos aqui expostos, embora o autor rechace tal hipótese para acolher a tese de que os regimes de vícios configuram inadimplemento contratual (BIANCA, Massimo. La vendita e la permuta. in: Filippo Vassalli (org.) Trattato di diritto civile italiano. Volume settimo. Tomo primo. Turim: UTET, 1993, p. 624-625).

⁵⁴⁰ BUTTARO, Luca. L’interesse nell’assicurazione. Milão: Giuffrè, 1954, p. 149-152.

⁵⁴¹ MARTORANO, Federico. La tutela del compratore per i vizi della cosa. Nápoles: Editore Jovene, 1959, p. 173: “(…) *l’utilità che il rapporto di garanzia tende a procurare consiste nella sicurezza economica offerta dall’accollo del rischio sul patrimonio di un altro soggetto*”.

Parte da doutrina italiana entende que a obrigação do garante consiste em pagar uma indenização sob a condição suspensiva de verificar-se o evento garantido. Mas, no caso de o risco não vir a ocorrer, o pagamento ao garante para este assumir o risco acabaria ficando sem contraprestação. Isto criava sérias discussões na Itália do ponto de vista da causa sinalagmática do contrato. Mas, uma vez admitido que a obrigação do garante não está sujeita a condição, consistindo na própria assunção do risco, a prestação do garantido não fica sem contraprestação, mesmo se o risco não ocorrer, pois a obrigação do garante terá sido adimplida com a simples assunção do risco.⁵⁴²

Nos quadros de uma obrigação de garantia, a concretização do risco não configura inadimplemento contratual pelo garante, pois este não se obriga a impedir a ocorrência do sinistro, mas apenas assume as consequências prejudiciais que dele possam exsurgir. A ocorrência do fato coberto pela garantia será apenas a hipótese que dispara uma obrigação ulterior do garante de pagar a soma garantida. E aí reside a maior distinção entre a obrigação de garantia e a responsabilidade contratual, pois esta pressupõe inadimplemento, ao passo que, aquela, não.⁵⁴³

Giorgio de Nova acrescenta que, no regime geral da responsabilidade contratual, o devedor não está inadimplente se profere uma declaração falsa sem culpa e a outra parte tem ciência da falsidade de tal declaração; mas o mesmo não ocorre em uma obrigação de garantia, pois o declarante responde por toda e qualquer falsidade das declarações, independente de culpa ou conhecimento pela contraparte.⁵⁴⁴ Uma vez surgida a obrigação ulterior de pagar a soma garantida, esta segue o regime das obrigações pecuniárias em geral.

Transposta a questão para o objeto de nosso estudo, parte substancial da doutrina italiana vale-se da obrigação de garantia para qualificar a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias tendo por objeto o patrimônio e as atividades da sociedade-alvo. Para essa doutrina, a simples prestação das *business warranties* já colocaria o declarante

⁵⁴² MARTORANO, Federico. La tutela del compratore per i vizi della cosa. Nápoles: Editore Jovene, 1959, p. 167-174. No mesmo sentido, BUTTARO, Luca. L'interesse nell'assicurazione. Milão: Giuffrè, 1954, p. 149-152, para quem o pagamento da indenização pelo segurador é apenas um aspecto de uma obrigação maior que é a garantia, concluindo o autor que a obrigação de garantia passa pela assunção do risco pelo garante.

⁵⁴³ MARTORANO, Federico. La tutela del compratore per i vizi della cosa. Nápoles: Editore Jovene, 1959, p. 165-166.

⁵⁴⁴ DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 180.

em uma posição de responder pela não concretização do estado de coisas afirmado na cláusula de declarações e garantias, aproximando-se, portanto, da assunção de um risco.⁵⁴⁵

Com essa construção, justifica-se que a violação de *business warranties* não atraia de *per se* as consequências do inadimplemento contratual. A obrigação do alienante da participação se perfectibiliza no empenho translativo da propriedade ao adquirente; se for revelada a falsidade das declarações e garantias, o alienante responderá pela garantia prestada e não pelo inadimplemento.⁵⁴⁶ Além disso, as *business warranties* referem-se a elementos que sequer constituem objeto do contrato, razão pela qual sua falsidade não poderia ser considerada inadimplemento.⁵⁴⁷

Alguns doutrinadores defendiam que tal obrigação de garantia seria um contrato autônomo coligado à compra e venda da participação.⁵⁴⁸ Nessa linha, Giorgio de Nova defendeu recentemente que as declarações e garantias podem configurar uma obrigação de garantia por assunção de um risco, mas como contrato autônomo à compra e venda da participação societária, pois a lógica assecuratória é diversa da lógica da compra e venda.⁵⁴⁹ Contra essa posição, Giovanni Iorio enfrenta a questão dizendo que as *business warranties* não caracterizam um contrato autônomo, mas sim uma cláusula acessória contendo obrigação de garantia dentro do mesmo contrato de compra e venda da participação societária,⁵⁵⁰ enquanto que Andrea Tina qualifica o contrato de alienação de

⁵⁴⁵ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 221-222; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 136-138; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 318-319; SALATINO, Gregorio. 'Representations and warranties' in sale and purchase agreements: the Italian perspective. *Global Trade and Customs Law*, 2016, vol. 11, n. 10, p. 445.

⁵⁴⁶ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 319-322.

⁵⁴⁷ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 222.

⁵⁴⁸ VALSERRA, Fabrizio. *La vendita di quote o di azioni non è vendita di beni sociali*. in: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. 27, n. 2, 1952, p. 475; AMBROSINI, Stefano. *Trasferimento di partecipazioni azionarie, clausole de indemnity e contratto per persona da nominare*. in: *Contratto e impresa*, ano 12, n. 3, 1996, p. 910-912.

⁵⁴⁹ DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 180-181. Como já mencionado, o autor aceita que as declarações e garantias exerçam papel de obrigação de garantia ou de obrigação de dar no contrato de compra e venda, conforme o caso concreto (p. 183). Embora, mais adiante, o autor manifeste sua predileção pela qualificação das declarações e garantias como especificação da obrigação contratual de entrega da coisa dotada de certas qualidades (p. 184). Defende também o caráter autônomo das declarações e garantias em relação ao contrato de alienação das ações ou quotas, SALATINO, Gregorio. 'Representations and warranties' in sale and purchase agreements: the Italian perspective. *Global Trade and Customs Law*, 2016, vol. 11, n. 10, p. 443.

⁵⁵⁰ IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 152-153.

participação dotado de declarações e garantias como um negócio uno e atípico, vez que atribuiriam ao contrato uma nova causa.⁵⁵¹ Parece-nos com razão Giovanni Iorio.

Resta saber quais as consequências jurídicas aplicáveis à ocorrência do fato coberto pela garantia. Normalmente, as próprias partes preveem no contrato que os remédios jurídicos aplicáveis à falsidade das declarações e garantias resumem-se a ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo adquirente – razão pela qual, a doutrina (de forma elíptica, parece-nos) por vezes avança a conclusão de que o remédio aplicável é o pagamento de soma indenitária.⁵⁵² Andrea Tina, porém, refere que a deformidade das declarações e garantias conduz à aplicação das obrigações deduzidas no contrato, dando às partes a possibilidade de regular as consequências e efeitos das *business warranties*,⁵⁵³ o que interpretamos como um permissivo para que outras consequências jurídicas sejam geradas com a verificação da falsidade das declarações e garantias.⁵⁵⁴

2.4.2. Obrigação contratual de dar a participação societária e vícios redibitórios

Se, na doutrina, prevalece o entendimento de que as declarações e garantias se qualificam como uma obrigação de garantia (Parte II *supra*, n. 2.4.1), na jurisprudência amplamente majoritária prevalece seu enquadramento como responsabilidade por falta de qualidades prometidas *ex art. 1497 do codice civile*.⁵⁵⁵

À raiz da problemática se encontra a controversa natureza jurídica da falta de qualidades prometidas do art. 1497. Embora se coloque junto aos artigos do código italiano que disciplinam os vícios redibitórios, parte da jurisprudência e da doutrina entendem que

⁵⁵¹ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 314-316.

⁵⁵² Essa precipitação da doutrina pode ser vista em RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 222; EREDE, Sergio. Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione. in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 200-201; DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 181-182.

⁵⁵³ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 321-322.

⁵⁵⁴ É confusa a posição de Giovanni Iorio neste aspecto. Embora qualifique a cláusula de declarações e garantias como empenho de caráter assecuratório às páginas 134 e ss., o autor admite mais adiante a resolução por inadimplemento como possível sanção à falsidade das declarações e garantias, recorrendo ao regime do art. 1453 e ss. do código italiano, como se estivesse a falar de inadimplemento da obrigação de entrega da coisa. Vide IORIO, Giovanni. Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali. Milão: Giuffrè, 2006, p. 237 e ss.

⁵⁵⁵ Veja-se a longa jurisprudência citada por RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 217, nota de rodapé n. 85 e TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 295, nota de rodapé n. 46.

a falta de qualidades prometidas se enquadra no regime geral do inadimplemento contratual e não dentro dos vícios redibitórios.

Dentre aqueles que qualificam a falta de qualidades prometidas como inadimplemento contratual comum, Paolo Greco e Gastone Cottino definem as qualidades prometidas como aquelas que foram contratadas de modo explícito ou implícito, podendo ser qualidades relevantes ou irrelevantes, úteis ou mesmo fúteis ao gosto do comprador.⁵⁵⁶ Já Guido Alpa e Vincenzo Mariconda definem-nas como características qualitativas atípicas em relação ao uso normal da coisa ou mesmo características próprias ao uso ordinário da coisa, mas devendo ser feita em determinadas condições.⁵⁵⁷ A razão da controvérsia está em que o próprio art. 1497 diz que a falta de qualidades prometidas sujeita o vendedor à resolução contratual segundo as normas gerais da resolução por inadimplemento, mas inclui a hipótese no estreito prazo de decadência aplicável aos vícios redibitórios e que estão previstos no art. 1495.

Diante disso, Paolo Greco e Gastone Cottino entendem que a remissão ao art. 1495 restringe-se ao prazo de decadência, valendo as normas gerais do inadimplemento para todos os demais aspectos da falta de qualidades prometidas.⁵⁵⁸ Neste sentido, Guido Alpa e Vincenzo Mariconda citam que a jurisprudência italiana sedimentou o entendimento de que os vícios redibitórios guardam relação com imperfeições e defeitos da coisa derivados do procedimento de fabricação, formação e conservação da coisa, ao passo que a falta de qualidades prometidas atinge a própria natureza da coisa.⁵⁵⁹ A falta de qualidades prometidas seria, portanto, diversa dos vícios redibitórios, mas submetida ao estreito prazo de decadência aplicável a estes.⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ GRECO, Paolo; COTTINO, Gastone. Della vendita art. 1470-1547. *in*: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (orgs.), Commentario del codice civile. Libro quarto: delle obbligazioni. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1981, p. 307.

⁵⁵⁷ ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo. Livro IV. *in*: ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo; CUFFARO, Vincenzo (coords.) Codice civile commentato. Milão: IPSOA, 2009, p. 1445.

⁵⁵⁸ GRECO, Paolo; COTTINO, Gastone. Della vendita art. 1470-1547. *in*: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (orgs.), Commentario del codice civile. Libro quarto: delle obbligazioni. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1981, p. 310-311.

⁵⁵⁹ ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo. Livro IV. *in*: ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo; CUFFARO, Vincenzo (coords.) Codice civile commentato. Milão: IPSOA, 2009, p. 1404-1405.

⁵⁶⁰ Massimo Bianca defende posição singular neste aspecto. Para o autor, o regime de vícios redibitórios e evicção nada mais é que uma forma de inadimplemento contratual, um subgrupo dentro da categoria mais ampla (BIANCA, Massimo. La vendita e la permuta. *in*: Filippo Vassalli (org.) Trattato di diritto civile italiano. Volume settimo. Tomo primo. Turim: UTET, 1993, p. 621 e ss.). Portanto, a falta de qualidades prometidas seria sempre reconduzível ao regime do inadimplemento contratual (p. 801-802).

Outra parte da doutrina, por outro lado, insere a falta de qualidades prometidas no regime de vícios redibitórios. Neste sentido, Angelo Luminoso entende que os vícios da coisa e as qualidades prometidas são ontologicamente idênticas, já que ambas concretizam um defeito material da coisa preexistente à celebração do contrato e ao momento translativo da coisa. Portanto, ambas devem seguir o regime ditado na lei para a inexata atuação do resultado translativo, que é o regime de vícios.⁵⁶¹ Em suma, boa parte da controvérsia advém da confusa redação do art. 1497, que tanto pode ser lido em um sentido como em outro.

O caso seminal sobre a matéria foi a decisão da *Corte di Cassazione* n. 338 de 10 de fevereiro de 1967,⁵⁶² no qual os vendedores haviam declarado que a situação contábil e patrimonial da sociedade correspondia àquela detalhada no contrato, mas depois descobriu-se que o ativo imobilizado era bem inferior, a amortização dos empreendimentos estava em desconformidade com as normas contábeis e os débitos sociais eram superiores ao que fora declarado. O tribunal de segunda instância de Gênova havia tratado a cláusula de garantia e a obrigação de entrega das ações como dois pactos autônomos inseridos no mesmo documento, cada um com uma sua causa típica, chamando à incidência regimes jurídicos diversos. A *Corte di Cassazione*, porém, negou que se tratasse de dois negócios distintos, mas sim que havia uma promessa específica de qualidades das ações vendidas, mesmo que tais qualidades não fossem essenciais à coisa, mas atendessem apenas a exigências particulares do comprador.⁵⁶³ Em consequência, aplicou o art. 1497 do código, que trata da falta de qualidades prometidas e submete a ação correspondente ao curtíssimo prazo de decadência de oito dias ali previsto por remissão ao art. 1495 para os vícios redibitórios. Este posicionamento foi amplamente seguido pela jurisprudência italiana posterior.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ LUMINOSO, Angelo. Corso di diritto civile: la compravendita. 4ª ed. Turim: Giappichelli, 2014, p. 262-264. Segundo Guido Alpa e Vincenzo Mariconda, este é o entendimento prevalente na doutrina italiana (ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo. Livro IV. in: ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo; CUFFARO, Vincenzo (coords.) Codice civile commentato. Milão: IPSOA, 2009, p. 1444).

⁵⁶² Cass., 10 febbraio 1967, n. 338 (62), relatada em BONELLI, Franco. Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento. in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 27-28.

⁵⁶³ Cass. 10 febbraio 1967, n. 338 *apud* TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 295.

⁵⁶⁴ Voz divergente, nesse sentido, é a de Franco Bonelli. O autor vê diminuta importância na reiterada jurisprudência da corte de cassação italiana pelo enquadramento das declarações e garantias no art. 1497 do *codice civile*, pois, segundo afirma, apenas duas decisões efetivamente trataram do assunto, as demais limitando-se a falar em *obiter dicta* da matéria e sem adentrar os detalhes da cláusula presente no contrato. BONELLI, Franco. Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore. *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 317-318.

Contudo, o julgado mais recente da *Corte di Cassazione* sobre o assunto, de 26 julho de 2014, vai no sentido contrário e afirma as cláusulas por meio das quais o alienante se obriga a “indenizar” o adquirente da participação societária por defeitos da consistência patrimonial da sociedade-alvo não se enquadram no art. 1497 do código italiano, vez que as qualidades prometidas apenas dizem respeito à estrutura material, à funcionalidade e a outros caracteres jurídicos diretamente apegados à coisa. Logo, o patrimônio social não poderia se subsumir no regime de qualidades prometidas das ações ou quotas.⁵⁶⁵ Embora a corte suprema italiana não tenha esposado claramente uma teoria para explicar a responsabilidade do alienante pelas declarações e garantias, preferindo falar em inadimplemento dos deveres contratuais de boa-fé e lealdade, seguiu-se o regulamento contratual em detrimento do regime legal de vícios redibitórios.

Apesar da recente virada de posicionamento na corte de cassação, a orientação jurisprudencial dominante ainda é pelo enquadramento das declarações e garantias no regime de qualidades prometidas do art. 1497, submetendo-as ao estreito prazo de decadência de oito dias ali previsto. Ou seja: qualifica as declarações e garantias como reforço ao regime de vícios redibitórios. Luca Renna explica tal posicionamento jurisprudencial (embora com ele não concorde) apontando que a cláusula de garantia atuaria fazendo com que as características do patrimônio e atividades sociais deixassem o campo dos meros motivos das partes, onde funcionam como simples coeficiente de valor, para transformar o contrato em uma compra e venda de bens determinados.⁵⁶⁶

Por outro lado, a posição majoritária na doutrina é de que a cláusula de declarações e garantias não deve se submeter a tal regime, mas devem sim ser tratadas como uma obrigação de garantia ou como inadimplemento contratual. A doutrina majoritária, como já demonstrado, segue a tese da obrigação de garantia, mas isso não significa que não haja vozes em prol da sua regulação como inadimplemento contratual. Franco Bonelli concorda que cláusula de garantia e obrigação de entregar as ações ou quotas não sejam negócios autônomos, mas defende que deve ser enquadrada no regime geral do inadimplemento segundo os arts. 1218 e 1453 do código italiano. Para tanto, o autor sustenta que as

⁵⁶⁵ Cass. 26 luglio 2014, n. 16963.

⁵⁶⁶ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 217-218. Nos mesmos termos explica também Andrea Tina, embora tampouco concorde com o posicionamento da jurisprudência: TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 295 (citando vasta jurisprudência). Na mesma linha, RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 77 entende que a garantia contratual tem origem convencional, mas seus efeitos se regulam pelas disposições legais do regime de vícios redibitórios.

declarações e garantias não são propriamente qualidades das ações, pois isso só seria possível se as características do patrimônio e das atividades da sociedade fossem equiparadas às características das próprias ações, para o que seria mister tratar as ações como bens de segundo grau, o que o autor rechaça. Mas há sim um desejo de garantir as qualidades do patrimônio social, cuja violação configura inexatidão da atribuição translativa, incidindo, portanto, o regime geral do inadimplemento, salvo se as partes tiverem estipulado de forma diversa no contrato.⁵⁶⁷ De forma similar, Giorgio de Nova entende que a alocação de riscos entre as partes não se dá exclusivamente por meio de obrigação de garantia, mas está “fisiologicamente” presente em toda responsabilidade contratual. Por isso, o autor diferencia a situação em que o alienante promete alguma coisa em vista daquilo que sabe – nesse caso o adquirente pode reclamar todos os remédios previstos no direito italiano para o inadimplemento – da situação em que assume o risco de que a realidade seja diversa do que acredita (obrigação de garantia).⁵⁶⁸

Luca Renna e o próprio Giorgio de Nova aceitam que a vontade das partes possa moldar a cláusula de declarações e garantias como (i) uma obrigação de entrega da participação societária com as qualidades garantidas, sob pena de inadimplemento, ou (ii) como um mecanismo de garantia e alocação de riscos, adjeto à cessão da participação, o qual irradia uma obrigação de pagar uma soma de dinheiro em caso de ocorrência do fato coberto pela garantia.⁵⁶⁹

Em paralelo a esta acesa discussão, as declarações e garantias que têm por objeto as qualidades da própria participação societária (*legal warranties*) parecem atrair maior consenso de que repetem em larga medida o regime de evicção, embora com modificações.

⁵⁶⁷ BONELLI, Franco. Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 29-30. Anos mais tarde, em novo artigo sobre o assunto, Bonelli, novamente rebateu com veemência a tese que enquadra as declarações e garantias no art. 1497 do codice civile, ressaltando que, mais importante que adotar uma teoria ou outra sobre a natureza jurídica da cláusula em questão, é que as partes deixem claro no contrato quais são os remédios aplicáveis (BONELLI, Franco. *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore. Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 321-322). No mesmo sentido, ROLLI, Rita. *Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: aliud pro alio datum? Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 224-226.

⁵⁶⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 182-184.

⁵⁶⁹ DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 179-182 e 187. RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 222-223.

2.4.3. Responsabilidade pré-contratual

A possibilidade de tutelar o adquirente de ações ou quotas pela via da responsabilidade pré-contratual também é aceita na Itália. No plano de fundo dessa concepção está a percepção de que a responsabilidade pré-contratual por violação ao dever de informar originado da boa-fé pode também surgir quando tal violação causar dano ao credor da informação, mesmo quando as tratativas negociais cheguem a termo e nasça um contrato válido.⁵⁷⁰

Questão controversa no direito italiano é saber se a violação de um dever de informar poderia dar azo ao desfazimento do contrato indesejado ou desvantajoso para a vítima da informação equivocada, ou se apenas justificaria a indenização dos danos sofridos. Para solucionar a questão, distinguem-se as regras de validade do negócio das regras de conduta correta (*regole di correttezza*) na formação do negócio. Apenas quando a violação ao dever de informar entra na *fattispecie* das primeiras é que o negócio poderá ser anulado. Quando o fornecimento da informação viola uma regra de conduta sem configurar causa de invalidade, apenas a indenização tem lugar, mantendo-se válido o contrato.⁵⁷¹

A posição tradicional vai no sentido de que apenas o interesse negativo é reparado por violação a dever pré-contratual de informar.⁵⁷² Mas dúvidas têm surgido quanto aos contornos do interesse negativo. Tradicionalmente, entram no âmbito de ressarcimento apenas as despesas havidas com a celebração do contrato, a perda de oportunidades comerciais e o próprio dispêndio de participar de tratativas reveladas inúteis.⁵⁷³ Mais recentemente, passou-se a aceitar no âmbito do interesse negativo também danos como privação da coisa que o comprador teria à sua disposição, fugindo à tradicional classificação.⁵⁷⁴ Com isso, não se pode negar uma certa aproximação ao interesse positivo.

⁵⁷⁰ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 137; TARTAGLIA, Ezio. *Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari. Clausole di tutela dell'acquirente nel processo di M&A*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014, p. 58.

⁵⁷¹ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 140 e 143; D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. in: *pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Catanzaro*, vol. 34. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 44-47; SAPONE, Natalino. *La responsabilità precontrattuale*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 815-816.

⁵⁷² RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 140 (citando larga doutrina e jurisprudência tradicionais).

⁵⁷³ SAPONE, Natalino. *La responsabilità precontrattuale*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 736.

⁵⁷⁴ SAPONE, Natalino. *La responsabilità precontrattuale*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 786. Luca Renna chega mesmo a afirmar que se experimenta um processo de ampliação do quantum do ressarcimento ao interesse positivo (RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna:

Desta forma, a doutrina especializada reconhece certo campo de incidência à responsabilidade pré-contratual por violação ao dever de informar em sede de alienação de participação societária, quando o adquirente não consiga obter proteção por meio de cláusulas de garantia.⁵⁷⁵

2.4.4. Erro e dolo

No direito italiano, são dois os requisitos exigidos pelo art. 1428 do *codice civile* para que o erro dê causa à anulação do negócio: o erro deve ser essencial e cognoscível pelo outro contratante.

O art. 1429 do código civil italiano arrola as quatro hipóteses em que se considera essencial o erro (bastante similares às hipóteses do código brasileiro): erro sobre a natureza ou objeto do contrato; erro que recai sobre a identidade ou qualidades do objeto do contrato determinantes do consenso; erro sobre a identidade ou qualidades da pessoa com quem se contrata, desde que determinantes do consenso; e o erro de direito sobre os motivos, desde que tenham sido a razão determinante do negócio. Ou seja, nem todo erro determinante do consenso das partes será invalidante do negócio, mas apenas aqueles que forem essenciais nos termos do art. 1429.⁵⁷⁶

O erro sobre o valor do objeto do contrato é irrelevante, pois não atinge a qualidade do bem, mas sim a conveniência econômica do negócio.⁵⁷⁷ O erro de fato sobre os motivos tampouco gera invalidade,⁵⁷⁸ valendo a exceção de que o erro de direito sobre os motivos pode ensejar anulação se for a razão determinante do negócio.

Quanto ao requisito de cognoscibilidade do erro pela outra parte, o entendimento na Itália é que o requisito tem-se por cumprido quando a outra parte poderia tê-lo reconhecido fazendo uso de diligência normal em vista das circunstâncias do caso concreto, sendo

Zanichelli, 2015, p. 142).

⁵⁷⁵ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 143.

⁵⁷⁶ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 205.

⁵⁷⁷ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile*. Volume secondo, 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 402; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 124.

⁵⁷⁸ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile*. Volume secondo, 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 406-407; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 122.

despiciendo o efetivo conhecimento.⁵⁷⁹ Discussões surgem quanto à escusabilidade, ou seja, à necessidade de que o erro não tenha sido provocado por culpa do próprio *errans*. Galgano esclarece que não é requisito do erro a escusabilidade, de modo que o contrato será inválido mesmo se o declarante pudesse evitar o erro com uso de diligência normal.⁵⁸⁰

Na doutrina italiana, entende-se que o erro vício de vontade não deixa de ser um erro sobre os motivos, porém qualificado pelo caráter de ser essencial, nos termos do art. 1429 do *codice civile*. Não por outra razão, o erro vício de vontade é comumente chamado erro-motivo, por oposição ao erro-obstáculo.⁵⁸¹

O debate em torno da possibilidade de anular o contrato por meio do qual se aliena participação societária é bastante vivo na Itália. Assim como na Alemanha e na França, deve-se partir da distinção entre participação societária e patrimônio social. O entendimento pacificado no direito italiano é que o erro sobre a situação patrimonial da sociedade não dá lugar à invalidade do contrato, pois as circunstâncias que afetam o patrimônio social não constituem objeto do contrato, tampouco configuram qualidade das ações ou quotas.⁵⁸² Concede-se que tais elementos possa influenciar de modo decisivo o consenso das partes, mas nega-se que possam modificar o modo de ser do conjunto de direitos e deveres plasmado na participação.⁵⁸³

⁵⁷⁹ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile. Volume secondo*. 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 408; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 204; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 123.

⁵⁸⁰ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile. Volume secondo*. 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 409. No mesmo sentido, TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 210.

⁵⁸¹ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 123. Usam a mesma terminologia, GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile. Volume secondo*. 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 399 e seguintes; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 202 e seguintes.

⁵⁸² TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 224-225; RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 144; DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 219; TARTAGLIA, Ezio. *Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari. Clausole di tutela dell'acquirente nel processo di M&A*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014, p. 69. No mesmo sentido, GRECO, Paolo. *Le società di comodo e la vendita della loro azioni* *Rivista di diritto commerciale*, n. 135, vol. II, 133 e ROMANO-PAVONI. In tema di azioni e quote di società: vendita di aliud pro alio, *in*: banca, borsa e titolo di credito, 163, 127, ambos *apud* RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 83.

⁵⁸³ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 225; BONELLI, Franco. *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*. *in*: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 20.

Segundo o entendimento pacificado na Itália, os defeitos do patrimônio e das atividades sociais seriam, no máximo, erro sobre o valor da participação, escapando ao conceito de erro essencial do art. 1429.⁵⁸⁴ E mesmo esse decréscimo de valor não poderia ser avaliado objetivamente, dadas as peculiaridades de uma sociedade, o que também impediria seu enquadramento como qualidade das ações ou quotas.⁵⁸⁵ Objeta-se ainda que o erro sobre o valor não seria cognoscível pela contraparte, sendo mais uma razão para negar-se a anulabilidade da aquisição de participação societária por erro.⁵⁸⁶ Aceita-se excepcionalmente a possibilidade de anular o negócio por erro quando se adquire participação em uma sociedade em falência ou liquidação, quando na verdade o adquirente acreditava adquirir uma sociedade em normal funcionamento, independentemente de promessa de qualidades contratual.⁵⁸⁷

Resta, portanto, um campo de aplicação bastante residual à disciplina do erro na alienação de participação societária, mormente quando incide sobre as qualidades das próprias ações ou quotas, ou seja, o conjunto de direitos e deveres detidos pelo alienante dentro do contrato de sociedade.⁵⁸⁸

Ascarelli suaviza o rigor da doutrina supramencionada. Embora concorde com estes resultados, o autor comenta a decisão da *Corte di Cassazione* no caso *Nironi vs. Bonacchi*, na qual anulou-se por erro um contrato de compra e venda de participação em uma sociedade cujo vendedor garantira que a sociedade possuía uma planta industrial com

⁵⁸⁴ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 226-227; DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 219; BONELLI, Franco. Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 20. Veja-se também a decisão Cass. 10 febbraio 1987, n. 721, publicado em foro italiano 1987, I, 2275. Citando farta jurisprudência, veja-se RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 144.

⁵⁸⁵ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 227; RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 145.

⁵⁸⁶ RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 145; BONELLI, Franco. Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 21-22. Neste sentido foi também a multicitada decisão do caso *Rancilio c. Parrini*, App. Milano, 13 aprile 1951, publicado em foro italiano, 1951, I, 606.

⁵⁸⁷ A doutrina mais extensa neste sentido é citada por Luca Renna: RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 145-146, nota de rodapé n. 65.

⁵⁸⁸ RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 145; TARTAGLIA, Ezio. Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari. Clausole di tutela dell'acquirente nel processo di M&A. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014, p. 69.

determinadas características e, depois, revelou-se que a planta industrial não só não possuía as características como sequer tinha condições de funcionar.⁵⁸⁹ Em seus comentários à decisão, Ascarelli pondera que as partes podem estipular em contrato determinadas características do patrimônio social, fazendo com que o objeto devido sob a regulação do contrato deixe de ser apenas as ações ou quotas, mas as ações ou quotas dotadas de tais características. Nestes termos, se prometidas as qualidades, a falta das mesmas pode configurar falta de qualidades essenciais.⁵⁹⁰

Essa possibilidade é seguida, embora em termos um pouco diversos, por Mauro Rubino-Sammartano. Para este autor, o erro e a falsidade de uma garantia possuem a mesma substância. Portanto, quando houvesse uma garantia de qualidade quanto ao patrimônio e atividades da sociedade, poder-se-ia falar de anulação por erro.⁵⁹¹ Mas a palavra garantia aqui deve ser bem compreendida: o autor denomina “garantia de qualidade” tanto o regime legal de vícios redibitórios e evicção quanto a promessa contratual de que o patrimônio social apresente determinadas características. A anulação por erro, portanto, também seria cabível quando faltasse determinada qualidade tida como essencial para ser considerada própria ao fim a que se destina, mas o autor nega uma concorrência entre os dois remédios, podendo o adquirente reclamar apenas por um ou outro regime em alternatividade.⁵⁹²

Se o direito italiano é extremamente restritivo quanto à anulação da alienação de participação societária por erro, no regime do dolo, ao invés, é pacífica a capacidade de este conduzir à invalidade do negócio.⁵⁹³

⁵⁸⁹ Cass. 28 agosto 1952, n. 2784. Publicado em foro italiano, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1639-1644.

⁵⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. *Il foro italiano*, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1641-1643.

⁵⁹¹ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 84-85.

⁵⁹² RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 85.

⁵⁹³ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 145; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 86; DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 219; TARTAGLIA, Ezio. *Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari. Clausole di tutela dell'acquirente nel processo di M&A*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014, p. 69; BONELLI, Franco. *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 22; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 232-234 (citando larga doutrina e jurisprudência).

O dolo é conceituado no direito italiano como o erro causado por um ardil (*raggiro*) da contraparte ou de terceiro. Se o dolo é tal que o enganado não teria celebrado o negócio senão pelo engano, tem-se o dolo *determinante*, que gera a anulabilidade do negócio; se o dolo apenas o levaria a contratar em termos e condições diferentes daqueles contratados, tem-se o dolo *incidente*, que apenas obriga à satisfação de perdas e danos.⁵⁹⁴

Também é dolo o silêncio, a reticência ou a afirmação sabidamente falsa (*menzogna*).⁵⁹⁵ O dolo omissivo, porém, nem sempre justificará a anulação do negócio, pois a parte pode ter também interesse em não fornecer a informação. A questão coloca-se, como nota Galgano, na intersecção entre o dever de informar e o dever de se informar.⁵⁹⁶

No direito italiano, porém, o ardil do *deceptor* não justifica a falta de diligência do *deceptus* em descobrir a falsidade da informação que lhe é fornecida, pois “*a confiança não pode receber tutela jurídica se está fundada na negligência*” (tradução livre).⁵⁹⁷ Embora haja discussões sobre se a diligência do *deceptus* é mesmo requisito da anulação por dolo,⁵⁹⁸ a corte de cassação italiana afirmou este entendimento especificamente para o caso de alienação de participação societária.⁵⁹⁹ Ou seja, mesmo diante de ato de desonestidade praticado pelo *deceptor*, a parte enganada tem de ser diligente para garantir que terá a proteção da anulação por dolo. Daí se segue que não se anula o negócio por

⁵⁹⁴ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile. Volume secondo. 3ª ed. atual.* (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 414; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato. 9ª ed.* Milão: Giuffrè, 1991, p. 213-214; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile. 44ª ed.* Pádua: CEDAM, 2009, p. 126-127.

⁵⁹⁵ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile. Volume secondo. 3ª ed. atual.* (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 418; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato. 9ª ed.* Milão: Giuffrè, 1991, p. 212-213; TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie.* Milão: Giuffrè, 2007, p. 236.

⁵⁹⁶ Nota o autor que nem toda informação precisa ser divulgada de uma parte a outra, como o uso que o adquirente fará do bem após a aquisição. Se já tiver um comprador disposto a pagar o triplo do preço, não será dolo ocultar tal informação do alienante. Veja-se: GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile. Volume secondo. 3ª ed. atual.* (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 418-420. No mesmo sentido, TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie.* Milão: Giuffrè, 2007, p. 241. Já Giorgio de Nova entende que é difícil precisar uma obrigação de informar sobre a situação patrimonial da sociedade, *in*: *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual.* Turim: Giappichelli, 2016, p. 220-221.

⁵⁹⁷ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie.* Milão: Giuffrè, 2007, p. 243, citando a decisão da Corte di Cassazione de 28 de outubro de 1993: “*l’affidamento non può ricevere tutela giuridica se è fondato sulla negligenza*”. Já Ezio Tartaglia entende ser muito difícil existir dolo em uma aquisição feita por empresário baseado em análise de copiosa documentação e assessorado por profissionais especializados, *in*: *Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari. Clausole di tutela dell’acquirente nel processo di M&A.* Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014, p. 69.

⁵⁹⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual.* Turim: Giappichelli, 2016, p. 220 se posiciona pela desnecessidade do requisito.

⁵⁹⁹ Assim, a sentença Cass. sez. III, 19 luglio 2007, n. 16031.

afirmações falsas feitas na fase pré-contratual, se tais afirmações podiam ser vistas como falsas ou às quais a parte não deveria ter atribuído peso significativo.⁶⁰⁰

O dolo de terceiro só leva à anulabilidade no direito italiano se a parte que dele tira vantagem no negócio conhecia o dolo do terceiro, não sendo necessário conluio entre ambos. Porém, diferentemente dos direitos alemão e francês, aquele que conduz, na Itália, tratativas negociais em nome de uma das partes é considerado terceiro para os fins do dolo, exigindo, portanto, a ciência do dolo pelo contratante beneficiado para anular o negócio.⁶⁰¹

Em se tratando de alienação de participação societária, a maior vantagem no recurso ao regime do dolo consiste em escapar à limitação do rol de hipóteses de erro substancial do art. 1429 do *codice civile*.⁶⁰² Mesmo erros sobre os simples motivos (como a situação patrimonial da sociedade) podem chamar à aplicação a disciplina do dolo. A maior dificuldade para o *deceptus* em uma alienação de participação societária, porém, será comprovar a intenção do *deceptor* de induzi-lo em engano. Na decisão proferida pelo tribunal de apelação de Milão em 17 de abril de 1989, se considerou que uma simples falsidade do balanço apresentado ao adquirente não implica automaticamente uma sanção de dolo.⁶⁰³

Em vista das dificuldades de prova do intento fraudulento e da exigência de diligência do *deceptus* para detectar o próprio engano, apenas em raríssimas ocasiões a jurisprudência italiana chegou a deferir a anulação do negócio por dolo, embora a aplicabilidade do dolo à alienação de participação societária seja pacífica.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 244.

⁶⁰¹ GALGANO, Francesco. Trattato di diritto civile. Volume secondo. 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 416.

⁶⁰² Sobre a não incidência do rol do art. 1429 ao regime do dolo, veja-se TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 214; TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 126; TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 234; DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 220. Contra: GALGANO, Francesco. Trattato di diritto civile. Volume secondo. 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 416.

⁶⁰³ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 238.

⁶⁰⁴ Cass. 29 agosto 1991 n. 9227; App. Roma, 21 luglio 1933 *in riv. dir. comm.* 1935, II, p. 121. Veja-se também TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 245; RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 146.

3. Brasil – exposição da tese defendida

No Brasil, o mais comum é adotar-se uma tradução literal da expressão em inglês “representations and warranties”, daí o nome “declarações e garantias”.⁶⁰⁵ Na práxis nacional, fortemente influenciada pelos modelos americanos, ressalta na cláusula de declarações e garantias o caráter de enunciação de qualidades da sociedade-alvo. Talvez por isso não se tenha cunhado um termo próprio para designar tal tipo de cláusula, como ocorre na Alemanha, França e Itália.

A natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias não foi objeto de grande atenção da doutrina nacional até o momento. A literatura sobre transferência de participação societária normalmente limita-se aos aspectos societários da matéria, como direito de preferência, concordância dos demais sócios, forma de registro *etc.*, sem abordar o regime jurídico do negócio obrigacional que está à base da transferência da participação. Nos poucos trabalhos dedicados ao assunto, são diversas as opiniões sobre a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias.

Em nossa opinião, a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias varia conforme a função concretamente exercida pela cláusula em cada caso. A função é que vai determinar a natureza jurídica e esta, por sua vez, acarretará a submissão da cláusula de declarações e garantias a um regime jurídico ou outro.

Tudo dependerá da vontade das partes. As partes podem formatar as declarações e garantias para que exerçam função assecuratória, socialmente típica, assumindo a natureza jurídica de obrigação de garantia. Mas nada impede que as partes desloquem a cláusula objeto deste estudo para sua função conformativa, situação em que atuam fazendo com que do contrato nasça uma obrigação de entregar a participação societária dotada de determinadas qualidades especificadas no contrato. Neste último caso, a falsidade das declarações atrai o regime do inadimplemento contratual.

Para fora das duas funções supramencionadas, que imputam à cláusula a natureza de negócio jurídico, as declarações e garantias podem também atuar acopladas a outros institutos jurídicos regulados em lei, conformando-os nos limites em que o ordenamento

⁶⁰⁵ Além de corriqueira na prática, essa nomenclatura é adotada também por MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 148 e 170-171.

admite a liberdade das partes. Assim, nas funções informativa e probatória, as declarações e garantias assumem a natureza jurídica de elemento não volitivo do negócio, atraindo a aplicação dos regimes de do erro e do dolo. Ainda dentro deste espectro de funções, podem assumir a natureza de simples informação pré-negocial, que não chega a adentrar o conteúdo do negócio, mas influencia a decisão de concluí-lo – caso em que se submete ao regime da responsabilidade pré-contratual.

Questão interessante surge quanto a saber se a existência de declarações e garantias no contrato afasta a aplicação de outros institutos jurídicos, ou se há concorrência entre o regime de responsabilidade criado em contrato e os demais regimes previstos em lei. Viu-se que a solução no direito estrangeiro é pela aceitação da concorrência de regimes (Parte II *supra*, n. 2). Andrea Tina defende vivamente na Itália a possibilidade de concorrência ou de alternatividade entre os regimes legais e contratuais. O autor comenta a decisão da *Corte di Appello* de Milão de 11 de julho de 2003, na qual a corte não excluiu a possibilidade de concorrência entre os regimes, mas apenas definiu que a cláusula de garantia *in casu* tinha por escopo excluir outros remédios.⁶⁰⁶ Já na decisão do Tribunal de Roma de 17 de maio de 1999, o autor comenta que ali se admitiu a concorrência entre o regime contratual e a ação prevista no art. 2395 do *codice civile* para ação individual de responsabilidade do terceiro contra o administrador da sociedade.⁶⁰⁷ Na França, a *Cour de Cassation* já concedeu ao adquirente de participação societária a anulação do contrato por dolo mesmo na presença de cláusula de declarações e garantias, na já citada decisão de 3 de fevereiro de 2015.⁶⁰⁸ Na Alemanha, a hipótese é aceita também em doutrina.⁶⁰⁹

Pensamos que a conclusão não deve ser diferente no direito brasileiro. O fato de as partes atribuírem às declarações e garantias uma função que lhe impute natureza de negócio jurídico não deve, por si só, agir em prejuízo da incidência dos demais institutos predispostos em lei. É claro que as partes podem excluir a incidência de outros regimes, se assim quiserem, o que normalmente fazem por meio de uma *sole remedy clause*.⁶¹⁰ Mas

⁶⁰⁶ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 279-280.

⁶⁰⁷ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 281.

⁶⁰⁸ Cass. com. 3 février 2015, pourvoi n. 13-12483.

⁶⁰⁹ HUBER, Ulrich. “Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts”. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 202, 2002, p. 222 *apud* BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 332.

⁶¹⁰ Embora tal cláusula tenha eficácia limitada, pois as partes obviamente não podem excluir a responsabilidade uma da outra por atos dolosos ou da anulação do negócio por dolo (SCHIFFER, Jack; MAYER, Carolin. Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 2628).

essa conclusão não se pode extrair da simples presença de uma cláusula de declarações e garantias. Deve haver vontade expressa das partes de excluir os demais remédios cabíveis. Seria difícil negar à parte um determinado direito apenas porque a ordem jurídica ou o contrato lhe concede um outro.

4. A qualificação das declarações e garantias como obrigação de garantia no direito brasileiro

4.1. Proposição

No exercício da autonomia privada que lhes compete, podem as partes atribuir à cláusula de declarações e garantias função assecuratória, de modo a criar uma obrigação de garantia para aquele que presta as declarações. Quem presta as declarações obriga-se a eliminar para a contraparte os riscos relacionados à eventual desconformidade das declarações e garantias com a realidade. Em sua formação socialmente típica, a cláusula vem definida pelas partes como uma garantia que admite um único remédio que é o pagamento de uma soma em dinheiro em caso de realização do risco coberto. Mas a obrigação de garantia comporta também outros remédios jurídicos, que podem ser livremente estipulados pelas partes.

A obrigação de garantia se perfaz com a assunção do risco pelo garante. O pagamento da soma garantida, assim como qualquer outro remédio previsto em contrato, constitui apenas um pressuposto de fato para o surgimento de uma obrigação ulterior, de que a concretização do risco é condição.

A intenção de tratar as declarações e garantias como obrigação de garantia pode ser facilmente identificada se estiverem presentes algumas cláusulas no contrato, como a previsão de um prazo de garantia dentro do qual o garantidor responde pelos riscos, a prestação das declarações e garantias por terceiros que não o alienante da participação, ou ainda a outorga de legitimidade à sociedade-alvo para titular em nome próprio os remédios previstos em contrato.

4.2. A qualificação das declarações e garantias como obrigação de garantia

O direito brasileiro tem admitido a obrigação de garantia como um *tertium genus* ao lado das obrigações de meio e de resultado, sobretudo com o estudo publicado pelo Prof.

Fábio Comparato em 1967.⁶¹¹ Para Comparato, enquanto que na obrigação de meios o conteúdo da obrigação é a atividade diligente do devedor em vista do resultado almejado e, na obrigação de resultado, o conteúdo é o próprio atingimento de um resultado determinado, a obrigação de garantia se exaure na “*eliminação de um risco que pesa sobre o credor*”. O simples fato de assumir a garantia contra o risco já perfaz a obrigação do garante.⁶¹² Exemplo clássico deste tipo de obrigação é o contrato de seguro.⁶¹³ O garante não assume a obrigação de evitar a ocorrência dos eventos cobertos pela garantia. A única obrigação do garante é colocar-se em posição de responder pelas consequências do evento e isto ocorre já com a simples declaração de que o garante assume tal obrigação. Nenhuma outra ação é exigida de si.⁶¹⁴

Em vista disso, não se pode considerar inadimplemento o fato de o evento coberto pela obrigação de garantia vir a concretizar-se, pois não é obrigação do garante impedir o evento coberto pela garantia.⁶¹⁵ A ocorrência do evento garantido é apenas pressuposto para o surgimento de novas obrigações para o garante, que estejam disciplinadas no contrato. Neste sentido, pode-se dizer que a obrigação ulterior do garante é condicionada

⁶¹¹ De forma interessante e, a nosso ver, com igual razão, parte da doutrina italiana coloca a obrigação de garantia não como um *tertium genus* em relação à obrigação de meios e de resultado, mas como uma via alternativa às obrigações de dar, fazer e não fazer. Veja-se BUTTARO, Luca. *L'interesse nell'assicurazione*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 154 e ss.; GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Vol. 2, tomo 1. Pádua: CEDAM, 1990, p. 16.

⁶¹² COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, ano 56, dez. 1967, vol. 386, p. 34. No mesmo sentido: ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*. Vol. 2: obrigações. 9ª ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 299 e ss.; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional*. São Paulo: IBDS, 2002, p. 150-153; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993, p. 56-57; MARTINS, João Marcos de Brito. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 10. Luis Augusto Roux de Azevedo inclusive define a garantia como uma prestação do segurador e, seguindo a teoria do negócio jurídico de Antônio Junqueira de Azevedo, qualifica-a como elemento categorial inderrogável do contrato de seguro (AZEVEDO, Luis Augusto Roux. *A comutatividade do contrato de seguro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 55-61).

⁶¹³ Neste ponto temos de discordar do exemplo dado pelo Prof. Comparato de que a contratação de segurança privado seria uma obrigação de garantia (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. *Revista dos Tribunais*, ano 56, dez. 1967, vol. 386, p. 34), embora o exemplo seja dado também por Luca Buttaro (BUTTARO, Luca. *L'interesse nell'assicurazione*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 151). A nosso ver, o segurança privado presta uma obrigação de meios e não de garantia. Ele deve providenciar a segurança do credor com toda sua diligência no intuito de prevenir a ocorrência de lesão à integridade física do protegido. Deve andar armado, checar o trajeto por onde andará o protegido a fim de encontrar possíveis focos de perigo etc. O segurança privado não pode simplesmente ficar em casa e esperar que o sinistro não aconteça. Neste caso, estará inadimplente perante o credor, que poderá resolver o contrato e buscar outro segurança para executar o serviço.

⁶¹⁴ RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 221-222; IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 134-138.

⁶¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, ano 56, dez. 1967, vol. 386, p. 34-35. De forma semelhante, TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 486.

suspensivamente à ocorrência do fato coberto pela garantia,⁶¹⁶ mas isso em nada afeta a obrigação principal do garantidor, que é a de colocar-se na posição de assumir o risco.

Uma das principais características da obrigação de garantia é que o garante responde mesmo por casos fortuitos ou eventos de força maior, pois o risco que o garante se compromete a eliminar os engloba. Por isso, o devedor deve prestar, em caso de ocorrência do fato coberto pela garantia, mesmo sem culpa.⁶¹⁷ Como diz Emílio Betti, a obrigação de garantia se esgota na garantia de ocorrência de um fato objetivo, pura e simplesmente.⁶¹⁸

Embora a comparação entre a cláusula de declarações e garantias e o contrato de seguro não seja perfeita, convém recorrer a este último tipo contratual para bem delimitar a dogmática da obrigação de garantia. Optamos pelo contrato de seguro por ser um tipo contratual cujo estudo dogmático é já bastante avançado e que pode oferecer melhores subsídios para a identificação dos elementos de uma obrigação de garantia. Sendo o contrato de seguro espécie da qual a obrigação de garantia é gênero, podemos elencar os elementos do contrato de seguro para dele depurar os elementos específicos ao seguro, de modo a restar apenas os elementos gerais à obrigação de garantia.

Os elementos essenciais do contrato de seguro são a garantia, o interesse, risco, prêmio e a empresarialidade.⁶¹⁹ O prêmio é a contraprestação típica apenas no contrato de seguro, não havendo necessidade de pagamento de prêmio em outras obrigações de garantia, que podem ser prestadas até mesmo a título gratuito. A empresarialidade é outra característica específica do contrato de seguro, pois o parágrafo único do art. 757 do Código Civil exige que a seguradora seja entidade autorizada para tal fim.⁶²⁰ Podemos

⁶¹⁶ Segundo Fernanda Mynarski Martins-Costa, objeto de condições são os efeitos de negócios jurídicos (MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 44-45). Logo, o que se está submetendo à condição suspensiva não é a obrigação de garantia em si, que se cumpre com a simples assunção do risco no momento de assinatura do contrato, mas a obrigação ulterior do garante de ressarcir perdas, reduzir o preço do negócio *etc.*, esta sim submetida à verificação de um fato que age como condição suspensiva de tal efeito ulterior do negócio.

⁶¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. *Revista dos Tribunais*, ano 56, dez. 1967, vol. 386, p. 35.

⁶¹⁸ BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Vol. II. Milão: Giuffrè, 1953, p. 82-83.

⁶¹⁹ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 29. Embora com menor clareza, os mesmos elementos podem ser colhidos nas obras de PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional*. São Paulo: IBDS, 2002; MARTINS, João Marcos de Brito. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 24-36.

⁶²⁰ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39.

divisar na obrigação de garantia em geral, portanto apenas os três primeiros elementos: garantia, risco e interesse.

4.2.1. Elementos da obrigação de garantia: a garantia

A garantia é a própria prestação do garante, constituindo objeto imediato do contrato. Garantir é eliminar o risco que pesa sobre o credor, reparando as consequências da realização do fato coberto pela garantia.⁶²¹

A garantia como conteúdo da obrigação permite explicar que a simples assunção do risco já configure adimplemento da obrigação. Mesmo que o risco coberto não venha a se concretizar, a simples eliminação do risco representa por si só um bem da vida com valor econômico⁶²² e é isso que o devedor oferta ao credor para cumprir sua obrigação. O garante cumpre sua promessa colocando seu patrimônio em situação de responder pela ocorrência do evento garantido. Estabelece-se assim a relação de comutatividade do contrato, pois ainda que o evento coberto não venha a ocorrer, o interesse do credor já terá sido satisfeito com a assunção da garantia.⁶²³

Muito já se discutiu se o contrato de seguro seria aleatório, pois a seguradora apenas teria obrigação de pagar a indenização securitária em caso de ocorrência do sinistro, ficando sem contraprestação caso este não venha a ocorrer. A opinião majoritária, porém, é de que o contrato é comutativo. O garante oferece uma contraprestação determinada que equilibra e satisfaz a equação de interesses das partes, que é a assunção da garantia. O sinistro, embora aleatório, não caracteriza a prestação do garante, mas apenas um pressuposto fático para surgimento de uma obrigação ulterior de ressarcir os prejuízos sofridos pelo credor.⁶²⁴ Na equação de interesses entre as partes já está computada a possibilidade de o sinistro vir a ocorrer ou não. Assim, a ocorrência do evento garantido

⁶²¹ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, ano 56, dez. 1967, vol. 386, p. 34.

⁶²² COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, ano 56, dez. 1967, vol. 386, p. 35.

⁶²³ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30-31. Na contramão desse entendimento atualmente majoritário da doutrina, João Marcos de Brito Martins cai em franca contradição ao defender que a própria garantia é a contraprestação do segurador, mas considera que o contrato é aleatório por depender da realização do risco (O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 20).

⁶²⁴ MARTORANO, Federico. La tutela del compratore per i vizi della cosa. Nápoles: Editore Jovene, 1959, p. 165-166; FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993, p. 58.

não configura inadimplemento contratual do garante, mas apenas dispara consequências jurídicas previstas no contrato e que incumbem ao garante.

A obrigação de garantia não precisa ser assumida necessariamente pelo devedor principal, podendo ser assumida por terceiros ou pelo próprio devedor e o terceiro. A falsidade das declarações e garantias pode ser coberta pelo patrimônio do próprio vendedor ou pelo seu controlador, como sói acontecer em operações deste tipo.

Neste ponto, é preciso diferenciar a obrigação de garantia das garantias de cumprimento (ou garantia patrimonial). Fulvio Mastropaolo diferencia-as dizendo que a obrigação de garantia traz consigo uma verdadeira assunção de risco ligada a determinadas consequências jurídicas, normalmente o pagamento de uma indenização,⁶²⁵ operando uma verdadeira transferência de um risco que sai da esfera do credor e entra para a do devedor. Já as garantias de cumprimento são garantias patrimoniais que têm por finalidade dar efetividade ao crédito, assegurando que será adimplido, mas não promovem a transferência de um risco do credor ao devedor. A garantia de cumprimento não confere ao credor um direito de crédito distinto daquele por ele devido originalmente, mas apenas oferece uma satisfação substitutiva do mesmo crédito, por meios executórios alternativos.⁶²⁶ Exemplo de obrigação de garantia é o contrato de seguro; exemplo de garantia de cumprimento é o penhor, a hipoteca, a fiança *etc.*

Em sentido lato, é possível dizer que a garantia de cumprimento também protege o credor contra um risco – o risco de inadimplência do devedor. Todo crédito possui ao menos uma garantia de cumprimento no patrimônio do devedor, como dispõe o art. 391 do Código Civil. Mas o patrimônio do devedor não é senão uma garantia geral de cumprimento, pois todos os credores podem a ele recorrer para satisfazer seus créditos.⁶²⁷ Em oposição à garantia geral de cumprimento, há as garantias especiais de cumprimento, que reforçam o vínculo jurídico-econômico entre crédito e bens capazes de satisfazer o crédito, de que são exemplo a fiança, a hipoteca e os privilégios creditórios. Em curtas

⁶²⁵ MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*. Turim: Giappichelli, 1989, p. 60.

⁶²⁶ MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*. Turim: Giappichelli, 1989, p. 62. No mesmo sentido, YOUNGBLOOD JR., D. Hull; FLOCOS, Peter N. Drafting and enforcing complex indemnification provisions. *The practical lawyer*, ago./2010, p. 25, alertam que a *indemnity* se diferencia da *guaranty* porque naquela, ao contrário desta, a parte não se torna responsável pela dívida ou obrigação de outrem, mas assume o risco de uma perda que pende sobre a outra.

⁶²⁷ VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 47.

palavras, a garantia especial consiste no reforço ou no privilégio concedido ao credor frente aos demais para quitar seu crédito.⁶²⁸

Mas a forma como operam a obrigação de garantia e as garantias de cumprimento é diversa. Nas palavras de Mastropaolo, a garantia de cumprimento dá ao credor a segurança de atingir o resultado deduzido na obrigação, acoplando ao não-cumprimento espontâneo da obrigação determinados poderes de gestão e controle, conservatórios e executórios sobre o bem,⁶²⁹ mas não se confunde com a obrigação devida. Já a obrigação de garantia é ela própria uma obrigação do devedor, consistente na assunção de um risco que pesa sobre o credor. A obrigação de garantia não reforça uma dívida previamente existente, mas é a própria dívida, razão pela qual Mastropaolo chama-a “garantia em sentido impróprio”.⁶³⁰

Assim definida e delimitada em relação a garantias de cumprimento, podemos tomar a garantia que é elemento constitutivo da obrigação de garantia no sentido de eliminação de um risco que pesa sobre o credor como elemento principal e objeto imediato da sua obrigação.

4.2.2. Elementos da obrigação de garantia: o interesse protegido

O objeto do contrato de seguro é o interesse que o garantido possui em relação à coisa. Se o segurado não tivesse interesse legítimo sobre a coisa, o contrato seria nulo por falta de objeto ou teria de ser qualificado como jogo ou aposta.⁶³¹ Objeto do seguro não é a coisa em si, mas sim o interesse do segurado sobre a coisa. Isso explica que possa existir mais de um seguro de mesma natureza sobre a mesma coisa com titulares diferentes, como o seguro de incêndio que é contratado pelo proprietário e pelo locatário do mesmo imóvel,⁶³² pois são vários os interesses passíveis de seguro, embora a coisa seja uma só.⁶³³

⁶²⁸ VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Direito das garantias. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 48.

⁶²⁹ MASTROPAOLO, Fulvio. I contratti autonomi di garanzia. Turim: Giappichelli, 1989, p. 62-65.

⁶³⁰ MASTROPAOLO, Fulvio. I contratti autonomi di garanzia. Turim: Giappichelli, 1989, p. 70.

⁶³¹ COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito: estudo jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 26.

⁶³² COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito: estudo jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 27.

⁶³³ Essa dupla função exercida pelo interesse segurável (diferenciar o seguro do jogo e da aposta; permitir mais de um seguro sobre o mesmo bem) é referida também em OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 42; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional. São Paulo: IBDS, 2002, p. 202.

Em digressão sobre o assunto Marcia Cicarelli Barbosa de Oliveira aponta quatro correntes doutrinárias distintas sobre a noção de interesse segurável. Para a teoria do interesse como valor, o interesse estabelece um valor patrimonial positivo que é garantido pelo segurador em caso de ocorrência do sinistro, identificando-se, portanto, com o próprio bem que é subtraído do patrimônio do credor com a ocorrência do sinistro. Para uma segunda teoria, o interesse segurável seria a expectativa de perda patrimonial, pois mesmo quem não é titular do bem objeto do seguro pode contratar a garantia, desde que haja a possibilidade de sofrer um prejuízo em decorrência do sinistro. Uma terceira teoria, baseando-se no seguro de vida, entende que o interesse segurável não precisa necessariamente ter cunho econômico, mas pode abranger também relações afetivas e ter cunho puramente moral.⁶³⁴ Por fim, a quarta e majoritária corrente no direito brasileiro, segundo Marcia Cicarelli Barbosa de Oliveira, é a teoria do interesse como relação.

Nesta última corrente, o interesse se caracteriza pela relação em razão da qual uma pessoa sofre um dano patrimonial em vista de um evento definido. Os pontos centrais da ideia de interesse, portanto, são (i) a relação, (ii) a pessoa, (iii) a coisa e (iv) o dano patrimonial.⁶³⁵ Esta concepção tem o mérito de dissociar a ideia de interesse da ideia de risco, o qual não integra o interesse, mas é apenas premissa para que o interesse seja segurável.⁶³⁶ Na mesma linha, segundo Vera Helena de Mello Franco, o interesse segurável é a relação existente entre o segurado e a coisa sujeita a risco, sendo certo que a garantia é prestada sobre o conteúdo econômico dessa relação.⁶³⁷ Passemos a analisar, portanto, os quatro elementos componentes do interesse segurável *supra* referidos.

A relação é sempre uma relação entre uma pessoa e a coisa, como acima já se explicou. Trata-se de uma situação de vantagem ou desvantagem do segurado quanto à

⁶³⁴ Veja-se a resenha das teorias feita pela autora em OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 44-49.

⁶³⁵ OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 41-42, citando Victor Ehrenberg. De forma semelhante, conceituando o interesse como a “posição juridicamente relevante do credor para com um bem da vida”, veja-se TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32. Seguem também esta teoria: COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito: estudo jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 25-26; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional. São Paulo: IBDS, 2002, p. 201-203; AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 64.

⁶³⁶ OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 42, citando Sergio Ferrarini.

⁶³⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993, p. 40.

coisa.⁶³⁸ A doutrina controverte se esta relação deve ser jurídica ou se bastaria uma relação puramente fática para caracterizar o interesse segurável.⁶³⁹ Marcia Cicarelli Barbosa de Oliveira entende que a relação pode ser tanto jurídica quanto fática, bastando que seja socialmente relevante e protegida pela ordem jurídica.⁶⁴⁰ Desta forma, mesmo relações puramente fáticas, como a adequada contabilização das contas de uma sociedade-alvo podem constituir interesse protegido por uma obrigação de garantia, como sói acontecer em declarações e garantias.⁶⁴¹

A coisa é o objeto do interesse. Pode ser um bem material ou imaterial ou mesmo uma pessoa. O patrimônio do segurado pode também ser objeto do interesse, apreendido não como o conjunto de direitos e obrigações do segurado, mas como “*a situação econômica criada pelas necessidades de uma pessoa e os meios disponíveis para sua satisfação*”, bastando que o evento impacte negativamente a situação econômica de alguém e não necessariamente um bem, de que é exemplo o seguro de responsabilidade civil.⁶⁴² Entendido nestes termos, nada obsta a que o interesse protegido nas declarações e garantias, enquanto obrigação de garantia, refira-se ao patrimônio ou às atividades da sociedade-alvo. Quando as declarações e garantias se referem aos bens da sociedade-alvo, como máquinas, estoques, imóveis e dívidas ou créditos, resta claro que o interesse protegido paira sobre um bem material ou imaterial. Quando se refere às atividades sociais,

⁶³⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993, p. 39.

⁶³⁹ Entendem que apenas relações jurídicas reais ou obrigacionais podem constituir interesse segurado: FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos no direito privado: direito civil e empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 290; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35; RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60-61. Em sentido contrário, AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 64.

⁶⁴⁰ OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 57.

⁶⁴¹ Não se desconhece que existam normas jurídicas sobre contabilidade, como o IFRS e os pronunciamentos do CPC. No entanto, a correta elaboração das demonstrações financeiras costuma entrar para a cláusula de declarações e garantias não na perspectiva de conferir reembolso por eventuais sanções aplicadas por órgãos de classe ou por autoridades reguladoras do mercado (como CVM, ANEEL *etc.*) pela inadequada contabilização – onde aí sim haveria uma relação jurídica entre órgão público e sociedade-alvo capaz de constituir interesse protegido –, mas sim na relação entre o adquirente da participação societária e a adequada contabilização. Não há aqui qualquer relação jurídica, real ou obrigacional, mas uma relação puramente fática entre o futuro sócio de uma sociedade e o correto conhecimento da situação patrimonial da sociedade. Este interesse tampouco se confunde com o direito essencial do sócio de fiscalizar os negócios sociais, pois o adquirente recebe a informação antes de tornar-se sócio, e o sócio apenas teria pretensão à retificação das demonstrações financeiras, ao passo que aqui a tutela é conforme o disciplinado em contrato. Isso, no entanto, deixa clara a aproximação entre a obrigação de garantia e a obrigação do devedor de fornecer informações verdadeiras, que pode constituir interesse protegido pela cláusula de declarações e garantias.

⁶⁴² OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 51.

como a detenção de licenças, cumprimento de normas ambientais, trabalhistas, fiscais ou ainda aos contratos mais relevantes com clientes e fornecedores, o bem que constitui objeto do interesse não é o patrimônio em si, mas a situação econômica da sociedade-alvo, hipótese que também pode constituir objeto de interesse do garantido.

Para viabilizar o pagamento da indenização securitária, o interesse garantido deve ser suscetível de valoração econômica que guarde relação com o montante do prejuízo sofrido com a ocorrência do sinistro. Do contrário, se a ocorrência de um fato aleatório pudesse justificar o pagamento pela seguradora de quantia mais elevada que o próprio prejuízo, ou quando prejuízo não houvesse, as partes estariam jogando ou apostando com a ocorrência do sinistro, o que refoge às obrigações de garantia.⁶⁴³ Corroborando esse entendimento, Paulo Luiz de Toledo Piza acrescenta que o interesse do segurado que é protegido pelo contrato de seguro não é ao recebimento da indenização, mas é contrário à ocorrência do sinistro, pois aí não se estaria propriamente segurando um interesse, mas sim jogando ou apostando com o sinistro.⁶⁴⁴

Questão importante é a legitimidade do interesse protegido. Não se exige que o credor seja o titular direto do bem ou do direito sobre o qual recai o interesse, ou seja, não é preciso que o seu patrimônio seja o próprio patrimônio em que se devem produzir os efeitos negativos do fato coberto pela garantia.⁶⁴⁵ Mas é imprescindível que o interesse do segurado seja relevante e que este tenha razões para não querer que o risco se realize,⁶⁴⁶ do contrário estar-se-ia jogando com a obrigação de garantia. Isto é bastante comum em declarações e garantias, quando se prevê reembolso diretamente para a sociedade-alvo, embora a declaração seja prestada perante o adquirente da participação e não para a sociedade.

Mutatis mutandis, entendemos que as considerações acima sobre o interesse no contrato de seguro merecem ser aplicadas também à obrigação de garantia de forma geral. O interesse é uma relação entre um sujeito e um bem com vistas à satisfação de uma

⁶⁴³ AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 64-66. No mesmo sentido, TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

⁶⁴⁴ PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional. São Paulo: IBDS, 2002, p. 205-206.

⁶⁴⁵ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

⁶⁴⁶ AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 67.

necessidade, não necessariamente jurídica. Assim, é possível assumir uma obrigação de garantia para evitar prejuízos advindos de fatos naturais ou eventos juridicamente relevantes e irrelevantes, para os quais o sujeito deseja maior proteção jurídica.

4.2.3. Elementos da obrigação de garantia: o risco

O risco, em Direito, é a possibilidade de ocorrência de um evento danoso para o interesse protegido do segurado.⁶⁴⁷ O risco tanto pode ser um evento que afeta o bem, quanto um evento que extingue ou reduz a relação entre o bem e a pessoa, atacando o interesse garantido.⁶⁴⁸

O risco não se confunde com a mera incerteza subjetiva. A parte pode não estar certa da ocorrência de um determinado evento, mas isso não significa que exista uma possibilidade real e objetiva de sua ocorrência. Daí a tradicional negativa na doutrina do contrato de seguro de que o risco seja entendido como a mera incerteza subjetiva da parte, pois o contrato de seguro apenas cobre riscos.⁶⁴⁹ A questão, porém, afigura-se mais complexa que isso. O risco, enquanto incerteza, de fato, comporta uma manifestação objetiva que é a probabilidade de sua ocorrência no mundo real. Mas a atividade humana não se consegue desprender de uma manifestação subjetiva que é a interpretação pessoal do risco, medida não por um juízo de probabilidade, mas por um grau de convicção na sua ocorrência.⁶⁵⁰ Não nos parece que a solução mais correta seja a adoção pura e simples de um ou outro conceito, mas sim no justo meio entre ambas. Com Maria Inês de Oliveira Martins, pode-se dizer que a incerteza “*não é quantificável com recurso a métodos rigorosamente objetivos de quantificação, exigindo sempre uma intervenção corretiva da estimativa subjetiva*”.⁶⁵¹ A questão, portanto, é saber qual o âmbito de aplicação de cada um. Há situações em que o garante tem meios para quantificar a probabilidade de ocorrência de um evento, mas também há outras situações em que o risco não pode ser

⁶⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito: estudo jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 41; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37; FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993, p. 43.

⁶⁴⁸ OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 61.

⁶⁴⁹ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

⁶⁵⁰ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O seguro de vida enquanto tipo contratual legal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 128-132, especialmente a nota de rodapé n. 238.

⁶⁵¹ MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O seguro de vida enquanto tipo contratual legal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 138.

probabilisticamente quantificado, impondo-se então uma concepção de risco como convicção na possibilidade de ocorrência de uma perda.⁶⁵²

O risco é um evento cuja ocorrência é incerta por sua natureza.⁶⁵³ A ocorrência do risco deve ser possível, mas não necessária, pois aí o sinistro deixaria de ser um risco e passaria a ser uma certeza. A incerteza pode ser absoluta, em que não se sabe se o evento vai ocorrer, nem como ou quando; ou incerteza relativa, onde há certeza de ocorrência do evento coberto pela garantia, mas não se sabe quando (ex.: morte no seguro de vida).⁶⁵⁴ A ideia de que o risco deve independe da vontade das partes decorre do requisito de incerteza quanto a sua ocorrência, para evitar que o segurado possa provocar o sinistro.⁶⁵⁵

O risco, além disso, deve ser um acontecimento possível. Isto é, o acontecimento pode ocorrer concretamente, embora não necessariamente venha a ocorrer. Eventual impossibilidade de o evento ocorrer pode ser absoluta, quando a própria natureza das coisas o impede, ou relativa, quando as circunstâncias específicas do contrato não permitem sua ocorrência.⁶⁵⁶ Naturalmente, impossibilidade e certeza de ocorrência do evento garantido constituem extremos de uma escala graduável e infinita dentro de si mesma, na qual se situa a probabilidade específica de vir a ocorrer o evento objeto da garantia no caso concreto.⁶⁵⁷ Cabe às partes projetar a probabilidade de ocorrência do evento para programar sua relação contratual.

Alguns doutrinadores incluem no conceito de risco a característica de o evento ser futuro e independente da vontade das partes.⁶⁵⁸ Nesta senda, o art. 773 do Código Civil impõe ao segurador que garante risco passado a penalidade de devolução em dobro do

⁶⁵² MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O seguro de vida enquanto tipo contratual legal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 133-139.

⁶⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito: estudo jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 41; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional. São Paulo: IBDS, 2002, p. 180-181; MARTINS, João Marcos de Brito. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 28.

⁶⁵⁴ ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 218; AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 53.

⁶⁵⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993, p. 45.

⁶⁵⁶ ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 216.

⁶⁵⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 295; AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 52.

⁶⁵⁸ ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 215. Com a mesma definição, FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993, p. 44.

prêmio, pois, se não pesa qualquer risco sobre o interesse garantido, o segurador estaria se locupletando às custas do segurado.⁶⁵⁹ Mas não necessariamente o risco precisa consistir em evento futuro. Ernesto Tzirulnik *et al.* com razão criticam esta ideia, pois no risco putativo as partes acreditam existir um risco que não existe ou não existe mais, e não há vedação à estipulação de seguro sobre tal tipo de risco – hipótese permitida no art. 677, n. 9, do Código Comercial.⁶⁶⁰

Em nossa opinião, nem todas as obrigações de garantia pesam sobre risco de evento futuro e alheio ao controle das partes. Assim, entendemos que as declarações e garantias podem constituir obrigação de garantia, apesar de se referirem a risco de ocorrência de eventos passados ou presentes e que estejam sob o controle de uma das partes. E defendemos este posicionamento com base em quatro argumentos.

Em primeiro lugar, no caso específico das declarações e garantias, as partes utilizam-nas para proteger o adquirente da participação societária contra defeitos do patrimônio social ou das atividades da sociedade-alvo que não integram o objeto do contrato e que, de outra forma, ficariam sem tutela alguma. Como diz Giorgio de Nova, em uma aquisição de participação societária o “prêmio” pela assunção do risco está precificado no valor do negócio, embora esteja “escondido” no preço, ao passo que no seguro o prêmio é expresso.⁶⁶¹ Mas o pagamento deste “prêmio escondido” não fica sem contraprestação, mesmo quando o risco de violação das garantias inexistia ou já tenha passado, pois o garantidor oferece uma garantia contra vicissitudes que ficariam sem tutela alguma. Mesmo quando as declarações incidem sobre a própria participação societária e gozem de tutela por algum instituto previsto em lei, as partes podem preferir substituir por completo tal regime para outorgar uma proteção mais efetiva e *tailor-made* para o negócio.

É que, no contrato de seguro, o prêmio constitui uma pequena parcela do prejuízo total que o segurado pode sofrer em caso de ocorrência do sinistro, constituindo a remuneração do risco que a seguradora assume, mas não a remuneração do prejuízo total do sinistro (que pode ser muito maior e fica diluído dentro da comunidade de segurados). Nas declarações e garantias, a lógica é outra. O adquirente da participação paga esse

⁶⁵⁹ AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 52.

⁶⁶⁰ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37-38. No mesmo sentido, COMPARATO, Fábio Konder. O seguro de crédito: estudo jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 41.

⁶⁶¹ DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 182.

“prêmio escondido” equivalente ao valor total do prejuízo que pode sofrer, pois aqui não há uma comunidade de segurados para diluir o risco. O adquirente paga, assim, não só pelas ações ou quotas, mas também pela garantia de que a sociedade possui exatamente as qualidades que o adquirente deseja. A relação de comutatividade é perfeita. Não há locupletamento indevido do garante, mesmo que o risco de falsidade das declarações seja inexistente ou tenha passado. Não é esse o caso das declarações e garantias, pois o garantidor não recebe menos que o eventual prejuízo decorrente da sua falsidade.

Em segundo lugar, a parte que presta as declarações e garantias tampouco possui certeza absoluta da veracidade das declarações, pois a eventual falsidade revela-se apenas após a entrega das ações ou quotas, ainda que o fato gerador da falsidade seja anterior. No momento da prestação das declarações e garantias, portanto, o risco é putativo e comporta estipulação da obrigação de garantia. É claro que o alienante tem conhecimento dos procedimentos que são seguidos dentro da empresa e pode projetar a chance de alguma declaração vir a ser considerada falsa no futuro. Por exemplo, se o alienante seguia procedimentos rigorosos de cumprimento da legislação ambiental enquanto estava no comando da empresa, ele pode razoavelmente imaginar que a declaração de cumprimento das normas ambientais jamais se revelará falsa. Mas ele jamais poderá ter certeza absoluta disso, já que a fiscalização ambiental pode encontrar falhas que lhe passam despercebidas. Embora as declarações e garantias refiram-se a fatos passados e presentes, o risco sempre será pelo menos putativo.⁶⁶²

Em verdade, o risco assumido desdobra-se em duas etapas, pois envolve não só a falsidade da declaração e garantia, mas igualmente a revelação dessa falsidade dentro do prazo de garantia. O descumprimento de uma norma fiscal pode ser conhecido de uma ou de todas as partes, mas o fisco pode nunca vir a autuar a sociedade-alvo, mantendo assim a veracidade da declaração. Sempre há um componente de futuridade na obrigação de garantia em cláusula de declarações e garantias.

A exceção a este raciocínio é o risco que já se sabe estar concretizado antes do contrato de alienação da participação, como por exemplo, uma autuação ambiental em curso que o alienante conhece e omite nas declarações e garantias, ou que o adquirente já

⁶⁶² SALATINO, Gregorio. ‘Representations and warranties’ in sale and purchase agreements: the Italian perspective. *Global Trade and Customs Law*, 2016, vol. 11, n. 10, p. 445, defende o mesmo argumento com base no risco putativo preconizado no art. 514 do Código de Navegação italiano, o qual, para o autor, configuraria um verdadeiro princípio geral das obrigações de garantia.

tem conhecimento antes de adquirir a participação. Mas também aqui não vemos nenhum óbice à qualificação das declarações e garantias como obrigação de garantia. Se o alienante garantidor conhece o fato, sabe que terá de reembolsá-lo, razão pela qual recebe o justo preço para eliminar tal risco. Já o adquirente está garantido contra o risco que, para ele, é putativo.

Diferente é a questão se o adquirente é quem tem ciência da falsidade da declaração antes do negócio. Em regra, não há proteção para o adquirente neste caso, mas, se for pactuada cláusula *sandbagging*, pode haver caracterização das declarações e garantias como obrigação de garantia. O alienante estará recebendo o justo preço para assumir o risco objetivo de ocorrência do fato garantido, quando este se concretizar. A incerteza do risco aqui será relativa, pois se sabe que o risco vai se concretizar, mas não se sabe como, quando ou em qual extensão. Se o risco já tiver consumado por completo e suas consequências já forem sabidas das partes no momento da contratação, pode haver desqualificação como obrigação de garantia em direção a uma cláusula *solve et repete* especificamente quanto ao fato de que se tem conhecimento, mas não quanto a outros fatos que possam acontecer no futuro e ser enquadrados dentro da mesma declaração e garantia.

Em terceiro lugar, a involuntariedade do evento incerto que constitui o risco não se aplica a todas as obrigações de garantia. No seguro, apenas os atos do segurado praticados com dolo excluem a cobertura securitária, mas não aqueles praticados com culpa.⁶⁶³ Ou seja, mesmo atos voluntários do segurado (como a má-instalação de uma máquina no seguro de riscos de engenharia) podem disparar a obrigação de garantia, desde que não sejam dolosos. O seguro de responsabilidade civil é exemplo paradigmático disso.⁶⁶⁴ As declarações e garantias são mais que isso: garantem contra atos do próprio garantidor que já ocorreram no passado (e não do garantido!). O adquirente garantido não tem como provocar o sinistro para prejudicar o alienante garantidor, culposa nem dolosamente, pois o ato de violação às declarações e garantias, se existente, já se consumou no passado pelo próprio garantidor que é o maior interessado em não tornar falsas as declarações. No máximo, pode haver agravamento das consequências danosas da falsidade das declarações e garantias se o adquirente for negligente em controlá-las após assumir o comando da empresa (ex: o adquirente deixa de se defender em ação judicial). Mas aí a questão é de

⁶⁶³ FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993, p. 46.

⁶⁶⁴ ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 215.

causalidade do prejuízo, e não de qualificação da natureza jurídica das declarações e garantias, que continuam obrigação de garantia.

Em quarto lugar, o alienante garantidor tem todo interesse em dar informações corretas para não ter de reembolsar ao adquirente os prejuízos ocasionados pela falsidade das declarações. Logo, não há qualquer prejuízo em os fatos cobertos pelas declarações e garantias estarem sob controle do alienante garantidor. É a contraface do dever de informar incidente na fase pré-contratual. O adquirente paga o quanto vale a participação societária considerando a veracidade das informações. Apenas as partes resolvem outorgar tutela mais forte e objetiva para a prestação de informação falsa.

Desta forma, entendemos cabível a qualificação das declarações e garantias como obrigação de garantia no direito brasileiro,⁶⁶⁵ pois todos os seus elementos essenciais (garantia, interesse e risco) podem estar presentes no acordo das partes.

A garantia em si é a colocação do alienante garantidor na posição de responder pela ocorrência do fato objetivo que é a desconformidade das declarações e garantias com a realidade.⁶⁶⁶ Não se confunde com as garantias de cumprimento da obrigação, pois aqui se está a transferir ao alienante o risco de que as condições da sociedade-alvo não sejam tal como declaradas, o que, via de regra, deveria pesar sobre o adquirente.

O interesse é a relação em que o adquirente se encontra de poder ser prejudicado pela presença de vícios ou defeitos no patrimônio ou nas atividades da sociedade-alvo. Embora esse interesse não seja propriamente uma relação jurídica, visto que o sócio entrante não possui qualquer direito sobre os bens da sociedade, a relação de interesse é fática e tornada relevante pela própria aposição de declarações e garantias no contrato. O interesse garantido do adquirente é à veracidade das declarações e garantias.

⁶⁶⁵ Stefan Friedrich Voss, por exemplo, assevera que as *warranties* do *common law* podem traduzir uma assunção de risco, o que é compatível com a ideia de obrigação de garantia no direito brasileiro (VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 169).

⁶⁶⁶ Sobre a falsidade das cláusulas de garantia, veja-se Paillusseau, para quem o juízo de conformidade é sempre um juízo comparativo entre os fatos declarados e os fatos reais (PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 308-309).

O risco é a possibilidade incerta de aquilo que consta das declarações e garantias revelar-se falso após a celebração do negócio. Em regra, o risco é putativo, pois os fatos constantes das declarações e garantias são passados ou presentes, mas as partes não podem ter certeza absoluta de sua veracidade ou falsidade, pairando aí sempre certa dose de risco. Em determinadas ocasiões, as partes podem ter conhecimento da ocorrência do fato que torna falsas as declarações e garantias, mas isso não impede a qualificação, pois o garante continua assumindo responsabilidade pela ocorrência de um fato objetivo, que pode até mesmo ser incerto quanto a sua extensão, modo de ocorrência *etc.* De resto, garantidor e garantido não sofrem qualquer prejuízo, pois o preço pago comporta a assunção do risco de todas as qualidades afirmadas nas declarações e garantias em perfeita comutatividade e respeito ao dever de informar.

Visto que as partes podem modelar as declarações e garantias para assumir a natureza jurídica de obrigação de garantia no direito brasileiro, resta agora analisar o regime jurídico aplicável à obrigação de garantia.

4.3. Estrutura da cláusula de declarações e garantias como obrigação de garantia

É preciso frisar que, enquanto obrigação de garantia, as declarações e garantias criam uma segunda obrigação distinta e paralela à obrigação de transferir a participação societária, isto é, em paralelo à obrigação de ceder a posição contratual dentro do contrato de sociedade. Ambas as obrigações são igualmente relevantes. Deve-se assim rechaçar a tese muitas vezes levantada na doutrina italiana de que a alienação da participação e a obrigação de garantia seriam contratos autônomos coligados. De fato, não se trata de dois negócios distintos, pois para tanto seria necessário que cada um tivesse uma causa própria, ainda que orientadas à mesma finalidade econômica.⁶⁶⁷ Na verdade, a causa da obrigação de garantia não é diversa da causa de atribuição das ações ou quotas ao adquirente, mas estas combinam-se para gerar uma causa nova que contempla a transferência da participação contextualizada pelas garantias sobre o patrimônio e atividades sociais.⁶⁶⁸ Porém, parece-nos ir longe demais a teoria que afirma que a presença de uma nova causa

⁶⁶⁷ Vejam-se as críticas de IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 153-154, nota de rodapé n. 76; RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 220-221.

⁶⁶⁸ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 314-316.

tornaria atípico o negócio de alienação de participação societária dotado de declarações e garantias.

Sem adentrar a discussão entre causa abstrata e causa concreta, que fugiria ao escopo deste trabalho, entendemos que o juízo de tipicidade deve ser feito sempre em uma escala gradativa. O contrato de compra e venda puro previsto no Código Civil se esgota na entrega da coisa em troca do recebimento do preço e, neste sentido, a alienação de participação societária acompanhada de declarações e garantias certamente se afasta um pouco do modelo legalmente típico. Mas a presença das declarações e garantias não é suficiente para desqualificar o juízo de tipicidade legal nem social do contrato de compra e venda, nem qualquer outro negócio típico como a permuta, doação, subscrição de capital *etc.* Quando as declarações e garantias caracterizam uma obrigação de garantia, surgem duas obrigações distintas para o alienante dentro do mesmo negócio, que se amalgamam, complementado-se reciprocamente, o que exclui a possibilidade de serem tratadas como contratos autônomos, mas tampouco justifica por si só um juízo de atipicidade do negócio.

A obrigação de garantia que se estrutura em torno das declarações e garantias possui a particularidade de reportar-se sempre a fatos presentes ou passados. O garantidor não assume o risco de fatos futuros, mas apenas o risco da revelação, no futuro, de fatos presentes e passados que tornam falsas as declarações e garantias. A obrigação sempre se desdobra, assim, em dois fatos que ocorrem em momentos diferentes no tempo (vide Parte I *supra*, n. 1).

Mas é preciso ainda investigar outras questões, como durante qual prazo se opera a transferência do risco ao garantidor; quem presta a garantia; quem se beneficia da garantia; qual o suporte fático da violação às declarações e garantias; e quais são os remédios jurídicos postos à disposição do beneficiário da garantia por ocasião da realização do risco.

4.3.1. Prazo de garantia

É comum estipular um prazo fixo após a celebração do contrato dentro do qual o alienante da participação societária responde pela falsidade das declarações e garantias, exonerando-se de responsabilidade por quaisquer falsidades que venham a ser descobertas após o seu decurso. A extensão de tais prazos varia conforme o poder de barganha das partes. Não é raro fixar o prazo da garantia nos mesmos limites temporais de prescrição das

ações contra as quais se quer proteger (5 anos para ações tributárias e 6 anos para previdenciárias, por exemplo).

Delimitar o âmbito temporal em que deve ocorrer o “fato revelador” é a função precípua do prazo de garantia, ficando o garantidor liberado de responsabilidade por “fatos reveladores” surgidos após o fim do prazo.⁶⁶⁹

Antes de mais nada, é preciso ressaltar que tal prazo não é prescricional nem decadencial, mas de garantia.⁶⁷⁰ O prazo prescricional é matéria de ordem pública e não pode ser criado nem alterado por vontade das partes (CC, art. 192),⁶⁷¹ prevalecendo em qualquer caso o prazo legal de 10 anos para ações fundadas em contrato.⁶⁷²

Já prazos decadenciais até podem ser criados por vontade das partes (CC, art. 211),⁶⁷³ mas não têm aplicabilidade à hipótese. O prazo decadencial é o prazo definido para exercício de um direito, sob pena de extinção do mesmo; o prazo de garantia é aquele

⁶⁶⁹ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 304-306.

⁶⁷⁰ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 497, afirmando que as partes não criam um prazo prescricional nem decadencial, mas delimitam o período de tempo dentro do qual deve surgir o evento garantido para gerar a obrigação de pagar a soma garantida.

⁶⁷¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a constituição da república. Vol. I. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 365, apontam que existia divergência no código anterior sobre a possibilidade de as partes por comum acordo reduzirem o prazo prescricional, questão que foi definitivamente solucionada com o art. 192 do novo código, pois a prescrição é instituto que reflete interesses de ordem pública.

⁶⁷² MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979, mai./2017, p. 215-241. Na jurisprudência majoritária do STJ, veja-se: STJ, REsp 1.033.241/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.10.2008; STJ, REsp 616.069/MA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.02.2008; STJ, REsp 1.121.243/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25.08.2009; STJ, REsp 1.222.423/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.09.2011; STJ, REsp 1.276.311/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.09.2011; STJ, REsp 1.150.711/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.12.2011; STJ, Ag no REsp 1.057.248/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.04.2011; STJ, Ag no AREsp 14.637/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.09.2011; STJ, AgRg no Ag 1.401.863/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12.11.2013; STJ, AgRg no AREsp 426.951/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03.12.2013; STJ, REsp 1.326.445/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 04.02.2014; STJ, REsp 1.159.317/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.03.2014; STJ, AgRg no AREsp 477.387/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 21.10.2014; STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.436.833/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02.12.2014; STJ, AgRg no REsp 1.485.344/SP, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, j. 05.02.15; STJ, AgRg no REsp 1.516.891/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 28.04.2015; STJ, AgRg no Ag 1.327.784/ES, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.08.2013; STJ, AgRg no REsp 1.317.745/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06.05.2014; STJ, AgRg no REsp 1.411.828/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07.08.2014.

⁶⁷³ De fato, recai no âmbito de autonomia das partes decidir se determinados direitos criados por contrato devem ter prazo de existência ou não, razão pela qual é pacificamente admitida a possibilidade de constituírem-se prazos decadenciais por contrato. Neste caso, não se considera imperativo de ordem pública o prazo decadencial, vez que permanece inteiramente no âmbito da autonomia privada das partes, razão pela qual o juiz não pode dele conhecer de ofício, conforme SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direitos Civil. Vol. I: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 30ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 550-551; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a constituição da república. Vol. I. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 427.

em que permanece em vigor a obrigação do garante de assumir para si o risco que pesa sobre o garantido. A natureza dos dois prazos, portanto, é bem diferente. Ademais, se se tratasse de prazo decadencial, haveria sobreposição com o prazo para notificar a outra parte a respeito da descoberta da falsidade da declaração e garantia, como sói acontecer nesse tipo de operação. Uma falsidade descoberta no último dia do prazo dificilmente lograria ser notificada no mesmo dia.

Na verdade, a estipulação é de um prazo de garantia contratual. O prazo de garantia contratual é muito utilizado em direito do consumidor, mas tem aplicação também no âmbito civil e empresarial. Por meio da garantia contratual, o fabricante ou alienante responde por determinado vício do bem segundo as estipulações específicas de tal garantia. Mas esta garantia vem sempre delimitada temporalmente no próprio contrato, que é o prazo dentro do qual deve surgir o vício para o adquirente fazer valer os remédios previstos na garantia.⁶⁷⁴ A figura não é desconhecida da nossa legislação: está presente no parágrafo único do art. 618⁶⁷⁵ e no art. 446 do CC: uma vez surgido o vício ou defeito dentro do prazo de garantia, aí começa a correr o prazo decadencial para o adquirente denunciar os vícios ou o prescricional para ajuizar a ação de cobrança cabível. A garantia de que se trata aqui é a de que, dentro do prazo definido em contrato, o garantidor assume o risco de ocorrência de qualquer fato revelador de da falsidade das declarações e garantias.

Como regra geral, constatada a falsidade das declarações e garantias dentro do prazo de garantia, começa a contar o prazo prescricional para o adquirente da participação societária ajuizar ação de cobrança. Isso significa que, no limite, uma contingência surgida

⁶⁷⁴ Especificamente na seara consumerista, onde o prazo da garantia contratual tem sido discutido com maior profundidade, explica Cláudia Lima Marques que esta concentra-se “na obrigação de manter a adequação do produto por certo lapso de tempo” (LIMA MARQUES, Cláudia. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1404). Arnoldo Wald entende que se trata, no caso específico de fusões e aquisições de empresas, de “uma garantia de qualidade, que abrange tanto as qualidades prometidas como até as esperadas” (WALD, Arnoldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, 2014, n. 949, p. 98). Há, porém, uma certa diferença entre as espécies, pois as declarações e garantias não garantem a adequação do bem para o futuro (como ocorre com a garantia de qualidade do produto no direito do consumidor), mas contra a revelação de fatos geradores presentes ou passados que tornem falsas as declarações. A natureza do prazo de garantia, contudo, é a mesma – até porque a garantia de qualidade do produto, assim como as garantias dos arts. 441 e 618 do Código Civil, reportam-se à revelação, no futuro, de um vício que é pré-existente à entrega do produto ao consumidor, à tradição da coisa eivada de vício redibitório, ou à entrega da construção, respectivamente. Todos esses casos demonstram uma mesma estrutura da obrigação de garantia que se aplica também à cláusula de declarações e garantias: revelação futura de um fato gerador anterior que dispara a garantia.

⁶⁷⁵ Assim o entendimento já pacificado do STJ de que o prazo de cinco anos pelo qual o construtor responde pela solidez e segurança da obra é de garantia e não de decadência. Veja-se STJ, REsp 1.296.849/MG, Rel. Mina. Maria Isabel Gallotti, j. 14.2.2017; STJ, AgRg no AREsp 507.061/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 5.8.2014.

no último dia de um prazo de garantia de cinco anos ainda contaria com mais dez anos para ser cobrada em juízo, totalizando quinze anos.

É comum as partes estipularem prazos curtos para notificar o surgimento de contingências em adição ao prazo de garantia. Assim, podem estipular que, uma vez surgida uma contingência dentro da garantia, deve o adquirente da participação societária notificar o alienante dentro de 'x' dias sob pena de perda do direito à garantia. Trata-se aqui de verdadeiro prazo decadencial criado pelas partes,⁶⁷⁶ pois o seu não cumprimento faz desaparecer o direito de exigir os remédios contratuais.

Nesse tipo de contrato, portanto, podemos ter três tipos de prazo incidindo sobre as declarações e garantias: um prazo de garantia dentro do qual o alienante se responsabiliza pela falsidade das mesmas; um prazo decadencial para o adquirente noticiar o surgimento de uma contingência ao alienante; e um prazo prescricional para cobrar do alienante em juízo os remédios contratuais cabíveis. O prazo de garantia inicia a contagem com a celebração do contrato, ao passo que o prazo decadencial e o prescricional fluem a partir da tomada de conhecimento da contingência pelo adquirente.

Na ausência de prazo decadencial especificado pelas partes em contrato para noticiar a descoberta de uma falsidade das declarações e garantias, poderia ser aplicado o prazo de 30 dias do art. 446 CC? Em princípio a resposta deve ser negativa. O art. 446 disciplina a extensão do prazo de garantia dos vícios redibitórios. A obrigação de garantia atrelada às declarações e garantias possui base no contrato e não na lei, não se identificando nem de longe com o regime de vícios redibitórios. Se as partes não dispõem em contrato sobre uma obrigação de notificar a falsidade das declarações e garantias para resguardar o direito à proteção prevista contratualmente, deve-se entender que as partes não quiseram submeter o direito do adquirente a qualquer prazo decadencial. Por outro lado, se foi prevista a obrigação de notificar o surgimento de uma contingência, sem, porém, especificar dentro de qual prazo, pode o art. 446 ser chamado à integração do regime contratual, mas apenas quando a vontade das partes de criar uma hipótese de decadência estiver clara.

⁶⁷⁶ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 499. Afirmando também que os prazos de denúncia de contingências caracterizam prazos decadenciais: EREDE, Sergio. *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990, p. 206.

Visto que o prazo é de garantia e pode vir combinado a prazos decadenciais e prescricionais, deve-se reconhecer que a presença de tal prazo configura índice de tipo no sentido da obrigação de garantia. Isso pelo fato de que, se as declarações e garantias agem como especificação da obrigação de dar as ações ou quotas dotadas de determinadas qualidades, não seria compatível submeter a falta de tais qualidades a um prazo de garantia. O descumprimento contratual não comporta limitação temporal; se a sociedade-alvo não possui as qualidades prometidas, o alienante está inadimplente e pode ser acionado dentro de dez anos. Não há como conceber logicamente que deixar de cumprir o contrato só possa considerado descumprimento contratual até o quinto ano (considerando-se uma cláusula de garantia de cinco anos). Quando nos movemos nos quadros de uma obrigação de dar, a promessa do alienante é de entrega de ações ou quotas dotadas de certas qualidades; se estas qualidades não estão presentes já no momento da transferência da participação, o alienante está inadimplente desde o dia da entrega da participação e não pode se exonerar de responsabilidade apenas porque o adquirente não logrou descobrir a violação às declarações e garantias dentro de certo prazo. O único limite aqui deve ser a prescrição, que restaria burlada se o alienante não respondesse mais pela falta das qualidades prometidas após o quinto ano.

A previsão de um prazo de garantia, portanto, indica por si só que as declarações e garantias foram formatadas pelas partes como obrigação de garantia. Tal estipulação é bastante comum e obrigatória em contrato de seguro (CC, art. 760), onde cada apólice tem uma vigência determinada, após a qual cessa a transferência de riscos para a seguradora.

Questão diversa – e muito discutida na prática contenciosa – é o momento em que a garantia pode ser cobrada. Muitos contratos de alienação de participação societária determinam que o beneficiário da garantia só pode cobrá-la após o efetivo desembolso da perda, ou após o trânsito em julgado de demanda ajuizada por terceiro. Na verdade, essa corriqueira disposição contratual diz respeito à exigibilidade da garantia, e não à existência da obrigação (ulterior) do garantidor de reembolsar a perda (ou prestar qualquer outro remédio previsto em contrato). Uma vez surgido o fato revelador dentro do prazo de garantia (que pode ser o simples ajuizamento de uma demanda por terceiro ou a descoberta internamente à empresa de obrigações ambientais que não vinham sendo cumpridas, por exemplo), a obrigação ulterior do garantidor nasce desde já, mas sua exigibilidade fica suspensa até que haja o efetivo desembolso de caixa ou trânsito em julgado da demanda de

terceiro. O mais correto é notificar o garantidor acerca do fato revelador dentro do prazo contratualmente assinalado, resguardando a pretensão a exigir o reembolso futuramente.

4.3.2. Prestador da garantia

Apenas o titular das ações ou quotas pode cumprir a obrigação de transferi-las, porque ele é quem detém o poder de disposição sobre as mesmas. Quando terceiros figuram no contrato ao lado do alienante, não estão propriamente na posição de alienantes, mas normalmente como intervenientes anuentes ou garantes. Ora, os terceiros que prestam as declarações e garantias juntamente com o alienante no contrato de alienação da participação societária não podem violar a obrigação de dar a participação que não lhes incumbe, razão pela qual a obrigação do terceiro aqui normalmente se configura como obrigação de garantia.⁶⁷⁷

O garante não precisa ser necessariamente o alienante, podendo ser qualquer terceiro, assim como no contrato de seguro, em que a seguradora garante o segurado contra sinistros que não derivam propriamente de uma obrigação sua. Não há necessidade, portanto, de um casamento entre o prestador da garantia e o titular do bem ou direito sobre o qual recai o interesse do garantido. Na prática, isso significa que, quando as declarações e garantias são prestadas pelo alienante em conjunto com terceiros, tem-se aí um índice de tipo a indicar que a cláusula de declarações e garantias provavelmente exerce função assecuratória. Naturalmente, é possível que apenas um ou alguns dentre vários alienantes prestem as declarações e garantias, ou que apenas o terceiro as preste. A existência de um único garantidor simplifica a identificação da natureza jurídica das declarações e garantias, mas esta não é uma solução necessária.⁶⁷⁸

Pode-se imaginar uma solução “mosaico”, em que o alienante assume nas declarações e garantias uma obrigação de dar a participação dotada de certas qualidades prometidas, enquanto o terceiro que presta as declarações e garantias conjuntamente

⁶⁷⁷ Embora a formatação mais recorrente na prática seja a de uma obrigação de garantia prestada pelo alienante e por terceiros integrantes do mesmo grupo, podem as partes formatar as declarações e garantias como uma obrigação de dar (Parte III *infra*, n. 3). Nesse caso, é possível, através de exercício de interpretação contratual, chegar-se à conclusão de que o terceiro presta as declarações e garantias apenas para assumir de forma cumulativa a dívida que porventura vier a surgir da violação das mesmas. O terceiro, assim, não se obriga a transferir as ações ou quotas com certas qualidades prometidas (obrigação que só é possível de ser cumprida pelo alienante), mas assume junto com o alienante a responsabilidade por indenização, redução de preço, cumprimento específico *etc.*

⁶⁷⁸ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 243-244.

assume, por sua vez, uma obrigação de garantia. Embora o arranjo seja teoricamente possível, sua implementação prática seria conturbada, já que, diante da diversidade de natureza jurídica das obrigações assumidas por um e outro, o contrato teria de prever consequências jurídicas distintas para a falsidade das declarações e garantias. Ao invés, a vontade das partes no mais das vezes é de submeter o alienante e os terceiros prestadores das declarações e garantias ao mesmo regime jurídico de responsabilidade. De qualquer modo, o ônus de demonstração de que a vontade das partes foi criar dois regimes de responsabilidade paralelos e distintos seria altíssimo e virtualmente impossível.

A posição de garante pode ser transmitida a outros sujeitos, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Quando transmitida *inter vivos*, é necessária a anuência do beneficiário da garantia (CC, art. 299). Se há mais de um beneficiário e apenas um deles dá anuência, apenas quanto a este a transmissão é eficaz. Por vezes, os contratos da operação preveem cláusula que permite a cessão do contrato para outras sociedades do mesmo grupo econômico, caso em que a transmissão da obrigação de garantia opera independentemente de anuência do beneficiário, mas aí o garantidor original apenas se exonera se o novo garantidor for solvente (CC, art. 299, *in fine*). Mesmo se o novo garantidor não for insolvente, mas seu patrimônio tiver menor liquidez, pode o beneficiário questionar a transmissão, com base no exercício abusivo do direito de ceder o contrato. O mais comum na prática é que haja assunção cumulativa e solidária da dívida pelo devedor primitivo. A operação não deixa de ser perigosa para o beneficiário.⁶⁷⁹

Um pouco diversa é a situação no caso de transmissão *causa mortis* da obrigação. No caso de garantidor pessoa física, seus herdeiros respondem pela obrigação de garantia apenas até o limite das forças da herança (CC, art. 1.792). No caso de pessoa jurídica, o sucessor a título universal, seja por fusão ou incorporação automaticamente se sub-roga em tal obrigação. No caso de cisão, a sociedade que absorver a parcela do patrimônio responde solidariamente pelas declarações e garantias (LSA, art. 233); no caso de cisão parcial em que a sociedade absorve apenas as obrigações relacionadas no ato da cisão, o beneficiário da garantia pode impugnar a cisão dentro do prazo legal (LSA, art. 233, parágrafo único).

⁶⁷⁹ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 245-246.

4.3.3. Beneficiário da garantia

A determinação do beneficiário da garantia é fácil em se tratando de uma cláusula de redução de preço. O beneficiário será sempre o adquirente, pois é ele quem paga o preço de aquisição e, por conseguinte, é o único que pode ser tutelado via redução do preço.⁶⁸⁰ A Corte de Cassação francesa já teve oportunidade de se pronunciar neste sentido no caso TLR, onde declarou que a violação das garantias de passivo autorizavam apenas a redução do preço em favor do adquirente.⁶⁸¹

Diferente é quando o remédio jurídico é o pagamento de uma soma em dinheiro ou reposição da sociedade-alvo *in natura* no estado em que estaria antes de concretizar-se o risco. Aqui as partes podem determinar que o beneficiário da garantia seja o próprio adquirente, a sociedade-alvo ou mesmo terceiros credores (figure-se a hipótese em que o garantidor paga uma dívida trabalhista diretamente ao ex-empregado).⁶⁸² No direito norte-americano, exige-se que o contrato contenha cláusula expressa outorgando ao terceiro beneficiário a possibilidade de reclamar os remédios previstos em contrato, sob pena de, não o fazendo, entender-se que os signatários quiseram atribuir remédios contratuais apenas a si próprios,⁶⁸³ o mesmo ocorrendo no direito alemão.⁶⁸⁴ No direito brasileiro, quando a garantia prevê a titulação do remédio jurídico diretamente pela sociedade-alvo ou

⁶⁸⁰ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 311; ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Memento cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 822 e 846; TRÉBULLE, François Guy. Cession de droits sociaux: mise en oeuvre d'une convention de garantie de passif environnemental. *La semaine juridique entreprise et affaires*, n. 9, 3 de março de 2005, p. 360 e ss.; GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 43-44; PAILLUSSEAU, Jean. Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de controle. *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n. 6, 2002, item 2.6; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 42, 45 e 84; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 255.

⁶⁸¹ Cass. com. 21 oct. 1997, pourvoi n. 95-18077.

⁶⁸² ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Memento cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 846. Contra: HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. *Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 55 e 59, para os quais as garantias de ativo e passivo só podem ter por beneficiário a sociedade-alvo, o que não nos parece correto, pois o risco garantido pode ser o impacto do sinistro para o adquirente das ações ou quotas. Já Paillusseau, a nosso ver, com razão, aduz que não só a estipulação em favor de terceiro, mas outras figuras jurídicas podem justificar o pagamento da garantia em benefício da sociedade ou de terceiros, como a cessão da posição contratual na garantia ou sua inclusão no polo ativo da garantia (PAILLUSSEAU, Jean. Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de controle. *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n. 6, 2002, item 3.10).

⁶⁸³ YOUNGBLOOD JR., D. Hull; FLOCOS, Peter N. Drafting and enforcing complex indemnification provisions. *The practical lawyer*, ago./2010, p. 28.

⁶⁸⁴ WÄCHTER, Gerhard H. Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1274.

pelo terceiro, configura-se uma estipulação em favor de terceiro.⁶⁸⁵⁻⁶⁸⁶ Tanto a sociedade quanto o terceiro credor podem exigir os remédios contratuais diretamente do garantidor em nome próprio, assim como pode fazê-lo o próprio estipulante da garantia (CC, art. 436).⁶⁸⁷

Questão um pouco mais complexa ocorre quando o contrato indica como beneficiários da garantia tanto o adquirente, quanto a sociedade-alvo e terceiros. Pensamos que a interpretação correta nesse caso deve levar à conclusão de que cada um dos beneficiários pode reclamar a garantia em nome próprio apenas quanto aos prejuízos sofridos por si em virtude da falsidade das declarações e garantias.⁶⁸⁸ O mesmo raciocínio

⁶⁸⁵ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Memento cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 846; PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 312; NOTTÉ, Gérard. Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux. *La semaine juridique (édition générale)*, n. 22, 1985, n. 3193, item 13; ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l'environnement*, n. 3, 1996, p. 311. Neste mesmo sentido já decidiu a corte de cassação francesa na decisão Cass. Com. 7 oct. 1997, pourvoi n. 95-18119, no qual o vendedor de participação societária se comprometera a pagar diretamente à sociedade-alvo quaisquer passivos não escriturados, autorizando a sociedade-alvo a agir diretamente contra o alienante da participação.

⁶⁸⁶ Mariana Mendes-Medeiros, por exemplo, aceita a hipótese de estipulação em favor de terceiro tratando a falsidade das declarações e garantias como inadimplemento contratual (MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 603). A autora parece-nos equivocada. No âmbito de uma obrigação de dar coisa certa que resta inadimplida por conta da violação às declarações e garantias, a sociedade-alvo poderia pedir no máximo o cumprimento específico das declarações e garantias, pois o cumprimento específico exigido pela sociedade-alvo e pelo próprio adquirente confundem-se. Mas já não poderia pedir prestação pelo equivalente em dinheiro, pois a prestação primária de entrega das ações ou quotas é devida ao sócio entrante, devendo sê-lo também o seu equivalente. Também não poderia pedir indenização, pois o único a sofrer dano é o adquirente que paga para receber ações com qualidades a menor do que o prometido. Isso fica ainda mais evidente quando a aquisição se dá apenas sobre uma parte das ações ou quotas de emissão da sociedade-alvo. Nesse caso, todo prejuízo sofrido pela sociedade-alvo reflete-se sobre o adquirente apenas proporcionalmente à participação por ele detida, deixando evidente a disparidade de relações entre alienante garantidor e adquirente garantido no confronto com a sociedade-alvo.

⁶⁸⁷ A questão é bastante discutida e pacificada nesse sentido no direito francês. Veja-se: TRÉBULLE, François Guy. Cession de droits sociaux: mise en oeuvre d'une convention de garantie de passif environnemental. *La semaine juridique (entreprise et affaires)*, n. 9, 3 de março de 2005, p 360 e ss.; ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l'environnement*, n. 3, 1996, p. 312; CAFFIN-MOI, Marie; BECKER, Bernard-Olivier; BUCHBERGER, Matthieu. Cessions de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 39, 2013, item 4; FREYRIA, Charles. Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 20, 1992, item I, §5; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 42-44; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef'université, 1992, p. 242. De fato, tais cláusulas não só preveem uma obrigação do alienante de pagar pessoalmente o débito, mas igualmente fazem nascer para o adquirente um direito próprio a exigir o pagamento em favor do terceiro (GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 39-41).

⁶⁸⁸ Contra este posicionamento, o Memento Lefebvre defende que qualquer dos beneficiários pode executar a garantia contra o garantidor, cabendo o regresso internamente entre eles (ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Memento cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p.

deve se aplicar também à remota hipótese em que o contrato não indica nenhum beneficiário: por via de interpretação contratual, é possível atingir-se o resultado de uma estipulação em favor de terceiro implícita, cabendo a titularidade da garantia diretamente à sociedade-alvo, ao terceiro ou ao próprio adquirente, de acordo com quem sofre as consequências danosas da violação das declarações e garantias.⁶⁸⁹⁻⁶⁹⁰

De qualquer forma, se há mais de um sujeito beneficiado pela garantia em questão (por exemplo, se há mais de um adquirente e a garantia age em benefício de todos; ou se o crédito titulado por terceiros contra a sociedade-alvo, que é objeto da garantia, é solidário), não se pode presumir solidariedade em favor dos beneficiários da garantia, salvo se o contrato dispuser o contrário. A soma garantida, portanto, deve ser paga proporcionalmente a cada beneficiário.⁶⁹¹

Em regra, a garantia não se transmite ao adquirente posterior da participação societária.⁶⁹² A garantia é dada no instrumento contratual de alienação da participação

847). Em nossa opinião, isso não reflete a correta interpretação da vontade das partes, que dificilmente vão querer que um terceiro alheio à sociedade, como um credor comercial ou fiscal, por exemplo, execute a garantia por dívidas que não lhe cabem. Seria uma intromissão excessiva na vida social.

⁶⁸⁹ Neste sentido julgou a corte de cassação francesa na decisão Cass. Com. 19 déc. 1989, pourvoi n. 88-15335. Matthieu Buchberger *et al.* apontam a existência de uma jurisprudência estável da Corte de Cassação francesa que presume a estipulação em favor de terceiro em benefício da sociedade quando se trata de uma garantia de passivo, afinal a cláusula de garantia protege prioritariamente o sujeito que sofre o passivo, isto é, a própria sociedade-alvo (CAFFIN-MOI, Marie; BECKER, Bernard-Olivier; BUCHBERGER, Matthieu. Cessions de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 39, 2013, item 4). No mesmo sentido, Anne Galia-Beauchesne igualmente defende que o fato de inexistir uma estipulação expressa de garantia em benefício da sociedade não obsta a que essa possa reclamar o remédio em nome próprio, pois pode haver uma estipulação em favor de terceiro implícita. As cláusulas de garantia de passivo do direito francês contêm uma promessa de pagar a soma equivalente às dívidas sociais e, por consequência, estipulam implicitamente que a sociedade estará livre de certas dívidas. Para a autora, a vontade de estipular em favor de terceiro estaria manifesta no desejo de pagar as dívidas da sociedade-alvo (GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 41-42, citando julgados da corte de cassação francesa), Vide também ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Memento cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 847-848.

⁶⁹⁰ A falta de indicação expressa do terceiro estranho à sociedade-alvo como beneficiário da garantia, apesar de criar certas dificuldades de aplicação prática, não obstaculiza o recurso à estipulação em favor de terceiro. Sua indicação no ato de constituição da obrigação de garantia não é absolutamente necessária, bastando que o terceiro seja determinável (mas não determinado), cf. MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 256-259.

⁶⁹¹ HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 84.

⁶⁹² PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 312; ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l'environnement*, n. 3, 1996, p. 313; POUSTIS, Jean; MONNOT, Jean-Louis. La garantie dans les cessions de droits sociaux (panorama de jurisprudence). *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 17, 1985, item II.B.4; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 267-269.

societária às pessoas ali especificadas. O adquirente posterior celebra um outro contrato de alienação com o adquirente anterior, podendo haver garantias ou não neste novo contrato, mas em qualquer caso o adquirente posterior permanece alheio ao contrato onde foi estipulada a garantia e, portanto, não deve dela se aproveitar. Para tanto, o próprio contrato de alienação deveria ser objeto de cessão ao adquirente posterior. Situação diversa é a sucessão universal no polo do garantido, como ocorre na fusão, cisão ou incorporação. Aqui o próprio contrato é transmitido ao sucessor, que se sub-roga em todos os direitos e deveres do garantido original, o que inclui o contrato de alienação da participação e a estipulação de garantia, havendo transmissão da garantia ao sucessor.⁶⁹³ Se o adquirente da participação é o beneficiário exclusivo da garantia, é possível ceder o direito ou a pretensão que da garantia deriva, desde que observadas as normas da cessão de crédito (CC, art. 286 e ss.).⁶⁹⁴ Em qualquer caso, para evitar dúvidas, é recomendável incluir no próprio contrato de alienação uma cláusula disciplinando a cessão da posição contratual e da garantia.⁶⁹⁵

Se a garantia é dada em benefício da sociedade, a garantia permanece mesmo após a saída do adquirente da sociedade (por revenda das ações, por exemplo); mas o terceiro não pode mais exigir as garantias, pois dela não é parte.⁶⁹⁶ Caberiam à sociedade os remédios previstos para a cláusula de declarações e garantias.⁶⁹⁷

4.3.4. As consequências da falsidade das declarações e garantias

A materialização do evento coberto pela garantia dispara as consequências jurídicas previstas no contrato – que podem não se resumir a uma obrigação ressarcitória. Nem mesmo no contrato de seguro há um casamento obrigatório entre ocorrência do sinistro e consequência indenizatória, como salienta o texto do art. 776, que permite a estipulação de reposição da coisa em vez de indenização. Nessa esteira, são frequentes as apólices de seguro que preveem como consequência da garantia a reparação ou reposição *in natura* da coisa sinistrada, como o fornecimento de veículo reserva no seguro de automóvel, ou

⁶⁹³ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 263-265.

⁶⁹⁴ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Memento cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012, p. 847.

⁶⁹⁵ PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d'entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 312.

⁶⁹⁶ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. Droit des sociétés. 4^a ed. Montchrestien, 2011, p. 348. Com a ressalva de que na França as cláusulas de garantia são tratadas como inadimplemento contratual e não obrigação de garantia.

⁶⁹⁷ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 270.

serviços de chaveiro, eletricista ou encanador em seguros residenciais. Já sob a vigência do código anterior, que previa apenas a indenização em dinheiro pelo segurador, a doutrina já aceitava que as partes pactuassem a reposição da coisa ou sua reconstrução para melhor atender à natureza do risco segurado e ao interesse das partes.⁶⁹⁸ Se nem mesmo no contrato de seguro a indenização é consequência necessária da ocorrência do evento coberto pela garantia, com maior razão não deve sê-lo na obrigação de garantia em geral.

Isso significa que as partes têm liberdade para pactuar as consequências jurídicas que bem entenderem para o caso de concretização do risco de falsidade das declarações e garantias. Podem prever o pagamento de uma soma em dinheiro pré-fixada para reconstituir o estado em que a declaração seria verdadeira (soma garantida); podem prever cumprimento específico, obrigando o alienante da participação a tomar diretamente as medidas necessárias para reconstituir o estado de veracidade das declarações e garantias; podem prever o reajustamento do preço segundo os critérios declinados no contrato; podem prever até mesmo o desfazimento do negócio e restituição das partes ao estado anterior.⁶⁹⁹

A realização do risco, portanto, deve dar azo apenas aos remédios jurídicos previstos no contrato nos estritos limites ali definidos, pois a cláusula em questão interpreta-se restritivamente.⁷⁰⁰ Na completa ausência de regulação contratual sobre as consequências da falsidade, cabe ao julgador integrar a regulação objetiva do negócio com os usos do meio em que foram celebrados.⁷⁰¹ Em se tratando de cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária, o mais usual, ao menos em operações de médio e grande porte, é a concessão de um único remédio ao credor da garantia,

⁶⁹⁸ ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 438-439; BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Vol. 5, 1952, p. 216.

⁶⁹⁹ Admite a possibilidade de desfazimento do contrato por violação de declarações e garantias, enquanto obrigação de garantia, TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 482-483. Nesse sentido, é percuciente a classificação das declarações e garantias por Stefan Friedrich Voss segundo a consequência jurídica prevista no contrato, embora o autor não se refira propriamente a uma obrigação de garantia (VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 154 e ss.).

⁷⁰⁰ Neste sentido, falando do contrato de seguro: ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 175.

⁷⁰¹ Sobre a diferença entre interpretação integrativa e integração do negócio, veja-se MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do Negócio Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216-224. Se for possível ao julgador identificar um conteúdo implícito, embora não declarado, do negócio, deve o julgador preencher as consequências jurídicas da falsidade das declarações e garantias com o que foi implicitamente pactuado entre as partes. Na ausência completa de regulação, que é o caso tratado no texto, o julgador deve recorrer à boa-fé e aos usos negociais para, aí sim, integrar o negócio.

consistente em pretensão ressarcitória (que não se confunde com indenização) para recolocar a sociedade-alvo na situação em que estaria se a realidade fosse tal como declarada nas declarações e garantias, que se assemelha ao interesse positivo do credor ao cumprimento do contrato.⁷⁰²

Enquanto obrigação de garantia, as declarações e garantias interpretam-se estritamente, pois o preço cobrado é correlação direta da assunção do risco. Se não tiver a segurança de que o risco está bem delimitado, desequilibra-se o contrato.⁷⁰³ A garantia cobre apenas os fatos ali especificamente descritos, daí advindo a utilidade de cláusulas analíticas extensas e o mais completas possível, a fim de certificar que apenas os eventos queridos pelas partes dentro do âmbito da obrigação de garantia sejam por ela abarcados.

Questão interessante é saber se o credor pode pedir a resolução do contrato caso o devedor não cumpra essa obrigação ulterior que é suscitada pela concretização do risco garantido. A hipótese não é abordada na doutrina de seguros, provavelmente porque o segurado não teria interesse em desfazer o contrato, já que a indenização securitária é maior que o prêmio a ser restituído. Mas em declarações e garantias a questão se põe de forma contundente. O adquirente pode não ter interesse em manter a participação societária no caso de não ver efetivada a tutela das declarações e garantias.

A princípio, parece-nos que o descumprimento da obrigação ulterior pode seguir o regime geral do inadimplemento contratual (CC, art. 389 e ss.). No mais das vezes, as partes pactuam que os únicos remédios cabíveis por violação das declarações e garantias são aqueles previstos no contrato, com exclusão de quaisquer outros (normalmente o remédio exclusivo é o pagamento de uma soma em dinheiro), mas essa estipulação não pode ser estendida automaticamente ao descumprimento da obrigação ulterior. Do

⁷⁰² No sentido de que a indenização no regime das garantias contratuais em operações envolvendo empresas e sociedades segue o paradigma do interesse positivo: MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1451-1452; WÄCHTER, Gerhard H. Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1274; JAKOBS, Michael; THIEL, Sven-Markus. Managererklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung aus Sicht der Geschäftsführung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 1987; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 122-123.

⁷⁰³ Neste sentido, falando do contrato de seguro: ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 175. Na França, as cláusulas de garantia em alienação de participação societária também são interpretadas estritamente, como apontado em POUSTIS, Jean; MONNOT, Jean-Louis. La garantie dans les cessions de droits sociaux (étude d'actualité). *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 17, 1989, item II.c; e em MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 183-185.

contrário, em um contrato que prevê apenas o ressarcimento em dinheiro para o caso de falsidade das declarações e garantias, o devedor inadimplente com a obrigação ulterior poderia se beneficiar do fato de não sofrer nenhuma outra consequência mais gravosa, deixando o credor eternamente à espera de uma indenização que pode não vir.

A cláusula de declarações e garantias não é um contrato autônomo e separado da alienação de participação societária, mas integra-o substancialmente.⁷⁰⁴ Não é possível separar as vicissitudes da obrigação ulterior desencadeada pela falsidade declarações e garantias da própria alienação da participação societária. Assim, descumprida a obrigação ulterior, entendemos que o seu inadimplemento pode repercutir sobre a própria alienação da participação, vez que é obrigação essencial do mesmo contrato. O descumprimento da obrigação ulterior pode assim ser sancionado com cumprimento específico, conversão em prestação pelo equivalente, indenização e até mesmo resolução contratual, se a prestação perder utilidade para o credor. Apenas ressaltamos que o *standard* da perda de utilidade é altíssimo⁷⁰⁵ em operações envolvendo alienação de participação societária, pela necessidade de segurança jurídica e pela virtual impossibilidade de restituir as partes exatamente ao mesmo *status quo ante* (sobre a resolução contratual no tipo de operação aqui estudado, veja-se Parte II *infra*, n. 5.3.3).

4.3.5. Consequências em espécie da falsidade de declarações e garantias: pagamento da soma garantida

O remédio mais comumente previsto em contrato para o caso de falsidade das declarações e garantias é o pagamento de uma soma em dinheiro que cubra todos os prejuízos sofridos pela sociedade-alvo em decorrência da divergência entre a realidade e o quanto afirmado pelo declarante. Normalmente essa obrigação vem descrita no formato de um reembolso de todos os custos incorridos pela sociedade-alvo para solucionar o estado de falsidade das declarações e garantias. Dessa forma, a sociedade-alvo é recolocada no estado em que se encontraria se não existisse a falsidade, ou seja, se as declarações fossem

⁷⁰⁴ Embora com a divergência de que Iorio apenas considere as declarações e garantias uma cláusula acessória do contrato (IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 153), ao passo que Tina trata o contrato como uma nova espécie atípica (TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 314-322).

⁷⁰⁵ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 483, asseverando que apenas em casos extremos com gravíssimos prejuízos ao interesse do adquirente da participação deve-se aceitar o remédio resolutório.

verdadeiras. Tem-se assim uma forma de reparação do interesse positivo,⁷⁰⁶ embora a colocação não seja de todo feliz, pois o interesse positivo pressupõe o cumprimento do contrato, mas a concretização de um risco não é propriamente descumprimento contratual.

É preciso sublinhar que esse reembolso não traduz uma indenização por um dano em sentido jurídico, mas apenas o pagamento de uma soma pré-determinada em dinheiro para proteger o garantido contra as consequências negativas atreladas ao risco sobre seu interesse.⁷⁰⁷ Em artigo escrito sobre o assunto, Sergio Erede aponta que o pagamento desse reembolso abstrai de certos requisitos próprios do dano, especialmente o nexo de causalidade, pois a declaração é prestada ao adquirente, mas o reembolso é normalmente pago à sociedade-alvo.⁷⁰⁸ Já seria difícil, portanto, enxergar um dano propriamente dito decorrente da violação das declarações e garantias, por falta de nexo de causalidade. Mas parece-nos que há outras razões mais fortes para rechaçar a concretização do risco como dano em sentido jurídico.

Como diz Judith Martins-Costa, dano é violação a interesse juridicamente protegido.⁷⁰⁹ Mas a sociedade-alvo não possui interesse protegido pela ordem jurídica a girar suas atividades sem despender recursos para cumprir normas ambientais ou pagar em dia suas obrigações trabalhistas, por exemplo. Embora estes sejam riscos normais da atividade empresarial, não são dano em sentido jurídico. A ocorrência de tais eventos não constitui dano sofrido pela sociedade-alvo,⁷¹⁰ mas pode concretizar um risco do negócio, a que o adquirente da participação (ou a própria sociedade-alvo) logrou se proteger por meio da cláusula de declarações e garantias. Portanto não é correto dizer que a ocorrência do

⁷⁰⁶ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1451-1452; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 122-123.

⁷⁰⁷ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 479 e 481-484.

⁷⁰⁸ EREDE, Sergio. I contenuti tipici dei contratti di compravendita internazionale di partecipazioni societarie: representations, indemnities, legal opinions. in: DRAETTA, Ugo (org.), Compravendite internazionali di partecipazioni societarie. Milão: EGEA, 1990, p. 59-60. Também TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 492-493; FREYRIA, Charles. Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 20, 1992, item II, §18.

⁷⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 169-171. De forma um pouco mais ampliativa, Paulo de Tarso Sanseverino entende que o interesse não deve ser apenas aquilo que é tutelado pela ordem jurídica, mas igualmente o interesse não proibido pela ordem jurídica, de forma a englobar também interesses não protegidos por direito subjetivo (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144-145).

⁷¹⁰ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 493; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 320.

risco dispara uma obrigação ulterior de indenizar a sociedade-alvo, mas sim de reembolsar uma quantia incorrida por ela e que estava coberta pela garantia.⁷¹¹

Daí porque esse tipo de reembolso é equiparado à *indemnity* do *common law*,⁷¹² a qual vale a pena aqui recapitular. Na *indemnity*, uma das partes promete proteger a outra de quaisquer perdas oriundas de um conjunto de eventos especificados no contrato, abstraindo da ideia de dano e promovendo o pagamento de uma soma “pound-for-pound” igual ao montante da perda sofrida.⁷¹³ A obrigação de reembolsar é decorrência única e exclusiva de um dado objetivo, que é a ocorrência do fato coberto pela *indemnity*. A essência da cláusula de *indemnity*, portanto, é a “proteção exata” (*exact protection*) contra a perda, desde que limitada ao escopo restrito de perdas ressarcíveis decorrentes dos eventos garantidos pela *indemnity* (*scope of indemnity*).⁷¹⁴ Ou seja, deve haver nexo de causalidade entre a perda sofrida e o evento coberto pela *indemnity*.

A *indemnity* do *common law*, que vem quase sempre atrelada à cláusula de declarações e garantias, pode ser traduzida para o direito brasileiro como uma obrigação ulterior gerada pelo evento coberto na obrigação de garantia de pagar uma soma em dinheiro igual ao montante da perda (não de um dano, pois dano em sentido jurídico não há) sofrida pela sociedade-alvo. Em outras palavras, é como se o garante dissesse: “assumo o risco de ocorrência de qualquer evento que torne falsas as declarações e garantias e, caso tal risco venha a ocorrer, comprometo-me a pagar-te uma soma igual à soma que tiveres de

⁷¹¹ Por sinal, qualquer dano em sentido jurídico ilicitamente causado à sociedade-alvo pode ser cobrado pela sociedade-alvo diretamente do autor do dano, o que tornaria inócua a prestação de uma garantia pelo alienante.

⁷¹² Neste sentido, EREDE, Sergio. I contenuti tipici dei contratti di compravendita internazionale di partecipazioni societarie: representations, indemnities, legal opinions. *in*: DRAETTA, Ugo (org.), *Compravendite internazionali di partecipazioni societarie*. Milão: EGEEA, 1990, p. 58-60; VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 173-174. Opinião diferente e isolada é a de Kerstin Hanke e Oliver Socher, para quem as *indemnities* cobrem apenas riscos previamente conhecidos pelo adquirente, ao passo que as declarações e garantias cobririam riscos desconhecidos (HANKE, Kerstin; SOCHER, Oliver. *Fachbegriffe aus M&A und Corporate Finance: die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags*. *Neue juristische Wochenschrift*, 2010, p. 1576). A opinião dos autores, porém, não encontra amparo na experiência prática, visto que para riscos conhecidos normalmente se estipula uma *sandbagging provision*.

⁷¹³ COURTNEY, Wayne. *Contractual indemnities*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 3; MCMEEL, Gerard. *The construction of contracts: interpretation, implication and rectification*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 563; VON BISMARCK, Nilufer. *Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom*. Zuidpoolingel: Wolters Kluwer, 2013, p. 40.

⁷¹⁴ COURTNEY, Wayne. *Contractual indemnities*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 7-8.

desembolsar para colocar a sociedade-alvo na situação em que estaria se as declarações e garantias fossem verdadeiras desde o início”.⁷¹⁵⁻⁷¹⁶

Isso não significa necessariamente que a sociedade-alvo tenha de desembolsar os valores para só então poder cobrar do garante. A obrigação ulterior pode desdobrar-se em vários níveis, obrigando a uma prestação diversa em cada nível. Por exemplo: surgida uma ação trabalhista com fato gerador anterior à aquisição da participação societária, podem as partes prever que o alienante terá a obrigação de assumir os custos da defesa do processo;⁷¹⁷ condenada a sociedade-alvo na ação trabalhista, o contrato pode determinar que o alienante adiante os valores para fazer frente à condenação;⁷¹⁸ se a sociedade-alvo pagar o valor da condenação, estará o garante obrigado a reembolsar o valor despendido. Ou seja, a obrigação ulterior tanto pode ser de reembolso de custos quanto de adiantamento de despesas. Mas todos esses níveis da obrigação ulterior guardam entre si o traço comum de que o garante apenas reembolsa perdas sofridas ou a sofrer pela sociedade-alvo.

Neste sentido, deve-se mencionar a distinção no direito norte-americano entre o *duty to indemnify* e o *duty to defend*. O dever de defender não se restringe a pagar uma determinada soma em dinheiro, mas pode impor a obrigação de providenciar a defesa do garantido contra uma demanda. A defesa independe de a parte garantida ser perdedora na demanda ou efetivamente ter de pagar alguma soma ao terceiro. Por isso, a obrigação de

⁷¹⁵ Anne Galia-Beauchesne explica que tal solução é preferível ao pagamento da soma *pro-rata* à parcela da participação societária adquirida, pois efetivamente recoloca às partes os valores que estas teriam no momento da alienação das ações ou quotas (GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d’actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 39-40).

⁷¹⁶ Hausmann e Torre referem que o pagamento embasado em uma garantia de passif não precisa estar necessariamente atrelada a cifras contábeis da perda e pode ser aplicada mesmo sem ter por abse uma situação contábil de referência (HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d’entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 33).

⁷¹⁷ TRÉBULLE, François Guy. Cession de droits sociaux: mise en oeuvre d’une convention de garantie de passif environnemental. *La semaine juridique (entreprise et affaires)*, n. 9, 3 de março de 2005, p. 360 e ss. avalia que, caso o cessionário da participação deixe de informar ao cedente o ajuizamento de ação contra a sociedade-alvo superveniente à celebração do negócio fica privado da proteção contratual por ter impedido o cedente de fazer valer seus argumentos em tal ação. No mesmo sentido se posicionam: NOTTÉ, Gérard. Les clauses dites “de garantie de passif” dans les cessions de droits sociaux. *La semaine juridique (édition générale)*, n. 22, 1985, n. 3193, item 23; ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l’environnement*, n. 3, 1996, p. 312-313; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d’entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 123-124 (sem, porém, precisar qual seria a consequência de tal descumprimento ao dever de agir conforme à boa-fé na fase de execução do contrato). Contra: MOUSSERON, Pierre. L’obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item II.B.1 e II.B.2, para quem a falha informação sobre o ajuizamento de uma ação posterior à aquisição da participação apenas autoriza o alienante a exigir reparação dos prejuízos sofridos.

⁷¹⁸ GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d’actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 38.

defesa pode ser até mais ampla que a obrigação de pagar a soma garantida.⁷¹⁹ Em nossa opinião, a obrigação de defesa parece assemelhar-se mais à sanção específica do risco, ou seja, impedir que este ocorra, do que propriamente ao pagamento de uma soma garantida – o que também é possível ser pactuado pelas partes.

Por isso, é imprescindível que as partes definam em contrato quais consequências negativas merecem reembolso pelo garante. São inúmeras as consequências passíveis de serem desencadeadas por um evento determinado. Desde despesas com reparação do evento negativo, honorários de advogados, contadores, peritos, perdas de faturamento, taxas e emolumentos, custo de oportunidade, custos indiretos e por ricochete *etc.* Na tarefa de definir o que deve estar englobado na obrigação de pagar a soma garantida não socorre o recurso ao conceito de dano, nem mesmo por analogia, pois a sociedade-alvo não sofre dano algum com a concretização do risco. Cabe às partes delimitar com precisão em contrato qual o espectro de perdas abarcadas na obrigação ulterior de reembolso. Na ausência de definição contratual, caberá ao julgador recorrer aos usos do meio para integrar a regulação contratual.

No caso *Posto Alto da Serra*,⁷²⁰ o Tribunal de Justiça de São Paulo viu-se confrontado com uma cláusula em que os alienantes da participação societária genericamente assumiram responsabilidade por todos os passivos trabalhistas anteriores à data da cessão da participação societária. O tribunal corretamente assentou que “*a disposição lançada no instrumento contratual tão somente consubstancia uma convenção privada e tem o escopo de ressarcir a diminuição patrimonial então experimentada pela pessoa jurídica*”, deixando claro o alcance da obrigação dos alienantes, que interpretamos como de garantia. O remédio encontrado foi o ressarcimento do valor dos débitos trabalhistas à sociedade objeto da venda.

Questão que com frequência surge em litígios é a divisão de responsabilidade entre as partes quando o fato violador das declarações e garantias é anterior à celebração do contrato e persiste após o negócio. Normalmente a solução será atribuir responsabilidade ao alienante por todas as consequências negativas surgidas proporcionalmente ao período

⁷¹⁹ YOUNGBLOOD JR., D. Hull; FLOCOS, Peter N. Drafting and enforcing complex indemnification provisions. *The practical lawyer*, ago./2010, p. 28-29.

⁷²⁰ TJSP, apelação cível n.0000111-94.2009.8.26.0025, Rel. Des. Helio Faria, j. 30.1.2013.

anterior ao negócio, e, ao adquirente, o período posterior.⁷²¹ Mas há alguns fatos geradores que são anteriores ao negócio e precisam de tempo para serem regularizados após a aquisição das ações ou quotas. Tome-se por exemplo o alienante que declara que a sociedade-alvo não possui parcerias ou participação em outras sociedades, vindo-se depois a descobrir que participava em uma sociedade em conta de participação que absorvia parte de seus lucros em determinado ramo de atividade. A sociedade em conta de participação provavelmente não será descoberta logo no primeiro dia em que o adquirente estiver no comando da sociedade e tampouco será desfeita já no primeiro dia. Nesses casos parece-nos que o mais correto é alocar a responsabilidade entre as partes não a partir do dia em que a transferência da participação societária se consuma, mas a partir de um prazo razoável para sanar essa violação às declarações e garantias. O mesmo vale para fatos que não se prolongam para além do dia da transferência da participação, mas cujas consequências se prolongam no tempo.

4.3.6. Consequências em espécie da falsidade de declarações e garantias: redução do preço

Outra obrigação ulterior passível de ser pactuada pelas partes é a redução do preço por violação de declarações e garantias, uma espécie de adaptação do contrato que tenha impacto sobre o preço. Normalmente a redução de preço ocorre através da dedução de um percentual do valor em que foi avaliado o negócio, ou então é levantado um balanço de verificação da situação patrimonial da sociedade-alvo para embasar o recálculo de valor da participação societária.⁷²² Na redução de preço, o defeito identificado na sociedade-alvo não se reflete por inteiro sobre o valor da empresa, mas apenas proporcionalmente à participação adquirida.⁷²³ E apenas aqueles elementos que não tenham sido considerados

⁷²¹ Embora a solução não seja totalmente satisfatória, pois algumas obrigações duradouras ou de execução continuada podem ser inadimplidas em momentos bastante pontuais no tempo, como lembra MOUSSERON, Pierre. *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 306.

⁷²² VOSS, Stefan Friedrich. *Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen*. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 165 (embora o autor aceite mais adiante às pgs. 166-168 que a indenização por descumprimento possa ser considerada uma redução do preço, tendo em vista produzir o mesmo efeito econômico, com o que não se deve concordar, pois os regimes jurídicos são diversos).

⁷²³ HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. *Cessions d'entreprises: les garanties de passif*. Négociations et rédaction des conventions de garantie. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 56.

no balanço que serve de base à formação do preço original podem justificar uma redução do preço.⁷²⁴

Para viabilizar esta obrigação ulterior, é recomendável que as próprias partes disciplinem em contrato a fórmula de cálculo da redução de preço,⁷²⁵ que pode não ser necessariamente a mesma fórmula usada para calcular o preço original. Se as partes nada dispuserem, deve-se interpretar a vontade das partes como querendo seguir os mesmos critérios de cálculo do preço original. Se as partes não definem em contrato nenhum critério de cálculo ou de redução do preço, deve o julgador integrar o contrato com a fórmula de cálculo e critérios usualmente tomados em conta em operações congêneres.⁷²⁶

Quid juris se as partes abdicam por completo de utilizar uma fórmula para calcular o preço ou sequer chegam a fazer uma avaliação técnica do valor da participação societária? Este tipo de situação costuma ocorrer em negócio de pequena monta, como compra de bares, cafés, lojas de informática e alienação feitas por meio de classificados de jornal.⁷²⁷ Em situações tais, em que o valor do negócio é atribuído de forma altamente subjetiva e atécnica, é difícil recorrer à vontade das partes ou aos usos do meio para definir-se uma fórmula de recálculo do preço. À falta de solução melhor, e de forma subsidiária, pensamos que o reajuste do preço deva ser feito segundo o critério do patrimônio líquido da sociedade-alvo e de forma proporcional à redução do patrimônio líquido ocasionada pela falsidade das declarações e garantias. Tal opção se justifica pela obrigatoriedade de levantamento anual do patrimônio líquido da sociedade em balanço patrimonial (CC, art. 1.020; LSA, art. 178, §1º), cuja aprovação é vinculativa para os sócios. A fórmula aqui proposta pode ser assim descrita:⁷²⁸

⁷²⁴ BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; *Der Unternehmenskauf*. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 572; TRÉBULLE, François Guy. Cession de droits sociaux: mise en oeuvre d'une convention de garantie de passif environnemental. *La semaine juridique entreprise et affaires*, n. 9, 3 de março de 2005, p. 360 e ss. (afirmando que a efetiva consideração de passivos ambientais no preço de aquisição obsta o recurso à cláusula de redução de preço).

⁷²⁵ HILGARD, Mark. Berechnung des Schadens bei Verletzung von Garantien eines Unternehmenskaufvertrages. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n. 41, 2005, p. 1820-1821.

⁷²⁶ O recurso aos usos do meio para identificar o critério de avaliação do preço é defendido por Judith Martins-Costa em MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos tribunais*, vol. 923, set./2012, p. 137.

⁷²⁷ Os exemplos foram retirados da jurisprudência nacional, que será abordada com maiores detalhes nos capítulos de erro e dolo.

⁷²⁸ A fórmula é sugerida na doutrina estrangeira por VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 165. Na doutrina brasileira, essa fórmula é sugerida por Pontes de Miranda para calcular a redução

$$\frac{\text{Valor reduzido}}{\text{Valor original}} = \frac{\text{Patrimônio líquido considerando a falsidade das declarações e garantias}}{\text{Patrimônio líquido sem a falsidade das declarações e garantias}}$$

Em qualquer caso, não se deve confundir a redução do preço com o pagamento da soma garantida. A soma garantida é uma soma devida para eliminar o risco em uma relação “pound-for-pound”: para cada centavo gasto com a eliminação do risco, o garante restitui o mesmo centavo ao beneficiário da garantia. A soma garantida não está necessariamente limitada ao preço do negócio.⁷²⁹ Se uma contingência ambiental demandar muito mais para ser tratada do que o próprio valor do negócio, a obrigação de pagar a soma garantida não é afetada e o garante segue obrigado ao pagamento integral do quanto for gasto para eliminar o risco, reproduzindo o estado em que estaria a sociedade-alvo se as declarações e garantias fossem verdadeiras. Na obrigação de reajustar o preço, o próprio preço funciona como teto.⁷³⁰ As partes devem avaliar quanto realmente vale a participação societária transacionada, considerando as violações às declarações e garantias. Mas a participação nunca pode valer menos de zero, o que equivaleria ao vendedor pagar para o comprador levar a participação societária, desvirtuando a própria compra e venda. Com um mecanismo de reajuste de preço, o alienante jamais poderá ser obrigado a devolver mais do que recebeu pela participação societária.

Outra diferença importante entre a redução de preço e o pagamento da soma garantida é que este último não guarda relação alguma com o preço de aquisição. A soma garantida visa recuperar o que precisa ser gasto para recriar o estado em que as declarações e garantias sejam verdadeiras, independentemente de uma avaliação de valor das ações ou quotas. Já na redução do preço, a inconsistência do patrimônio ou da atividade da sociedade-alvo deve “ser passada” pela fórmula de cálculo do preço e por uma análise

do preço no regime de vícios redibitórios e evicção (PONTES DE MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 419-420).

⁷²⁹ PAILLUSSEAU, Jean. Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de controle. *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n. 6, 2002, item 1.3

⁷³⁰ PAILLUSSEAU, Jean. Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de controle. *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n. 6, 2002, item 2.6; FREYRIA, Charles. Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 20, 1992, item II, §17; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d’entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 46 e 48. Contra: BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 572.

técnica de valor da participação societária. Gronstedt e Jörgens referem que existe uma diferença substancial entre redução do preço e reposição do bem da sociedade ou sanção da inconsistência patrimonial. A sanção da inconsistência patrimonial independe da lucratividade da sociedade ou do seu valor; o que deve ser prestado é o bem em si, como a substituição do bem defeituoso. Situação diversa é o impacto que tal bem pode ter no preço de aquisição. Quando é possível identificar o impacto do defeito no valor do contrato, de regra a inconsistência patrimonial se reflete apenas parcialmente no valor da empresa e sempre proporcionalmente à participação adquirida,⁷³¹ mas normalmente não reflete o valor integral do bem ou do vício da atividade da sociedade. Os mesmos autores arrematam que “*esta dependência da responsabilidade por elementos individuais da empresa à sua relevância para a lucratividade da empresa é a consequência correta da circunstância de que a compra de uma empresa não é senão a compra de um conjunto de bens patrimoniais*” (tradução livre).⁷³² Portanto, a redução de preço dificilmente resultará em ressarcimento completo ao adquirente da participação societária, diferente do que ocorre no pagamento da soma garantida.

4.3.7. Consequências em espécie da falsidade de declarações e garantias: desfazimento do negócio

Nada obsta a que as partes pactuem o desfazimento do negócio como consequência da concretização do risco garantido. Ao adquirente surge o direito potestativo de desfazer o negócio ou manter o contrato e exigir outros remédios nele previstos. Tal estipulação é aplicada aos casos em que a concretização de um risco específico é tão grave a ponto de não poder ser adequadamente tutelada por outros meios,⁷³³ ou a ponto de retirar todo o

⁷³¹ GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 61; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 247. De forma semelhante, falando embora de indenização por descumprimento de declarações e garantias e não de redução do preço, WÄCHTER, Gerhard H. Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1275.

⁷³² GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 61: “*Diese Abhängigkeit der Haftung für einzelne Bestandteile des Unternehmens von deren Bedeutung für den Ertragswert des Unternehmens war die zutreffende Konsequenz aus dem Umstand, dass es sich beim Unternehmenskauf um den Kauf einer Gesamtheit unterschiedlichster Vermögenswerte handelt*”.

⁷³³ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 159-160.

interesse do adquirente na participação societária.⁷³⁴ Imagine-se o caso em que se adquire a totalidade das ações de uma sociedade para explorar uma patente por ela detida, advindo após a operação uma ação de nulidade de patente que retira todo o interesse do adquirente na sociedade, sendo impossível recomprar a patente.⁷³⁵

Note-se que não falamos em resolução contratual por concretização do risco coberto nas declarações e garantias, mas sim em desfazimento do negócio. A resolução é direito potestativo que nasce para o credor em caso de inadimplemento do contrato pelo devedor.⁷³⁶ Como a concretização do risco garantido não é tecnicamente inadimplemento contratual, não se pode falar de resolução, mas apenas em desfazimento do negócio determinado pela vontade das partes. A principal diferença entre as hipóteses é que no desfazimento as partes são restituídas ao estado anterior, enquanto na resolução, além da restituição ao *statu quo ante*, a parte inadimplente ainda se responsabiliza por perdas e danos (CC, art. 389).

A questão mais tormentosa em sede de desfazimento do negócio é a virtual impossibilidade de restituir o alienante ao estado em que anteriormente se encontrava, pois, no lapso de tempo entre a transferência das ações ou quotas e a sua restituição, pode o adquirente implementar modificações na estrutura societária, novas medidas de gestão, planos de negócios *etc.* No momento da restituição da participação societária, a sociedade-alvo já não terá mais as mesmas características, de modo que a restituição sempre será imperfeita – razão pela qual a doutrina alemã chega mesmo a negar a possibilidade de desfazimento do negócio envolvendo participações societárias (vide com maiores detalhes Parte II *infra*, n. 5.3.3).⁷³⁷ Mas não cremos que isso deva afastar a possibilidade de desfazimento do negócio.

Se as partes pactuam em contrato a possibilidade de desfazer o negócio, é porque têm consciência dos riscos envolvidos, o que, em princípio, inclui o risco de suportar

⁷³⁴ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 482-483; BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 569.

⁷³⁵ O exemplo é dado por AMBROSINI, Stefano. Trasferimento di partecipazioni azionarie, clausole de *indemnity* e contratto per persona da nominare. *in*: Contratto e impresa, ano 12, n. 3, 1996, p. 911.

⁷³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 323, nota de rodapé n. 250.

⁷³⁷ Veja-se, por exemplo, GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 62, para quem a devolução da empresa seria inadmissível em tal situação, cabendo apenas compensação financeira entre as partes.

modificações introduzidas na empresa pelo adquirente enquanto esteve na condução da mesma. Mas é preciso identificar até que ponto o risco foi assumido pelo alienante. O ideal seria as partes disciplinarem em contrato as condições mínimas em que deve se encontrar a sociedade-alvo para que o alienante seja obrigado a recebê-la de volta. Podem disciplinar, por exemplo, que o desfazimento do negócio estará disponível desde que não sejam extintos determinados contratos com clientes ou fornecedores relevantes, ou que alguns funcionários-chave não tenham deixado a empresa *etc.* ou podem ainda disciplinar um mecanismo de compensação financeira por conta de tais mudanças.

Na ausência de tal estipulação, parece-nos que o adquirente só pode exercer o direito potestativo de desfazer o negócio dentro dos limites do art. 187 do Código Civil.⁷³⁸ A introdução de mudanças na estrutura societária é compatível com o desfazimento do negócio, desde que sua imposição ao alienante garante não atente contra a função econômica, a boa-fé ou os bons costumes. Esta parece-nos ser uma solução capaz de preservar ao máximo a vontade das partes sem impor sacrifícios inauditos ao alienante da participação societária.

4.3.8. Conseqüências em espécie da falsidade de declarações e garantias: sanção *in natura* do risco

Uma quarta forma, embora não muito corriqueira,⁷³⁹ de o garantidor eliminar o risco que pesa sobre o adquirente das ações ou quotas é assumir a obrigação de sanar o risco *in natura*, reparando ou desfazendo o fato que o concretizou.⁷⁴⁰ O garante pode assumir a obrigação ulterior de substituir uma máquina defeituosa, por exemplo, ou de recomprar uma marca adjudicada a terceiro em processo judicial.

⁷³⁸ Com formulação diversa, mas próxima da defendida no texto, Beisel e Klumpp entendem que medidas ordinárias de gestão não alteram a identidade da sociedade-alvo, permitindo a restituição (BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; *Der Unternehmenskauf*. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 570).

⁷³⁹ Wächter alega que tal remédio é normalmente estipulado pelas partes como preferencial em relação à indenização nas declarações e garantias típicas dos contratos de aquisição de empresas e participação, embora não caiba falar-se em cumprimento específico (*Naturalherstellung*) quando as próprias partes preveem a indenização como único remédio (WÄCHTER, Gerhard H. *Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien*. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1273-1274). Embora a afirmação possa ser verdadeira na *praxis* alemã, o mesmo não se verifica nas operações realizadas no Brasil.

⁷⁴⁰ Nesse sentido, embora não fale propriamente de uma obrigação de garantia, WÄCHTER, Gerhard H. *Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien*. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1273. Para o autor, o vendedor deve garantir ao comprador a situação retratada no balanço, recriando-a de forma específica (*Naturalherstellung*).

A hipótese não traz maiores problemas do ponto de vista dogmático, e vem sendo acolhida em sede de alienação de participação societária na Alemanha posteriormente à reforma de 2002, a qual introduziu no regime dos vícios redibitórios os remédios comuns do inadimplemento contratual, entre eles o cumprimento específico da obrigação.⁷⁴¹

4.3.9. Desnecessidade da classificação *legal warranties* e *business warranties*

Vimos que uma parte da doutrina italiana diferencia a natureza jurídica das declarações e garantias segundo estas recaiam sobre as próprias ações ou quotas (*legal warranties*) ou sobre o patrimônio e atividade da sociedade-alvo (*business warranties*). Neste último caso, a doutrina tem se posicionado pela qualificação como obrigação de garantia; já no primeiro caso, entende-se que as declarações e garantias seriam, em essência, uma repetição do regime de vícios redibitórios e de direito.⁷⁴² Embora a distinção tenha logrado razoável sucesso na doutrina italiana, não nos parece que deva gozar da mesma fortuna no direito brasileiro.

É verdade que as *legal warranties* outorgam garantia contra riscos que, via de regra, já são cobertos ordinariamente no regime de vícios do objeto e do direito, regulado no art. 441 e ss. do Código Civil, e que estes poderiam ser facilmente aplicados quando incidem sobre o objeto imediato do negócio (a participação societária). Não é este o momento adequado para discorrer sobre a natureza jurídica dos vícios redibitórios e evicção (vícios de direito), mas convém salientar que, independentemente de sua natureza, o regime criado pelas declarações e garantias diverge sensivelmente do regime de vícios, do objeto ou do direito.

Por meio de declarações e garantias as partes em uma alienação de participação societária costumam estipular beneficiários que vão muito além do adquirente, podendo incluir a própria sociedade-alvo ou mesmo terceiros. O garantidor tampouco será sempre o alienante das ações ou quotas, muitas vezes figurando terceiros do mesmo grupo econômico do alienante para prestar a garantia. Os prazos dentro dos quais o garantidor responde pela veracidade das declarações e garantias muito divergem do prazo do regime de vícios redibitórios, que é de decadência, e, na evicção, o prazo é prescricional (como indica o CC, art. 199, inc. III). Muitas vezes as declarações e garantias, embora recaiam

⁷⁴¹ BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 568.

⁷⁴² Parte III *supra*, n. 1.4.

sobre a própria participação societária, não se identificam com o conceito de vício redibitório, para o que seria necessário afetar a finalidade a que se destina a coisa ou diminuir seu valor.

Além disso, na obrigação de garantia criada pelo contrato, as partes definem com precisão quais os tipos de prejuízo pelos quais o garantidor se responsabiliza, inclusive por itens que podem não configurar dano em sentido jurídico, limitando (ou ampliando) o espectro de responsabilidade do garantidor. A rigor, os remédios jurídicos atribuídos ao credor da garantia não necessitam coincidir com os remédios previstos no capítulo de vícios e evicção, podendo até mesmo excluir a resolução do contrato ou incluir a sanção específica do risco.

Por todas essas razões, entendemos que não faria sentido obrigar as partes a se movimentar apenas dentro da regulação de vícios redibitórios e vícios de direito para disciplinar a garantia por violação a declarações e garantias pesante sobre as próprias ações ou quotas. Seria até mesmo mais difícil adaptar o regime legal às necessidades do caso concreto, do que simplesmente criar um regime inteiramente novo, sobre o qual as partes possuem total controle. É inclusive comum estipular que os únicos remédios cabíveis são aqueles disciplinados em contrato, o que já exclui os vícios do objeto e do direito.

Por todas estas razões, embora não seja vedado às partes deixar suas relações regularem-se pelo regime da lei, entendemos que as *legal warranties* configuram um regime jurídico inteiramente diverso, com pressupostos e consequências próprias, passível de ser enquadrado na obrigação de garantia, e não nos regimes de vícios do objeto e do direito.

5. A qualificação das declarações e garantias como obrigação de dar

5.1. Proposição

As partes podem utilizar a cláusula de declarações e garantias em sua função conformativa como forma de especificar as qualidades da participação societária que são devidas pelo alienante. A presença de tais qualidades prometidas deixa, assim, de ser uma obrigação distinta da obrigação de dar a participação societária, mas nela se funde, qualificando-a. O alienante da participação passa a ser devedor de entregar a participação societária dotada de certas qualidades, as quais podiam até ser irrelevantes ao objeto do

contrato antes da pactuação das declarações e garantias, mas, com elas, passam a ser, na relação entre as partes, qualidades da própria participação societária.

A entrega da participação societária desprovida das qualidades prometidas nas declarações e garantias configura inadimplemento contratual. A princípio, inexistindo renúncia expressa pelas partes aos remédios previstos em lei para o inadimplemento, devem ser aplicados os remédios clássicos do inadimplemento: cumprimento específico, indenização e resolução do contrato. Todos estes remédios, porém, devem ser compreendidos dentro de um campo de aplicação próprio que lhes é determinado pelas peculiaridades da participação societária.

5.2. As declarações e garantias como obrigação dar no direito brasileiro

A transferência das ações ou quotas ao adquirente é uma cessão de posição contratual. Trata-se de um contrato que tem por objeto outro contrato, ou um negócio que tem outro negócio como objeto.⁷⁴³ O objeto da cessão, portanto, é a posição detida pelo cedente no contrato de sociedade, englobando todos os seus direitos e deveres ali titulados. Esse conjunto de direitos e deveres, por sua vez, apenas indiretamente refere-se aos bens e à atividade social, já que a participação societária não confere ao seu titular quaisquer direitos sobre o patrimônio ou sobre as vicissitudes da sociedade. No entanto, embora haja uma longa distância entre a posição do cedente dentro do contrato social e tais características da sociedade, não se pode negar que estas exercem influência determinante na avaliação do negócio.

As características sociais não passam do campo dos motivos subjetivos das partes enquanto não são prometidas em contrato (Parte II *supra*, n. 1). Nada obsta, porém, que as partes, exercendo sua autonomia privada, elevem os motivos a elementos do próprio negócio jurídico, atendendo ao que Pontes de Miranda chama o princípio da inseribilidade dos motivos.⁷⁴⁴ Com isso, as características do patrimônio e atividades da sociedade-alvo passam a integrar a própria prestação devida pelo alienante que oferece declarações e

⁷⁴³ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Cessão da posição contratual. *in*: coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Atlas, 2007, p. 44.

⁷⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Geral. Tomo III: negócios jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163-164.

garantias. Daí porque não nos espanta a persistente negativa no direito estrangeiro em atribuir qualquer proteção ao adquirente quando ausentes garantias específicas.⁷⁴⁵

Colocando-se contra este posicionamento, Andrea Tina nega que as partes possam elevar as características do patrimônio social ou da atividade da sociedade-alvo ao nível de qualidades prometidas das ações ou quotas. Segundo o autor, a vontade das partes não tem o poder de atribuir ao objeto do negócio uma qualidade que este já não possua em plano pré-jurídico, razão pela qual entende que as declarações e garantias apenas podem assumir a natureza jurídica de uma obrigação de garantia, apartada da obrigação de entrega da participação societária.⁷⁴⁶ Em que pese a opinião do autor, entendemos que esta solução não atende à variabilidade de formas com que os motivos do negócio podem ser inseridos no seu conteúdo por obra da vontade das partes.

É pacificamente aceita, por exemplo, a entrada dos motivos como condição suspensiva do negócio para adequar a disciplina negocial a um interesse externo comum às partes, relacionado à futuridade e à incerteza de determinado evento.⁷⁴⁷ Por que não poderiam os motivos integrar também a disciplina negocial na qualidade de especificação do conteúdo da prestação devida? Francisco Paulo de Crescenzo Marino, falando especificamente do fim do negócio jurídico, define o fim do negócio como os motivos subjetivos que são englobados em promessas contratuais de uma parte à outra.⁷⁴⁸ Admitese, portanto, que os motivos venham a entrar para a regulação objetiva das promessas contratuais. Por que não poderia ocorrer o mesmo com as características da sociedade-alvo? Tudo depende de saber se tais características eram suficientemente relevantes a ponto de as partes subtraírem-nas do campo dos motivos para conferir-lhes tutela contratual, como se qualidades da própria participação societária fossem.

Desta forma, as declarações e garantias enquanto qualidades prometidas das ações ou quotas definem o próprio conteúdo da prestação devida. O alienante se obriga não só a

⁷⁴⁵ Afirmando que o adquirente não dispõe de nenhuma tutela jurídica na ausência de declarações e garantias senão dentro de limites bem estreitos, por exemplo, na Itália TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 278-279 e, na França, LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4ª ed. Montchrestien, 2011, p. 352-354.

⁷⁴⁶ TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 298 e ss.

⁷⁴⁷ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 35-37; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 171; ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do código civil brasileiro*. Vol. 3. Parte 2. Rio de Janeiro: Jachinto Ribeiro dos Santos, 1926, p. 42.

⁷⁴⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127-131.

transferir a posição contratual detida na sociedade, mas a transferir a posição qualificada pelas afirmações constantes da cláusula de declarações e garantias.⁷⁴⁹⁻⁷⁵⁰ Mas aqui, diferente da situação em que as declarações e garantias configuram uma obrigação de garantia, o alienante assume apenas uma obrigação, que é a obrigação de dar a participação societária qualificada por tais atributos. Na sua função conformativa, a cláusula de declarações e garantias assume a natureza jurídica de obrigação primária do alienante de entregar a participação societária referente a uma sociedade com determinadas características especificadas no contrato.⁷⁵¹ As características da sociedade-alvo que são ali declaradas somam-se à própria identidade das ações ou quotas para definir o “quê” e o “como” da prestação.

Na doutrina nacional, Mariana Mendes-Medeiros trata a falsidade das declarações e garantias como hipótese de inadimplemento contratual.⁷⁵² Na opinião da autora, *“partindo-se da premissa de que as declarações e garantias são garantias contratuais, sua violação autoriza a ação por inadimplemento”*.⁷⁵³ Embora concordemos que as partes tenham a possibilidade de formatar as declarações e garantias como uma obrigação de entregar a coisa dotada de certas qualidades, cuja violação sujeita o declarante ao regime do inadimplemento, a análise de Mariana Mendes-Medeiros parece-nos incompleta, pois não aborda as demais possibilidades que se abrem às partes.

⁷⁴⁹ “Wenn die Parteien vereinbaren, dass die Leistungspflicht sich beim Anteilskauf auf bestimmte Beschaffenheiten des Unternehmens beziehen soll, kann dies haftungsrechtlich nicht ohne Belang sein” (KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 237). Em tradução livre: “quando as partes estipulam que o dever de prestar na compra de participação societária se relaciona a determinadas características da empresa, isso não é desimportante”.

⁷⁵⁰ Embora deva-se concordar com Rita Rolli, no sentido de que nem só declarações e garantias se prestam a fazer das características do patrimônio social uma qualidade prometida das ações ou quotas, cf. ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum? Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 228-229.

⁷⁵¹ Neste sentido, Gronsted e Jörgens afirmam “*Sie dienen nicht nur zur Festlegung der sekundären Haftung, sondern auch zur Konkretisierung der primären Leistungspflicht überhaupt*” (Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 56), em tradução livre: “elas servem não só à definição da responsabilidade contratual secundária, mas também e principalmente à concretização dos deveres primários de prestação”. PONTAVICE, Emmanuel du. Note Cass. Com. 3 avril 1979. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 727 afirma que o patrimônio social não pode ser, em princípio tutelado pelo regime de vícios, salvo se for intenção comum das partes tratar o negócio como uma venda do próprio estabelecimento, deixando aberta a porta para que as partes considerem as características do patrimônio social como o próprio objeto da aquisição.

⁷⁵² MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 233-251.

⁷⁵³ MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 236.

Na mesma senda, Guilherme Döring Cunha Pereira afirma que as declarações do alienante devem ser qualificadas como qualidades prometidas, cuja inserção no contrato permitiria identificar o adimplemento satisfatório, mas também a existência de erro essencial e vícios redibitórios.⁷⁵⁴ Concordamos com Guilherme Döring Cunha Pereira que as declarações e garantias possam definir certas qualidades da sociedade-alvo, que passam ao nível de qualidades das próprias ações ou quotas, fazendo incidir o regime do inadimplemento contratual. Mas não só nisso se esgota sua funcionalidade, pois o autor deixa de fora a função assecuratória das declarações e garantias.

A essa mesma conclusão chega Arnaldo Wald em estudo dedicado ao assunto, embora não adentre o mérito da função conformativa e a passagem dos motivos ao conteúdo do negócio. Para o autor:

“tais disposições [as declarações e garantias], uma vez inseridas no contrato fazem parte do conjunto indissociável de direitos e obrigações que compõem o negócio jurídico celebrado entre as partes, e cujo adimplemento deve ser por ela assegurado. A violação de qualquer delas gera, portanto, no direito brasileiro, as mesmas consequências do inadimplemento das demais cláusulas contratuais”.⁷⁵⁵

Em todos os casos, deve-se observar que o simples fornecimento de informação não deve ser tomado, por si só, como fato desencadeador de responsabilidade contratual.⁷⁵⁶ O simples fornecer um documento durante a fase de *due diligence* pode tornar o alienante responsável pela falsidade da informação segundo o regime da responsabilidade pré-contratual, mas para que essa responsabilidade passe a ser contratual é preciso um plus: o alienante deve ter assumido a promessa contratual de entregar a participação societária com determinada característica.

O fato de as declarações e garantias especificarem o conteúdo da obrigação de dar não deve ser confundido com o conceito de obrigação de dar coisa certa e de dar coisa incerta. Na obrigação de dar coisa certa, há um corpo certo e determinado, individuado de forma insuscetível de confusão com outro qualquer. A coisa é específica.⁷⁵⁷ Ao passo que

⁷⁵⁴ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 105.

⁷⁵⁵ WALD, Arnaldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, 2014, n. 949, p. 101.

⁷⁵⁶ Neste sentido, veja-se HIDDEMAN, Hans-Joachim. *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung*. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 445. Hartung admite também a possibilidade de que uma informação prestada em uma cláusula contratual passe a ser conteúdo da própria obrigação (HARTUNG, Manfred. *Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf*. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 1999, p. 526).

⁷⁵⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Vol. II: obrigações em geral. 6ª ed. rev. e atual.

na obrigação de dar coisa incerta a indicação da coisa é genérica, indicada apenas pelo seu gênero e quantidade; falta a indicação dos caracteres individuais da coisa, mas a sua determinabilidade permanece possível em vista do gênero e da quantidade.⁷⁵⁸ Assim, é possível que a transferência da participação societária seja obrigação de dar coisa certa quando se definem em contrato os números de séries das ações que serão entregues ou quando o alienante transfere todas as ações ou quotas que possui no capital da sociedade-alvo, pois aqui a posição contratual que é transferida está bem individualizada. Mas a obrigação também poderá ser de dar coisa incerta quando o alienante possui participação maior do que a que está vendendo e as partes deixam de indicar os números de série das ações ou falham em encontrar uma forma de individualizar as quotas que são objeto da transferência. Nesta hipótese cabe ao devedor fazer a escolha das ações ou quotas que serão transferidas.

Mas a promessa de qualidades das ações ou quotas via cláusula de declarações e garantias não guarda relação com a definição de dar uma coisa certa ou incerta. As qualidades prometidas não se destinam a individuar um determinado conjunto de ações e quotas em confronto com outro conjunto de ações ou quotas. Isso ressalta já do fato de que as características do patrimônio e das atividades da sociedade-alvo aplicam-se a todas as ações ou quotas emitidas pela sociedade-alvo, independentemente do seu número de série. Apenas residualmente quanto às declarações e garantias que recaem sobre a própria participação (*legal warranties*) se poderia interpretá-las no sentido de evitar a entrega de participação que não preencha os caracteres elencados nas declarações e garantias: se o alienante possui ações empenhadas e ações livres e dá uma declaração de que todas as ações estão livres de ônus, é razoável entender que deve entregar as ações livres e não aquelas oneradas. O verdadeiro sentido das declarações e garantias enquanto especificação da obrigação de dar não está em individuar o objeto da prestação devida em confronto com

Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 57-58. No mesmo sentido, GOMES, Orlando. Obrigações. 17ª ed. rev. atual. e aum. por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 49; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a constituição da república. Vol. I: parte geral e obrigações. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 500.

⁷⁵⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Vol. II: obrigações em geral. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 59 e 63-64. No mesmo sentido, GOMES, Orlando. Obrigações. 17ª ed. rev. atual. e aum. por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 49; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a constituição da república. Vol. I: parte geral e obrigações. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 510.

outros objetos, mas sim em definir o conteúdo da obrigação do alienante, como deve prestar, sob quais condições considera-se bom o adimplemento da obrigação.

Resta saber apenas se a especificação de qualidades deve ser subsumida ao regime geral das obrigações contratuais, cujas consequências estão reguladas no art. 389 e ss. do Código Civil, ou aos vícios redibitórios e do direito. Doutrinadores abalizados já defenderam que, no Brasil, as qualidades prometidas deveriam seguir o regime dos vícios redibitórios.⁷⁵⁹ No entanto, à míngua de disposição legal regulando especificamente a promessa de qualidades, entendemos que a questão merece solução diversa.

A promessa de qualidades estava de certa forma regulada na venda de escravos constante dos itens 2 e 4 do Título XVII do Livro IV das Ordenações Filipinas, os quais dispunham que, se o vendedor afirmasse que o escravo não tinha algum vício ou que conhecia alguma arte ou habilidade, poderia o comprador enjeitá-lo ou pedir a redução do preço se tivesse tais vícios ou não possuísse tais habilidades.⁷⁶⁰ Anos mais tarde, no art. 3.611 de seu esboço de código civil, Teixeira de Freitas propôs manter uma regulação específica da matéria no regime de vícios redibitórios, expandindo a promessa de qualidades para outros casos além da compra e venda de escravos.⁷⁶¹ Mas o Esboço de Teixeira de Freitas acabou não sendo aprovado pelo Congresso, e a disposição sobre promessa de qualidades foi excluída do Código Civil de 1916. Exclusão essa que foi mantida no código civil atualmente vigente.

⁷⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 399 e 427. Também o afirma GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 280 (embora não fique claro se o autor entende que a responsabilidade por vícios e evicção seria uma obrigação contratual propriamente dita ou uma obrigação à parte).

⁷⁶⁰ Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XVII, Item 2: “*se o escravo tiver algum vício do ânimo, não o poderá por isso o comprador enjeitar, salvo se for fugitivo, ou se o vendedor ao tempo da venda afirmasse que o escravo não tinha vício algum certo, assim como se dissesse que não era bêbado, nem ladrão, nem jogador; porque achando-se que ele tinha tal vício ao tempo da venda, o poderá enjeitar o comprador. Porém, ainda que por o escravo ter qualquer vício do ânimo (que não seja de fugitivo), e o vendedor o calar, não possa o comprador enjeitá-lo; poderá, todavia pedir o que menos vale por causa do tal vício, pedindo-o dentro de um ano, contado no modo acima dito*”. Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XVII, Item 4: “*se o vendedor afirmar que o escravo, que vende, sabe alguma arte, ou tem alguma habilidade boa, assim como pintar, esgrimir ou que é cozinheiro, e isto não somente pelo louvar, mas pelo vender por tal, e depois se achar que não sabia tal arte, ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador enjeitá-lo; porém, para que o não possa enjeitar, bastará que o escravo saiba da dita arte, ou tenha a tal habilidade meamente. E não se requer ser consumado nela*”.

⁷⁶¹ Esboço de Código Civil, art. 3.611: “*Sempre que o alienante afirmar positivamente no ontrato que a coisa está isenta de defeitos, ou que tem certas qualidades, entender-se-á que garantiu a não-existência de defeitos, ou a existência das qualidades afirmadas (arts. 3.609, nºs 1 e 2, e 3.610), ainda que ao adquirente fosse possível conhecer o defeito, ou a falta de qualidade. Não estão nesse caso as asserções usuais da boa qualidade das coisas que se vendem*”.

Em conhecido parecer sobre o assunto, San Tiago Dantas explica que a obrigação de entrega da coisa deve ser necessariamente uma obrigação de entregá-la conforme à declaração de vontades. Desta forma, se o acordo das partes prevê que a coisa deva trazer certas características, certas qualidades, quantidades *etc.*, toda vez que a coisa não corresponder a tais especificações previstas no contrato, tem-se o inadimplemento da obrigação.⁷⁶² A diferença está nos atributos que normalmente são esperados da coisa em vista de seu valor e de sua função e os atributos que são esperados em vista da convenção das partes. Vale citar as palavras do autor, parafraseando Gino Gorla:

Salienta o professor de Modena que os atributos de uma coisa, a respeito da qual se ajusta um contrato ou entram no âmbito da normalidade, isto é, no rol do que é lícito esperar da coisa à vista do valor estimado e da sua finalidade, ou são atributos exigidos por um dos contratantes, elevados pelo acordo de vontade ao nível de requisito essencial, à esfera da convencionalidade. A falta de um atributo normal constitui vício redibitório; a falta de um atributo convencional importa na inexecução do contrato.⁷⁶³

A distinção, portanto, é que a falta das qualidades prometidas em contrato diz respeito a um requisito essencial da coisa e atrai o regime do inadimplemento contratual. Já os defeitos ocultos interessam às qualidades normalmente esperadas da coisa em vista da sua função ou de seu valor, atraindo, por conseguinte, o regime de vícios redibitórios. Pode-se concluir que, quando as declarações e garantias assumem a natureza de uma promessa de qualidade da participação societária, a sua falsidade deve ser regulada pela disciplina do inadimplemento contratual – e não pelo regime de vícios redibitórios.

Além disso, submeter a promessa de qualidades da coisa ao regime de vícios redibitórios encontraria obstáculo na própria vontade das partes. Afinal, a responsabilidade por descumprimento contratual segundo os arts. 389 e ss. do código é mais rígida que nos vícios redibitórios, razão pela qual não se vislumbra porque a obrigação contratualmente assumida deveria se subsumir a um regime de responsabilidade mais brando que o da própria responsabilidade contratual.

Senão vejamos: na responsabilidade por inadimplemento, o credor pode exigir o cumprimento específico da obrigação (CC, art. 401, inc. I), remédio não previsto para os vícios redibitórios; o credor de obrigação contratual inadimplida sempre pode exigir a

⁷⁶² DANTAS, San Tiago. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 186-188.

⁷⁶³ DANTAS, San Tiago. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 188.

reparação dos danos sofridos por simples culpa (CC, art. 392), ao passo que nos vícios redibitórios o devedor só restitui o preço recebido e as despesas do contrato, e indeniza apenas quando tenha conhecimento prévio do vício (CC, art. 443), o que praticamente equivale a uma responsabilidade por dolo; os prazos decadenciais são muito mais curtos nos vícios redibitórios (30 dias e um ano para móveis e imóveis, respectivamente – CC, art. 445, *caput*) comparativamente à responsabilidade contratual, cujo prazo prescricional é de 10 anos (CC, art. 205). Apenas a redibição da coisa é mais facilitada no regime de vícios redibitórios, exigindo-se apenas que o uso da coisa para o fim a que se destina seja afetado de modo a torná-la imprópria ao fim ou reduza seu valor (CC, art. 441), ao passo que na resolução por inadimplemento é preciso que a prestação perca utilidade para o credor (CC, art. 395, par.). Portanto, se a vontade das partes é de submeter a falta de determinadas qualidades à responsabilidade contratual, tal vontade deve ser privilegiada para não inutilizar a tutela mais rígida visada pelo credor.

Obviamente não se está aqui a falar de *aliud pro alio*, caso em que a própria identidade da coisa é diversa da prometida e configura não um simples vício, mas inadimplemento total do contrato.⁷⁶⁴

Por tudo quanto exposto, vê-se que é possível às partes estipular que certas características do patrimônio ou da atividade da sociedade-alvo sejam tratadas como qualidades prometidas da própria participação societária, a qual, se entregue desprovida de tais qualidades, sujeita-se ao regime do inadimplemento contratual. Resta analisar agora a estrutura de tal obrigação no contexto de alienação de participação societária.

5.3. A estrutura das declarações e garantias como qualificadoras da obrigação de dar

Na quase totalidade das aquisições conduzidas entre empresas de médio e grande porte, assessoradas por advogados, contadores e intermediadores especializados, as declarações e garantias exercem sua função assecuratória socialmente típica. Apenas em

⁷⁶⁴ Diferenciando também a pretensão ao adimplemento da pretensão por vícios redibitórios com base no critério de identidade da coisa, veja-se COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 120: “[é] preciso, no entanto, atentar que, quando se presta com defeito – por exemplo, com vício redibitório –, a ação que compete não é a de prestação, porque esta já se efetivou, mas a referente ao ‘defeito’ da coisa, no caso, a de redibição; adimpliu-se mal, mas realizou-se o cumprimento. Hipótese diversa é aquela em que A encomenda um quadro de B; este, porém, envia-lhe uma reprodução. Faltou, nesse exemplo, a identidade da prestação com a obrigação. A ação que cabe é a de adimplemento para haver a prestação devida”.

casos residuais e nos negócios entre empresas de pequeno porte é que as declarações e garantias são chamadas a conformar a obrigação das partes.

Um índice de tipo capaz de revelar a função conformativa é a ausência de um prazo de garantia atrelado à falsidade das declarações. Quem assume um risco que pesa sobre o outro contratante não o assume por prazo indefinido; tal como ocorre nas apólices de seguro, a obrigação de garantia é temporalmente limitada a um prazo de vigência. Se as partes não definem prazo dentro do qual aquele que presta as declarações e garantias por elas responde, liberando-se de responsabilidade após o decurso de tal prazo, tem-se um forte indício de que não foi sua intenção tratá-las em sua função assecuratória, mas sim na função conformativa.

Reconhece-se que o STJ já sedimentou o entendimento de que a responsabilidade do empreiteiro de edifícios e construções não está limitada ao prazo de garantia quinquenal do CC, art. 618, para reclamar por vícios de solidez e segurança da obra, podendo o dono da obra, em vez disso, fazer valer pretensão contratual contra o empreiteiro no prazo de 10 anos.⁷⁶⁵ Mas o que a jurisprudência do STJ diz sobre esse artigo, na verdade, é que há verdadeira concorrência de regimes de responsabilidade, confirmando as conclusões aqui apresentadas. Durante o prazo de garantia quinquenal, o empreiteiro responde independentemente de culpa pelos vícios de solidez e segurança da obra, que, uma vez surgidos dentro desse prazo, autorizam ação para cobrar os remédios cabíveis dentro do prazo prescricional de 10 anos, tal como se afirmou supra (Parte II *supra*, n. 4.3.1). Se o vício surgir após o prazo de garantia, o empreiteiro ainda assim responde dentro do prazo prescricional de 10 anos, desde que comprovado o seu descumprimento do contrato.⁷⁶⁶ Isto fica bem claro no *caso da Construtora Celi*, julgado pelo STJ.⁷⁶⁷ O empreiteiro havia entregue a obra em agosto de 1982, tendo sido ajuizada demanda apenas em novembro de 2002 para questionar problemas estruturais do prédio, como infiltrações e rachaduras que ameaçavam seu desabamento. No voto do relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino restou

⁷⁶⁵ O entendimento já havia sido sumulado pela Corte Superior na vigência do Código anterior, ocasião em que se assentou que o construtor respondia pelo prazo máximo de responsabilidade contratual, que era de 20 anos (STJ, Súmula n. 194).

⁷⁶⁶ Isso fica claro no Enunciado n. 181 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Art. 618: O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no caput, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos”. No mesmo sentido: STJ, REsp 161.351/SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.8.1998; STJ, REsp 215.832/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 6.3.2003; STJ, AgRg no REsp 1.101.196/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.11.2010; STJ, AgRg no AREsp 431.493/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.3.2014.

⁷⁶⁷ STJ, REsp 903.771/SE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.4.2011.

consignado que o dono da obra tem duas ações a seu dispor. De um lado, pode demandar responsabilização objetiva do construtor pelo prazo previsto no art. 618 do Código Civil (art. 1.245 do código anterior), desde que o vício ressaia nos primeiros cinco anos, e a partir daí começa a correr o prazo prescricional para exigir os remédios próprios da garantia, que atualmente é de 10 anos e, no direito anteriormente vigente, era de 20 anos. Por outro lado, caso o vício não surja nos primeiros cinco anos, pode ainda assim o dono da obra agir contra o empreiteiro por inadimplemento contratual com base no atual art. 389 (art. 1.056 do código anterior), mas aí a responsabilidade é subjetiva, cabendo ao dono da obra demonstrar o inadimplemento contratual do empreiteiro. Como o vício no caso concreto só se tornou conhecido do autor da ação em dezembro de 1999, a Corte Superior, adotando a teoria da *actio nata*, entendeu que a pretensão contra o empreiteiro não estava prescrita. A mesma conclusão pode ser aqui aplicada. Não havendo estipulação de prazo de garantia, não pode haver obrigação de garantia. A parte que recebe as declarações e garantias poderá aí agir com base no descumprimento contratual dentro de 10 anos.

Outro índice de tipo hábil a revelar a presença da função conformativa, embora não peremptório, é a definição de que a falsidade das declarações e garantias gera apenas indenização a ser paga diretamente ao adquirente da participação societária e de forma proporcional à participação adquirida – e não diretamente à sociedade-alvo. Com este terceiro índice pode ficar mais clara a intenção das partes de tratar a falsidade das declarações como descumprimento contratual que gera danos ou conversão da obrigação em prestação pelo equivalente em dinheiro, o que só pode ser ressarcido ao adquirente, pois apenas quem é parte do contrato pode sofrer danos com seu descumprimento ou exigir prestação pelo equivalente.

Estes são apenas alguns indícios não exaustivos que podem revelar a intenção de outorgar função conformativa às declarações e garantias, nenhum deles capaz de revelar sozinho a real a intenção das partes, pois o juízo de tipicidade se faz à vista da totalidade dos índices. A exceção parece ser a não estipulação de um prazo de garantia, que afasta por si só a configuração como obrigação de garantia.

Já em operações de pequeno porte, como aquisições de bares, lanchonetes e lojas de informática, talvez por falta de sofisticação das partes envolvidas ou ausência de assessoria especializada, é mais comum as partes lançarem mão da função conformativa. No mais das vezes o alienante restringe-se a afirmar que a sociedade-alvo possui determinadas

características, sem articular um sistema próprio de consequências jurídicas à violação das declarações e garantias. Nestas circunstâncias é difícil delimitar não só um prazo de garantia, mas também quais consequências jurídicas foram visadas pelas partes para o caso de concretização de um risco, razão pela qual o enquadramento na obrigação de garantia resta dificultado, abrindo espaço para a função conformativa.

Passamos agora a analisar de que forma tais remédios se inserem no contexto de uma alienação de participação societária.

5.3.1. Consequências da violação a declarações e garantias: cumprimento específico

Discute-se na Alemanha se o cumprimento específico seria um remédio idôneo em alienações de participação societária, pois muitos vícios da sociedade-alvo não admitem a recomposição *in natura* do estado de fato afirmado nas declarações e garantias, como questões de faturamento e lucratividade da sociedade.⁷⁶⁸ Com efeito, o vendedor nada pode fazer para aumentar o faturamento ou reestruturar as operações da sociedade de modo a fazê-la lucrar o quanto afirmado em declarações e garantias ou no balanço. Mas isso não impede que outros descumprimentos da obrigação de dar possam ser adequadamente tutelados por cumprimento específico.

Este será o caso da falta de determinados itens no inventário da sociedade, que podem ser adquiridos pelo alienante e entregues à sociedade; extinção de direitos de terceiro sobre as ações ou quotas, que podem ser adquiridos pelo alienante; restrições ao uso de patentes e licenças, que também podem ser adquiridos junto ao titular de tais direitos; ou mesmo a falta de uma informação ou esclarecimento sobre o funcionamento da empresa, que só pode ser fornecido pelo alienante,⁷⁶⁹ ou em todas aquelas situações em que a compensação financeira é o próprio cumprimento específico, como o pagamento de dívidas perante terceiros ou reposição da insuficiência de capitais próprios.⁷⁷⁰ Atribui-se,

⁷⁶⁸ FRITZEN, Roland. *Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform*. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 68-69; MELLERT, Christofer Rudolf. *Selbständige Garantien beim Unternehmenskauf – Auslegungs- und Abstimmungsprobleme*. *Betriebs-Berater*, 2011, p. 1668.

⁷⁶⁹ Os exemplos foram extraídos de FRITZEN, Roland. *Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform*. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 72-73 e BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; *Der Unternehmenskauf*. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 568.

⁷⁷⁰ FRITZEN, Roland. *Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform*. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 74 trata a compensação de questões financeiras como o campo por excelência de aplicação do cumprimento específico (*Nacherfüllung*), apontando, porém, para o risco de monetização de toda e qualquer falsidade das declarações e garantias, já que nem toda falsidade das declarações capaz de ser tutelada em dinheiro configura cumprimento específico.

portanto, ao cumprimento específico aplicação genérica como remédio cabível em alienações de participação societária, salvo nos casos em que seja faticamente inviável ou quando não seja razoável dar ao devedor a opção de cumprir *in natura* por submeter o credor a sacrifícios desmesurados. Sacrifício desmesurado pode existir, por exemplo, quando o devedor tenha de obter informações sensíveis da sociedade-alvo, já sob comando do credor, para poder cumprir *in natura*, o que pode ser indesejável do ponto de vista concorrencial.⁷⁷¹

A conclusão deve ser a mesma no direito brasileiro. A possibilidade de o devedor emendar a mora é uma tolerância concedida pelo ordenamento para o devedor afastar suas gravosas consequências. Enquanto possível cumprir satisfatoriamente, não há porque não aceitar, como regra geral, o cumprimento específico da obrigação, salvo em relações jurídicas cuja própria natureza demande o contrário.⁷⁷² Assim, em alienações de participação societária, o cumprimento específico da obrigação não é remédio inadequado ou que mereça ser afastado, mas apenas ganha uma esfera de aplicação própria, determinada pelas peculiaridades da participação societária.⁷⁷³ Podemos dividir limites de três ordens ao direito do devedor de proceder ao cumprimento específico das declarações e garantias.

A primeira ordem encontra-se na impossibilidade fática de reproduzir o estado em que as declarações e garantias sejam verdadeiras, pela própria natureza da falsidade da declaração, tal como a relativa a balanços, dados equivocados de faturamento e lucratividade, desligamento de funcionários-chave da empresa *etc.*

Uma segunda ordem de limites tem-se na perda de utilidade da prestação para o credor,⁷⁷⁴ avaliada segundo as peculiaridades da participação societária. O *standard* será de difícil concretização no que diz respeito ao todo da prestação, pois é difícil identificar qual a utilidade que se espera de uma participação societária. Em sua função conformativa, as declarações e garantias apenas qualificam uma única obrigação que lhe incumbe, que é a de dar a participação societária. Portanto, a inutilidade da prestação capaz de excluir por

⁷⁷¹ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 73.

⁷⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 427.

⁷⁷³ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 72.

⁷⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 446-447.

completo o remédio do cumprimento específico deve ser avaliada em vista do todo da obrigação de entrega da participação.

Normalmente são prestadas inúmeras declarações e garantias sobre a sociedade-alvo, várias delas passíveis de cumprimento específico. Frequentemente, o alienante descumpre apenas uma ou algumas dessas obrigações, que, consideradas individualmente, não são relevantes a ponto de retirar a utilidade do negócio para o credor. Apenas em situações excepcionais o alienante descumpre uma declaração relevantíssima ou várias declarações que, tomadas em seu conjunto, minam por completo a utilidade da prestação. Nestes casos, o devedor estaria em situação confortável, pois poderia simplesmente recusar-se a reparar a falta de qualidade *in natura*, sabedor de que um descumprimento de diminuta relevância jamais justificaria a resolução do negócio ou a conversão em prestação pelo equivalente pecuniário. A resposta para essa situação parece estar na noção de obrigação como processo.

A obrigação é um processo complexo, um conjunto de atividades necessárias e coordenadas entre si para atingir a satisfação do interesse do credor.⁷⁷⁵ Nesta senda, os deveres de prestação põem ser classificados em primários e secundários. Os deveres primários constituem a dita obrigação principal (como a entrega da coisa na compra e venda); já os deveres secundários podem ser meramente acessórios da obrigação principal, quando se destinam a preparar ou assegurar o seu cumprimento perfeito, ou podem ser deveres secundários com prestação autônoma, como no caso da indenização por mora, que não se confunde com a prestação principal, mas a ela se soma para viabilizar a satisfação do interesse do credor.⁷⁷⁶ Clóvis do Couto e Silva assinala que a obrigação desenvolve-se em várias fases que se ligam com interdependência, podendo persistir a relação jurídica mesmo já tendo sido cumprida a prestação principal, o que pode ocorrer em vista da permanência de outro dever secundário independente.⁷⁷⁷

Entregues as ações ou quotas sem algumas das qualidades prometidas, incorre o alienante em mora. Porém, isso não significa que ali se esgote a obrigação: ela apenas entra em outra fase do processo voltado a satisfazer o interesse do credor. Nesta nova fase surge

⁷⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 214-215.

⁷⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 220-222.

⁷⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.

para o devedor um dever de prestação secundário com prestação autônoma, consistente em reparar a falta de qualidade. Esta prestação secundária seguirá o regime previsto no código para as obrigações de dar, fazer e não-fazer (CC, arts. 233-251). Se houver renitência do alienante em cumprir o dever de prestação secundário, a ponto de fulminar a utilidade desta prestação secundária para o credor, poderá este último recusar o cumprimento específico das declarações e garantias e exigir a prestação pelo equivalente quanto a esta prestação secundária, mantendo-se quanto ao resto o negócio jurídico. Não poderá, todavia, pedir a resolução do negócio, pois para isso seria necessária a perda de utilidade quanto ao todo da obrigação.

Em síntese, é preciso separar o inadimplemento que gera inutilidade da obrigação principal e autoriza a conversão em prestação pelo equivalente ou resolução do negócio quanto ao todo, daquele inadimplemento que afeta apenas uma qualidade menos relevante das ações ou quotas.

Por fim, uma terceira ordem de limites ao direito de cumprir a obrigação especificamente pode-se vislumbrar no abuso de direito inserido no art. 187 do Código Civil.⁷⁷⁸ A disposição do código cumpre de certa forma a função desempenhada no direito alemão pelo § 440, S. 1, 3. Var., do BGB, o qual bloqueia o acesso do devedor ao cumprimento específico quando tal procedimento for “inexigível do credor”. No direito brasileiro, o art. 187 taxa de ilicitude o direito exercido pelo seu titular em desconformidade com a boa-fé, os bons costumes ou sua função econômico ou social. Ora, o devedor tem o direito de curar o inadimplemento enquanto este ainda for possível para escapar a consequências mais gravosas. Mas não será lícito o exercício de tal direito, por exemplo, quando o alienante da participação mantiver-se ativo no mercado como concorrente do adquirente, podendo aproveitar-se da ocasião do cumprimento específico para tomar conhecimento de segredos empresariais do adquirente;⁷⁷⁹ ou ainda quando o cumprimento específico das declarações e garantias é possível, mas a tal ponto inviável economicamente ou pouco célere, que mais compense ao adquirente sanar o vício às suas próprias expensas para depois cobrar do alienante.

⁷⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 446-447.

⁷⁷⁹ O exemplo é dado por FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 73.

Portanto, o cumprimento específico da obrigação não deve ser rechaçado como um todo em alienações de participação societária, mas apenas deve ser entendido dentro de uma área de abrangência própria, que lhe é determinada pela natureza do objeto da obrigação (as ações ou quotas).

As partes podem estipular no contrato a exclusão do cumprimento específico da obrigação – e isso ocorre com frequência em operações deste tipo. Isso pode ocorrer através da estipulação de cláusula resolutiva expressa que exclua o cumprimento específico (caso em que se entende que as partes de antemão fixaram que qualquer mora tornará a prestação inútil ao credor),⁷⁸⁰ mas tal previsão é incomum nesse tipo de operação. No mais das vezes, as partes inserem uma *sole remedy clause*, pela qual o adquirente das ações ou quotas renuncia a qualquer outro remédio que possa caber-lhe, para manter apenas a indenização dos danos sofridos.

É importante notar, por fim, que o direito ao cumprimento específico da promessa de qualidades não se limita ao percentual de ações ou quotas adquiridas. É grande a tentação do alienante de alegar que o adquirente não pode exigir o cumprimento específico da obrigação, senão proporcionalmente à sua participação. Mas o raciocínio não é correto e, na prática, acabaria por inutilizar o cumprimento específico. Quando se promete qualidades das ações ou quotas por meio de declarações e garantias, não se promete só uma parte de tais qualidades (como se o alienante dissesse “prometo te transferir ‘x’% de tal qualidade”). Isso não seria nem mesmo logicamente possível, vez que a titularidade da participação societária não confere qualquer direito ao sócio sobre os bens ou sobre determinados caracteres da sociedade-alvo para que pudesse transferir uma parte de tal característica. É preciso atentar para o fato de que as qualidades prometidas passam, na relação entre as partes, a prender-se à própria participação societária, por ação da vontade das partes.

O que o alienante promete é a entrega das ações ou quotas emitidas por uma sociedade que possua determinadas características. Se a sociedade-alvo não possui tais características, cabe ação para exigir que o devedor pratique todos os atos necessários para que a participação societária passe a ter sido emitida por uma sociedade com tais características. Mesmo o detentor de uma única ação ou uma única quota pode exigir todo

⁷⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 432-433.

o conjunto de atos necessários ao cumprimento específico por completo. Afinal, praticar apenas em parte os atos necessários para cumprir de modo específico não bastará para que a sociedade-alvo tenha as características, que são prometidas para e em relação a cada uma das ações ou quotas. Isso fica mais evidente se se considerar que o alienante, ciente de que prometeu qualidades que a sociedade não possui a um adquirente de, digamos, 20% do capital social, pode tomar todas as providências necessárias antes do prazo de entrega da participação societária para que a sociedade passe a deter tais qualidades e não haja descumprimento. Se pode adotar tais providências antes da entrega das ações, por que não poderia fazê-lo após?

Apenas no caso de violação a *legal warranties* o cumprimento específico poderá se restringir à parcela do capital social transacionada com o adquirente, pois aí a falta de qualidades prometidas incide sobre a própria participação societária adquirida e não sobre uma qualidade da sociedade-alvo (ex: se todas as ações da sociedade estão empenhadas em garantia de dívida com um terceiro e o alienante negociou apenas 20% com o adquirente, ele se desobriga liberando o gravame de 20% das ações).

5.3.2. Consequências da violação a declarações e garantias: indenização

Dadas a peculiaridades da alienação de participação societária, o remédio indenizatório normalmente é o mais visado pelas partes. Evita-se a imiscuição do alienante nos negócios da sociedade-alvo, já sob comando do adquirente, e viabiliza-se uma rápida liquidação da prestação devida pelo alienante para recolocar o adquirente na posição em que estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido. Daí não ser rara a previsão de *sole remedy clauses* em que a única consequência jurídica da falsidade das declarações e garantias é o pagamento de indenização.

Entregue uma participação societária em desconformidade com as declarações e garantias, entra o alienante em estado de mora. Enquanto possível e útil a emenda da mora, pode o alienante purgá-la oferecendo a prestação principal mais indenização das perdas e danos dela decorrentes (danos moratórios). Não sendo mais útil a prestação ao credor, a indenização pode ser chamada a cobrir não só os danos que decorrem do inadimplemento, mas também o equivalente da própria prestação principal (danos compensatórios).⁷⁸¹

⁷⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 470-472.

A indenização por descumprimento da obrigação de dar qualificada por declarações e garantias não coloca grandes dificuldades em sede de alienação de participação societária. Sendo possível e útil o cumprimento específico da obrigação, caberá ao alienante cumprir especificamente a promessa de qualidades somada às perdas e danos incorridos pelo adquirente. Se não for mais possível ou útil a emenda da mora, ou tendo sido excluídos outros remédios no contrato, incumbe-lhe pagar indenização para substituir a prestação principal, somada a eventuais outras perdas e danos incorridos pelo adquirente. Em ambas as hipóteses, as declarações e garantias proporcionam uma indenização pelo interesse positivo ao adquirente.^{782_783}

Na medida em que o adquirente exige o cumprimento das declarações e garantias, seja na forma de prestação pelo equivalente ou cumprimento específico somado à indenização dos danos moratórios, a indenização se mede pelo interesse positivo. Em alienações de participação societária, o interesse positivo é ao estado em que estaria o adquirente se as declarações correspondessem à realidade. Não assim no estado em que estaria se a declaração com a informação verdadeira é que tivesse sido prestada, pois aí já se estará no campo do interesse negativo. Imagine-se que o alienante declara um estado de coisas A, quando o estado de coisas real é B. Pelo interesse positivo, o adquirente deve ser repostado na situação em que a declaração é A e a realidade fosse também A; no interesse negativo, ao contrário, deve ser colocado no estado em que a realidade é B e as declarações e garantias tivessem refletido B.

Diferentemente do cumprimento específico, porém, a indenização por violação a uma obrigação de entrega de qualidades prometidas deve ser sempre feita proporcionalmente à participação adquirida por meio do negócio. Isso porque a indenização aqui é devida ao adquirente e não à sociedade. De fato, a obrigação de dar a

⁷⁸² MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1451-1452; WÄCHTER, Gerhard H. Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1274; JAKOBS, Michael; THIEL, Sven-Markus. Managementerkklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung aus Sicht der Geschäftsführung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 1987.

⁷⁸³ Diferentemente, na reparação do interesse negativo, o adquirente é recolocado na situação em que estaria se tivesse recebido a informação sobre as características da sociedade-alvo que efetivamente corresponde à realidade, redundando na redução do preço de compra. Já no interesse positivo, toma-se em consideração em que a informação fornecida seria verdade. Neste sentido, MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1451-1455; JAKOBS, Michael; THIEL, Sven-Markus. Managementerkklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung aus Sicht der Geschäftsführung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 1987; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 122-123.

participação societária é devida pelo alienante ao adquirente, não à sociedade-alvo. O ato ilícito relativo de descumprimento da obrigação de dar tem por contraparte o adquirente, portanto este é o único que sofre as consequências danosas do descumprimento. Sequer haveria como indenizar a sociedade-alvo, pois, a rigor, as superveniências passivas que lhe atingem não configuram dano, mas vicissitudes da vida empresarial: a sociedade não possui interesse juridicamente protegido a não desembolsar recursos para cumprir licenças ambientais ou a deixar de pagar dívidas trabalhistas (Parte II *supra*, n. 4.3.5). O dano, portanto, é devido sempre diretamente ao adquirente da participação societária e de forma proporcional à fatia da sociedade-alvo que é objeto do negócio.⁷⁸⁴

A razão para essa diversidade de tratamento está no próprio conceito de dano. Enquanto no cumprimento específico os atos voltados a emendar a mora se praticam diretamente sobre o patrimônio da sociedade-alvo para refletir-se nas ações ou quotas transacionadas com o adquirente, na indenização esta possibilidade está limitada pelo fato de ter sofrido um dano. A sociedade-alvo não pode ser indenizada por um dano que não sofreu. Fecha-se a possibilidade de a sociedade-alvo receber a título de prestação pelo equivalente ou de danos moratórios *indenização* de um dano que, para ela, nunca ocorreu.

É possível traçar um paralelo entre a indenização que aqui se discute e a indenização de danos diretos e indiretos ao acionista na ação de responsabilidade contra os administradores da sociedade. Como explica Marcelo von Adamek, o critério distintivo entre a ação social e a ação individual de responsabilidade é apenas um: a titularidade do patrimônio diretamente atingido. Se o dano é sofrido pela companhia, trata-se de ação social; se o dano é sofrido diretamente pelo acionista, a ação é a individual.⁷⁸⁵ Na ação social, o acionista não sofre senão um dano indireto, pois não é ele próprio que suporta o

⁷⁸⁴ HILGARD, Mark. Berechnung des Schadens bei Verletzung von Garantien eines Unternehmenskaufvertrages. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n. 41, 2005, p. 1818; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 247 (embora sem mencionar especificamente a obrigação de dar). Neste sentido, falando que a obrigação de indenizar é sempre proporcional à quota de capital cedida, embora o autor não trate a hipótese propriamente como obrigação de dar, veja-se EREDE, Sergio. I contenuti tipici dei contratti di compravendita internazionale di partecipazioni societarie: representations, indemnities, legal opinions. *in*: DRAETTA, Ugo (org.), *Compravendite internazionali di partecipazioni societarie*. Milão: EGEA, 1990, p. 58. Anne Galia-Beauchesne chega a afirmar que as estipulações de pagamento diretamente ao adquirente da participação, em valor superior à proporção de sua participação na sociedade-alvo, deixariam de ser uma indenização na medida em que ultrapassem a parcela que lhe corresponde no capital da sociedade-alvo para converter-se em cláusula penal (GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 46).

⁷⁸⁵ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305-306.

prejuízo, mas a sociedade.⁷⁸⁶ Por isso os danos são pagos à sociedade no caso de ação social, e ao acionista no caso de ação individual. Na ação social de responsabilidade, a sociedade sofre de fato um dano, e por isso faz jus à indenização. Quando o dano é infligido ao acionista, apenas este é que recebe indenização.⁷⁸⁷ No caso que estamos analisando, não há como pôr em prática a indenização à sociedade, pois a sociedade-alvo não sofre qualquer dano com a violação às declarações e garantias. A situação aqui é comparável aos danos diretos sofridos pelo acionista.

Portanto, a indenização dos danos, moratórios ou compensatórios, pode ser pacificamente aceita por violação a promessa de qualidades em declarações e garantias, desde que sejam prestadas diretamente ao adquirente da participação societária de forma proporcional à participação adquirida. Essas considerações aplicam-se tanto às *business warranties*, quanto às *legal warranties*.

5.3.3. Consequências da violação a declarações e garantias: resolução do contrato

Bastante discutida é a possibilidade de resolver o negócio de alienação de participação societária por violação a cláusula de declarações e garantias. A resolução do contrato que dá base à alienação da participação societária coloca dificuldades do ponto de vista dogmático, chegando boa parte dos autores alemães a sugerir até mesmo a exclusão de tal direito por completo nesse tipo de operação.

Como observa Hiddeman, a constante troca no controle da sociedade pode gerar consequências prejudiciais à sociedade, cujos interesses também devem ser preservados – até porque trabalhadores e credores, que podem ter pretensão contra o controlador à satisfação de seus créditos, podem sair prejudicados com constantes trocas no comando.⁷⁸⁸ Além disso, não é incomum que o adquirente alegue formalmente a existência de inconsistências no patrimônio social para justificar o exercício do direito de resolução,

⁷⁸⁶ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391-392.

⁷⁸⁷ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 392.

⁷⁸⁸ HIDDEMAN, Hans-Joachim. *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung*. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 442. Veja-se também, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf*. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 400.

quando na verdade apenas está descontente com o negócio ou com a rentabilidade da empresa – o que em casos extremos pode chegar ao abuso de direito.⁷⁸⁹

O §346 do código civil alemão exclui o remédio resolutório quando a restituição das partes ao *statu quo ante* implicar na devolução de coisa que já foi consumida ou modificada. Por isso, grande parte da doutrina defende que a aquisição de empresa não poderia ser desfeita, já que a assunção de uma empresa naturalmente traz consigo o uso e a implementação de medidas modificativas no organismo empresarial.⁷⁹⁰ Roland Fritzen sublinha que a empresa, enquanto objeto do negócio, difere substancialmente de uma coisa, pois se constitui em organismo dinâmico.⁷⁹¹ Na mesma linha, Claus-Wilhelm Canaris afirma que a empresa é muito mais complexa que uma simples coisa, pois encontra-se em constante mutação.⁷⁹² Daí a virtual impossibilidade de, quando da resolução do negócio, o adquirente devolver ações ou quotas emitidas por uma sociedade com as mesmíssimas características que possuía no momento da alienação.⁷⁹³

No entanto, Stefan Schröcker traz dois sólidos argumentos contra uma impossibilidade absoluta de resolução do contrato e restituição das partes ao *statu quo ante* no direito alemão. Em primeiro lugar, o raciocínio do §346 traz uma inaceitável diferença de tratamento entre o adquirente de participação minoritária e o adquirente da quase totalidade das ações. Quem adquire uma fatia minoritária não assume o comando da empresa, portanto não lhe poderiam ser imputadas modificações na empresa. Ao adquirente de participação minoritária, portanto, o mandamento do §346 não vedaria a devolução das ações por resolução contratual, ao passo que o adquirente do controle não poderia resolver o contrato. Em segundo lugar, a exclusão do remédio resolutório poderia

⁷⁸⁹ HIDDEMAN, Hans-Joachim. *Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 442

⁷⁹⁰ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 83; TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 527; HILGARD, Mark; KRAAYVANGER, Jan. Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbstständigen Garantieverstehens nach der Reform. *Monatsschrift für deutsches Recht*, 2002, p. 678. Na mesma linha, Karampatzos afirma que a inserção de uma sociedade em outra empresa ou grupo de empresas obsta a resolução do negócio (KARAMPATZOS, Antonios G. Der Umfang der Aufklärungspflicht des Verkäufers beim Unternehmenskauf – Insbesondere die so genannte “Non-Reliance”-Klausel. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2012, p. 857).

⁷⁹¹ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 74.

⁷⁹² CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 399.

⁷⁹³ BISLE, Michael. Gewährleistungs- und Garantieklauseln in Unternehmenskaufverträgen. *Deutsches Steuerrecht*, 2013, p. 365.

trazer um incentivo ao alienante para fazer promessas contratuais despreocupadas, já que não precisaria temer o risco de desfazimento do contrato.⁷⁹⁴

Alguns doutrinadores entendiam, antes da reforma do direito obrigacional alemão, que o adquirente não estava obrigado a devolver a empresa (ou a participação societária) exatamente no mesmo estado em que fora entregue pelo alienante, mas bastava que não houvesse modificações substanciais na empresa, as quais deveriam ser desfeitas para fins de restituição *ao statu quo ante*. Mas mesmo nesse caso, o alienante corria o risco de ver-se restituído de uma empresa bastante diversa da que entregara ao adquirente e que possivelmente perderia sentido para ele.⁷⁹⁵

Após a reforma de 2002, o novo §346, Abs. 2, do BGB dispõe que, em vez de restituir a própria coisa, o devedor deve prestar o valor equivalente à da coisa recebida em virtude do contrato, quando a tiver consumido, alienado, onerado, modificado ou transformado. Desta forma, a resolução do contrato de alienação de empresa ou participação societária não ficaria obstada pela modificação da sua situação patrimonial, aplicando-se então o remédio da prestação pelo equivalente em dinheiro.⁷⁹⁶ Neste sentido, Stefan Schröcker salienta que o remédio resolutorio não deve ser afastado nem mesmo quando a empresa está a tal ponto modificada que não possa mais ser restituída a mesma empresa que foi alienada. Apenas exclui-se nesse caso a restituição *in natura* em benefício de compensação financeira das perdas e danos entre as partes.⁷⁹⁷ No entanto, o autor se abstém de fazer uma delimitação precisa a partir de que ponto a restituição *in natura* poderia ser recusada, sob a justificativa de que tal seria uma questão do caso concreto.⁷⁹⁸

A solução não deve ser diferente no direito brasileiro. A resolução contratual por inadimplemento da obrigação de dar a participação societária qualificada pelas declarações

⁷⁹⁴ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 83.

⁷⁹⁵ Assim GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 61-62.

⁷⁹⁶ GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 62.

⁷⁹⁷ Veja-se também KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 144-170. Para o autor, a eventual diferença de valor da empresa pode resolver-se em compensação financeira entre as partes, mesmo quando decorrente de culpa da parte que restitui a participação societária.

⁷⁹⁸ SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 84-85. No mesmo sentido, FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 74-77.

e garantias não deve ser de todo excluída, mas apenas entendida dentro de um campo de aplicação com certas peculiaridades que são postas pela natureza e objeto da obrigação.

Do ponto de vista do surgimento do direito à resolução, o negócio jurídico de alienação de participação societária segue o mesmo *standard* aplicável às obrigações em geral. O direito de resolver surge quando as violações às declarações e garantias retiram a utilidade da prestação para o credor (CC, art. 395, par.). Deve-se, aqui, analisar a importância de todas as violações às declarações e garantias em conjunto e não isoladamente. Afinal, a existência de uma violação isolada dificilmente será tão grave a ponto de minar a utilidade da prestação para o credor, mas, computadas todas as eventuais violações em seu conjunto, elas podem justificar a resolução.

Mas como definir o que é a utilidade da prestação de entrega de ações ou quotas? É difícil atribuir uma utilidade que seja objetivamente própria à participação societária, independentemente das circunstâncias negociais. A sociedade pode ter valor pela atividade que desenvolve, ou pode ter sido constituída para realizar um único negócio e dissolver-se, ou ainda pode valer apenas a facilidade de possuir licenças governamentais para operar certa atividade *etc.* Em suma, a utilidade da prestação não está na participação societária em si, mas na conjugação do interesse subjetivo do credor com o sinalagma objetivado no contrato. Sobre este ponto, Judith Martins-Costa explica que se trata de um interesse e uma utilidade ambos objetivados à vista da operação econômica em causa. O interesse subjetivo do credor deve ser entendido a partir do sinalagma contratual e da utilidade que a prestação oferece para o credor, tudo isto informando o *topos* da inutilidade da prestação para fins de resolução do contrato.^{799_800}

Transposta a questão para a alienação de participação societária, é preciso averiguar qual o interesse concreto do adquirente na participação para avaliar se a falsidade das

⁷⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 359-364. De forma semelhante se posiciona Ruy Rosado de Aguiar Jr. em AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 132-133. Já Araken de Assis fala da mora que altera o ajuste qualitativo de reciprocidade obrigacional como medida da transformação da mora em inadimplemento absoluto (ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 121).

⁸⁰⁰ Apenas de forma subsidiária concordamos com a proposição de Marcus Lutter no sentido de que, desconsiderados os casos em que o interesse do adquirente da participação está em um determinado ativo da sociedade, como um imóvel, uma marca, ou o asseguramento de um fornecimento, deve-se partir do pressuposto de que seu interesse está na lucratividade da sociedade (LUTTER, Marcus. Due Diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, 613).

declarações e garantias minam a utilidade da prestação ou não.⁸⁰¹ Se, por exemplo, o adquirente compra 100% de uma sociedade para apropriar-se de suas patentes, que depois vêm a ser anuladas em ação judicial por fato anterior ao negócio, pode o adquirente resolver o contrato. Mas é preciso que tal consideração deflúa objetivamente do próprio negócio entabulado entre as partes, de modo a evitar também surpreender o alienante.

Salientamos ainda que, a fim de estabilizar as relações jurídicas e evitar mudanças abruptas no comando da empresa,⁸⁰² o patamar necessário para considerar-se inútil a entrega das ações ou quotas para o adquirente deve ser altíssimo: apenas quando o seu interesse for severamente prejudicado pela falsidade das declarações e garantias é que o remédio resolutório deve ser admitido.

A resolução do contrato é exercício de direito formativo extintivo.⁸⁰³ O ato ilícito relativo de inadimplir a obrigação de forma a retirar a utilidade da prestação para o credor (CC, art. 395, parágrafo único), faz nascer para o credor o direito de, à sua escolha, resolver o contrato e pedir a restituição ao *statu quo ante*, ou manter o contrato e converter a prestação principal em perdas e danos.⁸⁰⁴ A consequência natural da resolução contratual é a devolução da coisa recebida em virtude do contrato.⁸⁰⁵ Porém, não se pode entender, no direito brasileiro, a devolução da coisa como uma condicionante do direito à resolução do

⁸⁰¹ Neste sentido, Roland Fritzen propõe que a avaliação de interesse do credor no negócio seja feita pelos critérios aplicados pela jurisprudência alemã anterior a 2002 na doutrina da *culpa in contrahendo* (FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 84). Embora nos pareça excessivo comparar ambas as situações, já que a teoria da *culpa in contrahendo* visa proteger a livre formação da vontade e não o sinalagma entre as prestações, a ideia da perda de interesse de certa forma está ligada às intenções do credor com a aquisição da participação, pelo que a afirmação do autor pode servir, *cum grano salis*, de guia na avaliação de utilidade da prestação.

⁸⁰² Preocupação que já foi externada na doutrina brasileira por Calixto Salomão Filho e Fabio Comparato, afirmando inclusive a necessidade de estabilizar os negócios sobre participações societárias de controle em prazos exíguos (COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 242-243).

⁸⁰³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 31-32; ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 142; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 323, nota de rodapé n. 250.

⁸⁰⁴ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das obrigações. in: REALE JR., Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

⁸⁰⁵ Embora haja discussões sobre o fundamento do dever de restituir as partes ao estado anterior, alguns sustentam-no na analogia com art. 182 do código, outros na perda da causa de atribuição patrimonial pelo art. 885 do código e, outros ainda, na resolução por ato ilícito com base no art. 475. Para um breve excursão das teses aventadas na doutrina nacional, veja-se MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Direito Restitutivo. in: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. Vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 252-255.

contrato.⁸⁰⁶ Mesmo no código alemão atualmente em vigor, o §346, Abs. 2, Nr. 2, não condiciona a resolução do contrato à devolução da coisa com as mesmas características com que foi entregue, mas apenas determina que, em vez de devolução da coisa, seja prestado o equivalente pecuniário. Ora, essa é a mesma solução prevista nos arts. 182, 240 e 884, parágrafo único, do código brasileiro para a obrigação de restituir as partes ao estado anterior.⁸⁰⁷ A devolução da coisa recebida em virtude do contrato resolvido não é pressuposto do direito de resolução, mas sim eficácia do seu exercício,⁸⁰⁸ ou seja, devolver a coisa é a obrigação que exsurge para o credor com a resolução do contrato. O campo adequado para regular a restituição da coisa é o da obrigação de restituir, e não o do direito de resolução.

O direito alemão é mais restritivo que o brasileiro no tocante à restituição das partes ao estado anterior. O § 346, Abs. 2, Nr. 2, do BGB dispõe que, se o credor implementou alterações ou transformou a coisa, o devedor não é obrigado a aceitá-la, podendo exigir que o devedor devolva o equivalente em dinheiro. Roland Fritzen aponta que, aplicar tal raciocínio *ipsis litteris* à alienação de empresas traria consequências indesejadas, pois o adquirente da empresa ficaria virtualmente impedido de devolver a empresa ou a participação societária ao alienante: como a implementação de modificações na estrutura empresarial é inerente à dinâmica da atividade da empresa, toda vez que o adquirente se visse lesado pelo inadimplemento de qualidades prometidas, ver-se-ia obrigado a ficar com a empresa ou com a participação societária para prestar apenas o equivalente em dinheiro contra restituição do preço pago. Do ponto de vista econômico, tal procedimento levaria apenas a uma redução do preço, sem tutelar o efetivo interesse do credor de ver-se livre da indesejada empresa ou participação societária.⁸⁰⁹ Por isso o autor postula que a efetiva devolução da empresa ou participação seja admitida quando a aquisição seja totalmente desinteressante para o credor em consequência dos defeitos da empresa.⁸¹⁰

⁸⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 177 e 259.

⁸⁰⁷ Neste sentido, Ruy Rosado de Aguiar Jr. tampouco condiciona a resolução do contrato à devolução da coisa, aceitando que o devedor restitua apenas o equivalente em dinheiro quando tiver alienado a coisa a terceiro, ou a tenha perdido ou transformado (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 259-260 e 262-263).

⁸⁰⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 177; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 323, nota de rodapé n. 250, aduzindo que a resolução é eficácia do exercício do direito potestativo de resolver.

⁸⁰⁹ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 82-85.

⁸¹⁰ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform.

Antes de mais nada, é preciso considerar que a resolução por violação à promessa de qualidades das declarações e garantias ocorre por causa imputável ao alienante da participação societária. Seria injusto transferir para o adquirente lesado pelo inadimplemento o ônus de ficar com participação societária qualitativamente diversa da que fora pactuada no contrato, ainda que para isso tenha de concorrer compensação financeira entre as partes. Seria mesmo um contrassenso que a própria parte responsável pela resolução pudesse obstá-la a seu líbrito. Portanto, deve ser possível resolver o contrato de alienação de participação societária no direito brasileiro, mesmo se o adquirente tiver inserido modificações na estrutura empresarial, bastando adaptar a estrutura codificada da resolução contratual por inadimplemento para as peculiaridades da operação.

O direito positivo brasileiro oferece um leque de soluções mais abrangente que o direito alemão nesse aspecto. O art. 240 do código define que a restituição da coisa pode ser efetuada mesmo que haja deterioração da coisa, resolvendo-se apenas a eventual deterioração em perdas e danos, se houver culpa de quem deve restituir a coisa. Já o art. 884, parágrafo único, dispõe que apenas em caso de perda da coisa é que a restituição da coisa se sub-roga em equivalente pecuniário. Se as modificações implementadas por quem tem de restituir a coisa trouxerem melhoramento ou acréscimo, tais modificações comportam indenização por quem recebe a coisa, conforme tenha concorrido ou não trabalho de quem a restitui (CC, arts. 241 e 242).

Adaptando-se a aplicação de tais dispositivos legais à alienação de participação societária, a questão pode ser equacionada da seguinte forma. Se as modificações inseridas na estrutura empresarial forem tamanhas a ponto de a empresa inicial ter-se modificado completamente e poder-se considerar que a “coisa” se perdeu (muito embora a sociedade-alvo não seja uma coisa), incide o art. 884, parágrafo único, do código civil e o alienante restitui o preço contra pagamento do equivalente à participação societária em dinheiro, operando-se ao fim, em uma perspectiva econômica, mera redução do preço do negócio. Será esse o caso quando as ações da sociedade-alvo forem extintas ou substituídas por ações de outras sociedades nos casos de cisão, fusão ou incorporação: como as ações da sociedade-alvo terão deixado de existir, não será possível restitui-las *in natura*, mas permanecerá a possibilidade de fazer uma compensação financeira entre o preço e a “coisa” que se perdeu.

Se as modificações levam a uma “deterioração” da coisa – que deve ser lida, em alienação de participação societária, como uma diminuição de valor da empresa –, incide o art. 240 do Código Civil e o adquirente da participação devolve as ações ou quotas, acrescidas de dinheiro para compensar a deterioração, se tiver agido com culpa. Se não tiver agido com culpa, nada deverá indenizar ao alienante. Duas questões devem ser sopesadas no que tange a essa indenização.

Em primeiro lugar, qual o critério para aferir a culpa do adquirente ao inserir tais modificações na sociedade-alvo? Quanto a medidas de gestão da sociedade-alvo, obviamente o adquirente só pode ser responsabilizado se participou da gestão no período entre o recebimento e a restituição das ações ou quotas. Em uma aquisição de participação minoritária, por exemplo, o adquirente dificilmente será responsável por medidas de gestão danosas à sociedade-alvo, pois normalmente assume a posição de mero sócio investidor. Se o adquirente chega a participar da gestão, deve-se aplicar o critério normalmente aplicado a administradores de sociedades, pois a responsabilidade do sócio que participa da tomada de decisões em matérias de gestão não difere da de um administrador comum. Aplica-se, então, a *business judgment rule*,⁸¹¹ segundo a qual o administrador não pode ser responsabilizado por decisões em si equivocadas, mas apenas por decisões irracionais ou tomadas sem antes coletar a informação necessária para decidir.⁸¹² Assim, se a sociedade perde valor por oscilações de mercado ou por outras razões que não guardem relação de causalidade com as decisões gerenciais que foram tomadas, o adquirente não deve por elas responder. Quanto a medidas que extrapolam a gestão ordinária da sociedade, normalmente tomadas em assembleia geral, como alterações estatutárias, cisões, fusões, incorporações ou assinatura de contratos muito relevantes para a sociedade, o critério de culpa deve ser o mesmo aplicado para a responsabilidade do sócio por abuso de voto ou abuso de poder de controle (LSA, arts. 115 e 117; CC, arts. 1.010, §3º, e 1.080). O adquirente das ações só responde pelas medidas extraordinárias que adotar, se votar com o fim de obter vantagem

⁸¹¹ Nelson Eizirik explica que a *business judgment rule* atua como um porto seguro a encorajar a assunção de riscos pelo administrador de sociedade, que é atividade essencialmente de risco. Além disso, visa conferir certa margem de discricionariedade para evitar o engessamento da sociedade. O autor elenca seis requisitos para incidência da regra: (i) ocorrência de uma decisão efetiva e não uma omissão salvo se for uma decisão de não fazer algo; (ii) o administrador não pode ter interesse financeiro ou pessoal na matéria; (iii) o administrador deve estar bem informado para tomar a decisão; (iv) o administrador deve perseguir o interesse social com tal decisão; (v) o administrador não pode exceder seus poderes legais ou estatutários; e (vi) boa-fé do administrador (EIZIRIK, Nelson Laks. A lei das S/A comentada. Vol. II: artigos 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 416-417).

⁸¹² ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

indevida ou de prejudicar a companhia ou os demais acionistas. A finalidade do voto é determinante do exercício abusivo do voto, o que não é senão, nas palavras de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, o voto contrário ao interesse da companhia aliado ao prejuízo para esta ou os demais acionistas.⁸¹³ Assim, se o adquirente aprova uma alteração estatutária que depois revela-se desastrosa, mas o faz visando os melhores interesses da sociedade, não deve responder pela diminuição de valor no momento de restituir a participação societária ao alienante.

Em segundo lugar, deve ser procurado um critério adequado para avaliar a “deterioração” de valor da sociedade. Como já expusemos quando falamos da redução de preço (Parte II *supra*, n. 4.3.6), o critério de avaliação mais intuitivo é o mesmo utilizado para precificar a participação societária no momento da celebração do negócio. Na falta de definição de um tal critério, o julgador deve integrar o contrato com o método de avaliação mais corriqueiro naquele nicho de mercado.⁸¹⁴ Sendo impossível recorrer a uma fórmula de mercado para definir o valor da sociedade-alvo, não vemos outra alternativa senão recorrer ao critério do patrimônio líquido e de forma proporcional à “deterioração” de valor da sociedade, segundo a fórmula já explorada e que vale reproduzir abaixo. A diferença para o regime da redução de preço pura e simples é que aqui a participação societária é devolvida ao alienante, cabendo reparação em dinheiro apenas quanto ao saldo entre o patrimônio líquido anterior e o posterior à inserção das modificações na estrutura empresarial. Para fins de cálculo das deteriorações, deve ser desconsiderado o impacto negativo da falsidade das declarações e garantias no patrimônio líquido da sociedade, já que a falsidade das declarações e garantias não é imputável ao adquirente, mas ao alienante da participação societária.

$$\frac{\text{Preço pago}}{\text{Patrimônio líquido da sociedade sem falsidade de declarações e garantias e sem deteriorações}} = \frac{\text{Valor a restituir pelo adquirente}}{\text{Valor das deteriorações}}$$

⁸¹³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A. (e outros escritos sobre conflito de interesses)*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 88-89.

⁸¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos tribunais*, vol. 923, set./2012, p. 137.

Exemplifiquemos. Suponha que uma participação de 100% em uma sociedade cujo patrimônio líquido é de R\$ 1 milhão é vendida ao preço de R\$ 5 milhões. Após a entrada do adquirente na sociedade, descobrem-se vultosas violações às declarações e garantias que retiram todo o interesse do adquirente no negócio e reduzem o patrimônio líquido da sociedade para R\$ 500 mil. Adicionalmente a isso, antes ou durante o processo de descoberta de tais violações a declarações e garantias, o adquirente e controlador culposamente introduz mudanças na estrutura empresarial da sociedade que acabam por diminuir seu patrimônio líquido de R\$ 500 para R\$ 300 mil – um efeito líquido negativo de R\$ 200 mil no patrimônio líquido, portanto. Exercido o direito de resolver o negócio, o adquirente deverá restituir a participação acrescida de R\$ 1 milhão, que é a “deterioração” do patrimônio líquido calculada de forma proporcional ao preço de compra. O alienante, por sua vez, deverá restituir integralmente o preço de compra de R\$ 5 milhões e eventuais indenizações. Feito o abatimento dos valores, o adquirente ao fim apenas devolverá a participação societária e receberá de volta \$ 4 milhões.

Por fim, se as modificações inseridas na estrutura da empresa trouxerem incremento de valor à sociedade, aí é o adquirente que terá de ser reembolsado pelas melhorias que implementou (CC, art. 241), avaliadas segundo os mesmos critérios explanados acima, embora a hipótese seja pouco provável de ocorrer na vida prática, já que o adquirente provavelmente não terá interesse em resolver o contrato se conseguir agregar valor à sociedade.

A solução aqui defendida foi aplicada no caso *V&B*, julgado pelo Tribunal de São Paulo.⁸¹⁵ Tratava-se de resolução por inadimplemento de um contrato de compra e venda de quotas da sociedade *V&B – Usinas Filtros e Massa Asfáltica Ltda.*, atuante no ramo de asfaltos e pavimentação. As partes haviam concordado com o preço de R\$ 1 milhão, do qual seriam deduzidos R\$ 250 mil para pagamento de certas dívidas da sociedade, e, em paralelo, com a locação pelos vendedores do imóvel onde funcionava a empresa. Os compradores pagaram apenas as primeiras parcelas e recusaram o pagamento das demais, alegando que a usina asfáltica se encontrava em más condições de conservação, além do cancelamento da inscrição da empresa perante o fisco estadual e o corte do fornecimento de energia elétrica. Os vendedores ajuizaram então ação pedindo a resolução do contrato e indenização pelo uso da usina e do imóvel durante esse tempo. Os compradores, em contrapartida, alegaram exceção de contrato não cumprido e redução do preço, em vista

⁸¹⁵ TJSP, apelação n. 0185809-45.2009.8.26.0100, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 11.9.2014.

dos vícios encontrados na empresa e da realização de várias obras de reforma e benfeitorias na usina e no imóvel, pelo que entendiam que a eles é que caberia indenização. Para o que interessa a este trabalho, o tribunal caracterizou a hipótese como inadimplemento dos vendedores, afirmando violação positiva do contrato “*eis que não houve conformidade entre os ativos da sociedade cujas quotas foram transferidas e a declaração negocial feita*”. Porém, o tribunal acabou concedendo o pleito de resolução contratual feito pelos vendedores, porque entendeu que os defeitos da sociedade não autorizavam a aplicação da exceção de contrato não cumprido, de modo que também os compradores incorreram em inadimplemento do preço. Apesar das significativas mudanças introduzidas na estrutura da empresa pelos compradores, o tribunal ordenou a restituição das partes ao *statu quo ante*, fazendo-se compensação financeira entre o valor devido pelos compradores a título de aluguel da usina e do imóvel e os valores por estes despendidos com a reforma do imóvel e da usina.

De maneira diversa – e, a nosso ver, equivocada – julgou o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo no caso *Integral Saúde*.⁸¹⁶ Os vendedores de 100% das quotas da Integral Sistemas de Saúde Ltda. haviam feito planejamento tributário anteriormente à venda, no qual recolhiam IRPJ e CSLL com alíquota reduzida, por entender que sua atividade configurava prestação de serviços hospitalares (cf. Lei 9.249/95). Na cláusula 3.7.7.1 do contrato de venda das quotas, os vendedores declararam, por meio de uma cláusula sintética de declarações e garantias, que “*a Integral não tem mais dívidas ou passivos de qualquer natureza, inclusive, mas não se limitando, às de natureza fiscal, trabalhista, ambiental, previdenciária, civil ou comercial, contingentes ou outras, exceção feita às que estejam indicadas na cláusula supra e no Anexo 2.2(a) deste contrato ou refletidas no balanço patrimonial da Integral*”. Não foi previsto prazo de garantia no contrato, possibilitando a qualificação das declarações e garantias como especificação da obrigação de dar a participação societária. Após a venda, os compradores realizaram uma auditoria fiscal na empresa, ocasião em que o auditor apontou riscos na forma como vinha sendo recolhido o imposto e sugeriu adesão ao REFIS. Os compradores fizeram a adesão da Integral ao REFIS e, ato contínuo, sustaram os pagamentos das parcelas restantes, por entender que o passivo tributário oculto era superior às parcelas restantes e que isso era responsabilidade dos vendedores, ajuizando na sequência ação para que estes últimos efetuassem o pagamento do REFIS. Diante da interrupção dos pagamentos, os vendedores

⁸¹⁶ TJSP, Apelação n. 1066058-37.2015.8.26.0100, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 15.3.2017.

ajuizaram ação pedindo a resolução do contrato ou, subsidiariamente, o pagamento integral do preço. Ao julgar o pedido de resolução contratual, o Tribunal afirmou que “*a administração da empresa já está há muito tempo nas mãos dos réus, que certamente despenderam esforços para a solidificação da Integral*”, corretamente dando conta do fato de que uma empresa, por ser organismo vivo e em constante mudança, sempre sofre modificações que impedem a restituição da participação societária dotada das mesmas qualidades. Porém, o Tribunal tratou a virtual impossibilidade de restituir a participação nas mesmas condições como um pressuposto do direito de resolver e não como uma moduladora de sua eficácia, ao assim se pronunciar: “*podendo a resolução não retornar às partes ao estado anterior, mas sim gerar enriquecimento sem causa dos autores. Tal enriquecimento deriva do trabalho despendido pelos réus durante todo o período de administração, sendo a solução dada à causa extremamente prejudicial aos réus, porque impõe a restituição dos dividendos e retiradas da Integral, o que se revela incompatível com o trabalho realizado por eles na qualidade de sócios e gestores da empresa*”. Em nossa opinião, a questão poderia ser equacionada permitindo-se a devolução das quotas e a correspondente compensação financeira por eventuais melhorias introduzidas na empresa pelos vendedores, aí computando-se a eventual manutenção das retiradas e dividendos.

6. Declarações e garantias e responsabilidade pré-contatual

6.1. Proposição

Na fase de tratativas de uma operação de alienação de participação societária, pode surgir o dever de uma parte fornecer informações à outra, independentemente de acordo sobre o fornecimento de tal informação. O fundamento de tal dever será o princípio da boa-fé. São diversos os fatores que influenciam o surgimento, conteúdo e extensão de tal dever, devendo-se ponderar em cada caso os pontos de vista relevantes que atuam na concretização do dever de informar.

A alienação de participação societária possui a peculiaridade de que seu objeto é demasiado complexo, impedindo uma determinação *a priori* do tipo de informação que deve compor o dever de informar. As informações sobre a sociedade podem multiplicar-se infinitamente, obstaculizando o cumprimento de tal dever. Por isso, faz-se necessária intensa cooperação entre as partes, normalmente dentro de uma *due diligence*: o credor da informação, indicando ao devedor a informação que necessita para formar seu

convencimento, de modo a evitar buscas infundáveis por informações; o devedor da informação, fornecendo-a de forma clara e completa, indicando possíveis riscos do negócio e outros dados essenciais que o credor deva considerar.

A cláusula de declarações e garantias não pode se submeter ao regime da responsabilidade pré-contratual, vez que ela mesma é disposição contratual, devendo seguir o regime de responsabilidade próprio dos contratos. Pode, porém, em suas funções informativa e probatória, auxiliar o intérprete na identificação da informação errônea repassada na fase pré-contratual por aquele que presta as declarações e garantias.

6.2. O surgimento de um dever de informar na fase de negociações em alienação de participação societária

Não há dúvidas na ciência jurídica atual que o princípio da boa-fé tem a capacidade de impor deveres de informar às partes na fase pré-contratual.⁸¹⁷ Jorge Sinde Monteiro chega mesmo a definir que, se o fundamento material do surgimento de um dever de informar é a existência de uma assimetria informativa, seu fundamento jurídico é o princípio da boa-fé.⁸¹⁸

Premissa básica de todo raciocínio envolvendo deveres pré-contratuais de informação é que inexistente um dever genérico de informar, em vista da natural contraposição de interesses entre as partes.⁸¹⁹ Isso resulta também do próprio princípio de

⁸¹⁷ Veja-se, por todos, PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90. Já Judith Martins-Costa menciona especificamente “*as diferentes intensidades de informação a ser dada em aquisição de controle acionário*” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 385-386).

⁸¹⁸ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 360. De forma semelhante, Eva Sónia Moreira da Silva afirma que “*a fonte da obrigação de informação é a desigualdade da informação*” (SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 124); o mesmo fazendo Pierre Mousseron (MOUSSERON, Pierre. L’obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, parte introdutória).

⁸¹⁹ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 356-357; GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. Munique: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 7; SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 80-84; STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 162. De forma semelhante, afirmando que incumbe, em princípio, a cada contratante coletar as informações que necessita, WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 255. No Brasil, Regis Fichtner Pereira afirma que não seria juridicamente exigível do homem um comportamento de boa-fé absoluta em sede de deveres informativos (PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela

autorresponsabilidade, segundo o qual a parte deve ser diligente no ato de celebração do negócio, culminando na regra de que cada parte deva procurar a informação necessária para se certificar de que o contrato atenda a seus interesses.⁸²⁰ A inexistência de um direito genérico de uma parte a exigir a prestação de informações pela outra deriva também do fato de que, no limite, a parte indesejosa de fornecer as informações pode simplesmente desistir do negócio, fazendo cessar o interesse a tais informações.⁸²¹ Acrescente-se que a própria economia de mercado repousa na livre iniciativa, na livre concorrência (Constituição Federal, art. 170) e na contraposição de interesses; negar à parte a possibilidade de aproveitar-se da informação que coletou, forçando-a a compartilhá-la com a contraparte, iria contra a própria ordem econômica de mercado.⁸²²

Se um dever amplo de informar não existe, a tarefa que se apresenta ao jurista é a de explicar quando surge um tal dever, quais seus contornos e as consequências de sua inobservância. Iñigo de la Maza Gazmuri nota que o próprio legislador impõe certos deveres pré-contratuais de informar, concretizando os ditames da boa-fé em situações específicas. Surgem assim deveres de informar típicos (previstos pelo legislador) e atípicos (não previstos).⁸²³

Os deveres típicos de informar caracterizam-se quando uma das partes conhece ou deve conhecer a informação, mas não a entrega à outra parte, que da informação não dispõe. Diante dessa situação, o legislador responde com uma norma jurídica que determina a prestação da informação.⁸²⁴ Gazmuri identifica dois institutos em que o legislador espanhol concretizou deveres típicos de informação. Nos vícios de direito e do objeto, o legislador não obriga o outorgante expressamente a informar os vícios da coisa ao outorgado, mas um dever de informar pode ser inferido a partir das consequências jurídicas mais gravosas previstas para o outorgante que possui a informação e não a fornece. É que o

ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 93).

⁸²⁰ GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 7; GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 247-249; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

⁸²¹ WESTERMANN, Harm-Peter. *Due Diligence beim Unternehmenskauf*. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 255.

⁸²² GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 246-247.

⁸²³ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 67.

⁸²⁴ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 67.

dever de indenizar os danos causados pelo vício apenas surge para o outorgante se, tendo conhecimento do vício da coisa,⁸²⁵ deixa de fornecer tal informação ao adquirente,⁸²⁶⁻⁸²⁷ conclusão que pode ser atingida também no código civil brasileiro com base na primeira parte do seu art. 443. Já nas relações de consumo, afirma Gazmuri, o dever de informar é previsto diretamente na norma, não precisando ser inferido a partir das consequências jurídicas do seu descumprimento. Aqui, o dever de informar repousa na assimetria informativa entre as partes e na concepção do legislador de que a melhor forma de combater a desigualdade intrínseca entre as partes é através do consentimento informado.⁸²⁸ A imposição direta de deveres de informar justifica-se, neste âmbito, por ser uma forma mais suave de intervenção no mercado e por incentivar a autonomia privada por meio da redução de assimetrias informativas.⁸²⁹ Alguns exemplos desse dever típico de informar no direito brasileiro encontram-se nos arts. 6º, inc. III, 8º e 9º do CDC.

Maior relevância para este estudo têm os deveres atípicos de informar, aqueles não previstos pelo legislador, mas extraídos a partir da concreção do princípio da boa-fé. É que uma alienação de participação não configura negócio jurídico consumerista e, embora possa estar submetida aos deveres de informar típicos dos vícios redibitórios e de direito, estes não esgotam todas as camadas que o dever de informar pode assumir neste tipo de operação. Estes regimes alcançam apenas os vícios da própria participação societária, e, mesmo nesse caso, o dever de informar que lhes corresponde não iria para além da informação que cabe no conceito de vício dos arts. 441 e 447. Logo, é preciso buscar nos deveres atípicos de informar a tutela adequada.

Como explica Judith Martins-Costa, a boa-fé enquanto cláusula geral opera por meio do método tópico. Tópicos são pontos de vista considerados relevantes e consensualmente aceitos, que se organizam em torno de um problema concreto para

⁸²⁵ Gazmuri desenvolve longamente o tópico, apontando que não só o conhecimento efetivo do vício pode disparar a obrigação de indenizar do outorgante, mas também seu desconhecimento por culpa grave, vide GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 82-89.

⁸²⁶ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 91-93.

⁸²⁷ Também não será qualquer desconhecimento pelo outorgado a justificar a aplicação dos regimes de vícios de direito e do objeto. A ignorância quanto ao vício é legítima quando este não era perceptível mediante emprego da diligência exigível conforme o caso, pois, se foi percebido ou podia ser percebido, presume-se a vontade do adquirente de receber o bem eivado de vícios (GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 79-82).

⁸²⁸ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 105-106.

⁸²⁹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 131-132.

estruturar a resolução do mesmo.⁸³⁰ Os tópicos (ou *topoi*) são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis que podem ser empregues a favor ou contra e aconselham ou desaconselham a dar determinado passo, a adotar determinada atitude.⁸³¹

O método tópico é, assim, um processo dialético de discussão dos pontos de vista relevantes, *i.e.* os tópicos, para oferecer uma solução para um problema do caso concreto. Como diz Viehweg, os próprios *topoi* recebem seu sentido a partir do problema, e são tidos por adequados ou inadequados em vista de cada problema, em um entendimento que nunca é absolutamente imutável.⁸³²

Com o método tópico, o sistema não sofre o risco do imobilismo, pois os tópicos são elaborados progressivamente de acordo com as concepções de cada época.⁸³³ Isso significa dizer que a cláusula geral da boa-fé oferece soluções que estão em constante evolução para o problema de quando deve surgir um dever pré-contratual de informar em uma alienação de participação societária. Ainda segundo Judith Martins-Costa, o conteúdo e a extensão do dever de informar dependem de um compósito de características subjetivas, objetivas e normativas contextualmente enquadradas.⁸³⁴

Mas a operatividade da cláusula geral da boa-fé não se esgota com a elaboração de uma solução para o caso concreto. Judith Martins-Costa ressalta a função das cláusulas gerais de propiciar a abertura do sistema, sua mobilidade interna e ressiematização. É que a partir da experiência dos precedentes judiciais é possível extrair elementos capazes de serem generalizados e aplicados a situações semelhantes, cabendo à doutrina “*a inafastável tarefa de oferecer modelos hermenêuticos destinados a atuar como uma espécie de metalinguagem, que filtra e fixa as valorações sociais típicas deduzidas, dentre outros elementos, das decisões judiciais precedentes*”.⁸³⁵

⁸³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 179-181.

⁸³¹ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 26-27 e 33-34.

⁸³² VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 34-38.

⁸³³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 179-184.

⁸³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 535.

⁸³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 159.

Uma vez reconhecido o *standard* comportamental, as cláusulas gerais medeiam seu ingresso no sistema jurídico, que permanece, assim, aberto ao ingresso de novos institutos formados a partir da concreção das cláusulas gerais, culminando na ressystematização do sistema jurídico.⁸³⁶ Isso permite formar grupos de casos a partir de precedentes judiciais em que a *ratio decidendi* foi similar, os quais passam a constituir um “primeiro norte” de concreção da cláusula geral da boa-fé.⁸³⁷ Em outras palavras, é possível tomar grupos de casos em que se reconheceu a existência de um dever de informar na fase pré-contratual de uma alienação de participação societária como pauta de concreção da boa-fé objetiva para casos futuros.

Nesse sentido, não é de surpreender a afirmação de Grigoleit de que a doutrina alemã muito já se dedicou a sistematizar os requisitos do dever de informar e os elementos trazidos da jurisprudência, porém sem sucesso, pois, citando Medicus, o autor afirma que um sistema capaz de abranger completamente os requisitos do dever de informar seria praticamente impossível.⁸³⁸

Gazmuri entende que o princípio da boa-fé incorpora-se a outros institutos para gerar deveres de informar adaptados a cada figura jurídica em questão.⁸³⁹ Cite-se o dolo por omissão, que, segundo entendimento assente na doutrina nacional, apenas ocorre diante do não cumprimento de um dever pré-contratual de informar (Parte II *infra*, n. 8.3) ou, no regime da anulação por erro, o surgimento de um dever de informar apenas quanto às características do objeto contratual que não recaiam no âmbito da autorresponsabilidade do *errans* (Parte II *infra*, n. 7.6). Pensamos, contudo, que isso não deva significar que os deveres de informar atípicos derivados do princípio da boa-fé devam sempre se incorporar em alguma outra figura jurídica.⁸⁴⁰ Deveres pré-contratuais de informação podem ter

⁸³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 158-168.

⁸³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 168-171.

⁸³⁸ GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 10-11.

⁸³⁹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 268-274.

⁸⁴⁰ Seja-nos aqui permitido discordar de Gazmuri, para quem “os deveres pré-contratuais atípicos de informar requerem ser incorporados em outras figuras jurídicas” (GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 269). Isso retiraria à boa-fé um de seus traços característicos enquanto cláusula geral, que é a inexistência de consequências jurídicas pré-definidas para o seu descumprimento, como ensina Judith Martins-Costa, devendo a estrutura “*ser complementada pelo intérprete*” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 143). Pois aí a cláusula geral da boa-fé sofreria verdadeira *capitis diminutio*, vez que, ao menos para o dever de informar, suas consequências estariam prefixadas em

fundamento autônomo exclusivo no princípio da boa-fé, cujas consequências também são autônomas e guiam-se pela construção doutrinária e jurisprudencial da boa-fé.⁸⁴¹

Por outro lado, Iñigo de la Maza Gazmuri explora uma estrutura do dever de informar assentada em três requisitos fáticos, os quais, em nossa opinião, podem muito bem guiar a concretização dos *topoi* no caso concreto. Em primeiro lugar, é preciso que o devedor da informação possua a informação ou seja razoável exigir que possua tal informação. Em segundo lugar, o devedor deve omitir-se, fornecer uma informação inverídica em lugar da informação correta ou prestar declarações inexatas sobre o estado da coisa. Em terceiro lugar, o credor da informação deve legitimamente ignorar a informação.⁸⁴²

Os mesmos elementos da obrigação de informar, propostos por Gazmuri, parecem-nos estar refletidos na obra de Muriel Fabre-Magnan, embora diversamente organizados. A autora francesa divisa um elemento material e um moral na obrigação de informar. O elemento material diz respeito à pertinência da informação para o seu credor, ou seja, à amplitude das informações devidas. Já o elemento moral determina que a informação (i) seja conhecida pelo devedor e que este saiba de sua relevância para o co-contratante; e (ii) seja desconhecida de forma legítima pelo credor.⁸⁴³ Essa coincidência de elementos propostos pelos dois autores reforça a estrutura aqui proposta para o dever de informar.

Passamos então a abordar essa estrutura do dever de informar e alguns tópicos que podem guiar o intérprete na tarefa de definir se existe ou não um dever de informar na fase pré-contratual de uma alienação de participação societária. É impossível definir de antemão a prevalência de um elemento sobre outro, a potência ou o modo de atuação de cada elemento no formato final do dever de informar. Pode um tópico afastar por completo a relevância de outros tópicos, podem se complementarem mutuamente uns aos outros ou pode mesmo ser que um deles não tenha qualquer relevância no caso concreto. Tais ponderações apenas podem ser feitas pelo operador do direito diante do caso concreto.

outros institutos, não mais comportando a variabilidade de soluções que constitui seu traço característico.

⁸⁴¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 90.

⁸⁴² GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 61-62. Quanto ao fornecimento de informação incorreta ou prestação de declarações falsas, veja-se o mesmo autor à página 93.

⁸⁴³ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, Título II, Capítulo 1.

6.2.1. A estrutura do dever de informar

6.2.1.1. Desconhecimento da informação pelo credor da informação

Não há dúvidas de que o dever de informar apenas surge quando a parte legitimada à informação a ignora. Afinal, se a parte já conhece a informação, não há por que duplicar o fluxo informacional.⁸⁴⁴

Quando a boa-fé age integrada aos regimes do erro, dolo, vícios redibitórios ou vícios de direito, o objeto de desconhecimento do credor da informação limita-se pelo próprio conteúdo no qual a boa-fé vem integrada. No regime do erro e dolo, o desconhecimento deverá recair sobre uma falsa representação da realidade; no regime de vícios redibitórios, o desconhecimento deve ser quanto a um defeito que torne a coisa imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminua o valor; nos vícios de direito, sobre o direito anterior do terceiro sobre o bem que está sendo transmitido. Mas a boa-fé não atua apenas acoplada a outros institutos jurídicos. Pode gerar deveres autônomos de informar, os quais, na fase pré-contratual, orientam-se à formação do consentimento informado.⁸⁴⁵ Qualquer informação capaz de afetar o comportamento da parte, no que tange à sua celebração ou ao seu conteúdo, se desconhecida pelo credor, pode gerar o dever de informar na fase de tratativas.

Nem todo desconhecimento, porém, preenche o requisito para que surja um dever de informar. O desconhecimento só é legítimo quando o credor da informação não pode obtê-la mediante exercício de ordinária diligência,⁸⁴⁶ ou, como diz Eva Sónia Moreira da Silva, “*se a ignorância for isenta de qualquer reprovação*”.⁸⁴⁷ Incide aqui o já mencionado princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual o negociante deve cuidar de seus

⁸⁴⁴ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122; FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 197. Neste sentido também GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 277, embora o autor trate do requisito incorporando-o nos regimes do erro e do dolo, em vista de sua concepção de que os deveres pré-contratuais de informar derivados da boa-fé incorporam-se em outros institutos jurídicos.

⁸⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. VI, tomo II: Da extinção do contrato (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 529.

⁸⁴⁶ Neste sentido: GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 80-82, cujas razões são em tudo aqui aplicáveis, embora o autor refira-se especificamente à diligência exigida do outorgado no dever de informar típico dos vícios redibitórios e evicção.

⁸⁴⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122.

próprios interesses,⁸⁴⁸ diligenciando a obtenção da informação que precisa para formar seu convencimento quanto à conveniência e ao conteúdo do negócio.

Mas o que é o desconhecimento de uma informação? Não parece correto dizer que desconhecimento seja apenas a completa ignorância da informação, o absoluto não saber que aquela informação existe. É certo que em tais casos não haverá dúvida de que o credor ignora a informação, mas a *ratio* do princípio da boa-fé comporta também outras formas mais brandas de desconhecimento.

Deve ser tratado como desconhecimento o conhecimento parcial da informação, na parte em que não for conhecida. Ou no todo, se a parcela da informação que falta for essencial a ponto de o seu não conhecimento significar não conhecer a informação em absoluto. Isso pode ocorrer se o alienante da participação societária informa a existência de um auto de infração fiscal, mas deixa de fornecer dados sobre questionamentos administrativos ou judiciais do mesmo, seu valor, perspectivas de êxito *etc.*

É também desconhecimento o não saber o impacto que um determinado fato conhecido pode ter sobre o negócio ou sobre o objeto do negócio. O adquirente das ações ou quotas pode saber do risco de desligamento de um funcionário-chave, mas não saber que as atividades da sociedade ficariam paralisadas por inexistir outro funcionário capaz de substituí-lo. Nesse caso, pode haver um dever de ressaltar o caráter crucial de tal funcionário para a atividade social.

É importante mencionar aqui também a teoria de Kim Lane Scheppele. Em reconhecido estudo sobre a distribuição de conhecimento entre os contratantes, a autora identifica dois tipos de informação que podem ser detidas por uma parte: os segredos superficiais e os segredos ocultos (*shallow secrets* e *deep secrets*). Nos primeiros, a parte pode não conhecer o conteúdo da informação buscada, mas sabe ao menos que essa informação existe potencialmente. Figure-se, por exemplo, o caso em que o adquirente da participação sabe que o produto da sociedade-alvo pode ter sido objeto de um termo de ajustamento de conduta com o ministério público, pois parece desrespeitar determinadas normas de segurança do consumidor, mas não tem informações concretas se tal termo chegou a ser celebrado nem o que foi concretamente ajustado com o *parquet*. Nos segundos, ao contrário, a parte sequer suspeita e nem teria como suspeitar que tal

⁸⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

informação existe, como se, no caso do termo de ajustamento de conduta, não houvesse qualquer razão para imaginar que o produto ofereça riscos ao consumidor.

Qualquer informação pode apresentar-se no formato de *shallow* ou *deep secret*: tudo dependerá de saber se o caso concreto propiciava meios para o pretense credor da informação desconfiar da existência da informação ou não.⁸⁴⁹ A diferença de tratamento entre os *shallow secrets* e os *deep secrets* está em que a parte que não tem a informação pode solicitá-la se se tratar de *shallow secret*, podendo o potencial devedor da informação alegar que a contraparte aceitou o risco de celebrar o negócio na ignorância da informação se esta não questioná-la ou solicitá-la. Já para os *deep secrets*, a parte que alega ser credora da informação pode melhor justificar que acabou celebrando o negócio sem a informação, pois sequer tinha condições de solicitar esclarecimentos sobre o ponto.⁸⁵⁰ Aplicando a teoria de Scheppele, portanto, a ignorância da informação pode ser sempre alegada para segredos ocultos, mas dificilmente o será para segredos superficiais.

6.2.1.2. Conhecimento da informação pelo devedor da informação

Como regra, devedor da informação em alienações de participação societária é o alienante – e não a própria sociedade-alvo –, embora seja usual que o alienante empregue os próprios funcionários da sociedade-alvo para levantar as informações solicitadas pelo adquirente na *due diligence*.⁸⁵¹ A sociedade-alvo não é sujeito da relação jurídica que se estabelece entre alienante e adquirente; suas ações são apenas objeto desta relação. Não poderia ela ser sujeito passivo da obrigação de informar, embora possa vir a atuar como auxiliar ou preposta do alienante para facilitar o fluxo de informações.

O devedor da informação não pode ser obrigado a informar um fato do qual não tenha conhecimento. Porém, o dever de informar não deve surgir apenas diante do

⁸⁴⁹ SCHEPPELE, Kim Lane. *Legal secrets: equality and efficiency in the common law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 21.

⁸⁵⁰ SCHEPPELE, Kim Lane. *Legal secrets: equality and efficiency in the common law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 21. Harm-Peter Westermann defende que o adquirente deveria perseguir a informação quanto àqueles fatos que poderia suspeitar não possuir ou não possuir completamente a informação (WESTERMANN, Harm-Peter. *Due Diligence beim Unternehmenskauf*. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 259).

⁸⁵¹ WESTERMANN, Harm-Peter. *Due Diligence beim Unternehmenskauf*. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 252.

conhecimento efetivo da informação (conhecimento real), mas também quando o devedor da informação deixa de conhecê-la de forma ilegítima (conhecimento imputado).⁸⁵²

A imputação de conhecimento detido por terceiros ao devedor da informação, como funcionários da sociedade-alvo, auditores e assessores, é questão complexa, pois o alienante pode não saber quem dentre os inúmeros colaboradores possui a informação.⁸⁵³ A menos que as partes definam em contrato qual o *standard* de imputação de conhecimento a ser adotado no caso concreto, o mais plausível é considerar que o devedor da informação possui conhecimento de todos os fatos conhecidos pelas pessoas por ele envolvidas na operação de alienação de participação societária (incluindo órgãos da sociedade, funcionários e assessores externos). Isso inclui as informações que poderiam ser obtidas com uma busca nos documentos sob guarda de tais pessoas ou com simples perguntas a elas.⁸⁵⁴ Não assim quanto a fatos conhecidos por funcionários de baixa hierarquia.⁸⁵⁵ Discute-se na Alemanha se haveria limites à definição do círculo de pessoas cujo conhecimento pode ser imputado ao declarante. É que o devedor da informação poderia negociar a exclusão desse círculo de determinadas pessoas que sabidamente possui ou pode possuir informações que tornariam as informações falsas. O entendimento formado na jurisprudência do BGH é que as partes podem delimitar esse círculo até o limite em que isso não implique exoneração de responsabilidade por dolo, quando então devem valer as regras legais sobre imputação de conhecimento.⁸⁵⁶

⁸⁵² FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 190-192 (para quem a imputação de conhecimento é apenas uma técnica jurídica diferente da obrigação de se informar para informar, mas que igualmente sanciona a violação de uma obrigação de informar); GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 86-89 (embora o autor trate aí especificamente dos requisitos do dever de informar típico da disciplina dos vícios redibitórios e evicção). Veja-se também STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 162; MOUSSERON, Pierre. L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.1.a (com a dicção de que o dever de informar surge quando o alienante da participação possui determinado conhecimento ou quando não podia legitimamente ignorar a existência da informação).

⁸⁵³ JORDAN, Anne S. Effective remedies: drafting warranties, indemnities, and limitations of liability clauses in technology licenses. *The licensing journal*, mar./2016, p. 11 (“[t]his can be problematic, though, if Party 1 is an organization of any size, because it may be practically impossible to determine what knowledge exists within the organization”).

⁸⁵⁴ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen - Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 177; HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1488.

⁸⁵⁵ BROWN, Robert L. The concise guide to mergers, acquisitions and divestitures. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2007, p. 189.

⁸⁵⁶ LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 207, citando as decisões em BGHZ 109, 327, 332 e BGHZ 132, 30, 36.

Na questão do conhecimento de terceiros imputado ao devedor da informação, a expressão “*melhores conhecimentos*” também pode dar azo a discussões. Seriam os melhores conhecimentos apenas aqueles detidos pelo declarante ou igualmente por pessoas a ele ligadas? No caso *Specialized Tours v. Hagen*, a Suprema Corte de Minnesota julgou que o conhecimento detido pelo diretor da companhia de que a sociedade estava violando certas normas sobre *escrow accounts* editadas pelo Conselho de Aviação Civil não podia ser estendido ao sócio único da sociedade-alvo, pois a declaração do vendedor sócio único de que a sociedade estava cumprindo todas as regulações das autoridades municipais, estaduais e federais limitava-se ao conhecimento do sócio. A corte entendeu que apenas o conhecimento do diretor poderia ser imputado à companhia.⁸⁵⁷

6.2.1.3. Legitimidade do desconhecimento da informação: ônus de autoinformação

O credor da informação só tem direito a exigir-la ou a reclamar indenização por falha no dever de informar quando o desconhecimento da informação é legítimo. Neste sentido, deve ser levada em conta a possibilidade de o credor da informação obtê-la mediante exercício de diligência ordinária.⁸⁵⁸ Fala-se em ônus da parte de se informar, ou ônus de autoinformação,⁸⁵⁹ pois a busca da própria informação é imperativo de conduta em interesse próprio. A parte não tem obrigação de se informar, mas, não o fazendo, sujeita-se às suas consequências. A maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar.⁸⁶⁰

⁸⁵⁷ *Specialized Tours, Inc. v. Hagen* 392 N.W.2d 520 (Minn. 1986).

⁸⁵⁸ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 79.

⁸⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 537 e 539-540; SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122; WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 258-259 (em termos levemente diversos, afirmando que ao credor da informação não é lícito deixar de conhecer um determinado fato sobre a sociedade-alvo por culpa grave); GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 327, nota de rodapé n. 227 (o qual chama “carga” – ônus – de informar-se). Parece-nos que por desconhecimento da doutrina da *culpa in contrahendo*, Steven Mirmina alega que as diferenças entre a *misrepresentation* do *common law* e a doutrina da *culpa in contrahendo* residiriam no fato de que esta última não exige negligência da promessa feita pelo devedor da informação, nem diligência do credor da informação (MIRMINA, Steven A. A comparative survey of *culpa in contrahendo*, focusing on its origins in Roman, German and French Law, as well as its application in American Law. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 8, 1992, p. 95-96). Na verdade, a responsabilidade pré-contratual pode incidir por violação negligente ao dever de informar (desnecessária a existência de uma promessa contratual), e não se aplica quando o credor age com negligência para descobrir as informações que recaem sob seu âmbito de responsabilidade.

⁸⁶⁰ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122; SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão:

Não há dúvidas de que a diligência do credor da informação deve ser aferida conforme as peculiaridades do caso concreto.⁸⁶¹ Assim, podem ser levadas em consideração para delimitar a diligência exigível do credor características subjetivas, objetivas e normativas.

Entre as características subjetivas, cite-se a facilidade de acesso à informação em vista da idade do credor, da sua experiência no ramo de negócios⁸⁶² ou mesmo sua nacionalidade e grau de instrução.⁸⁶³ Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo já levou em consideração a situação pessoal de uma viúva, leiga nos negócios e ainda fragilizada pelo estado de luto, para qualificar sua capacidade de avaliar o negócio de venda das quotas de uma sociedade, cujas informações financeiras foram-lhe apresentadas erroneamente pelos sócios do falecido marido, que eram compradores da participação.⁸⁶⁴

Outro critério subjetivo a ser levado em consideração é a *expertise* e o profissionalismo do credor da informação,⁸⁶⁵ assim como do próprio devedor da informação.⁸⁶⁶ Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação

Giuffrè, 2008, p. 147.

⁸⁶¹ SILVA, Eva Sônia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 126-127; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541; GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 80-82 (cuja razão são em tudo aqui aplicáveis, embora o autor refira-se especificamente à diligência exigida do outorgado no dever de informar típico dos vícios redibitórios e evicção). Marie Caffin-Moi chega a dizer que, na transferência de participação societária, a ventilação entre o dever de informar e o ônus de se informar seria particularmente complicada (CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 46).

⁸⁶² SILVA, Eva Sônia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 125-126; BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 250.

⁸⁶³ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 333 (citando jurisprudência espanhola).

⁸⁶⁴ TJSP, apelação n. 0018750-35.2009.8.26.0099, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 6.4.2016, embora ali estivesse diante do tribunal um pedido de anulação por dolo, e não propriamente a responsabilidade pré-contratual por informações inverídicas.

⁸⁶⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 198; SILVA, Eva Sônia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 125-126; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 843; CARRILLO, Pablo Enrique. Beware of Scylla and Charybdis: stock purchase of privately held companies and the remedies problem under Rule 10b-5 – what is buyer to do? *Tulane Law Review*, vol. 72, jun./1998, p. 2119.

⁸⁶⁶ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 192-193; STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 162; BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 251-252.

desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça⁸⁶⁷ – o que não significa, porém, que um *expert* tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida.⁸⁶⁸ A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio.⁸⁶⁹ Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação.⁸⁷⁰

Por um critério objetivo, o ônus de autoinformação pode ser afastado quando o credor estiver impossibilitado de obter a informação por si próprio, seja porque o objeto do negócio não está em sua posse, seja pelos detalhes técnicos do objeto ou ainda porque a própria natureza do vício ou defeito o torna perceptível apenas após a celebração do negócio.⁸⁷¹ Em alienação de participação societária, o adquirente normalmente estará virtualmente impossibilitado de obter por si as informações sobre passivos ocultos e forma de condução da sociedade, pois estes dados permanecem internos à sociedade-alvo e normalmente se revelam após a celebração do negócio.⁸⁷² Além disso, o adquirente não estará inserido no dia-dia da sociedade, o que também lhe torna impossível o acesso a informações. Mas, se o adquirente das ações já estiver inserido no dia-dia da sociedade

⁸⁶⁷ FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 844.

⁸⁶⁸ Por exemplo, Hausmann e Torre asseveram que o adquirente de participação societária com expertise não tem obrigação de desconfiar da veracidade do balanço da sociedade-alvo (HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 24-25).

⁸⁶⁹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 331-332 (citando jurisprudência espanhola); CARRILLO, Pablo Enrique. Beware of Scylla and Charybdis: stock purchase of privately held companies and the remedies problem under Rule 10b-5 – what is buyer to do? *Tulane Law Review*, vol. 72, jun./1998, p. 2119-2120.

⁸⁷⁰ TJSP, apelação n. 1008341-73.2014.8.26.0562, Rel. Des. Pereira Calças, j. 30.9.2015; TJSP, apelação n. 0341976-02.2009.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 5.9.2012; TJSP, apelação n. 1004049-78.2016.8.26.0011, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 4.10.2017; TJSP, apelação n. 1015045-26.2015.8.26.0576, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 29.3.2017; TJSP, apelação n. 0040958-31.2010.8.26.0114, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 27.6.2016; TJSP, apelação n. 0010622-35.2010.8.26.0020, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 22.6.2016; TJSP, apelação n. 0035752-36.2010.8.26.0114, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 6.5.2015; TJSP, apelação n. 1000413-90.2014.8.26.0006, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 4.11.2014; TJRJ, apelação n. 0083459-69.2012.8.19.0002, Rel. Des. André Ribeiro, j. 7.3.2017.

⁸⁷¹ SILVA, Eva Sônia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 124-125.

⁸⁷² CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 44-45, relata tentativas doutrinárias na França de incluir no âmbito do ônus de autoinformação do adquirente todas as questões relativas à contabilidade da sociedade-alvo, ao passo que outras informações não constantes ou não aferíveis a partir das demonstrações contábeis (como condenações judiciais, estado de reformas na sede social *etc.*) recairiam no dever do alienante de informar. A tentativa de sistematização parece-nos simplista, pois determinados itens não constantes das demonstrações contábeis podem adquirir tamanha relevância a ponto de justificar a realização de perguntas e investigações mais profundas pelo adquirente, para que se dê por atendido o ônus de autoinformação.

antes da aquisição, porque já foi sócio ou já trabalhou na sociedade, a jurisprudência nacional costuma onerá-lo com uma carga maior de autoinformação.⁸⁷³

Por fim, um critério normativo pode ser oferecido pelos usos do tráfico.⁸⁷⁴ De acordo com o vulto da operação, pode ser praxe realizar uma verificação mais ou menos ampla da sociedade por meio de *due diligence*. Pode acontecer de a verificação da sociedade não se ter realizado por razões alheias à vontade do credor da informação ou porque não era costumeiro naquele tipo de operação.⁸⁷⁵ Nesse caso, pode haver impossibilidade de obter a informação segundo critérios normativos. Mas não é de se exigir do credor da informação diligência maior que o emprego das medidas usualmente adotadas para averiguar as informações naquele determinado tipo de operação.⁸⁷⁶

Todos estes elementos exercem influência no nascimento do dever de informar, mas não se pode olvidar que o ônus de diligência para com seus próprios interesses não vai ao ponto de exigir esforços inauditos. A parte se desincumbe do seu ônus de autoinformação exercendo diligência ordinária, embora o conteúdo concreto da diligência ordinária varie caso a caso, segundo os critérios trazidos neste capítulo.

Em alienações de participação societária, as informações relevantes para o contrato estarão, no mais das vezes, em posse apenas do alienante. Em vista disso, pode-se dizer que já se consolidou o uso negocial de um adquirente da participação societária diligente fazer as perguntas pertinentes, analisar as respostas fornecidas pelo alienante, solicitar documentos, avaliar se as informações recebidas suscitam novos pedidos de informação,

⁸⁷³ TJSP, apelação n. 9093373-40.1997.8.26.0000, Rel. Des. Cunha Cintra, j. 5.2.1999 (ressaltando o fato de o demandante já ser sócio de 1/3 do capital); TJSP, 9084320-30.2000.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Maria, j. 25.4.2006 (ressaltando o fato de o demandante já conhecer a sociedade antes de comprar as quotas); TJSP, apelação n. 9166110-60.2005.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. 14.2.2007 (sublinhando que o adquirente já havia trabalhado na sociedade). Neste sentido, veja-se também LUTTER, Marcus. *Due Diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, 613; MOUSSERON, Pierre. L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.B.1; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. *Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 26.

⁸⁷⁴ Embora o critério normativo faça entrar no dever de informar, a rigor, também aqueles que derivam da lei, entendemos que estes já estão delimitados nos deveres típicos de informar, não cabendo repeti-los aqui.

⁸⁷⁵ Sobre o costume de realizar verificação prévia de informações antes de celebrar. Negócio segundo os usos do tráfico, SILVA, Eva Sônia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 124-125.

⁸⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541. Marie Caffin-Moi relata tentativas na doutrina francesa de impor ônus maior de autoinformação ao adquirente da fatia de controle, posto que um conhecimento completo da sociedade seria exigência prévia à boa administração da sociedade (CAFFIN-MOI, Marie. *Cession de droits sociaux et droit des contrats*. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 46).

buscar, na medida de suas forças, as informações necessárias, fazendo-se acompanhar, quando necessário, de assessores e profissionais experientes no ramo, pois “[a] diligência para com os próprios interesses (ônus ou encargo) configura-se, no plano contratual, em solicitar da outra parte as informações que estime necessárias sobre as obrigações que vai assumir antes de aceitá-las”.⁸⁷⁷

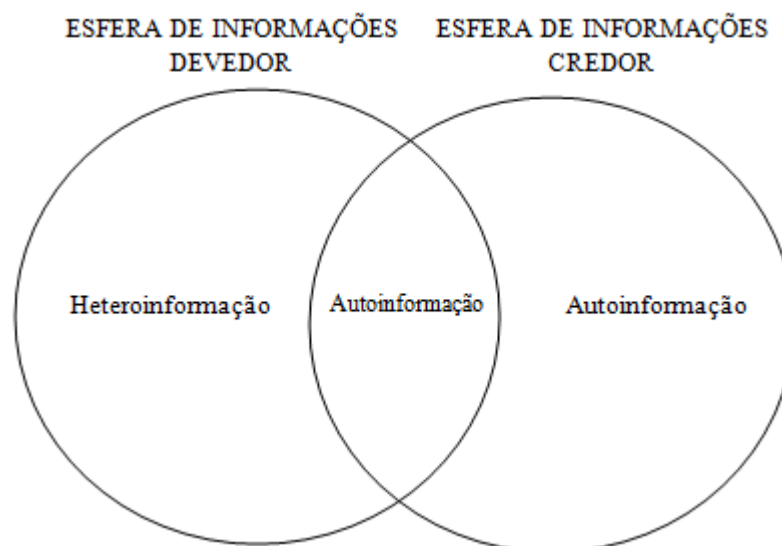
As solicitações de informações para operações de alienação de participação societária costumam realizar-se em processos de *due diligence* (Parte II *infra*, n. 6.4). Mas mesmo solicitações menos formais ou menos complexas podem desincumbir o adquirente do seu ônus de autoinformação, conforme o tamanho e as necessidades de cada operação. Afinal, não se pode exigir do adquirente de uma padaria que contrate grandes empresas de auditoria contábil ou escritórios de advocacia para realizar ampla *due diligence*.

O ônus de autoinformação não é necessariamente uma etapa prévia no tempo em relação ao dever de informar. Não é preciso aguardar que o credor da informação conclua todo o procedimento de busca da informação (uma *due diligence*, por exemplo) para que o devedor forneça as informações cabíveis. Ambos os processos podem ocorrer simultaneamente.⁸⁷⁸ Até porque pensamos que, em princípio, o dever de informar e o ônus de autoinformação atuam em planos diferentes.

Pode-se distinguir dois âmbitos diversos em que atuam o dever de informar e o ônus de se autoinformar na fase pré-contratual. As informações que recaem no âmbito do ônus de se autoinformar dificilmente serão objeto de um dever de informar, pois a falta da informação pode aí ser atribuída muito mais à negligência do credor do que ao descumprimento, pelo devedor da informação, de um dever pré-contratual. Já as informações que não podem ser obtidas pelo credor mediante uso de ordinária diligência são as que podem suscitar dever de informar. Em outras palavras, a dialética entre o dever de informar e o ônus de se autoinformar opera muito mais delimitando os campos de incidência de cada um do que criando um procedimento em ordem cronológica em que uma parte primeiro se informa para depois pedir eventual informação faltante. A ideia aqui sustentada pode ser ilustrada com a figura abaixo:

⁸⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

⁸⁷⁸ Contra: SILVA, Eva Sônia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 130, para quem “*não pode existir um dever de heteroinformação enquanto existir um ônus de autoinformação. O primeiro só surgirá quando o último deixar de existir ou tenha sido cumprido*”.



As informações que o credor da informação pode obter mediante uso de ordinária diligência estão representadas na figura pela esfera de informações do credor. Para este conjunto de informações vige, em princípio, ser ônus do credor buscar sua própria informação. Diz-se “em princípio”, porque os demais pontos de vista relevantes (*topoi*) a serem considerados no caso concreto podem indicar outra solução, sendo impossível isolar uns dos outros. À guisa de exemplo, em uma alienação de participação societária é comum que o alienante forneça cópias do estatuto social e demais atos societários ao adquirente, embora a informação seja facilmente obtível mediante solicitação no Registro do Comércio. De fato, seria pouco razoável o alienante negar-se a fornecer tais documentos, já que possui condições de fazê-lo a menor custo e tempo.

Já as informações que somente podem ser obtidas pelo devedor da informação estão representadas na figura pela esfera de informações do devedor. Como é impossível ao credor da informação produzi-la com sua própria diligência ordinária, não há outra saída senão inclui-la no âmbito do dever de informar (heteroinformação).

A controvérsia surge quando a informação em questão é passível de ser obtida tanto pelo credor quanto pelo devedor da informação, ou seja, quando se situa na intersecção entre as duas esferas da figura, ou seja, apenas quando ambas as partes possuem igual acesso à informação.⁸⁷⁹ Aqui o credor deve tentar conseguir as informações por seu esforço próprio, pois se, podendo obtê-la, não o faz, não há porque impor ao devedor uma

⁸⁷⁹ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 197-198.

diligência maior do que a empregue pelo próprio credor interessado na informação. A causa da ignorância da informação contida na intersecção das esferas deve ser atribuída à negligência do credor e não ao descumprimento de um dever pré-contratual pelo devedor.

Em nossa opinião, as lições doutrinárias que afirmam que o dever de informar termina onde começa o ônus de autoinformação⁸⁸⁰ ou que submetem o dever de informar ao cumprimento do ônus de autoinformação⁸⁸¹ referem-se ao âmbito de intersecção entre as esferas de informação de credor e devedor. Pois apenas na intersecção é que faz sentido distribuir a carga informativa entre as partes a partir do confronto entre dever de informar e ônus de se informar, já que apenas ali a informação pode ser obtida por ambas as partes.

Nos pontos em que as esferas de informação não se cruzam, eventual negligência do credor da informação com seu próprio ônus não deve prejudicar o dever de informar, pois não há relação entre eles. Assim, o credor da informação não perde o direito de exigir o fornecimento de uma informação constante da esfera do devedor, como os documentos contábeis da sociedade alvo da operação, porque não diligenciou para conhecer uma informação atinente à sua própria esfera de informação. O credor da informação sofre as consequências negativas de não diligenciar a informação coberta pelo ônus de se autoinformar, mas não perde o direito de realizar o negócio munido da informação que provém da esfera do devedor.

6.2.1.4. Legitimidade do desconhecimento da informação: perguntas e respostas

Viu-se acima que o credor da informação se desincumbe do ônus de autoinformar-se fazendo perguntas e solicitando documentos ao devedor da informação. Mas não basta apenas fazer perguntas, é preciso que as perguntas sejam colocadas pertinente e corretamente.

A aptidão desse mecanismo como forma de solucionar assimetrias informativas entre as partes depende, em primeira linha, da capacidade da parte de formular as perguntas corretas.⁸⁸² Aproveitando-se a divisão de Kim Lane Scheppele em segredos superficiais (*shallow secrets*) e segredos ocultos (*deep secrets*), pode-se extrair a lição de

⁸⁸⁰ SAPONE, Natalino. *La responsabilità precontrattuale*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 147.

⁸⁸¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122; GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 328.

⁸⁸² GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 340.

que a elaboração de perguntas pode ser exigida do credor da informação quando se trate de *shallow secrets*, mas o mesmo não será verdade para *deep secrets*.⁸⁸³ Assim, se a parte faz as perguntas e/ou solicita as informações que poderia imaginar cabíveis, está agindo com diligência e não pode-se dela exigir que vá além. Em outras palavras, não é incompatível com um comportamento diligente a não realização de perguntas sobre segredos ocultos.⁸⁸⁴ O que pode-se exigir do credor é que faça as perguntas mais completas e específicas possíveis, conforme o nível de consciência que tenha de sua ignorância quanto à informação específica.

A resposta a uma pergunta feita pelo credor da informação deve, em princípio, ser respondida, chegando Natalino Sapone a afirmar que o dever de informar apenas se põe quanto à prestação espontânea de informações, pois, em caso de realização de pergunta, o devedor deve sempre fornecer a informação.⁸⁸⁵ A resposta deve vir de forma honesta e com veracidade, pois não existe um direito subjetivo “à prestação de informação consabidamente inverídica”.⁸⁸⁶

Mas entendemos que nem toda pergunta merece ser respondida. O vendedor não está obrigado a responder durante uma negociação com veracidade ao comprador se está disposto a aceitar preço mais baixo, assim como o comprador também não precisa responder honestamente se aceita pagar mais caro. Do contrário, o vendedor de ações poderia simplesmente perguntar ao comprador “qual o preço mais alto que você aceita pagar?” e vice-versa.⁸⁸⁷ Não é assim que corre uma negociação.

⁸⁸³ SCHEPPELE, Kim Lane. *Legal secrets: equality and efficiency in the common law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 21.

⁸⁸⁴ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 341. Harm-Peter Westermann coloca de forma semelhante que, se as informações à disposição no *data room* parecem atender às necessidades do adquirente, não se pode exigir dele que faça perguntas além disso (WESTERMANN, Harm-Peter. *Due Diligence beim Unternehmenskauf*. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 262). Hübner entende que, quando a possibilidade de realizar uma pergunta sequer se abre ao comprador porque ele não poderia imaginar a necessidade da pergunta, a não divulgação da informação correspondente faz o comprador ser enganado (HÜBNER, Rudolf Matthias. *Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf*. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1486).

⁸⁸⁵ SAPONE, Natalino. *La responsabilità precontrattuale*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 152. No mesmo sentido, HÜBNER, Rudolf Matthias. *Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf*. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1486; RITTMEISTER, Maximilian. *Gewährleistung beim Unternehmenskauf*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 153.

⁸⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

⁸⁸⁷ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 342.

Iñigo de la Maza Gazmuri identifica perguntas que, por tocarem um núcleo de direitos fundamentais do detentor da informação, consideram-se inadmissíveis e não precisam ser respondidas. Entram nesse núcleo perguntas sobre religião, opiniões políticas, hábitos sexuais, situações familiares *etc.* Diante de tais perguntas, o devedor da informação pode licitamente negar-se a responder.⁸⁸⁸ Acrescentamos ao rol de perguntas que não precisam ser respondidas aquelas que tiram, diminuem ou transferem à outra parte o benefício do investimento feito pelo detentor da informação na sua busca.⁸⁸⁹ Para mais que uma questão de justiça, trata-se também de uma questão de eficiência permitir que aquele que investiu na informação mantenha-a para si; do contrário, dificilmente seria feito o esforço de investir na busca da informação.⁸⁹⁰

Saul Levmore avança nessas conclusões e enxerga hipóteses em que a negativa de resposta a uma pergunta inadmissível acaba produzindo o mesmo efeito de uma resposta afirmativa. Por exemplo, o vendedor poderia fazer uma pergunta tão ampla quanto se o comprador possui alguma informação sobre recursos naturais no subsolo do imóvel objeto do negócio que fariam aumentar o preço do negócio. Caso o comprador se negasse a responder, ficaria claro para o vendedor que o comprador possui informações de tal natureza, fazendo aumentar o preço. Em tais casos, a única maneira que o detentor da informação tem de não revelar informações a perguntas inadmissíveis é mentir, respondendo negativamente à pergunta.⁸⁹¹ Levmore cria, assim, uma regra de desonestidade ótima (*optimal dishonesty*) para proteger os incentivos da parte de produzir informações úteis, quando a resposta desonesta levar a parte desinformada a agir do

⁸⁸⁸ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 342-344.

⁸⁸⁹ SEC vs. Texas Gulf Sulfur Co., 401 F.2d 833 (2d Cir. 1968). A empresa de mineração Texas Gulf Sulphur investira grande quantidade de dinheiro na realização de mapeamentos aéreos da região de Ontario, Canadá, tendo concluído pela grande probabilidade de haver jazidas minerais no subterrâneo de uma fazenda detida pelo espólio de Murray Hendrie. Texas Gulf comprou uma opção de exercer atividade de mineração na área por 500 dólares nos dois anos seguintes, ocasião em que deveria pagar 18 mil dólares aos proprietários e 10% dos rendimentos da atividade minerária. Descobriu-se após que a fazenda possuía depósito de zinco, cobre e prata que valiam em torno de 1 bilhão de dólares, o que motivou o ajuizamento de ação pelo espólio alegando erro e não divulgação de informações pela empresa.

⁸⁹⁰ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 157-166.

⁸⁹¹ LEVMORE, Saul. Securities and secrets: insider trading and the law of contracts. *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982, p. 139-140. O direito de mentir não é de todo novidade na doutrina. Hans Christoph Grigoleit relata sua aceitação na Alemanha no caso excepcional de pergunta inadmissível feita pelo empregador ao empregado, por exemplo (GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 6, rodapé 1).

mesmo modo que ela teria agido sem a informação em questão e quando seria injusto exigir a divulgação pela parte informada.⁸⁹²

Diante disso, ousamos divergir parcialmente da doutrina dominante e concordar com Saul Levmore, para afirmar que o devedor da informação não é obrigado a responder a perguntas inadmissíveis postas pelo credor, podendo até mesmo mentir em situações excepcionais em que a simples negativa de resposta não for o bastante para proteger a informação. Este pode ser o caso, em uma alienação de participação societária, se o adquirente pergunta uma informação confidencial estratégica da empresa que a administração tenha o dever legal de guardar sigilo, podendo aí o administrador revelar uma resposta falsa para proteger a confidencialidade da informação.

Em alienações de participação societária pode-se considerar inadmissível também uma pergunta tão ampla do adquirente quanto “forneça-me qualquer informação sobre a sociedade que possa afetar meu consentimento, o preço ou os termos do contrato”, pois aí estar-se-ia exigindo uma resposta impossível de ser dada pelo alienante. A complexidade de uma empresa é tamanha que o alienante não teria como responder a essa pergunta de forma completa e satisfatória. Incumbe ao adquirente formular perguntas específicas, direcionadas a respostas específicas, da forma mais completa possível, pois só aí será viável uma resposta pelo alienante.

Não raro as partes estipulam declarações e garantias de *full disclosure*, ou seja, uma declaração de que o alienante da participação forneceu todas as informações pertinentes à celebração do negócio. Em linha com o quanto aqui exposto, uma tal declaração deve ser lida da seguinte forma: o alienante forneceu todas as informações que poderia ser obrigado a fornecer em vista das perguntas e solicitações de informação feitas pelo adquirente, ou, independentemente de perguntas, forneceu também aquelas informações tão essenciais ou cujo fornecimento espontâneo pelo devedor da informação é tão assente na lei ou nos usos do tráfico, que teriam de ser fornecidas mesmo se o adquirente não fizesse qualquer solicitação de informação. É que, em uma operação complexa como a alienação de ações ou quotas, o adquirente tem o ônus de fazer saber ao alienante quais informações são

⁸⁹² LEVMORE, Saul. Securities and secrets: insider trading and the law of contracts. *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982, p. 139-140.

necessárias para a formação de sua decisão negocial, pois, a rigor, são infinitas as informações passíveis de serem produzidas sobre a sociedade-alvo.⁸⁹³

6.2.1.5. Legitimidade do desconhecimento da informação: relação de confiança entre as partes

Se o credor da informação pode contar com a prestação espontânea da informação pela outra parte, é possível ser mais tolerante com o ônus de autoinformação. Este será o caso de uma relação de confiança particular entre as partes.⁸⁹⁴

Iñigo de la Maza Gazmuri faz bem essa contraposição, ao dizer que, se uma parte pode confiar que a outra velará por seus interesses, não se deve dela exigir que procure sua própria informação.⁸⁹⁵ O próprio detentor da informação pode induzir a confiança da outra parte quando nota uma falsa representação da realidade e não a desmente.⁸⁹⁶ Outra situação em que a confiança é induzida por uma parte é quando esta espontaneamente fornece uma informação, pois não há dever de não confiar na informação que é repassada,⁸⁹⁷ o que seria contrário ao dever de veracidade – mais amplo que o próprio dever de informar.

Isso não significa, porém, que o credor da informação possa confiar sempre, independentemente da relação com o devedor. Apenas a confiança legítima, fundada em dados objetivos, justifica uma redução do ônus autoinformativo e um acirramento do dever de informar.⁸⁹⁸ O grau de confiança pode acentuar-se em determinados tipos contratuais como o mandato e a sociedade, ou em virtude de características pessoais dos envolvidos,

⁸⁹³ CRASWELL, Richard. Taking information seriously: misrepresentation and non disclosure in contract law and elsewhere. *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 4, jun./2006, p. 575. O autor afirma que um mandamento de *full disclosure* seria, na verdade, impossível, pois mesmo o mais simples dos contratos possui muito mais informação passível de ser revelada do que a parte efetivamente tem capacidade de comunicar.

⁸⁹⁴ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 198-199; SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 127; BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 263 e ss.

⁸⁹⁵ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 312.

⁸⁹⁶ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 313-314.

⁸⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541. De forma semelhante, HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1486.

⁸⁹⁸ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 314-316.

como contratos entre membros da mesma família, ou ainda por uma relação entre leigo e profissional.⁸⁹⁹

Todavia, não se pode negar a existência de um patamar mínimo de confiança em qualquer contrato, consistente na divulgação de informações sobre causas que possam afetar a validade do contrato e circunstâncias já existentes que possam modificar as pressuposições da outra parte no que diz respeito ao cumprimento do contrato. Em tais ocasiões, o credor da informação poderia sempre confiar que o devedor ministrará a informação que possui.⁹⁰⁰ Para além deste patamar mínimo de confiança, o credor da informação só poderia confiar no fornecimento espontâneo da informação se tratar-se de uma relação especial de confiança.

Estas considerações são em tudo aplicáveis à alienação de participação societária. Mas é difícil imaginar uma situação em que o tipo contratual justificativo da transferência da participação (compra e venda, doação, permuta ou outro tipo) suscite uma confiança especial. Ao contrário, em um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se consignou que, em uma doação pura e simples de quotas, é razoável o donatário contar que a sociedade possua elevadas dívidas, fato que não fora informado pelo doador.⁹⁰¹ Por outro lado, com base no dever de veracidade que pesa sobre quem fornece informações espontaneamente, é razoável o credor confiar que, quanto a uma informação livremente entregue sobre a sociedade pelo devedor, não são necessárias ulteriores investigações.

6.2.2. Outros *topoi* aplicáveis à alienação de participação societária

6.2.2.1. Distribuição do risco informacional entre as partes

Fator importante a ser levado em conta no surgimento de um dever pré-contratual de informar é a distribuição entre as partes do risco informacional.⁹⁰² Obviamente, a

⁸⁹⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 127-128; BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 264-267; GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 320-325.

⁹⁰⁰ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 316-320.

⁹⁰¹ TJSC, apelação n. 2007.041682-6, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 13.12.2011.

⁹⁰² CARRILLO, Pablo Enrique. Beware of Scylla and Charybdis: stock purchase of privately held companies and the remedies problem under Rule 10b-5 – what is buyer to do? *Tulane Law Review*, vol. 72, jun./1998, p. 2120 (embora o autor se refira à ação por *misrepresentation* e não propriamente a dever pré-contratual de informar).

distribuição do risco informacional não pode violar normas cogentes, como aquelas atinentes à anulação por erro ou dolo, mas certamente há um espaço reservado à autonomia privada em que as partes podem definir qual delas será responsável por obter qual informação e quais as consequências jurídicas da inobservância de tal ônus informativo.⁹⁰³

Jorge Ferreira Sinde Monteiro explica que o dever de informar vai apenas até o ponto em que uma parte “*não tem mais de se preocupar com os interesses da outra, portanto com respeito a circunstâncias que caíam inequivocamente na sua esfera de risco*”.⁹⁰⁴ Em negócios especulativos, obviamente, o risco assumido pela parte será maior e, conseqüentemente, menor o dever de informar. Mas pode haver, mesmo nesse tipo de negócio, o dever de alertar para a medida do risco ou para a existência de riscos atípicos.^{905_906}

Horst Eidenmüller nota que o centro da problemática da compra e venda de empresas está na alocação de riscos por informações imprecisas.⁹⁰⁷ Uma sociedade é objeto complexo. É difícil ao alienante imaginar quais informações são relevantes ao adquirente. Assim, deve-se concordar que o eixo definidor do dever pré-contratual de informação em alienação de ações ou quotas está na distribuição do ônus informativo: a quem cabe incorrer em esforços e custos de obter a informação e quem se responsabiliza pela realização da transação sem tal informação?

Em seu reconhecido trabalho, Anthony Kronman parte da premissa de que a produção de informação acarreta custos, que são racionalmente alocados para a parte que está em melhores condições de reunir a informação. Assim, se as partes alocam contratualmente o risco de obtenção de informação, tal alocação deve ser respeitada; mas,

⁹⁰³ KARAMPATZOS, Antonios G. Der Umfang der Aufklärungspflicht des Verkäufers beim Unternehmenskauf – Insbesondere die so genannte “Non-Reliance”-Klausel. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2012, p. 854-855.

⁹⁰⁴ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 363.

⁹⁰⁵ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 363-364.

⁹⁰⁶ Nessa linha, embora tratando especificamente da anulação por erro e não do dever de informar, o art. 3.2.2(2)(b) da versão 2016 dos Princípios Unidroit aplicáveis a contratos comerciais internacionais também proíbe a anulação do negócio quando o erro concerne a matéria cujo risco foi assumido pelo *errans* ou se encontra na sua esfera de riscos.

⁹⁰⁷ EIDENMÜLLER, Horst. Rechtskauf und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 8, 2002, p. 295.

em não o fazendo, uma corte preocupada com eficiência econômica deve alocá-lo para o melhor coletor da informação.⁹⁰⁸

Já Stephanie Hoffer indica três modos pelos quais as partes podem alocar o risco informativo. A primeira e mais óbvia é a alocação do risco de forma explícita no contrato.⁹⁰⁹ A segunda ocorre quando a parte celebra o contrato ciente de que ignora determinada informação e mesmo assim assume o risco de fazer o negócio sem ela. Por fim, o juiz pode ainda alocar o risco informativo a uma das partes quando for razoável fazê-lo, o que normalmente ocorre levando-se em consideração qual das partes está em melhores condições de obter a informação ou qual teria sido o arranjo desse risco entre as partes se elas o tivessem negociado.⁹¹⁰ Estas ponderações parecem-nos bastante razoáveis. A distribuição de riscos informacionais é matéria amplamente dispositiva, podendo uma parte assumir determinado risco por manifestação de vontade, mas, na ausência de tal repartição contratual de riscos, não é fácil precisar com clareza os limites das esferas de risco de cada uma das partes em uma alienação de participação societária. Se a informação é impossível de ser obtida (porque é absolutamente impossível, ou só pode ser obtida a custos proibitivos), o risco de realizar a operação sem dita informação deve incluir-se na esfera de risco do interessado na informação. Não se pode atribuir à parte não interessada na informação risco quanto a interesse que não é seu. Ao contrário, é de se presumir que a parte interessada na informação estava disposta a sacrificar seu interesse quando aceitou fazer o negócio sem tê-la.

Isso leva, ainda no âmbito da assunção de riscos, à discussão sobre a ignorância consciente da informação. Se a parte decide seguir adiante e conclui um negócio consciente de que não possui determinada informação que lhe interessa, deve suportar o risco de consequências adversas que possam daí originar-se.⁹¹¹ Esse será frequentemente o caso do adquirente de ações ou quotas que, premido pelo tempo, resolve adquiri-las sem

⁹⁰⁸ KRONMAN, Anthony T. Mistake, disclosure information and the law of contracts. *The Journal of Legal Studies*, 1978, p. 4.

⁹⁰⁹ MOUSSERON, Pierre. L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.2, indica que tal alocação de ônus informativo normalmente ocorre por meio de cartas de intenção, protocolos de acordo ou mesmo por convenções de garantia. Sobre alocação de riscos em venda de posições contratuais (participação societária), veja-se KOLLER, Ingo. Die Haftung beim Verkauf von Verträgen. *Juristische Rundschau*, 1982, Caderno 9, p. 357-358, embora o autor coloque a questão em termos de teoria da base objetiva do negócio.

⁹¹⁰ HOFFER, Stephanie R. Misrepresentation: the restatement's second mistake. *University of Illinois Law Review*, 2014, vol. 1, p. 122-124.

⁹¹¹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 329-330.

realizar *due diligence* prévia ou qualquer tipo de verificação da sociedade antes da compra. Se abre mão de buscar informações, é porque resolveu assumir o risco informativo. Nesse caso dificilmente haverá tutela ao comprador pela via da responsabilidade pré-contratual, não lhe restando outra opção senão a proteção mediante cláusulas contratuais específicas.

6.2.2.2. Essencialidade da informação

O dever de informar não vai tão longe a ponto de impor ao devedor que forneça informações frívolas ou não relacionadas ao objeto do negócio. Em uma palavra, a informação deve ser pertinente.⁹¹² Assim, o alienante não está obrigado, por exemplo, a apurar e verificar as suposições do adquirente sobre a sociedade-alvo para informar-lhe.⁹¹³ Richard Craswell nota que as informações passíveis de serem fornecidas sobre um determinado contrato são infinitas (o que, com maior razão, se aplica a um negócio tão complexo quanto alienação de participação societária). A questão passa a ser, então, a de saber quais atributos do negócio são os mais importantes, quais informações sobre tais atributos são úteis e qual o formato em que tais informações devem ser ministradas à contraparte.⁹¹⁴ A única forma de viabilizar o dever de informação, portanto, é selecionar o espectro de informações que merece ser compartilhado. Nas palavras de Eva Sónia Moreira da Silva:

Desde logo, uma pessoa não poderá ser obrigada a informar a sua contraparte, a menos que a informação em causa seja tão importante que o seu conhecimento pela contraparte seja susceptível de a fazer modificar o seu comportamento: ou renunciar à conclusão do contrato ou reapreciar as condições sob as quais nele entraria.⁹¹⁵

Hans Christoph Grigoleit propõe, com apoio na doutrina e na jurisprudência alemãs, um método bifásico para apurar a existência de um tal dever. Na primeira etapa averigua-se se era cognoscível à parte obrigada a fornecer informação que esta era essencial ao contrato, ou seja, aquela cuja qualidade, do ponto de vista do destinatário da

⁹¹² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541; FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 132; MOUSSERON, Pierre. L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.1.a; WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 253.

⁹¹³ WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 253.

⁹¹⁴ CRASWELL, Richard. Taking information seriously: misrepresentation and non disclosure in contract law and elsewhere. *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 4, jun./2006, p. 575-586.

⁹¹⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 131.

informação, foi decisiva para a celebração do contrato.⁹¹⁶ Não há, porém, dever de informar sobre qualidades que o detentor da informação possa razoavelmente acreditar que seriam objeto de pergunta pelo destinatário da informação.⁹¹⁷ Já na segunda etapa, deve-se ponderar, diante da contraposição de interesses entre as partes, se era possível exigir do detentor da informação que a ministrasse à contraparte.⁹¹⁸ Embora não se concorde com o simplismo do método bifásico de Grigoleit, visto que o dever de informar deriva de um amálgama de vários *topoi* contextualmente sopesados, suas ponderações sobre a essencialidade da informação parecem-nos absolutamente corretas. Apenas acrescenta-se, com Eva Sónia da Silva Moreira, que não só a informação reconhecidamente essencial para a contraparte, mas também aquela que deixou de ser reconhecida como tal por culpa do devedor da informação deve suscitar dever de informar.⁹¹⁹

Incluem-se *prima facie* entre as informações essenciais para a decisão da contraparte, eventuais causas de invalidade ou ineficácia contratual⁹²⁰ e circunstâncias suscetíveis de frustrar o fim contratual,⁹²¹ como o vencimento próximo de uma autorização para a sociedade funcionar. Na Alemanha já se decidiu pela existência de um dever de informar quanto à iminente rescisão de um contrato da sociedade-alvo com seu principal cliente, assim como no caso de rescisão do contrato de aluguel do imóvel locado pela

⁹¹⁶ GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 6. No mesmo sentido, KOLLER, Ingo. Die Haftung beim Verkauf von Verträgen. *Juristische Rundschau*, 1982, Caderno 9, p. 356, entende que o vendedor de posição contractual não tem obrigação de informar o comprador acerca de passivos para permitir a realização de seus planos, mas deve informar quando puder perceber que a informação claramente não era detida pelo comprador.

⁹¹⁷ GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 7. A razão parece residir no fato de que, sendo provável que o credor da informação vá perguntar por ela, se não o faz é porque ao fim das contas a informação não lhe era tão relevante.

⁹¹⁸ GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 7.

⁹¹⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 135.

⁹²⁰ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 133. A invalidade ou ineficácia contratual imputável a uma das partes é inclusive considerada uma das quatro formas de manifestação típicas da responsabilidade pré-contratual em SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 355-356, nota de rodapé n. 60.

⁹²¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 133; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 843; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 153; SCHIFFER, Jack; MAYER, Carolin. Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 2628 (acrescentando que informações quanto à própria sobrevivência da sociedade também se incluem no escopo do dever de informar).

sociedade-alvo.⁹²² Na mesma senda, o BGH alemão já entendeu que o vendedor não pode deixar de informar um prejuízo súbito da empresa,⁹²³ nem os dados de faturamento futuro que claramente não serão atingidos com o novo parque fabril da sociedade-alvo.⁹²⁴

No já citado caso *Integral Saúde*, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo,⁹²⁵ teve-se oportunidade de definir um *standard* de informação aplicável à alienação de participação societária. Em sua fundamentação, o Tribunal entendeu que era obrigação dos vendedores informar a existência do planejamento, vez que era relevante para os fins do contrato e para a formação deste. Pronunciou-se o TJSP no sentido de que os vendedores feriram sua obrigação “quando não informaram pormenorizadamente todas as estratégias adotadas na administração da *Integral Saúde*, mesmo que não houvesse dúvidas de que se tratava de regular planejamento tributário”.

Informações intrínsecas ao objeto do contrato, como suas qualidades, origem *etc.*, certamente são essenciais para a decisão da parte sobre o contrato, mas não só elas estão abrangidas no dever de informar. Circunstâncias extrínsecas ao objeto do contrato, como as razões que levam a parte a contratar ou elementos externos que influenciam o valor do negócio também podem incluir-se entre as informações essenciais.⁹²⁶ Ficam de fora, em linha de princípio, informações sobre a base negocial e questões de mercado. O que importa é que a informação seja capaz de provocar no credor da informação o ímpeto de mudar seu curso de ação.⁹²⁷

Aceitando também a ideia de essencialidade da informação, mas em termos ligeiramente diversos dos até aqui expostos, Natalino Sapone entende que a amplitude do dever de informar deve ser diretamente proporcional à importância da cláusula em questão na economia do contrato e inversamente proporcional ao ônus de autoinformação.⁹²⁸ O

⁹²² OLG Hamburg WM 1994, 1378, 1389.

⁹²³ BGH, NJW, 1977, 1536.

⁹²⁴ BGH, NJW 1995, 1547.

⁹²⁵ TJSP, apelação n. 1066058-37.2015.8.26.0100, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 15.3.2017.

⁹²⁶ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 123 e ss.

⁹²⁷ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 132 e ss., o que a autora chama de critério de “pertinência da informação”. Contra esse entendimento posiciona-se Eva Sónia da Silva Moreira, que apenas aceita como essencial a informação capaz de alterar significativamente a decisão do credor (SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 134).

⁹²⁸ SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão: Giuffrè, 2008, p. 149.

autor exclui uma obrigação de comunicar fatos que concernem exclusivamente à própria esfera do contratante, como a destinação que pretende dar ao bem após o contrato.⁹²⁹

O *topoi* tem plena aplicabilidade a alienações de participação societária. E com relevância ainda maior, pois sendo a empresa objeto complexo, seria mesmo impossível ao devedor da informação fornecer detalhes de todas as características da empresa ao credor da informação. A essencialidade da informação aqui não só age limitando a amplitude do dever de informar, mas viabilizando a prestação da informação.

6.2.2.3. Considerações de eficiência

Não se pode olvidar o papel desempenhado por argumentos de eficiência na obtenção da informação e compartilhamento da informação entre as partes. Com frequência uma parte possui informações que, se compartilhadas, podem retirar total ou parcialmente a vantagem para si na realização do negócio. Ou uma parte pode fazer investimentos na obtenção da informação, de modo que compartilhá-la com a outra parte estenderia a esta um benefício pelo qual não investiu. A questão possui grande desenvolvimento na doutrina americana.

Em reconhecido trabalho, já citado, Anthony Kronman parte da premissa de que a produção de informação acarreta custos que devem ser racionalmente alocados para a parte que está em melhores condições de reunir a informação, ou seja, a parte que pode reuni-la com menores custos (*cheaper information gatherer*).⁹³⁰ Com base nisso, Kronman classifica as informações em dois tipos, a saber: informações adquiridas deliberadamente e informações adquiridas casualmente. Informações adquiridas deliberadamente são aquelas cujos custos de obtenção não teriam sido incorridos senão pela probabilidade de obter a informação. Já a informação adquirida casualmente é aquela cujos custos teriam sido incorridos independentemente do desejo de obter a informação.⁹³¹ Para as informações adquiridas deliberadamente, Kronman propõe a outorga de um direito de propriedade (*property right*) sobre a informação, para excluir que outros além daquele que investiu na obtenção da informação possam utilizá-la, por exemplo, na negociação de um contrato. Ou seja, a informação adquirida de forma deliberada não precisaria ser objeto de um dever de

⁹²⁹ SAPONE, Natalino. *La responsabilità precontrattuale*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 151.

⁹³⁰ KRONMAN, Anthony T. Mistake, disclosure information and the law of contracts. *The Journal of Legal Studies*, 1978, p. 4.

⁹³¹ KRONMAN, Anthony T. Mistake, disclosure information and the law of contracts. *The Journal of Legal Studies*, 1978, p. 13.

informar. A razão para este tratamento é que, se o detentor da informação deliberadamente adquirida não puder explorá-la, ele não terá interesse em investir na sua produção; ao contrário, estar-se-ia dando incentivo para o comportamento oportunista da parte que recebe a informação sem investir.⁹³² Sua conclusão é que aquele que investe na obtenção da informação não é o *cheaper information gatherer* e não precisa compartilhar a informação com a outra parte.

Muriel Fabre-Magnan critica a tese de Kronman aduzindo que, se o objetivo é evitar o desencorajamento ao investimento na obtenção de informações, tal objetivo pode ser atingido por outros meios que não necessariamente a concessão de um *property right* sobre a informação. Poderia ser concedida indenização dos danos sofridos além do reembolso dos custos incorridos com a obtenção da informação.⁹³³

A teoria de Kronman é combatida também por Jules Coleman, para quem não é a forma de obtenção da informação que deve determinar sua divulgação ou não-divulgação, mas a natureza do efeito da informação: se gera efeitos meramente redistributivos ou produtivos de riqueza.⁹³⁴ De certa forma, Coleman concorda com Kronman que a regra de divulgação de informações à outra parte deve considerar os incentivos sociais à produção de informação, mas discorda que a regra possa ser construída a partir do modo de aquisição da informação. Coleman diferencia o conhecimento prévio (*foreknowledge*) quanto a um evento que será autonomamente tornado conhecido de todos, da descoberta (*discovery*) de fatos que possivelmente já existem mas ainda são desconhecidos do ser humano. Neste último caso, a informação pode produzir benefícios sociais e ter consequências amplamente salutares para a sociedade, ou pode ter efeito meramente redistributivo no primeiro caso, não relevante do ponto de visto social.⁹³⁵ Coleman conclui, assim, que o direito de não divulgar a informação deve levar em consideração se o efeito da informação é produtivo ou redistributivo de benefícios sociais.⁹³⁶

⁹³² KRONMAN, Anthony T. Mistake, disclosure information and the law of contracts. *The Journal of Legal Studies*, 1978, p. 13-15.

⁹³³ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 94 e ss.

⁹³⁴ COLEMAN, Jules L. A bargaining theory approach to default and disclosure provisions in contract law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 12, 1989, p. 693.

⁹³⁵ COLEMAN, Jules L. A bargaining theory approach to default and disclosure provisions in contract law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 12, 1989, p. 693-694.

⁹³⁶ COLEMAN, Jules L. A bargaining theory approach to default and disclosure provisions in contract law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 12, 1989, p. 695-696.

Já Melvin Eisenberg defende uma teoria que pode-se dizer eclética, pois congrega conclusões tanto de Kronman quanto de autores que seguem a linha de Coleman. Eisenberg formula o que chama de *Disclosure Principle*, segundo o qual a informação deve sempre ser compartilhada entre as partes, exceto quando acarretar custos significativos de eficiência.⁹³⁷ De modo mais específico, o *disclosure principle* se desdobra em cinco critérios que guiam o dever de informar, a saber: (i) a informação deve ser compartilhada se foi adquirida casualmente e não deliberadamente, tal como diz Kronman; (ii) a informação deve ser divulgada se for um mero conhecimento prévio (*foreknowledge*) de um fato que, pela sua própria natureza, será autonomamente tornado conhecido de todos, tal como na linha de Coleman; (iii) o vendedor está sempre obrigado a divulgar a informação, pois, dentre outras razões, normalmente adquire a informação casualmente e possui tipicamente incentivos para adquirir a informação deliberadamente; (iv) a informação obtida por meios ilícitos, como furto ou violação a dever fiduciário, deve ser sempre divulgada para desincentivar a obtenção de informação por tais meios; e (v) a informação deve ser compartilhada se as partes estão em uma relação de confiança.⁹³⁸ Eisenberg conclui com a formulação de 3 exceções ao *Disclosure Principle*: a informação não precisa ser divulgada se à parte foi alocado o risco de uma suposição equivocada, ou se a parte sabia do equívoco de sua suposição e não procurou a informação correta, ou ainda se é característico do negócio que o comprador busque se beneficiar de erros do vendedor.⁹³⁹

Embora não a rejeite totalmente, Jeffrey Harrison tece duras críticas à teoria de Kronman. Para ele, a abordagem informação casual vs. deliberadamente adquirida deve ser temperada com as seguintes considerações: (i) a não divulgação da informação deve respeitar que haja uma causalidade próxima entre a aquisição da informação e o benefício alcançado pelo dono da informação; (ii) a divulgação da informação deve considerar se o investimento na sua obtenção já foi feito ou se ainda pode afetar esforços futuros de obtenção de informação (*sunk gains*); (iii) a divulgação de informações negativas ou positivas sobre o objeto do negócio tem função corretiva de mercado, pois permite a adequada reavaliação do bem, ao passo que a não divulgação de informações negativas está quase sempre atrelada à obtenção de ganhos individuais, assim como a não divulgação de informações positivas para depois revender o bem a um preço maior; (iv) corridas por

⁹³⁷ EISENBERG, Melvin A. Disclosure in contract law. *California Law Review*, vol. 91, 2003, p. 1655.

⁹³⁸ EISENBERG, Melvin A. Disclosure in contract law. *California Law Review*, vol. 91, 2003, p. 1656-1683.

⁹³⁹ EISENBERG, Melvin A. Disclosure in contract law. *California Law Review*, vol. 91, 2003, p. 1684-1687.

informação podem levar a ineficiências quando conduzem um agente a investir muito para obter a informação antes dos demais, quando na verdade a informação poderia ser obtida a custos bem menores com pequeno acréscimo de tempo; e (v) a informação deliberadamente adquirida pode ser utilizada para fins meramente redistributivos e não produtivos de riqueza.⁹⁴⁰ A consequência é que uma aplicação pura e simples da teoria de Kronman levaria à perda de eficiência e aumento de custos sociais.⁹⁴¹ A proposta de Harrison é tratar o dever de informar como uma linha gradual em cujos extremos se encontrem, de um lado, a divulgação total da informação e, de outro, a não divulgação total, entre eles havendo um sem-número de situações intermediárias em que o dever de informar seria mais ou menos forte, de acordo com a situação.⁹⁴² Para guiar o intérprete na gradação do dever de informar, Harrison entende que a abordagem casual vs. deliberada de Kronman possa ser usada, desde que temperada com os critérios expostos acima (*cost minimization rule*).⁹⁴³ Em outras palavras, Harrison mantém a aplicação da distinção casual vs. deliberado, mas corrige-a com considerações de eficiência que englobam os efeitos distributivos da informação, se ela será revelada ao mercado e a forma de produção da informação do modo mais eficiente possível do ponto de vista social.

Iñigo de la Maza Gazmuri propõe uma regra que considera tanto a forma pela qual se produz a informação, quanto os efeitos da informação. Em sua opinião, uma regra que corretamente deduza considerações de eficiência econômica em termos de um dever de informar deve objetivar a chegada da informação ao mercado ao menor custo de transação possível. Isso pode ser feito com uma regra de dois patamares. Primeiro, a parte que possui a informação sempre deve compartilhá-la a menos que isso atrase a chegada da informação ao mercado. Segundo, o dever de informar deve existir se os efeitos da informação são predominantemente redistributivos, mesmo que isso atrase a chegada da informação ao mercado.⁹⁴⁴

De forma mais simples, Eva Sónia Moreira da Silva rejeita a existência de um dever de informar quando a informação é obtida pela parte detentora da informação

⁹⁴⁰ HARRISON, Jeffrey L. Rethinking mistake and nondisclosure in contract law. *University of Florida Legal Studies*, Research Paper No. 2009-15, p. 11-43.

⁹⁴¹ HARRISON, Jeffrey L. Rethinking mistake and nondisclosure in contract law. *University of Florida Legal Studies*, Research Paper No. 2009-15, p. 43-48.

⁹⁴² HARRISON, Jeffrey L. Rethinking mistake and nondisclosure in contract law. *University of Florida Legal Studies*, Research Paper No. 2009-15, p. 49.

⁹⁴³ HARRISON, Jeffrey L. Rethinking mistake and nondisclosure in contract law. *University of Florida Legal Studies*, Research Paper No. 2009-15, p. 49 e 52.

⁹⁴⁴ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 368-370.

mediante emprego de diligência extraordinária. Do contrário, “[n]inguém se esforçaria por obter informações se tal implicasse uma diligência fora do normal, sabendo da possibilidade, nada remota, de perder as vantagens que essa informação lhe poderia trazer”.⁹⁴⁵ Assim, os custos de aquisição da informação devem ser tidos em conta de forma a não desincentivar a procura de informação pelas partes.⁹⁴⁶

A doutrina, especialmente a americana, é farta nesse aspecto e outros modelos de eficiência para o dever de informar poderiam ser analisados.⁹⁴⁷ Mas detemo-nos aqui nesta análise para não extrapolar o escopo do trabalho. O que releva para a alienação de participação societária é que argumentos de eficiência econômica não podem ser deixados de lado na análise sobre a existência ou não de um dever de informar na fase pré-contratual, constituindo também um *topoi*.

Abordaram-se os principais pontos de vista trazidos pela doutrina no que tange ao surgimento do dever de informar. Obviamente estes não são os únicos *topoi* a serem considerados para impor-se, ou não, um dever de informar, pois o catálogo é aberto e em constante evolução.

6.3. Conteúdo e extensão do dever de informar

Em sentido lato, o dever de informar abrange informar, avisar, revelar, esclarecer e aconselhar.⁹⁴⁸ Em sentido estrito, a informação versa apenas sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação, mas refere-se sempre a uma situação de fato. Esgota-se, portanto, na comunicação de fatos objetivos,⁹⁴⁹ presentes ou passados. De forma concisa, o dever de informar é o dever de comunicar dados ou fatos.⁹⁵⁰

⁹⁴⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 143.

⁹⁴⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 144.

⁹⁴⁷ Por exemplo, o modelo de informação bilateral (*two-sided informational inputs*) de Michael J. Borden, o qual se aplicaria a ativos que podem aumentar de valor com agregação de informação por ambas as partes, como o caso de uma patente em que o laboratório detentor da patente pode aprimorá-la com dados detidos por um distribuidor de medicamentos (vide BORDEN, Michael J. Mistake and disclosure in a model of two-sided informational inputs. *Cleveland State University*, Research Paper 08-156, abril de 2008). Entendemos o modelo inaplicável ao caso, no entanto, pois o acréscimo de valor que o adquirente de uma empresa pode trazer a ela deriva da implementação de estratégias empresariais e não da simples detenção de informação, não sendo justo ao alienante lucrar às custas do esforço do adquirente.

⁹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 527.

⁹⁴⁹ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 15; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua

No dever de esclarecer, a prestação da informação é espontânea.⁹⁵¹ Neste conceito entendemos que devem ser englobados também o dever de avisar e de revelar. O aviso, em nossa opinião, é uma informação que visa prevenir a outra parte quanto a um risco⁹⁵² – como o aviso de que o investidor estrangeiro não pode participar do capital de empresa de telecomunicação em percentual superior a 30% (Constituição Federal, art. 222, §1º). Já a revelação parece-nos que se volta a tornar conhecido um dado ou fato que antes se encontrava oculto. Todas estas *fattispecies* possuem em comum entre si o fato de serem uma comunicação espontânea do devedor da informação, tendo em vista permitir ao receptor da informação não agir contrariamente a seus interesses.⁹⁵³ Por isso, trataremos dessas três figuras conjuntamente sob a rubrica “dever de esclarecimento”.

Diferentemente da informação *stricto sensu*, o dever de dar conselho consiste em comunicar o que uma pessoa considera melhor ou mais vantajoso em determinada situação. O conselho encoraja aquele que o recebe a fazer ou deixar de fazer algo, embora não tenha caráter vinculativo.⁹⁵⁴ Já a recomendação é uma subespécie de conselho, consistente na comunicação de qualidade de uma coisa ou pessoa para com isso determinar o agir de quem recebe a recomendação. Na prática, a recomendação diferencia-se do conselho apenas pela menor intensidade com que estimula o receptor da informação a agir de determinada maneira.⁹⁵⁵ Ambas as hipóteses contêm uma proposta de conduta, projetam-se para o futuro. Ao passo que a informação *stricto sensu* atine a dados ou fatos presentes ou passados.⁹⁵⁶

aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 526-528.

⁹⁵⁰ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 67-68.

⁹⁵¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 69-70; SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 358, nota de rodapé n. 65.

⁹⁵² Segundo Sinde Monteiro, “[o] meio mais simples de combater (*begegnen*) uma situação de perigo consiste no aviso face à sua existência” (SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 322). Embora o autor esteja a tratar especificamente dos deveres de proteção no tráfego e, dentro desses, da distinção entre deveres de aviso e de combater diretamente o foco do perigo, a lição parece-nos em tudo aplicável.

⁹⁵³ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 70, embora a autora não desdobre o dever de informar em dever de avisar e revelar, entende ela que o traço distintivo do dever de informar é a sua espontaneidade.

⁹⁵⁴ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 14.

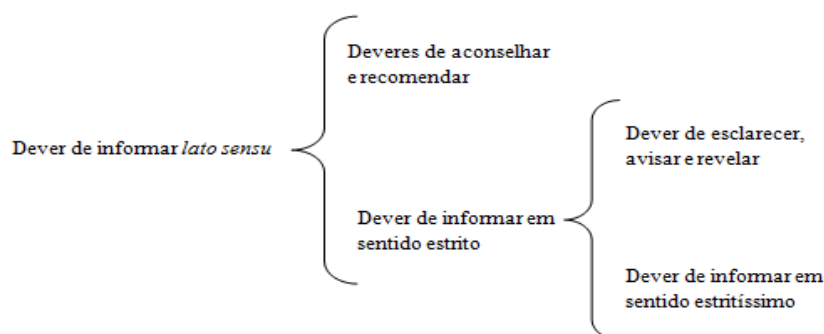
⁹⁵⁵ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 14-15. A própria distinção entre conselho e recomendação na visão de Sinde Monteiro parece fundar-se na dicção do art. 485º do código civil português, onde conselhos e recomendações estão arrolados como figuras distintas. No Brasil, além de diminuta, a importância da distinção parece não possuir base legal.

⁹⁵⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de

Deixaremos de lado os deveres de aconselhar e recomendar, pois na fase pré-contratual de uma alienação de participação societária a questão será, quase sempre, de comunicar dados objetivos da sociedade à outra parte, muita embora haja situações excepcionais em que possa surgir o dever de a parte informada aconselhar a outra na fase de tratativas.⁹⁵⁷ Daqui para diante, portanto, trataremos apenas do dever de informar em sentido estrito. Porém, dentro do dever de informar *stricto sensu*, entendemos pertinente proceder a mais uma subdivisão entre dever de esclarecimento e dever de informar em sentido estritíssimo.

O dever de fornecer informação em sentido estritíssimo pressupõe uma pergunta prévia pelo credor da informação.⁹⁵⁸ Neste sentido estritíssimo, o dever de informar parece restringir-se àquelas informações que o devedor da informação não tem condições de saber de antemão que atendem a um interesse do credor. Faz-se necessário um ato prévio do credor de fazer saber ao devedor do seu interesse na informação em questão. Do contrário, não chega a nascer para o devedor a obrigação de comunicar a informação. Aqui, a cooperação entre as partes é necessária para viabilizar o próprio fluxo da informação.

A taxonomia do dever de informar aqui proposta pode ser assim representada:



informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 68.

⁹⁵⁷ Neste sentido, Eva Sónia da Silva Moreira também limita sua obra ao dever de informar pré-contratual, pois a questão jurídica entre as partes resolve-se na comunicação de dados ou fatos objetivos, embora possa haver situações excepcionais em que surja dever de aconselhar (SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 69). Também entende que a boa-fé possa impor deveres de aconselhar, SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 358.

⁹⁵⁸ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 69-70; SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 358, nota de rodapé n. 65.

O detentor da informação pode também ser chamado a corrigir informações anteriormente prestadas à contraparte, em vista de alteração das circunstâncias⁹⁵⁹ ou por interpretação equivocada da contraparte, desde que disso tenha podido aperceber-se.

Segundo Eva Sónia Moreira da Silva, o dever de informar só faz sentido se for um dever de informar com verdade, sob pena de descaracterizar o dever de informar. Deste modo, o dever de informar implica o próprio dever de veracidade.⁹⁶⁰ É tão forte a relação entre dever de informar e veracidade que este chega mesmo a ser mais amplo que aquele.⁹⁶¹ Mesmo informações prestadas espontaneamente devem ser verídicas. Onde inexistir dever de informar, pode o detentor da informação negar-se a fornecê-la, mas, se optar por entregá-la, deve fazê-lo com veracidade.⁹⁶² Se a informação não corresponde à realidade e o dador da informação agiu com culpa ou dolo, responde pela incorreção da informação. Muitas vezes nem é necessário que a informação seja inverídica. A incorreção da informação pode decorrer de um jogo entre a informação parcialmente prestada e o silêncio, tudo a ser lido conforme as circunstâncias.⁹⁶³ O silêncio também pode configurar a prestação de informação falsa, quando for eloquente como uma mentira, isto é, quando dentro daquele contexto seja idôneo a gerar o convencimento na outra parte sobre a presença (ou ausência) de uma circunstância que não corresponde à realidade.⁹⁶⁴

O conteúdo do dever de informar é difícil de ser precisado de forma abstrata, dependendo das circunstâncias do caso para ser concretizado, em vista dos *topoi* da boa-fé objetiva. Obviamente, as partes podem regulamentar o conteúdo e a extensão desse dever em cartas de intenção, protocolos de acordos e em documentos pré-contratuais.⁹⁶⁵ No

⁹⁵⁹ FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 843.

⁹⁶⁰ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71.

⁹⁶¹ Nas palavras de Sinde Monteiro, “o dever de proceder com diligência é mais extenso do que o dever de informar” (SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 341). Também assim STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 160, ao defender sanções mais graves para a informação falsa do que para a falta de informação.

⁹⁶² SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 72-73. No direito alemão, entendem no mesmo sentido FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 843.

⁹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

⁹⁶⁴ Em termos ligeiramente diversos, veja-se: SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão: Giuffrè, 2008, p. 154-155; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

⁹⁶⁵ MOUSSERON, Pierre. L’obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, p. 362.

entanto, pode-se afirmar, quanto ao conteúdo de tal dever, que a informação deve ser prestada de forma exata e completa,⁹⁶⁶ o que combina com as normas do Código Civil sobre a escrituração das sociedades empresárias, impondo-se que a informação sobre o estado da sociedade seja transmitida com fidelidade (exatidão) e clareza (art. 1.188).⁹⁶⁷

Prognoses feitas pelo alienante da participação, como lucratividade futura, colocação de mercado *etc.* não justificam responsabilidade pelo fornecimento de informações falsas. Essa é uma questão atinente muito mais à alocação contratual de riscos entre as partes do que ao dever de fornecimento de informações verídicas.⁹⁶⁸ Contudo, é lícito ao alienante prestar uma garantia de desempenho futuro da sociedade alvo, o que, porém, desloca a questão para o campo da responsabilidade contratual, desenquadrando, a nosso ver, o tipo das declarações e garantias.

Como bem nota Judith Martins-Costa, o *quantum* informativo é questão de grau, inexistindo dever jurídico de fornecer informação ilimitada.⁹⁶⁹ Esta gradação deve ser feita conforme as implicações dos *topoi* do caso concreto, pois a informação é marcada pela instrumentalidade e pela relacionalidade, isto é: orienta-se a atingir determinado resultado útil e sua intensidade é gravada pelas necessidades do caso concreto.⁹⁷⁰

É justamente essa maleabilidade do dever de informar que constitui seu grande trunfo em matéria de alienação de participações societárias. A flexibilidade do instituto permite que o devedor das informações se responsabilize por informações que não cabem no escopo de outros institutos como erro, dolo e vícios redibitórios. Não existem, no âmbito do dever pré-contratual de informar, restrições no sentido de que haja identidade entre o objeto do negócio e o objeto da informação, já que aqui o bem jurídico protegido é o livre consentimento do credor da informação, conceito tão amplo quanto qualquer informação capaz de afetar seu comportamento.⁹⁷¹ Portanto, o dever de informar na fase

⁹⁶⁶ MOUSSERON, Pierre. L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.2.

⁹⁶⁷ Proposta semelhante no direito alemão foi feita por FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 843.

⁹⁶⁸ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 533.

⁹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 535.

⁹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 530.

⁹⁷¹ Neste sentido, é interessante o argumento de Fabre-Magnan para justificar que o dever de informação se estenda mesmo para fatores extrínsecos ao contrato. É que no regime do dolo, a invalidação pode se dar até mesmo por erros sobre motivos e qualquer outro fator, desde que provocados pelo contratante desonesto.

pré-contratual não se restringe às características das ações ou quotas, mas também a elementos ativos e passivos da sociedade-alvo, assim como sobre suas atividades.⁹⁷²

Por fim, resta saber se o dever de informar pode ser afetado pela presença de terceiros na fase de tratativas, como assessores e consultores legais, contábeis *etc.* Quando o terceiro age em lugar da parte, ainda que sem poderes de representação, a solução mais adequada parece ser a de que as características do terceiro se comunicam às da parte pela qual está agindo, podendo influenciar o dever de informar.⁹⁷³ Por exemplo: o advogado do alienante da participação societária muitas vezes possui determinadas informações sobre a sociedade que o próprio titular das ações ou quotas não possui. Se o advogado é empregue nas tratativas com o potencial adquirente da sociedade, pode o advogado, atuando à conta do alienante, ser obrigado a fornecer a informação que só ele possui. Nessas situações não será propriamente o terceiro o devedor da informação, mas o alienante por meio do terceiro. O terceiro fornece a informação na qualidade de auxiliar do alienante.

Muitas vezes o próprio administrador da sociedade-alvo é encarregado pelo alienante de fornecer a informação ao adquirente. Também aqui age ele na condição de auxiliar do alienante, de modo que suas características pessoais comunicam-se ao devedor da informação. Seria difícil admitir um dever de informar da própria sociedade-alvo, pois parte do contrato é o titular da participação na sociedade-alvo. Se a sociedade-alvo fosse ela mesma a devedora da informação, o adquirente ver-se-ia encurralado ao pedir indenização contra a sociedade-alvo por eventual violação a dever de informar, já que o pagamento da indenização acabaria revertendo em desvalorização da própria participação societária.

Se optar por destacar uma pessoa dentro da sociedade-alvo para fornecer as informações ao credor da informação, o devedor deve escolher uma pessoa que tenha

Como o dolo pode ser por omissão, não haveria uma limitação de escopo da informação. Desse modo, qualquer elemento capaz de afetar a decisão do co-contratante deve ser objeto do dever de informar. Veja-se: FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 124-126.

⁹⁷² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 269. Admite-o também Guilherme Döring da Cunha Pereira, ao afirmar que o alienante tem o dever de informar a ocorrência de “fatos de certa transcendência no andamento dos negócios” (PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Alienação do poder de controle acionário. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 94).

⁹⁷³ Neste sentido, Manfred Hartung (HARTUNG, Manfred. Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 1999, p. 525) acentua que a responsabilidade por informações fornecidas durante a fase de *due diligence* recai sobre o alienante da participação e não sobre a pessoa encarregada de produzir e repassar a informação (*Auskunftsperson*).

conhecimento das áreas envolvidas no dever de informar e capaz de coletar as informações necessárias, sob pena de responder por *culpa in eligendo*. O devedor da informação pode também empregar a própria sociedade-alvo como sua auxiliar. Dependerá do caso concreto definir se o devedor da informação age diligentemente ao indicar a sociedade-alvo ou apenas um de seus funcionários para coletar e entregar o material ao credor da informação.

A bem da verdade, o assessor ou consultor que age em lugar do contratante não é terceiro. Em alienação de participação societária, a regra é da maior importância, pois normalmente são envolvidos profissionais com especialidades diversas nas negociações. A questão recebeu tratamento bastante desenvolvido na Alemanha no âmbito da anulação por dolo de terceiro. Lá desenvolveu-se a teoria do campo (*Lagertheorie*), segundo a qual não é terceiro o agente que desempenha função que tipicamente obriga a parte a quem o dolo aproveita. Essas pessoas são consideradas auxiliares do contratante, imputando-se-lhe diretamente a prática do dolo.⁹⁷⁴ No Brasil, Pontes de Miranda entende que o terceiro que age no suporte fático do negócio em lugar do contratante deve ser tratado como representante do contratante para fins de anulação por dolo.⁹⁷⁵ Isso significa que apenas quem não age a pedido do contratante na fase de negociações deve ser considerado terceiro. Entendemos que estas mesmas conclusões devem aplicar-se para o caso de violação a dever pré-contratual de informar pelo terceiro, que na verdade melhor seria chamado auxiliar do contratante. Se o terceiro possui a informação devida ao credor da informação e silencia ou fornece-a de modo incompleto, há violação ao dever de informar pelo ator que empregou o terceiro na fase de tratativas.⁹⁷⁶

Defende-se na Alemanha que não apenas o alienante deve responder pela prestação de informações falsas, mas também terceiros que exerçam influência na celebração do negócio. Nesta regra enquadram-se consultores, auditores, advogados e bancos de

⁹⁷⁴ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 688; BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011, p. 192; MEDICUS, Dieter. Bürgerliches Recht. 17ª ed. Munique: Carl Heymanns Verlag, 1996, p. 97; SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. Einführung in das Zivilrecht. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 284 (para quem o que vale é que os auxiliares da pessoa a quem o dolo aproveita apareçam como unidade econômica perante o *deceptus*).

⁹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 455.

⁹⁷⁶ Questão diferente é a natureza da responsabilidade do terceiro pela violação ao dever de informar. Lorenzo Bertino, por exemplo, revela uma orientação não unívoca da doutrina e da jurisprudência italianas nesse aspecto, ora responsabilizando o terceiro no regime da responsabilidade pré-contratual com base no art. 1337 do código italiano, ora negando a responsabilidade do terceiro que fornece informação incorreta com base no mesmo artigo (BERTINO, Lorenzo. Le trattative prenegoziali e i terzi. in: quaderni di responsabilità civile e previdenza, vol. 16. Milão: Giuffrè, 2009, p. 42-44).

investimento envolvidos na análise da operação, desde que invoquem a confiança do adquirente.⁹⁷⁷ Exige-se apenas que tenham agido com culpa e que a informação prestada tenha despertado a legítima confiança na sua correção. Parte-se aqui da premissa de que, aquele que profissionalmente presta uma informação sobre a sociedade-alvo ao adquirente deve contar com o fato de que o adquirente tomará sua decisão de realizar o negócio com base nessa informação. A responsabilidade por informações falsas prestadas por terceiros é, portanto, uma responsabilidade pela confiança.⁹⁷⁸ Em nossa opinião, tal responsabilidade só pode ser afirmada quando o terceiro não age na qualidade de auxiliar do devedor da informação, por exemplo, quando espontaneamente comparece para prestar a informação. Aqui o terceiro responde em nome próprio – e não o devedor da informação em nome de seu auxiliar.

6.4. Dever pré-contratual de informar em alienação de participação societária e *due diligence*

Para o adquirente externo à sociedade, duas alternativas se apresentam. O alienante pode abrir ao adquirente os dados da sociedade-alvo que lhe interessam para que ele mesmo avalie e determine o preço que acha correto. Este mecanismo é o que comumente se chama *due diligence*. Ou o alienante fornece certas premissas de fato sobre a sociedade-alvo e o adquirente formula o preço com base na veracidade de tais premissas, restando ao adquirente verificá-las após sua entrada na empresa.⁹⁷⁹

A *due diligence* é uma investigação ampla da sociedade-alvo quanto a suas características legais, organizatórias, financeiras entre outras,⁹⁸⁰ por meio da qual o adquirente da participação societária busca as informações que julga necessárias para formar seu consentimento. Não há dúvidas de que a atividade de *due diligence* mereça ser qualificada dentro da obrigação pré-contratual de informação,⁹⁸¹ o que já justifica a inexistência de um direito genérico do potencial adquirente da participação a que o

⁹⁷⁷ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 533-534.

⁹⁷⁸ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 534.

⁹⁷⁹ LUTTER, Marcus. Due Diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, 613-614.

⁹⁸⁰ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 9.

⁹⁸¹ FRANCIOSI, Laura M. Trattative e due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto. *in: quaderni di responsabilità civile e previdenza*, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 353 e 357.

alienante ou a sociedade-alvo permitam a realização de uma *due diligence*, visto que não há dever genérico de prestar informações.⁹⁸²

A *due diligence* não é conduzida sempre antes da assinatura do contrato de alienação da participação. Há *due diligences* entre *signing* e *closing*, assim como há também *due diligences post-closing*. Para os fins deste trabalho, cabe analisar apenas a *due diligence* realizada anteriormente à celebração do contrato.

6.4.1. Funções da *due diligence*

De forma geral, a *due diligence* busca prover ao adquirente da participação as informações necessárias sobre a sociedade-alvo para permitir uma decisão de investimento bem informada, assim como identificar potenciais “*deal-breakers*” e confirmar a veracidade e completude das declarações e garantias prestadas pelo alienante. Em última instância, a *due diligence* visa colocar o adquirente em uma posição melhor para negociar ou ajustar o preço do negócio.⁹⁸³

A *due diligence* pré-contratual cumpre uma *função de verificação* da sociedade-alvo, na medida em que permite analisar se esta corresponde ao que o adquirente esperava e se é adequada ao fim que o adquirente tem em mente.⁹⁸⁴ Desempenha também uma *função de apuração de valor*, pois o adquirente confere a situação patrimonial da sociedade-alvo e forma uma base sobre a qual aplica a fórmula de cálculo do preço final.⁹⁸⁵ A mais importante função da *due diligence* certamente é a de *revelar os riscos* da operação

⁹⁸² WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 257; SOUZA, Augusto Cesar Barbosa de. Brazil. in: MARTINIUS, Philip (org.), M&A – protecting the purchaser. AIJA Series Book. Zuidpoolingel: Kluwer Law International, 2004, p. 141 (afirmando que, embora seja usual, não há obrigação do alienante de permitir a realização da auditoria).

⁹⁸³ CHU, Wilson. Avoiding surprises through due diligence. *Business law today*, Vol. 6, No. 3 (jan./fev. 1997), p. 9.

⁹⁸⁴ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 11-12; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 842.

⁹⁸⁵ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 12; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 842; MÜLLER, Klaus. Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2196; BUSSIAN, Wolf Rainer. Due Diligence bei Pakettransaktionen. Frankfurt am Main (*et al.*): Peter Lang, 2008, p. 26; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 104; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 32 e 66.

e identificar as garantias contratuais que o adquirente deve exigir do alienante para cobrir eventuais outros riscos não revelados na *due diligence*,⁹⁸⁶ já que é virtualmente impossível conhecer a sociedade-alvo por completo sem efetivamente inserir-se na sua administração. Por fim, pode-se divisar também uma *função de documentação*, pois o alienante terá interesse em manter registro escrito das informações que forneceu à contraparte para exonerar-se de responsabilidade, ao passo que o administrador da sociedade adquirente terá interesse na documentação desse processo para comprovar sua diligência e que tomou a decisão de seguir (ou não) com a operação em posse de informações suficientes.⁹⁸⁷

6.4.2. Desenvolvimento da *due diligence*

A *due diligence* normalmente inicia com um *check list* de documentos e informações que o adquirente da participação deseja obter do alienante.⁹⁸⁸ À medida que as informações e os documentos vão sendo entregues ao adquirente, as partes vão eliminando da lista os itens já fornecidos, idealmente até que não restem mais itens na lista – o que nem sempre é possível. Após análise dessas informações, o adquirente costuma fazer uma ou duas rodadas de solicitações adicionais, seguindo-se aí o mesmo procedimento de eliminação dos itens que vão sendo fornecidos pelo alienante.⁹⁸⁹

Nem toda informação constante do *check list* precisa ser fornecida. Por vezes, a informação é demasiado custosa, ou o custo é muito elevado comparativamente à utilidade

⁹⁸⁶ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 12-13; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 842; MÜLLER, Klaus. Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2196; BUSSIAN, Wolf Rainer. Due Diligence bei Pakettransaktionen. Frankfurt am Main (*et al.*): Peter Lang, 2008, p. 26; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 104; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 32 e 66.

⁹⁸⁷ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 13; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 842; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 117; BUSSIAN, Wolf Rainer. Due Diligence bei Pakettransaktionen. Frankfurt am Main (*et al.*): Peter Lang, 2008, p. 26-27 (com a peculiaridade de que o autor trata a proteção do alienante contra pretensões do adquirente por meio da documentação como uma função autônoma – *Absicherungsfunktion*).

⁹⁸⁸ ABLA, Maristela Sabbag. Sucessão empresarial – declarações e garantias – o papel da legal due diligence. *in*: CASTRO, Rodrigo Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.), Reorganização societária. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 116-117.

⁹⁸⁹ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 10.

que proporciona ao adquirente. Outras vezes, as informações requisitadas no *check list* tocam questões confidenciais, as quais o administrador da sociedade tem o dever legal de não divulgar. A admissibilidade das solicitações do *check list* deve ser avaliada no caso concreto pelo já explanado método tópico (Parte II *supra*, n. 6.2). O simples fato de o alienante se dispor a buscar uma informação que não está obrigado a fornecer não deve ser interpretado como assunção tácita da obrigação de fornecê-la. Muitas vezes é durante o processo de coleta da informação que se descobre sua inadmissibilidade ou a inviabilidade de seu fornecimento.

Por outro lado, o dever de informar do alienante também não se restringe a responder às solicitações do *check list*. Mesmo para informações não solicitadas no *check list* pode surgir um dever de informar, dependendo dos contornos da boa-fé no caso concreto.

Ao final da *due diligence*, os consultores do adquirente normalmente elaboram um relatório de suas análises, com suas conclusões e uma matriz dos riscos envolvidos na operação.⁹⁹⁰ O relatório normalmente contém sugestões de declarações e garantias a serem incluídas no contrato para proteger a posição do adquirente.

Para além do costume comercial, porém, não existe uma disciplina jurídica própria da *due diligence*. Embora haja certo consenso de que se coloca dentro da categoria mais ampla do dever de informar, sua forma de desenvolvimento e deveres específicos não possuem regulamentação, até porque a própria prática comercial comporta variações significativas em cada caso. Para contornar tais incertezas, Laura Franciosi sugere que os acordos pré-contratuais, como cartas de intenção e memorandos de entendimentos, tragam regras fixadas entre as partes sobre o desenvolvimento da *due diligence*, como aquelas sobre o conteúdo da obrigação de informar, confidencialidade quanto às informações transmitidas nesse processo e mecanismos contratuais de sanção à violação de tais obrigações.⁹⁹¹ A solução é de se louvar, embora nem sempre logre alcançar tal grau de formalização. Muitas vezes acordos verbais sobre duração, escopo e formato de entrega

⁹⁹⁰ RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 104. Para uma digressão sobre a prática de advogados e consultores envolvidos em processos de *due diligence* de permitir (o não) o compartilhamento dos relatórios de auditoria com outras partes envolvidas na operação, veja-se AMERICAN BAR ASSOCIATION. Report of the ABA business law section task force on delivery of document review reports to third parties. *The Business Lawyer*, vol. 67, n. 1, nov./2011, p. 99-115.

⁹⁹¹ FRANCIOSI, Laura M. Trattative e due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto. *in*: quaderni di responsabilità civile e previdenza, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 376-379.

das informações são atingidos entre as partes (frequentemente entre seus consultores e auxiliares), suprimindo assim a necessidade de segurança jurídica. Na ausência de um ajuste entre as partes sobre o formato da *due diligence*, a solução terá de ser dada pelo princípio da boa-fé, que é o fundamento jurídico do dever de informar.

6.4.3. *Due diligence*, diligência e ônus de autoinformação

Embora se desconheçam estatísticas sobre a realização de *due diligences* no Brasil, é possível afirmar-se que a realização de *due diligence* já se tornou um costume negocial, ao menos na aquisição de participação em sociedades de médio e grande porte.^{992_993_994} Com efeito, em operações desse porte percebe-se uma prática constante de examinar a empresa antes de proceder à aquisição da participação,⁹⁹⁵ havendo um entendimento implícito de que a não realização do procedimento conduz a uma maior assunção de risco pelo adquirente. Esse procedimento é absolutamente recomendável, principalmente considerando-se que o alienante não sabe de antemão quais informações são relevantes para o adquirente.⁹⁹⁶ Em operações desse porte, a *due diligence* funciona como uma via de mão dupla: o adquirente dá a conhecer ao alienante quais informações necessita para formar seu convencimento sobre o negócio, e o alienante, por sua vez, entrega a informação. É natural que o alienante não tenha condições de saber qual a informação que

⁹⁹² SOUZA, Augusto Cesar Barbosa de. Brazil. in: MARTINIUS, Philip (org.), M&A – protecting the purchaser. AIJA Series Book. Zuidpoolingel: Kluwer Law International, 2004, p. 140 (embora não tenhamos a mesma certeza do autor de que a *due diligence* é costumeira em nosso país, mesmo para aquisições de pequena monta).

⁹⁹³ SCHIFFER, Jack; MAYER, Carolin. Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 2629. Fleischer e Körber chegam à mesma conclusão citando o estudo realizado em fins da década de 90 na Alemanha por Marten e Köhler em FB 1999, 337. Com esta conclusão parecem concordar também Triebel e Hölzle, Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 526. Aceita um costume negocial mais amplo de realizar a *due diligence*, não restrito a um “*gruppo elitario di operazioni economiche*”, FRANCIOSI, Laura M. Trattative e due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto. in: quaderni di responsabilità civile e previdenza, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 375.

⁹⁹⁴ Holger Fleischer e Torsten Körber aceitam a construção de um uso do tráfico neste sentido, mas apontam que o procedimento pressupõe que o vendedor saiba de antemão o tipo de informação desejada pelo comprador, o que, dadas as peculiaridades da alienação de participação, não poderia ser trazido a um denominador comum nas inúmeras operações possíveis (Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 846). RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 122-123, embora reconheça a naturalidade com que se fazem procedimentos de *due diligence* previamente a uma aquisição, discorda da construção de um uso do tráfico nesse sentido, pois não haveria um denominador comum entre os mais diversos tipos de *due diligence*.

⁹⁹⁵ Como diz Klaus Müller, um uso do tráfico se consagra quando dentro do respectivo círculo social há uma prática constante dotada de certa rigidez (MÜLLER, Klaus. Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2197).

⁹⁹⁶ FLEISCHER, Holger; Körber, Torsten. Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 846.

está obrigado a fornecer em operações desse tipo,⁹⁹⁷ daí advindo a absoluta necessidade desse intercâmbio de informações entre as partes para que o objeto do dever de informar do alienante possa ser bem precisado.

O envolvimento ativo e diligente do credor da informação para recolher a maior quantidade possível de informações no processo de *due diligence* pode mesmo ser visto como a contraface da inexistência de um dever absoluto e generalizado de informar a contraparte, o qual a legitime a ser um mero fruidor passivo de um fluxo de informações.⁹⁹⁸ Daí falar-se em um “*intenso scambio dialettico*”⁹⁹⁹ de informações entre adquirente e alienante da participação societária.

Para uma certa gama de informações, pelas quais se pode legitimamente esperar que o credor da informação vá perguntar, não se pode nem mesmo impor ao devedor da informação que espontaneamente a forneça. Não é exigível do devedor da informação que se antecipe para fornecê-la, quando o ônus recai muito mais sobre o credor de solicitá-la.¹⁰⁰⁰ A necessidade de o adquirente conduzir uma *due diligence* prévia à aquisição acentua-se com o fato de ser uma sociedade objeto complexo.¹⁰⁰¹ Ressalvadas informações que são de suma importância ao adquirente e que podem afetar a própria finalidade do contrato, não é transparente *a priori* quais informações deve o alienante fornecer, já que cada sociedade é um organismo diferente e cada adquirente possui um interesse diverso na sociedade-alvo.

Se o adquirente deixa de fazer uma *due diligence* em operação desse porte, não terá agido com a diligência ordinária que se espera nesse tipo de negócio.¹⁰⁰² Assim, a

⁹⁹⁷ KARAMPATZOS, Antonios G. Der Umfang der Aufklärungspflicht des Verkäufers beim Unternehmenskauf – Insbesondere die so genannte “Non-Reliance”-Klausel. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2012, p. 857. Christian Köster chega a afirmar que seria necessário definir um fim contratual para especificar o próprio conteúdo do dever de informar (KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 122).

⁹⁹⁸ FRANCIOSI, Laura M. Trattative e due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto. *in: quaderni di responsabilità civile e previdenza*, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 358-359.

⁹⁹⁹ FRANCIOSI, Laura M. Trattative e due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto. *in: quaderni di responsabilità civile e previdenza*, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 353.

¹⁰⁰⁰ RITTMESTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 154; STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 163 (embora os autores ao final afirmem que o dever de fornecer informações em alienação de participação independa de perguntas prévias, com o que não concordamos senão dentro dos pressupostos analisados ao longo deste trabalho).

¹⁰⁰¹ Ou, no dizer de Giorgio de Nova, “*un bene vivo*” (DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 37-38).

¹⁰⁰² LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. Droit des sociétés. 4ª ed. Montchrestien, 2011, p. 346; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d’entreprises: les garanties de passif. Négociations et

problemática central desloca-se para o eixo da culpa. Pelo princípio da autorresponsabilidade, aquele a quem incumbe a obtenção da informação deve suportar as consequências de realizar a operação sem ela.¹⁰⁰³ A dispensa de uma *due diligence* nesse contexto pode ser interpretada como um desejo de adquirir as quotas ou ações da sociedade *n'importe quoi* ou que o adquirente já recebeu por outros meios todas as informações que necessita para formar seu consentimento.¹⁰⁰⁴

Esse foi o caso do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em *Alballoy*.¹⁰⁰⁵ Os compradores da sociedade Alballoy realizaram negócio às pressas, sem conduzir *due diligence* sobre a sociedade. Após a aquisição, descobriram um depósito de mais de 50 toneladas de pó de filtro de manga no estabelecimento da sociedade, material tóxico que impediu a concessão de licenças ambientais à sociedade, que não funcionou nem por um dia após a transação. Ao contrário de outros casos semelhantes, os adquirentes das quotas não pediram anulação do negócio, mas sim indenização. Esta, porém, foi negada sob a justa fundamentação de que era exercício básico de diligência do comprador averiguar as dependências da sociedade antes de comprá-la.

rédaction des conventions de garantie. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 32; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 122 (embora o autor negue ao fim a existência de um dever de realizar a *due diligence*, por não haver um *standard* comum de como executá-la). Contra tal posicionamento tem havido grande resistência na doutrina alemã. Como naquele país os vícios do patrimônio social podem configurar vício redibitório, discute-se se o adquirente da participação societária perderia seus direitos com base no regime de vícios por não descobrir algum defeito na *due diligence*. A resposta apresentada por muitos doutrinadores tem sido a negativa, pois o adquirente não faria uma *due diligence* para piorar sua posição jurídica. Daí extraem a conclusão de que a condução de tal auditoria prévia não diminui o dever de informar do alienante (MÜLLER, Klaus. Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2198-2199; SCHIFFER, Jack; MAYER, Carolin. Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 2629; WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 261-264; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 124-125). Não concordamos com tal posicionamento no direito brasileiro. O adquirente tem o ônus de se autoinformar antes de adquirir a participação (ao menos em operações de médio e grande porte). Mais que isso: a participação ativa do adquirente é indispensável para que o alienante possa identificar os contornos do seu dever de informar. Dessa forma, embora as conclusões de tal setor da doutrina ainda se apliquem ao campo residual em que o alienante deve informar o adquirente mesmo na ausência de *due diligence* ou de perguntas específicas, pensamos que tal pensamento não se pode aplicar de forma genérica.

¹⁰⁰³ EIDENMÜLLER, Horst. Rechtskauf und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 8, 2002, 295.

¹⁰⁰⁴ STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 163, apontam que o dever de informar pode ser reduzido quando o adquirente está resolutamente decidido a adquirir a participação societária. Contudo, o entendimento dos autores é de que se trata aqui de uma questão de causalidade: a informação não faria diferença no processo de formação de vontade, quando a decisão do adquirente é muito obstinada (*fester Kaufwille*). Dessa forma, haveria uma franja de informações capazes de fazer mudar de ideia mesmo o adquirente mais obstinado, incidindo aí o dever de informar.

¹⁰⁰⁵ TJSP, Apelação n. 0005025-55.2010.8.26.0224, Rel. Des. Pereira Calças, j. 29.7.2015.

Solução semelhante foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,¹⁰⁰⁶ no caso de compra das quotas de posto de gasolina que possuía passivo superior ao informado pelo alienante. Porém, o adquirente declarara no contrato que havia analisado toda a documentação contábil da sociedade e a achara conforme, pelo que o tribunal entendeu que o adquirente conhecia a verdadeira situação da sociedade antes de adquiri-la.

Nesse ínterim, se o adquirente executa a *due diligence* negligentemente e não logra descobrir inconsistências patrimoniais que poderiam ser identificadas mediante emprego de ordinária diligência, pode perder direito a indenização com base na responsabilidade pré-contratual,¹⁰⁰⁷ pois aí não terá cumprido com seu ônus de autoinformação. Exemplo disso é quando o adquirente deixa de reconhecer um defeito patente ou que normalmente seria descoberto em uma *due diligence*.¹⁰⁰⁸ Se o adquirente deixa de empregar consultores externos para auxiliar na *due diligence* (advogados, contadores, auditores *etc.*), pode estar agindo com negligência, se as circunstâncias levarem a concluir que seria exercício de diligência ordinária empregá-los. Ou, se contrata consultores mal qualificados, pode haver *culpa in eligendo*.

Os consultores e assessores empregues para realizar a *due diligence* não dispõem de um direito de informação melhor do que o adquirente da participação, que normalmente figura como seu mandante ou comitente. Por serem meros auxiliares, o seu direito a exigir informação não pode ser mais amplo ou mais intenso que o do próprio adquirente.¹⁰⁰⁹ No entanto, dentro do espectro de suas atribuições, cabe-lhes precisar o formato de trabalho, o “quê” e o “como” da condução da *due diligence*, bem como análise das informações.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁶ TJRS, Apelação n. 70022049811, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. 27.3.2008.

¹⁰⁰⁷ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 526 e 528; RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 117-118 (no caso de o credor da informação lograr obtê-la, mas valorá-la incorretamente). Contra: STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 164, mas a questão aqui parece-nos estar mal colocada por estes autores. Não se trata de dizer que o adquirente vá piorar sua posição por fazer uma *due diligence* – o que seria uma incoerência lógica, visto que a auditoria é conduzida no seu interesse. A questão se resolve no patamar do ônus de autoinformação que precisa ser atingido: se a *due diligence* é mal conduzida, tal patamar não será atingido, mas tampouco seria atingido se nenhuma auditoria fosse feita.

¹⁰⁰⁸ SCHIFFER, Jack; MAYER, Carolin. Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 2629.

¹⁰⁰⁹ WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 267.

¹⁰¹⁰ WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 267.

Se o adquirente emprega consultores externos para conduzir a *due diligence*, deve-se presumir que toma conhecimento de todos os aspectos da sociedade-alvo que seria de exigir de tais consultores, por terem obrigação legal ou contratual de analisar e relatar ao adquirente. Há aqui imputação de conhecimentos dos auxiliares ao adquirente.¹⁰¹¹ Basta para tanto que o consultor tenha efetivamente tomado conhecimento da informação, ou que não o tenha feito por negligência sua. Afinal, a posição do alienante que fornece a informação ao consultor externo não pode ser prejudicada pela falha deste último em repassar a informação ao adquirente.

É importante ter em mente que, no mundo real, a amplitude de uma *due diligence* sofre diversas limitações de tempo, custo, dificuldade de acesso a documentos e outras questões relacionadas à cultura empresarial. Em uma análise de custo-benefício, pode não ser viável realizar uma *due diligence* demasiado ampla, pois os custos ou tempo necessário para tanto podem superar os benefícios da sua realização. Nessas situações, uma boa solução pode ser negociar proteções contratuais por meio de declarações e garantias do que despender tempo e dinheiro em longas investigações da sociedade-alvo.¹⁰¹² A análise do caso concreto deverá ter tais fatores em consideração para determinar se o adquirente desencumbiu-se satisfatoriamente do ônus pré-contratual de autoinformação. Se a busca de informações fica prejudicada por ter sido a *due diligence* feita às pressas ou com escopo reduzido, de forma incompatível com a relação custo-benefício que poderia ser dali extraída, cabe indagar quem deu causa à condução deficiente da *due diligence*. Se ao adquirente é de se imputar causalidade, suas pretensões contra o alienante ficam prejudicadas na medida em que lhe é atribuível o déficit informativo. Se for o alienante causador (por exemplo porque restringiu o período de acesso do adquirente às informações), fica ele responsável segundo os ditames da responsabilidade pré-contratual.¹⁰¹³ Pode haver causalidade concorrente pelo art. 945 do Código Civil.¹⁰¹⁴

¹⁰¹¹ RITTMESTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 118; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 847 (embora os autores estejam falando especificamente de conhecimento de vícios redibitórios, a *ratio* pode aplicar-se a qualquer informação conhecida dos consultores ou que deveriam conhecer). De forma semelhante, WESTERMANN, Harm-Peter. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 259.

¹⁰¹² CHU, Wilson. Avoiding surprises through due diligence. *Business law today*, Vol. 6, No. 3 (jan./fev. 1997), p. 11.

¹⁰¹³ HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1487, afirmando mesmo que no mais das vezes o vendedor limita o tempo e o acesso do comprador às informações para forçá-lo a aceitar um negócio desvantajoso.

6.4.4. Objeto da *due diligence*

Em vista das peculiaridades de uma alienação de participação societária, em que o alienante precisa receber constante sinalização do adquirente quanto às informações que devem ser fornecidas, em verdadeiro fluxo dialético de solicitações de informação e respostas, entendemos que o dever de informar fica em sua maior parte – mas não totalmente – adstrito às solicitações feitas durante a *due diligence*.¹⁰¹⁵ Como já dito, nem toda informação solicitada no *check list* é admissível e gera obrigação de responder. Mas, para fora das solicitações do *check list*, sobra uma área residual ao dever de informar.¹⁰¹⁶ A extensão dessa área residual só pode ser definida de acordo com os *topoi* não exaustivos mencionados anteriormente. De uma forma geral, podem estar abarcadas nessa área residual aquelas informações sobre áreas cuja relevância para o adquirente ficou clara ao longo das tratativas, ainda que não tenham sido objeto de perguntas específicas. Também compõem este campo residual as informações capazes de frustrar a própria finalidade do contrato, assim como o dever de avisar o adquirente contra riscos excepcionais e informações que de outra forma sejam essenciais ao negócio.

O fato de o adquirente não conduzir uma *due diligence*, porém, não deve ser interpretado *tout court* como uma renúncia ao direito de receber informações ou esclarecimentos ou que não tenha interesse neles.¹⁰¹⁷ A falta de um procedimento prévio de investigação até pode ser interpretado neste sentido, mas a questão dependerá de entender-se o comportamento do adquirente como renúncia, que se interpreta restritivamente (CC, art. 114).¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁴ RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 160-162. Fleischer e Körber contrapõem-se à hipótese de causalidade concorrente entre alienante e adquirente, pois, se o adquirente pudesse concorrer para o déficit informativo, acabaria ficando em uma posição pior do que o adquirente que simplesmente não conduz nenhuma *due diligence* (FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 848). A opinião dos autores, porém, apenas se justifica com base na sua peculiar opinião de inexistência de um dever de conduzir a *due diligence*.

¹⁰¹⁵ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 102.

¹⁰¹⁶ Neste sentido, embora por razões diversas das aqui apresentadas, Klaus Müller defende que a não realização de uma *due diligence* não diminui o dever de informar do alienante (MÜLLER, Klaus. Einfluss der *due diligence* auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2198-2199).

¹⁰¹⁷ À mesma conclusão chegam Fleischer e Körber, embora partindo da premissa radicalmente diversa de que não há um ônus do adquirente de conduzir uma *due diligence* para obter informações sobre a sociedade alvo (Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 847-848).

¹⁰¹⁸ E neste sentido não há incompatibilidade com o quanto afirmado no capítulo n. 4.5.3. *supra* de que a não condução de *due diligence* configura negligência do credor da informação. O devedor da informação

Se, por um lado, a *due diligence* se põe como etapa útil à redução de assimetrias informativas e ao desenvolvimento das tratativas, por outro lado não se pode racionalmente achar que a *due diligence* tenha o condão de eliminar por completo as disparidades informativas entre as partes.¹⁰¹⁹ Em se tratando de objeto tão dinâmico e complexo como uma sociedade, o adquirente sempre deverá assumir algum risco de desinformação. Por isso parece-nos exceder os limites impostos pela boa-fé, entrando na hipótese de abuso de direito do art. 187 do código, o adquirente que exige informações excessivamente detalhadas ou que pretende realizar investigação demasiado aprofundada na sociedade-alvo.¹⁰²⁰ Do mesmo modo, também pode configurar abuso o fornecimento de informações em excesso pelo alienante para deixar o adquirente “submerso” em dados inúteis,¹⁰²¹ embora se refiram ao objeto do negócio, dificultando tanto a análise dos dados quanto acarretando mais custos de informação para o adquirente.

Isso já explica também por que o alienante não se desincumbe do seu dever de informar simplesmente permitindo que o adquirente conduza uma *due diligence* ou colocando informações atabalhoadamente à sua disposição. O alienante tem o dever de fazer a informação chegar de forma compreensível ao adquirente e não só aquelas que este último possa obter na *due diligence*.¹⁰²²

A dificuldade maior residirá em definir qual a amplitude e profundidade que a *due diligence* deve ter no caso concreto¹⁰²³ para dar-se por cumprido o ônus de autoinformação do adquirente, assim como o dever de informar do alienante. Não nos parece compatível com a maleabilidade da boa-fé definir um rol, ainda que mínimo, de informações que o

continua obrigado a prestar as informações residuais mencionadas no corpo do texto (salvo na hipótese de renúncia), mas, quanto às informações que deveriam ser obtidas em *due diligence*, é inegável a negligência ou ao menos a assunção do risco pelo credor de realizar o negócio sem tais informações.

¹⁰¹⁹ FRANCIOSI, Laura M. *Trattative e due diligence: tra colpa in contrahendo e contratto. in: quaderni di responsabilità civile e previdenza*, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 374.

¹⁰²⁰ Neste sentido, Laura Franciosi julga tais comportamentos contrários à “*correttezza*” (FRANCIOSI, Laura M. *Trattative e due diligence: tra colpa in contrahendo e contratto. in: quaderni di responsabilità civile e previdenza*, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 372).

¹⁰²¹ FRANCIOSI, Laura M. *Trattative e due diligence: tra colpa in contrahendo e contratto. in: quaderni di responsabilità civile e previdenza*, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009, p. 375.

¹⁰²² Discordam desta posição BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; *Der Unternehmenskauf*. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 548, pois entendem que a *due diligence* é conduzida apenas no interesse do comprador e não para satisfazer um dever do alienante (citando também doutrina alemã que concorda com a posição acolhida no texto).

¹⁰²³ HESS, Gerhard; FABRITIUS, Andreas. *Unternehmenskauf. in: HOPT, Klaus J (org.). Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht*. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, p. 532.

alienante deva sempre entregar ao adquirente.¹⁰²⁴ Será uma questão a ser decidida no caso concreto.

6.5. Responsabilidade por violação a deveres pré-contratuais de informar

É grande a controvérsia sobre a natureza da responsabilidade pré-contratual. Não cabe nos limites deste trabalho aprofundar esta questão, para o que se remete à doutrina especializada.¹⁰²⁵ De forma bastante resumida, discute-se qual o regime que a responsabilidade pré-contratual deve seguir: se o regime da responsabilidade contratual ou da extracontratual, ou ainda se poderia falar-se na criação de um terceiro regime de responsabilidade próprio. Uma resenha bastante completa da doutrina nacional foi feita por Regis Fichtner Pereira, na qual o autor se posiciona pela necessidade de criação de um regime próprio à responsabilidade civil pré-contratual.¹⁰²⁶

Para os fins deste trabalho importa analisar duas questões que afetam diretamente a cláusula de declarações e garantias: as consequências jurídicas da responsabilidade pré-contratual e a delimitação do dano sofrido pela violação ao dever de informar.

6.5.1. Consequências jurídicas da violação a dever de informar

A par da possibilidade de cumprimento específico da obrigação de informar, ou seja, exigir do devedor que forneça a informação, há pelo menos três consequências atreladas à violação do dever de informar, cada uma aplicando-se a hipóteses distintas. A consequência mais comum é o nascimento do dever de indenizar os prejuízos sofridos pela

¹⁰²⁴ Como fazem Paillusseau et al. (PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 244-245), elencando os documentos contábeis, registros de deliberações dos órgãos de administração, lista de acionistas, certificados de imóveis, certificados relativos aos ativos de propriedade intelectual, contratos de aluguel, garantias e apólices de seguro, contratos importantes com fornecedores e clientes e, finalmente, o inventário dos elementos ativos da sociedade. De modo semelhante, ABLA, Maristela Sabbag. *Sucessão empresarial – declarações e garantias – o papel da legal due diligence*. in: CASTRO, Rodrigo Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.), *Reorganização societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 119.

¹⁰²⁵ Veja-se, por todos, PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Guarulhos: Editora Parma.

¹⁰²⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213-273, embora pareça mais correto, na ausência de uma definição sobre esse regime próprio à responsabilidade pré-contratual, seguir os cânones da responsabilidade extracontratual. Outra questão, que parece de mais simple solução, é quando as partes definem em documentos pré-contratuais o escopo e conteúdo da obrigação de informar, incidindo aqui a responsabilidade contratual (MOUSSERON, Pierre. *L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle*. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.2)

crença legítima na informação falsa. Mas poderá haver também, eficácia invalidante, como no caso do dolo essencial, se preenchidos os demais requisitos do art. 145 e ss. do Código Civil, ou do erro, quando a violação ao dever de informar é meramente negligente. Por fim, ao menos em uma hipótese prevista no inc. III do art. 35 do CDC a lei comina eficácia resolutória do contrato à violação do dever de informar.¹⁰²⁷ Quanto a esta última eficácia surgem dúvidas e acirradas discussões.

Uma corrente doutrinária entende que a violação culposa a dever de informar poderia justificar a desvinculação do contrato com base nos princípios da responsabilidade pré-contratual, ou seja, independentemente do preenchimento dos pressupostos de anulação por erro ou dolo.¹⁰²⁸ A origem da controvérsia parece radicar no caso da serra circular (*Kreissägefall*) julgado em 1962 pelo Tribunal Federal alemão. O comprador de uma serra circular queria adquirir o equipamento para colocá-lo no lugar onde já funcionava a serra antiga. Para o comprador era essencial que a nova serra pudesse funcionar no mesmo lugar da antiga, tendo indagado o vendedor especificamente se as dimensões da serra permitiriam que fosse ali instalada. O funcionário da empresa vendedora foi ao local e tirou as medidas, afirmando que as dimensões da nova serra eram compatíveis com o local. Quando se constatou que a serra nova não poderia ser ali instalada, o comprador recusou-se a recebê-la e negou o pagamento do preço. A corte alemã, impossibilitada de conceder a anulação por dolo (que não se comprovou no caso), enveredou pelo regime da responsabilidade pré-contratual, considerando que o dano causado pela prestação da informação falsa era a própria vinculação do comprador ao contrato. A título de indenização, o tribunal ordenou o desfazimento do contrato.¹⁰²⁹

Em sua decisão, o tribunal assentou que a diferença entre as hipóteses reside no fato de que a anulação por erro ou dolo possui efeitos reais oponíveis *erga omnes*, ao passo que a desvinculação indenizatória possui efeitos puramente obrigacionais. No primeiro caso, é como se o contrato anulado nunca tivesse existido; no segundo, o contrato existiu, mas a parte que viola o dever de informar deve colocar a vítima em um estado que reproduza a situação em que esta não se encontra vinculada ao contrato. A decisão recebeu duras

¹⁰²⁷ A tripartição é feita por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 538.

¹⁰²⁸ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 236-241; SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 370.

¹⁰²⁹ Conforme relatado em SILVA, Eva Sónia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 117-118.

críticas da doutrina alemã, estarecida com o fato de que a doutrina da *culpa in contrahendo* estava sendo utilizada para contornar os requisitos mais rígidos do erro e do dolo, embora chegasse ao mesmo resultado prático de uma anulação do contrato.¹⁰³⁰

Diante de tais críticas, o tribunal federal alemão veio a reformar sua posição na decisão de 26 de setembro de 1997, mantendo aberta a possibilidade de desvinculação indenizatória do contrato por violação ao dever de informar, embora por outras razões.¹⁰³¹ Na decisão de 1997, o auxiliar das negociações em uma compra de um apartamento declarou equivocadamente que o comprador não teria custos com financiamento bancário, pois obteria rendas e economias fiscais em contrapartida. Com base nessas informações, o comprador contratou o financiamento bancário, mas viu-se empenhado com encargos anuais de 2100 marcos. Em vista disso, buscou exonerar-se de suas obrigações por meio de ação na qual alegou responsabilidade pré-contratual. Em sua fundamentação, o BGH abandonou a distinção entre as hipóteses com base na sua eficácia (real ou obrigacional) e seguiu a linha que as diferencia com base no bem jurídico protegido. Assim, o bem jurídico protegido pela anulação seria a liberdade de determinação das partes, enquanto na responsabilidade pré-contratual a proteção seria do patrimônio. O tribunal, porém, construiu a questão como havendo um dano patrimonial se a aquisição do apartamento não for útil aos fins do comprador. Ao cabo, concedeu a desvinculação indenizatória para indenizar ao comprador o fato de simplesmente estar vinculado ao contrato.

O novo posicionamento do tribunal federal alemão também sofreu duras críticas da doutrina.¹⁰³² Mas isso não impediu o legislador alemão reformador de 2002 de incluir os incisos 2 e 3 no atual § 311, Abs. 2, do BGB, regulando o surgimento de uma relação obrigacional na fase pré-contratual. Da exposição de motivos da reforma consta que referida norma visa a proteger não só o patrimônio como também a liberdade de decisão das partes. Em outras palavras, as dúvidas sobre a possibilidade de desvinculação indenizatória do contrato por violação a dever de informar esvaíram-se, pois a liberdade de

¹⁰³⁰ Uma resenha completa das críticas à decisão do tribunal federal alemão no caso relatado pode ser obtida em SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 119-129.

¹⁰³¹ NJW, 1998, 302.

¹⁰³² Para uma resenha completa de tais críticas, veja-se, novamente, SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 131-141.

decisão assumidamente não é mais tutelada apenas pelas normas de invalidade, mas também pela *culpa in contrahendo*.¹⁰³³

A consequência da aplicação desta teoria na jurisprudência alemã era, portanto, a possibilidade de escolha, pelo credor da informação, entre a resolução do contrato e a indenização, esta consubstanciada na redução do preço pago a maior por acreditar em informação falsa ou faltante.¹⁰³⁴ A maior diferença para o regime dos vícios redibitórios está na exigência de culpa para incidência da responsabilidade pré-contratual, ao passo que o alienante responde independentemente de culpa naquele regime.¹⁰³⁵ Em qualquer caso, exige-se que a omissão informativa seja a tal ponto relevante, que não se possa exigir do contratante que permaneça vinculado ao contrato, o qual ele provavelmente não teria celebrado se tivesse recebido a informação correta.¹⁰³⁶

A melhor síntese desta doutrina pode ser colocada da seguinte maneira. A desvinculação do contrato por falha no dever de informar pode ser aceita quando o dano consista na própria celebração do contrato.¹⁰³⁷ O estado de vinculação ao contrato configura dano quando a contraprestação recebida pelo lesado não se presta ao atingimento dos fins individuais por ele visados.¹⁰³⁸ Em tais casos, a reparação *in natura* do dano é a própria desvinculação do contrato,¹⁰³⁹ daí a possibilidade de atingirem-se os mesmos efeitos de uma resolução contratual com base na indenização por violação ao dever de informar. A mesma lógica deve permitir também a adaptação do contrato, reduzindo-se a contraprestação do lesado, quando este tiver interesse em mantê-lo.¹⁰⁴⁰

¹⁰³³ Veja-se em SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 171-174.

¹⁰³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 416.

¹⁰³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 416.

¹⁰³⁶ TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 533.

¹⁰³⁷ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 379; SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 236-237.

¹⁰³⁸ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 370, nota de rodapé n. 100.

¹⁰³⁹ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 370 e 379.

¹⁰⁴⁰ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 370-371; SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 241-242.

Antes da reforma de 2002, Canaris criticou fortemente essa posição. Para ele, aceitar a desvinculação indenizatória seria contornar os requisitos específicos postos pela lei para anular o negócio por dolo.¹⁰⁴¹ Canaris aponta que, ao assim proceder, a jurisprudência alemã acabou substituindo, como requisito do direito à resolução, a perda de utilidade da prestação para o credor pela simples inadequação do objeto do contrato ao fim subjetivo almejado pela parte, pois o antigo § 249, Abs. 1, do BGB já autorizava a reparação de danos imateriais. No entanto, o autor aceita que a responsabilidade pré-contratual possa ser utilizada como instrumento para o adquirente de empresa ou participação societária pedir indenização equivalente à redução do sobrepreço pago por conta da informação equivocada.¹⁰⁴²

Em nossa opinião, não existe no direito brasileiro lógica nem base legal para reconhecer um direito de desvincular-se do contrato pela via indenizatória por falha no dever de informar.

Em primeiro lugar, deve-se concordar com Canaris que a aceitação de tal remédio jurídico como instrumento de tutela contra a falha no dever de informar caracterizaria verdadeira *capitis diminutio* do regime de invalidades. A violação a um dever originário da boa-fé não tem o condão de, por si só, gerar invalidade. Apenas quando acoplada aos institutos do plano da validade, e preenchidos os requisitos próprios a estes, é que a violação ao dever de informar pode gerar invalidade.¹⁰⁴³ Tendo isto por base, toda a argumentação que tenta criar o mesmo resultado prático pelo caminho da indenização mais se assemelha a um mero jogo de palavras.

Giovanni D'Amico com razão defende a autonomia das regras de invalidade em relação às regras de comportamento (“*correttezza*”). Para ele, a natureza e a função das normas sobre validade dos contratos excluem a interferência da *correttezza* no juízo de validade, exceto na medida em que tais interferências sejam acolhidas pelo legislador na disciplina da específica causa de invalidade¹⁰⁴⁴ (como na violação a dever de informar que

¹⁰⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 417.

¹⁰⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 418.

¹⁰⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 580. Na Itália, concorda que apenas o dolo leva ao desfazimento do contrato RENNA, Luca. *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 143 (citando vasta doutrina e jurisprudência italianas).

¹⁰⁴⁴ D'AMICO, Giovanni. “Regole di validità” e principio di *correttezza* nella formazione del contratto. in: *pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Catanzaro*, vol. 34. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane,

pode gerar anulação por dolo, se atendidos os demais requisitos). Assim não restaria espaço para a violação a um dever de informar gerar, por si só, o desfazimento do contrato.

Em segundo lugar, embora se concorde que tanto o dever pré-contratual de informar quanto o regime de invalidades possam ter por objetivo a proteção da liberdade contratual por meio do consentimento informado do credor da informação, não se aceita que tutelem o bem jurídico da mesma forma. O erro e o dolo atuam no plano da validade, protegendo a liberdade contratual com a anulação do negócio. A responsabilidade pré-contratual fornece tutela mais branda para o mesmo bem jurídico, impondo apenas uma obrigação de indenizar os danos causados pela informação falsa ou faltante. Neste ponto acertou a decisão do tribunal federal alemão de 26 de setembro de 1997. Porém, a mesma decisão errou ao dar contornos demasiado amplos ao conceito de dano, como se este fosse a própria celebração de contrato inútil aos fins visados.

Impõe-se, portanto, uma interpretação da norma insculpida no art. 422 do Código Civil para limitar as consequências da violação ao dever de informar à tutela indenizatória, para preservar o âmbito de vigência dos institutos afetos ao plano da validade. O desfazimento do negócio por violação ao dever de informar deve ter lugar apenas em situações expressamente previstas na lei, como no já mencionado art. 35, inc. III, do CDC.

Em terceiro lugar, faria pouco sentido dar tutela mais ampla à parte que recebe informação equivocada do que à parte que é enganada pelo dolo. Os requisitos de incidência da responsabilidade pré-contratual são menos exigentes: basta a falsidade da informação, a culpa de quem fornece a informação errada e a relação de causa entre a informação e o comportamento da vítima. No caso do dolo, exige-se, além disso, malícia do *deceptor*, *animus decipiendi* e diligência do enganado para evitar cair nos artifícios de quem engana. Seria incongruente exigir requisitos mais pesados no dolo para dar uma proteção mais fraca ao enganado do que este teria no regime menos exigente da responsabilidade pré-contratual. A adotar-se tal teoria, o instituto do dolo seria sepultado.

Em se tratando de alienação de participação societária, embora o tribunal federal alemão tenha concedido ao adquirente, na linha da jurisprudência já examinada, o direito de extinguir o contrato,¹⁰⁴⁵ Stefan Friedrich Voss aponta que essa posição é bastante

1996, p. 44-47; SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão: Giuffrè, 2008, p. 815-816.

¹⁰⁴⁵ BGH ZIP 1980, 549.

criticada na doutrina por conduzir à insegurança jurídica e ao prazo prescricional inadequado à realidade das operações.¹⁰⁴⁶

O próprio Jorge Sinde Monteiro rejeita a possibilidade de desfazimento do contrato envolvendo aquisição de empresas como forma de indenização *in natura* dos danos causados pelo incumprimento do dever de informar, pois a extinção do contrato é difícil ou desvantajosa.¹⁰⁴⁷ A alienação de participação societária está, assim, blindada à teoria da desvinculação indenizatória. Como diz Sinde Monteiro, “[n]o caso da compra de empresas, o dano (objectivado) vai corresponder à diferença entre o preço adequado e o preço (superior) pago, uma figura afinal próxima da redução do preço”.¹⁰⁴⁸ Embora o autor não o diga, parece defender a limitação dos remédios aplicáveis à hipótese à mera indenização.

Esta orientação combina com a sistemática do Código Civil, que permite a cumulação da anulação por erro ou dolo com indenização dos prejuízos sofridos, como está no art. 146. É que a indenização ali prevista não deixa de ser um caso de responsabilidade pré-contratual por falha no dever de informar que não chegou a constituir dolo, porque faltou-lhe o requisito de essencialidade. Ou seja, a responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informar vai ao ponto de gerar eficácia indenizatória e daí não passa. Se preenchidos os requisitos da invalidade por erro ou dolo, cumula-se a responsabilidade pré-contratual com a invalidade.¹⁰⁴⁹

Resta apenas saber se poderia ser aceita como forma de indenização a adaptação do contrato aos termos que teriam sido aceitos pelas partes se tivessem conhecimento da informação correta. Aceitam tal saída Jorge Sinde Monteiro e Eva Sónia Moreira da Silva,¹⁰⁵⁰ mas isso parece-nos precipitado. Se a via indenizatória não deve acolher nem mesmo o desfazimento do contrato, com muito maior razão não deve acobertar a

¹⁰⁴⁶ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 126-127.

¹⁰⁴⁷ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 370.

¹⁰⁴⁸ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 371.

¹⁰⁴⁹ Aceitando a ação de indenização de forma autônoma à anulação do negócio, veja-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 360 e 467.

¹⁰⁵⁰ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 370-371; SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 241-242.

modificação do mesmo, impondo aos contratantes solução muito mais gravosa que é a imposição de obrigação diversa daquela que contrataram (o que poderia ser até mesmo inconstitucional em vista do art. 5º, inc. II, da Constituição Federal). A solução de Sinde Monteiro e Eva Sónia Moreira da Silva apenas em situações excepcionalíssimas deve ser aceita, mormente quando o lesado pelo incumprimento do dever de informar puder demonstrar satisfatoriamente que o devedor da informação teria aceitado os outros termos que o recebedor da informação teria proposto se soubesse da realidade. Este pode ser o caso quando as partes tiverem confiado inteiramente a uma fórmula matemática a fixação do preço do negócio: bastará jogar os novos dados na fórmula para chegar-se aos novos termos do contrato a que as partes teriam consentido.

Por isso não convence a afirmação de que, em alienação de empresas ou participação societária, deve-se recorrer à redução da contraprestação da parte que recebe informação falsa ou deixa de receber a informação. O efeito econômico da adaptação do contrato por redução da contraprestação só é idêntico à indenização quando a contraprestação é em dinheiro. Em uma permuta de ações ou em uma integralização de capital, por exemplo, a entrega de menos ações não se compara à indenização. É claro que, sendo o cumprimento da obrigação de indenizar matéria dispositiva (Código Civil, arts. 946 e 947), podem as partes combinar a melhor forma de reparar o dano causado ao credor da informação. Se for interesse das partes, podem pactuar o pagamento da indenização na forma de devolução de ações (se estas já tiverem sido entregues) ou entrega de menos ações (se ainda não tiverem sido entregues), mas não há um direito do adquirente a modificar os termos do contrato ou a reduzir a sua contraprestação.

6.5.2. Fixação do dano sofrido pela falha no dever de informar

É comumente aceito que a indenização na responsabilidade pré-contratual dirige-se à reparação do interesse negativo, ou dano da confiança.¹⁰⁵¹ Costuma-se defini-lo como o dano sofrido pelo lesado por ter confiado na conclusão de um contrato que ao fim revelou-

¹⁰⁵¹ Veja-se, assim: SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 369; PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 381-386; CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Guarulhos: Editora Parma, p. 205-206; BENATTI, Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Trad. Adriano Vera Jardim e Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 165-167; SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão: Giuffrè, 2008, p. 735.

se inválido.¹⁰⁵² Mas não será propriamente de contrato inválido a hipótese de violação a dever de informar na fase pré-contratual, pois, como se viu, a invalidade só existe se à falha informativa somarem-se os demais requisitos do erro ou do dolo. No mais das vezes, a informação falha levará à conclusão de um negócio válido, embora com conteúdo indesejado. Resta saber, portanto, qual o interesse indenizável específico daquele que deixa de receber ou recebe informação falha.

De plano pode-se rejeitar a indenização do interesse positivo, pois não há como justificar interesse legítimo do lesado ao cumprimento de um contrato segundo termos que não chegaram a ser celebrados. Na hipótese que estamos tratando, a falha no dever de informar leva a vítima a celebrar contrato em termos que não teria aceitado se tivesse recebido a informação correta. Daí já decorre que os termos que teriam sido efetivamente queridos jamais chegaram a ser pactuados, não podendo o lesado derivar uma pretensão de indenização *ex contractu* com base em termos hipotéticos.¹⁰⁵³

Se o interesse positivo se afigura inaplicável à hipótese, por outro lado, o conceito de interesse negativo também não se mostra de todo adequado, ao menos em sua formulação tradicional. É que a responsabilidade pré-contratual já evoluiu para figuras que não se resumem à celebração de contratos inválidos e à ruptura de negociações. Deve admitir-se também a celebração de contrato válido com conteúdo indesejado.¹⁰⁵⁴

Natalino Sapone registra que, de fato, a responsabilidade por violação da boa-fé na fase pré-contratual (art. 1337 do *codice civile*) é diversa da responsabilidade pela confiança na conclusão de um contrato inválido (art. 1338 do *codice civile*), sendo mais ampla que esta última.¹⁰⁵⁵ Já Eva Sónia Moreira da Silva, citando Menezes Cordeiro, defende que o dano ressarcível deve ser fixado não com base no conceito da responsabilidade pré-contratual, mas de acordo com as regras da causalidade normativa, elencando-se os bens

¹⁰⁵² PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 372; BENATTI, Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Trad. Adriano Vera Jardim e Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 166 (embora o autor critique essa definição). Citando larga doutrina portuguesa com essa definição, SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 209-213, embora a autora tampouco concorde com essa definição.

¹⁰⁵³ Nesta linha encontram-se BENATTI, Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Trad. Adriano Vera Jardim e Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 167; SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão: Giuffrè, 2008, p. 735.

¹⁰⁵⁴ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 213; RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 137.

¹⁰⁵⁵ SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão: Giuffrè, 2008, p. 786-788.

jurídicos protegidos pelo princípio da boa-fé que foram violados *in concreto*.¹⁰⁵⁶ Ou seja, antes de prender-se ao conceito de interesse negativo, dever-se-ia analisar quais os bens jurídicos lesados pela violação do dever de informar e deferir-se tutela contra tais danos.

O conceito de interesse negativo, porém, parece-nos útil na delimitação do dano indenizável por violação ao dever de informar. A chave de compreensão parece estar no próprio conceito de dano, que é violação a interesse juridicamente protegido.¹⁰⁵⁷ Se existir contrato válido, a parte inocente terá interesse juridicamente protegido ao cumprimento do contrato, por isso a indenização pelo interesse positivo mede-se pela situação em que o lesado estaria se o contrato fosse cumprido. Na ausência de contrato válido, a parte inocente poderá legitimamente confiar na validade do contrato ou, ao menos, terá interesse legítimo ao recebimento da informação verdadeira. Por isso, pode-se dizer que o credor da informação faltante ou incorreta deverá ser colocado na situação em que estaria se lhe fosse ministrada a informação correta (interesse negativo).

Nesse sentido, deve-se dar razão a Francesco Benatti, quando diz, citando Rubino, que qualquer interesse tutelado por um dever é interesse ao cumprimento deste dever, o que significa que o interesse negativo também é um interesse ao cumprimento de um certo dever (de informar, na hipótese aqui tratada).¹⁰⁵⁸ Só que a natureza do dever é diversa: no interesse positivo trata-se de cumprimento de um dever contratual, que não existe no interesse negativo.¹⁰⁵⁹

A distinção fica mais clara se olharmos especificamente para a alienação de empresas e participações societárias. Paulo Mota Pinto explica que, se a falta de informação levar à celebração de contrato com conteúdo indesejado, “[t]al indenização visará colocar o lesado na situação em que estaria se tivesse sido devidamente informado,

¹⁰⁵⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 214.

¹⁰⁵⁷ Essa é a definição de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 169-171) e Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142-145).

¹⁰⁵⁸ BENATTI, Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Trad. Adriano Vera Jardim e Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 168. Também põe relevo na natureza do dever violado, RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 141-142.

¹⁰⁵⁹ BENATTI, Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Trad. Adriano Vera Jardim e Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 168. De forma semelhante, Wächter defende que a distinção entre o interesse positivo e negativo estaria dado no conceito de dano como o estado de coisas que existiria se não fosse pelo ato ilícito, o que parece-nos indicar o mesmo caminho trilhado por Benatti, no sentido de que a diferença reside na tipo de dever violado e qual o tipo de resultado que tal violação causa (WÄCHTER, Gerhard H. Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1272).

isto é, se tivesse celebrado outro negócio, mais vantajoso, com o vendedor”.¹⁰⁶⁰ Em outras palavras, o interesse negativo orienta-se a colocar o lesado na situação em que estaria se a informação correta lhe tivesse sido repassada, ou seja, se fora o dever de informar corretamente cumprido. Diferentemente será se a veracidade da informação tiver sido garantida por obrigação contratual, aí o interesse de cumprimento do contrato (interesse positivo) orienta-se à reconstituir o estado patrimonial do lesado se a informação garantida fosse verdadeira.¹⁰⁶¹

Exemplifiquemos. Imagine-se que o alienante de participação societária tenha garantido no contrato que a sociedade-alvo é proprietária de todas as máquinas da sua planta industrial, mas depois descobre-se que eram objeto de alienação fiduciária em garantia, cujas parcelas já haviam vencido e o banco está prestes a retomá-las, a menos que seja paga uma quantia equivalente a cem mil reais. Uma indenização pelo interesse positivo aqui visaria colocar o adquirente da participação na situação em que este estaria se a declaração de propriedade plena das máquinas fosse verdadeira, ou seja, o alienante teria de dar os cem mil reais para a sociedade-alvo adquirir a propriedade plena das máquinas. Já pelo interesse negativo a indenização mede-se pela posição em que o adquirente estaria se soubesse que a sociedade-alvo não era proprietária das máquinas, o que provavelmente acabaria redundando em uma diminuição do preço de aquisição da participação, não necessariamente igual aos cem mil reais, pois o método de avaliação da empresa nem sempre reflete a quantia inteiramente no preço de compra.

Isso leva à conclusão de que a indenização por violação ao dever de informar em alienação de participação societária não pode fazer mais que sancionar o interesse negativo, quase sempre consistente no pagamento de indenização equivalente ao *quantum* que o adquirente teria pago a menor pela participação,¹⁰⁶² pois o nexo de causalidade entre

¹⁰⁶⁰ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1454-1455, muito embora o autor siga a linha que aceita a desvinculação e a adaptação do contrato pela via indenizatória por violação ao dever de informar, com o que não concordamos pelas razões expostas no texto. No mesmo sentido, STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 158-159; JAKOBS, Michael; THIEL, Sven-Markus. Managementerkklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung aus Sicht der Geschäftsführung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 1987.

¹⁰⁶¹ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1451-1452.

¹⁰⁶² VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 126; HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1488; HARTUNG, Manfred. Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 1999, p. 525;

a violação ao dever de informar e o dano sofrido só se demonstra quando o credor consegue comprovar que teria agido de forma a evitar o dano se tivesse conhecimento da informação correta.¹⁰⁶³ Ou, se não for o caso de contraprestação em dinheiro, a redução ao montante que teria sido efetivamente oferecido como contraprestação.

Nisso está co-implicada a afirmação de que o vendedor teria aceitado um preço mais baixo pelas ações ou quotas. É atribuição do adquirente fazer prova de ambas as afirmações: de que teria oferecido um preço menor e que o vendedor teria aceito um preço menor.¹⁰⁶⁴ Mas a prova deste processo causal, que, partindo da informação correta, leva à redução do preço de aquisição, é extremamente difícil em alienação de empresas ou de participação, onde as incertezas sobre o futuro da empresa são tão diversificadas.¹⁰⁶⁵ Não é de se pressupor que o alienante teria aceito um preço menor apenas porque o adquirente teria feito uma oferta menor. Essa prova será possível em situações excepcionalíssimas, como no caso em que uma fórmula matemática ajustada de comum acordo define as prestações de cada parte. Mas, na maior parte das vezes, tal prova inexistente.¹⁰⁶⁶

As partes dificilmente definem uma fórmula de cálculo e deixam ao arbítrio da fórmula definir o preço do negócio. Ao contrário, costumam negociar a fórmula de cálculo para chegar a um resultado que atenda às expectativas de ambos os lados. Não se estaria preservando a vontade do dador nem do recebedor da informação por simplesmente jogar os dados reais da empresa na fórmula. Além disso, será difícil comprovar que o dador da

RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 164-166 (embora o autor aceite também a alternativa cunhada na jurisprudência alemã de desfazimento do contrato pela via da restituição *in natura* do prejuízo sofrido); BGH NJW 1977, 1536; MOUSSERON, Pierre. L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.1.b; HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. *Négociations et rédaction des conventions de garantie*. Cahors: Éditions EFE, 1996, p. 27.

¹⁰⁶³ FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992, p. 474-475.

¹⁰⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 421.

¹⁰⁶⁵ VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 126.

¹⁰⁶⁶ Stefan Friedrich Voss defende que ao adquirente da empresa ou participação seja reduzido o standard probatório a ponto de tornar despendiosa a prova de que o alienante teria aceito uma oferta menor (VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 126, citando também as decisões BGHZ 69, 53 e BGH NJW 1989, 1793). Como diz Didier Danet, não é porque o adquirente sabe de uma dívida de 1 milhão que as partes concordarão automaticamente em um preço menor em 1 milhão. O preço é o resultado de elementos subjetivos presentes na negociação; não é algo puramente objetivo aferível por modelos rígidos de quantificação (DANET, Didier. Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices? *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992, p. 340-341)

informação teria concordado com reduzir o preço no valor da indenização postulada pelo recebedor da informação. Fosse assim, o recebedor da informação sempre poderia forçar o dador da informação a um negócio que não teria celebrado naquele preço.

A única solução será comprovar qual o preço que o devedor da informação teria aceitado se a verdade sobre a situação da sociedade tivesse sido conhecida do credor da informação. Neste ínterim, dada a dificuldade de prova da causalidade, pode-se contentar com uma indicação probabilística de como teria sido o decurso da cadeia causal na presença da informação correta.¹⁰⁶⁷ É possível que essa prova demonstre que o devedor teria concordado com uma fórmula de cálculo e teria aceito o preço que dali teria resultado se a situação real da sociedade fosse conhecida. Apenas não se pode fazer uma equiparação *tout court* entre uma coisa e outra.

De qualquer forma, além de ser difícil individuar qual parcela do preço corresponde especificamente ao defeito verificado, o preço de aquisição em si funcionaria como teto de indenização, já que o único prejuízo seria o sobrepreço – que em hipótese alguma, pode ser maior que o próprio preço. Assim já decidiu o tribunal federal alemão.¹⁰⁶⁸ Hiddeman pondera que prejuízos incorridos pelo adquirente após a aquisição já não guardam mais relação de causalidade com o processo de aquisição e, portanto, não podem ser ressarcidos pela via da responsabilidade pré-contratual. Toda e qualquer indenização por prestação de falsas informações na fase de tratativas negociais deve guiar-se pelo interesse negativo e reflete-se no eventual sobrepreço pago pelo adquirente e, portanto, consuma-se na conclusão do negócio.¹⁰⁶⁹

É baixa, por conseguinte, a capacidade da responsabilidade pré-contratual de absorver a tutela do adquirente em uma alienação de participação societária. Ao adquirente restam poucos remédios senão a pactuação de proteção em declarações e garantias.

6.6. Dever de informar e cláusula de declarações e garantias

Seria contrassenso dizer que a cláusula de declarações e garantias cria um regime de responsabilização pelas informações prestadas subsumível ao regime da

¹⁰⁶⁷ HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1488.

¹⁰⁶⁸ BGH WM, 1980, 1006. Veja-se também, CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 415.

¹⁰⁶⁹ HIDDEMAN, Hans-Joachim. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 449.

responsabilidade pré-contratual. Afinal, como diz Stephen Bainbridge, a lógica das declarações e garantias é transformar em responsabilidade contratual aquilo que de outra forma não seria contrato.¹⁰⁷⁰ Caso as partes tenham erigido a matéria ao patamar de obrigação contratual, a responsabilidade deixa de ser pelo não fornecimento de uma informação na fase de tratativas e transforma-se em responsabilidade por não cumprir o que foi pactuado,¹⁰⁷¹ mas isso não impede a concorrência entre os regimes, nem a escolha do credor por um ou outro. Assim, as declarações e garantias não devem criar um regime de responsabilidade pré-contratual, mas não obstam a que a matéria seja tutelada pelo regime do fornecimento falho de informações na fase de tratativas.¹⁰⁷²

A responsabilidade pré-contratual por violação ao dever de informar tem sido raramente questionada em nossos tribunais em alienações de participação societária. Normalmente a saída encontrada pelas cortes tem sido negar tutela ao adquirente com base no não cumprimento do ônus de se autoinformar. As declarações e garantias, porém, podem funcionar como um mecanismo de fornecimento e documentação das informações repassadas ao adquirente, caso em que pode incidir a responsabilidade pré-contratual. É importante ressaltar que as declarações e garantias não atuam criando a hipótese de responsabilidade pré-contratual, pois de uma cláusula contratual não pode nascer responsabilidade pré-contratual. Mas aqui a cláusula funciona muito mais como veículo e meio de prova da informação falsa repassada na fase de tratativas contratuais.

As declarações e garantias podem, todavia, em suas funções informativa e probatória, formalizar a informação repassada ao credor da informação na fase pré-contratual. Dentro dessas funções, as declarações e garantias podem veicular informação

¹⁰⁷⁰ BAINBRIDGE, Stephen M. *Mergers and Acquisitions*. 3rd ed. New York: Thomson Reuters, Foundation Press, 2012, p. 80.

¹⁰⁷¹ Neste sentido, Triebel e Hölzle defendem que apenas haveria espaço para a responsabilidade pré-contratual quando a inconsistência da empresa não puder ser enquadrada como responsabilidade contratual por vício do objeto ou do direito (*Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. Betriebs-Berater* 2002, 533). Já Didier Danet bem distingue a obrigação de informar da obrigação de assumir os passivos supervenientes, pois a obrigação de informar o adquirente dos passivos da sociedade-alvo perante credores diverge da obrigação de reembolsar tais passivos (DANET, Didier. *Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices? Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992, p. 336-337).

¹⁰⁷² Neste sentido, Pierre Mousseron afirma que a falha ao dever de prestar informações fora do escopo do dever de informar definido contratualmente deve se submeter ao regime da responsabilidade delitual (MOUSSERON, Pierre. *L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.2). Apenas não concordamos com o autor de que toda informação fornecida em uma cláusula de declarações e garantias deva ser subsumida apenas ao regime de responsabilidade contratual, pois se a função da cláusula for meramente informativa/probatória, ela pode servir como elemento a embasar uma ação por regimes de responsabilidade fora do campo estritamente contratual.

(elemento pré-negocial) e constituir prova de que foi repassada informação incorreta na fase de tratativas, conjugando-se ao regime da responsabilidade pré-contratual. Será realmente difícil ao prestador das declarações e garantias negar que violou o dever de prestar informação verídica, diante de sua própria assinatura no contrato que contém a informação errônea.

Essa posição condiz com a origem do instituto das declarações e garantias na prática anglo-saxã. As *representations* são afirmações de fato feitas com o intuito de induzir a contraparte a celebrar o contrato, semelhante ao dever de informar dos países de *civil law*.¹⁰⁷³ No entanto, como discussões surgiam nos tribunais em que uma parte afirmava ter sido induzida a contratar por uma *representation* falsa, a praxe contratual tomou por bem formalizar a prestação de tais *representations* com a inclusão da cláusula de declarações e garantias.¹⁰⁷⁴

7. Declarações e garantias e erro

7.1. Proposição

Em princípio, o erro sobre a situação da sociedade, seus ativos e passivos, deve ser rechaçado como causa de anulabilidade da alienação de participação societária, salvo quando incide diretamente sobre a participação societária, isto é, sobre o complexo de deveres e obrigações titulado pelo sócio dentro do contrato de sociedade. A razão para tanto é que o erro sobre características da sociedade-alvo é uma hipótese de erro sobre os motivos, que são, em regra, irrelevantes.

Excepcionalmente, os motivos podem se tornar relevantes se forem determinantes e houver previsão expressa de tais motivos no acordo das partes. A cláusula de declarações e garantias pode atuar, dependendo de sua formatação no caso concreto, alçando os motivos a posição de relevância dentro do contrato, tratando-os como qualidades essenciais da participação societária. Para tanto, será necessário analisar a imbricação das declarações e garantias com os três requisitos do erro aqui analisados: substancialidade, cognoscibilidade

¹⁰⁷³ Na Alemanha, tornou-se conhecido o estudo de Jochen Dierksmeier, no qual o autor aproxima os institutos da *misrepresentation* no *common law* e a *culpa in contrahendo* no direito continental, alegando, sobretudo, que ambos os institutos cobrem a franja entre a responsabilidade contratual e a delitual, já que ambos pressupõem uma relação de confiança, mas não um contrato (DIERKSMEIER, Jochen. *Der Kauf einer englischen "Private Limited Company"*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1997, p. 100-120).

¹⁰⁷⁴ WEST, Glenn D.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? *The M&A lawyer*, vol.11, n. 1, 2007, p. 3-5.

e escusabilidade. A cláusula de declarações e garantias, portanto, atua aqui por fora do regime contratual, vez que não é ela que cria a anulabilidade por erro, mas apenas auxilia sua identificação.

Poder-se-ia argumentar que a disciplina do erro seria incompatível com a cláusula de declarações e garantias, pois, se o negócio jurídico é anulado, a própria cláusula de declarações e garantias que embasa o erro perderia validade. Não há, porém, tal incompatibilidade se as declarações e garantias constam do contrato nas funções informativa e probatória. Dentro de tais funções, a cláusula apenas veicula e documenta uma informação que foi passada ao adquirente da participação na fase de negociação, cujo fornecimento não é “apagado” do mundo dos fatos pela anulação do contrato, mas, ao contrário, é pressuposto da anulação. A maior especificidade das declarações e garantias, neste tocante, será a de qualificar determinados atributos da sociedade-alvo como qualidade essencial da participação societária, para os fins do CC, art. 139.

7.2. Erro substancial em alienação de participação societária: o erro próprio

Tal como fazia o código Beviláqua em seu art. 86, o atual código civil exige que o erro seja substancial para taxar o negócio de invalidade (art. 138). A definição de substancialidade está dada na própria lei (art. 139).¹⁰⁷⁵ Nos termos do art. 139 do Código Civil, o erro substancial é aquele que interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma de suas qualidades essenciais; à identidade ou à qualidade essencial da pessoa; ou o erro de direito quando for o motivo único ou principal.

O erro substancial é aquele que, se fosse conhecido da outra parte, impediria a realização do negócio, mas, para evitar insegurança e diminuir o arbítrio do juiz, a lei se adiantou e definiu o erro substancial no atual art. 139 do código (arts. 87 e 88 do código Beviláqua). O legislador excluiu, portanto, o erro sobre os simples motivos do campo de incidência do erro invalidante (exceto quanto à presunção da parte final dos incisos I e II do art. 139), mas abriu às partes a possibilidade de elevar o motivo a razão determinante do

¹⁰⁷⁵ Wilson de Souza Campos Batalha limita-se a repetir o conceito legal de erro substancial para defini-lo (Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 94-95). Já Silvio Rodrigues elogia a postura do legislador de 1916 de delimitar as hipóteses de erro substancial, eliminando controvérsias na doutrina (Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 81).

negócio, “*condicionando a validade do ato àquele pressuposto*”.¹⁰⁷⁶ Essa é a razão pela qual apenas excepcionalmente o erro sobre os motivos gera anulabilidade do negócio.¹⁰⁷⁷

O erro próprio, também chamado erro-vício,¹⁰⁷⁸ é o vício de formação da própria vontade tendo por causa a falsa representação da realidade pelo *errans*. O declarante quer algo que não teria querido se tivesse conhecido a realidade corretamente. Daí dizer-se que o erro-vício afeta o próprio processo de formação da vontade.¹⁰⁷⁹ Dentre as hipóteses do art. 139 do código, constituem erro próprio as constantes da parte final dos incisos I e II, ou seja, os erros que recaem sobre qualidades essenciais do objeto ou da pessoa (*error in substantia*).¹⁰⁸⁰

O caso mais comum de erro-vício em alienação de participação societária será o engano do adquirente quanto à consistência dos elementos ativos e passivos ou quanto às atividades da sociedade. O *errans* provavelmente alegará ter imaginado que o patrimônio social era composto por determinados bens, quando não o era; ou ainda que não contava com o endividamento que encontrou quando entrou na sociedade. A pergunta que se coloca é se o erro sobre tais elementos pode configurar erro sobre qualidades essenciais do objeto, nos termos do art. 139, inc. I.

Guilherme Döring Cunha Pereira parece aceitar de forma genérica a anulabilidade do negócio de alienação de participação societária de controle por erro sobre qualidades essenciais do objeto. Mas pode-se inferir que seu posicionamento está fundamentado na

¹⁰⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 131.

¹⁰⁷⁷ Ou, como diz Pontes de Miranda, “[s]e o erro nos motivos pudesse operar como elemento invalidante, fora do dolo, estaria sacrificada, pela base, toda a confiança nos negócios jurídicos; daí existirem as regras jurídicas sobre o erro substancial e as regras jurídicas sobre o dolo” (Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 448).

¹⁰⁷⁸ Tratam-nos por sinônimos: RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 24; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 87.

¹⁰⁷⁹ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 24; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 88; BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 77;

¹⁰⁸⁰ Alberto Trabucchi chega a definir estas duas hipóteses como matéria clássica do erro-vício (Istituzioni di diritto civile. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 122), apontando que o art. 1429 do código italiano – praticamente idêntico ao art. 139 do código brasileiro – mescla em seus incisos o erro-vício com o erro obstativo sem adotar um critério distintivo (p. 121). Adotando a mesma classificação de que apenas os erros sobre as qualidades essenciais do objeto e da pessoa configuram erro-vício: CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 92-93 (são erros-vício o *erreur sur la substance* e o *erreur sur la personne*); RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 24; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 93 (citando Gaudemet).

concepção de que a cessão de controle comporta a cessão dos próprios bens sociais,¹⁰⁸¹ opinião que já tivemos oportunidade de rechaçar (Parte II *supra*, n. 1). A despeito disso, o autor entende que o regime do erro não é de todo adequado à alienação de participação societária porque acabaria restituindo as partes ao estado anterior, sendo que o interesse das partes normalmente é manter o negócio recebendo compensação pelos defeitos da sociedade.¹⁰⁸²

Com maior razão parece estar Gabriel Buschinelli, o qual aceita a anulabilidade do negócio de alienação de participação societária por erro, mas apenas quando incidir diretamente sobre as quotas ou ações para preservar a separação entre o bem objeto do negócio e suas qualidades substanciais.¹⁰⁸³

A impossibilidade de tratar os ativos e passivos da sociedade como objeto do contrato de alienação de participação societária reflete-se também na anulação por erro. O erro sobre qualidades essenciais apenas invalida o negócio quando se refere ao objeto do negócio. Objeto do negócio é a própria participação societária; logo, seriam qualidades essenciais capazes de gerar invalidade por erro apenas aquelas que dizem respeito à própria participação, como a propriedade das ações ou quotas, direito a dividendos, direito de voto, composição do capital social, objeto social *etc.*¹⁰⁸⁴

Como diz Pontes de Miranda, as qualidades essenciais a que se referia o antigo art. 87, atual art. 139, inc. I, do CC, são as qualidades essenciais das coisas, de direitos e de outros bens incorpóreos.¹⁰⁸⁵ O mesmo não ocorre com o erro sobre o objeto remoto ou mediato do negócio, que não deve gerar invalidade.¹⁰⁸⁶ Ora, o erro quanto aos elementos do patrimônio social e das atividades da sociedade seria, no máximo, erro sobre o objeto

¹⁰⁸¹ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle societário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 91.

¹⁰⁸² PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 91.

¹⁰⁸³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 332-335.

¹⁰⁸⁴ Refere-se especificamente ao capital social e objeto social como qualidades da participação societária para fins de anulação por erro: ASCARELLI, Tullio. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. *Il foro italiano*, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1642.

¹⁰⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 410. No mesmo sentido, BUFULIN, Augusto Passamani. *O erro e seus requisitos*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 120; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 159.

¹⁰⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 408.

remoto do negócio. Portanto, vale a regra de que apenas o erro sobre as qualidades das próprias ações ou quotas justifica a anulação.

Pontes de Miranda cita um caso de compra de ações julgado pelo Tribunal de Apelação de São Paulo (RT 138, 126) e critica a anulação do negócio apenas porque as ações não estavam integralizadas.¹⁰⁸⁷ Como regra geral, portanto, não é possível anular o negócio por erro sobre o patrimônio ou sobre as atividades sociais, tendo em vista não ser o objeto do negócio.¹⁰⁸⁸ Em verdade, o interesse do adquirente aos bens e atividades sociais não passa do campo dos motivos, categoria normalmente irrelevante ao negócio jurídico.

No direito brasileiro, tal como nos direitos alemão, francês e italiano, o erro sobre as qualidades essenciais do objeto é um erro nos motivos que constituem razão intrínseca do negócio, daí a presunção da lei de que o outro contratante deva contar com o caráter determinante de tais qualidades para a celebração do negócio.¹⁰⁸⁹ Silvio Rodrigues explica que o erro sobre qualidades essenciais do objeto ou da pessoa não deixa de ser uma espécie de erro nos motivos. Apenas a lei presume que, dada sua relevância, tais “motivos-qualidades-essenciais” são a razão determinante do negócio e lhe confere potencial de invalidar o negócio. A única diferença do erro sobre qualidades essenciais do incs. I e II do art. 139 para o erro nos motivos do art. 140 seria a inexistência de tal presunção neste último artigo – daí a necessidade de constar expressamente como razão determinante do negócio.¹⁰⁹⁰ Ou seja: não há diferença ontológica entre o erro nos motivos do art. 140 e o erro nos motivos do art. 139, incs. I e II, *in fine*, mas apenas a presunção legal de que uns são razão determinante do negócio e outros não.

¹⁰⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 412, embora aqui não se possa concordar com o autor alagoano, pois a obrigação de integralização toca diretamente aos deveres do sócio no contrato de sociedade, portanto o erro estaria incidindo sobre qualidade essencial das próprias ações ou quotas, ou seja, sobre o objeto imediato do negócio.

¹⁰⁸⁸ ASCARELLI, Tullio. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. *Il foro italiano*, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1642-1643; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 335.

¹⁰⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 85-86). Veja-se também CARVALHO SANTOS, Jorge M. de. Código civil brasileiro interpretado. Vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 308; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 411; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 159 e 163.

¹⁰⁹⁰ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 85-86.

Na mesma linha, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que “[p]ara levar à anulação, será preciso que o motivo passe ao conteúdo do negócio”,¹⁰⁹¹ e Marcos Bernardes de Mello, falando do erro de direito, explica que a situação é de inclusão dos motivos entre os elementos completantes do suporte fático do negócio jurídico.¹⁰⁹² Tais afirmações parecem-nos estar de acordo com a estrutura do Código, pois, quando a lei não presume a relevância do motivo, é preciso levá-lo ao conteúdo mesmo do negócio para ter potencial de invalidar. Nem poderia ser diferente, pois, se o errante pudesse anular sua declaração de vontade por um erro externo ao negócio, estaria entrando na contradição de anular a declaração por algo que não a integra.¹⁰⁹³

Embora haja consenso na doutrina especializada de que o erro sobre qualidades essenciais do objeto seja uma categoria de erro nos motivos excepcionalmente considerada relevante, isso não deve afetar a regra de que os defeitos do patrimônio e das atividades sociais não constituem qualidade essencial das ações ou quotas. Os “motivos-qualidades-essenciais-do-objeto” ainda assim são motivos que se apegam diretamente ao objeto da declaração negocial. É comum citar o exemplo do anel que se creu de diamante, quando a pedra era falsa; ou o exemplo do quadro do pintor famoso que é falsificado. Em todos esses casos, a qualidade essencial está apegada diretamente ao objeto do negócio. E não se nega que as qualidades diretamente apegadas à participação societária, como direito de voto e dividendos, possam dar ensejo à anulabilidade por erro sobre qualidades essenciais.

Diferente é a situação do patrimônio e atividades sociais. Essas características são simples motivos são e não se apegam à participação societária senão remotamente. Por isso não preenchem o requisito de substancialidade do inc. I do art. 139 do Código Civil. A regra aqui defendida de irrelevância de tais elementos para a disciplina do erro permanece, portanto, hígida e conforme ao princípio geral de irrelevância dos motivos.

Resta saber se há espaço para anulação da alienação de participação societária em hipóteses que não digam respeito às qualidades essenciais da própria participação. A única hipótese imaginável é aquela em que, por vontade das partes, as características da sociedade tenham sido elevadas ao nível de qualidade da participação societária.

¹⁰⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 113.

¹⁰⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 164.

¹⁰⁹³ FLUME, Werner. *Eigenschaftsirrthum und Kauf*. Münster: Regensberg, 1948, p. 86-87.

Para Pontes de Miranda, o erro deve estar amparado em pressuposto subjetivo e pressuposto objetivo. O pressuposto subjetivo é a importância dada pelo *errans* à qualidade da pessoa ou da coisa; ou seja, não aquilo que o tráfico considera qualidade relevante, mas sim a importância dada pela vítima do erro àquela qualidade em especial. Por outro lado, o pressuposto objetivo consiste em ser razoável ao tráfico a importância conferida pelo errante à qualidade essencial, dando à importância do erro caráter transindividual.¹⁰⁹⁴ Deve-se concordar com a tese de Pontes de Miranda. Sua posição concilia a necessária liberdade das partes para moldar suas relações com a necessidade de preservar-se o rol taxativo¹⁰⁹⁵ do art. 139. Do contrário, qualquer elemento ou motivo, por mais exterior que fosse ao contrato, poderia gerar anulabilidade do negócio por erro.¹⁰⁹⁶

As normas sobre invalidade são típicas, taxativas. Não é qualquer equívoco ou qualquer déficit informativo que tem por consequência a anulação do negócio por erro, mas apenas aqueles que cabem dentro dos estreitos limites postos pela lei. Nesse sentido, Giovanni D'Amico explica que esta taxatividade se desdobra em duas características: de um lado, cria uma reserva de competência para o legislador delinear as *fattispecies* relevantes, e, de outro lado, veda a analogia para estender a aplicação da norma a outros casos.¹⁰⁹⁷ Assim, não é lícito às partes criar novas formas de invalidade do negócio, mas apenas podem mover-se dentro das espécies de erro substancial arroladas no art. 139.

¹⁰⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 398-400.

¹⁰⁹⁵ Sobre a taxatividade do rol do art. 139, veja-se: BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 126-128.

¹⁰⁹⁶ Analisando o erro de direito no código civil italiano, incidente sobre a razão única ou principal do negócio – definição quase idêntica à do direito brasileiro –, Trimarchi afirma que não há razão para pensar que o erro de direito não precise se submeter ao requisito de substancialidade (TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 209). Pelas mesmas razões, entendemos que o erro nos motivos deva preencher o requisito de substancialidade. Contra essa posição, Ana Alvarenga Moreira Magalhães entende que o erro sobre os motivos seria uma exceção à taxatividade do rol do art. 139, podendo incidir em qualquer situação, desde que expresso como razão determinante (O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63). A opinião da autora não parece ter apoio na lei. Maior razão tem Antônio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114). A colocação da invalidação do negócio por erro nos motivos determinante em apartado do rol do art. 139 auxilia esse entendimento. Diferentemente do erro na declaração e do erro na vontade, aos quais basta enquadrar-se em algum dos incisos do art. 139 para invalidar o negócio, o erro sobre simples motivos necessita expressa menção como razão determinante, além de preencher o requisito do art. 139 para gerar anulabilidade. A chave de compreensão do art. 140 não está na ampliação do catálogo em que o erro nos motivos pode gerar anulabilidade, mas sim no requisito de menção expressa.

¹⁰⁹⁷ D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. *in*: pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Catanzaro, vol. 34. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 18-22.

Mesmo o erro sobre os motivos do art. 140 deve subsumir-se a uma das hipóteses de erro substancial do art. 139.

Desta forma, fica aberto às partes no direito brasileiro definir, em contrato ou fora dele, o que consideram qualidades essenciais do objeto do negócio para os fins de anulação por erro,¹⁰⁹⁸ desde que sejam razoáveis e guardem relação com o objeto do negócio. Este princípio pode ser aplicado à alienação de participação societária.

Tullio Ascarelli, no já citado comentário à decisão da *Corte di Cassazione* italiana no caso *Nironi vs. Bonacchi*, defendeu que as partes têm a possibilidade de definir o que são as qualidades essenciais das ações ou quotas no caso concreto, o que se estende inclusive aos elementos ativos e passivos do patrimônio social:

Nada veda que as ações objeto do contrato venham qualificadas não só em referência a uma determinada sociedade, mas também especificando as características desta. Tais características poderão ser aquelas mencionadas no n. 4 [espécies de ações, ações com limitação ao voto ou à circulação, sociedade em liquidação ou falência], e poderão ser também características ulteriores; por exemplo, a composição do patrimônio social.

O objeto do contrato não será mais então as ações da sociedade A, mas ações da sociedade A proprietária (para dar um exemplo) de um terreno de x metros quadrados, situado em y e por aí vai. As partes, assim, especificando o objeto do contrato, não se referem apenas a ações de uma certa sociedade com certas características, mas sim a ações de uma determinada sociedade com certas características suas que assim tornam-se essenciais aos fins de identificação das ações objeto do contrato (tradução livre).¹⁰⁹⁹

E conclui o jurista que a falta de tais qualidades prometidas pode configurar falta de qualidades essenciais da coisa para o fim de anulação do negócio:

Se são prometidas ações de uma sociedade possuidora de determinadas características e depois são entregues ações de uma sociedade que, todavia, não correspondem às características indicadas, não vejo porque se deva negar a ocorrência de um *aliud pro alio* ou (nem pretendo aqui prender-me a esta última definição) de falta de qualidades essenciais da coisa (tradução livre).¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁸ No direito português esta possibilidade também é aceita: SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 262.

¹⁰⁹⁹ ASCARELLI, Tullio. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. in: il foro italiano, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1642. Em original: “Nulla vieta nemmeno che le azioni oggetto di contratto vengano qualificate no solo con riferimento ad una determinata società, ma anche specificando le caratteristiche di questa. Queste caratteristiche potranno essere quelle menzionate nel n. 4 e potranno essere anche caratteristiche ulteriori; per esempio la composizione del patrimonio sociale. Oggetto del contratto non saranno più allora azioni della società A, ma azioni della società A proprietaria (per dare un esempio) di un terreno di z metri quadrati, sito in y, e via dicendo. Le parti, cioè, specificando l’oggetto del contratto, non solo si riferiscono ad azioni di una determinata società e con certe sue caratteristiche, che così divengono essenziali ai fini della identificazione delle azioni oggetto del contratto”.

¹¹⁰⁰ ASCARELLI, Tullio. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. in: il foro

Desta forma, viabiliza-se a anulação do negócio de alienação de participação societária por erro sobre os ativos, passivos e atividades sociais se, e apenas se, puder extrair-se do negócio que as partes trataram tais características como qualidades das próprias ações ou quotas. Pontes de Miranda, no exemplo já citado da compra de ações não integralizadas, admite que poderia haver anulação do negócio se tivessem sido prometidas ações integralizadas, de modo que o estarem integralizadas fosse qualidade essencial.¹¹⁰¹

E aqui entram as cláusulas de declarações e garantias. Atuando em sua função informativa, as declarações prestadas de parte a parte podem configurar especificação de qualidades da participação societária, as quais, se não estiverem presentes, podem ensejar anulação do negócio por erro. Obviamente dependerá da interpretação contratual no caso concreto o saber se as declarações e garantias assumem, nos quadros de sua função informativa, a tarefa de fixar tais qualidades como essenciais à própria participação.

Neste sentido, Evandro Fernandes de Pontes atribui à cláusula de declarações e garantias “*a função de elucidar e precisar o regulamento prescrito com a declaração dispositiva, seja determinando-lhe os elementos essenciais (sujeito, objeto, modalidade), seja enquadrando-a na situação de fato em que a tem por base*”¹¹⁰² e conclui que a discrepância entre declarações e garantias e a realidade descoberta posteriormente induz anulação por erro.¹¹⁰³ Embora não se concorde com a conclusão que Evandro Fernandes de Pontes parece atingir em sua obra, de que a única disciplina jurídica aplicável às declarações e garantias seria a da invalidade por erro ou dolo, sua fundamentação no sentido de que podem especificar as qualidades essenciais da participação societária é absolutamente conforme ao direito brasileiro.

O princípio de que as partes podem definir por comum acordo quais são as qualidades essenciais das ações ou quotas parece ter sido respeitado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no caso da *Farmácia Adelmar*.¹¹⁰⁴ Os adquirentes compraram

italiano, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1642. Em original: “*Se vengono promesse azioni di una società avente determinate caratteristiche e poi vengono consegnate azioni di una società che tuttavia non corrisponde alle caratteristiche indicate non vedo perchè si debba negare la ricorrenza di un aliud pro alio ovvero (nè voglio qui soffermarmi su questa ulteriore distinzione) di mancanza di qualità essenziali della cosa*”.

¹¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 412.

¹¹⁰² PONTES, Evandro Fernandes de. *representations & warranties no direito brasileiro*, São Paulo: Almedina, 2014, p. 134.

¹¹⁰³ PONTES, Evandro Fernandes de. *representations & warranties no direito brasileiro*, São Paulo: Almedina, 2014, p. 124.

¹¹⁰⁴ TJRJ, apelação n. 0421912-05.2008.8.19.0001, Rel. Desa. Nanci Mahfuz, j. 30.6.2011.

100% das quotas da farmácia por R\$ 20 mil, ocasião em que assumiram a responsabilidade por dívidas fiscais da sociedade anteriores à transação, e os alienantes declararam que a transação era realizada livre de quaisquer ônus e dívidas. Após a operação, porém, os adquirentes tiveram dificuldades para regularizar a farmácia junto ao Conselho Regional de Farmácia, vez que pendente débito anterior de R\$ 72 mil. Os adquirentes postularam, então, anulação do negócio por erro, pois a dívida lhes era de todo desconhecida. Em decisão monocrática, a relatora decretou a anulação do negócio, pois o adquirente não havia assumido dívidas com o Conselho Regional de Farmácia e “*por lhe ter sido garantido pela parte ré que a dívida já estava paga ou prescrita*”.

Outro julgado que parece ter atentado para essa distinção em sede de anulação por erro foi a apelação n. 65244-0, julgada pelo TJPR no fim da década de 90.¹¹⁰⁵ No caso, o autor da ação havia adquirido 100% das quotas de sociedade atuante no ramo médico, chamada Clinipar, porque alegadamente esta seria detentora de um contrato de prestação de serviços junto ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social. No entanto, após a transferência das quotas, o adquirente alegou ter sido induzido a erro, visto que a sociedade era apenas administradora do hospital explorado pela Sociedade Hospitalar Santa Terezinha, esta sim detentora do contrato de prestação de serviços com a autarquia pública. O tribunal, no entanto, rejeitou o pedido de anulação por erro, sob o argumento de que não estava comprovado o ajuste entre as partes de que a Clinipar detinha o contrato desejado pelo adquirente. Embora o tribunal não desça a esta análise, parece ter considerado o princípio de que, não havendo ajuste quanto a elementos do patrimônio social, não se devem considerar erro os vícios do patrimônio social.

Este princípio pode ser também aplicado, *mutatis mutandis*, na mesma linha desenvolvida pela jurisprudência francesa. Pode-se sempre considerar qualidade essencial da participação societária o conjunto de elementos essenciais ao exercício do objeto social e giro das atividades sociais.¹¹⁰⁶ Se, por exemplo, o adquirente compra quotas de uma

¹¹⁰⁵ TJPR, apelação n. 65244-0, Rel. Des. Accácio Cambi, j. 2.9.1998. De forma semelhante, porém sem deixar claro se houve acordo expresse quanto às qualidades da participação societária ou mera informação pré-negocial, o TJRS anulou contrato porque descobriu-se que a sociedade fora excluída do REFIS antes da compra das quotas (apelação n. 70036085991, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. 13.9.2012).

¹¹⁰⁶ Embora esta concepção tenha sido corretamente criticada por Marie Caffin-Moi, sob a justificativa de que a jurisprudência francesa teria adotado posição demasiado “utilitarista”. De fato, conforme lembra a autora, mesmo a capacidade de utilizar os bens sociais para girar o objeto social não constitui senão mero motivo da parte que adquire a participação societária. A jurisprudência francesa teria, incorretamente, objetivizado um motivo “padrão” na aquisição de participação societária, como se todo adquirente fosse sempre movido pelo fim de girar a atividade societária, quando, na verdade, os motivos podem ser os mais variados (CAFFIN-MOI, Marie. *Cession de droits sociaux et droit des contrats*. Paris: Ed. Economica, 2009, p. 59-65). A bem

sociedade atuante em setor regulado que perdeu autorização para funcionar da agência reguladora competente, há erro sobre qualidades essenciais da própria participação societária, pois a participação em um contrato de sociedade engloba a possibilidade de realizar o objeto social ou, nas palavras de Ascarelli, é elemento de identificação do contrato plurilateral.¹¹⁰⁷

Em outro caso julgado pelo TJPR, onde foi negado o pedido de anulação por falta de determinados equipamentos na sociedade que inviabilizavam o funcionamento da empresa, tal princípio foi infelizmente menosprezado.¹¹⁰⁸ O autor havia adquirido 1/3 das quotas de uma veterinária, fazendo constar que “*o objeto do contrato é a transferência de 1/3 das quotas da sociedade empresária Pet Gandra Ltda., ‘assim como o ponto comercial, com o acervo de clientes, móveis e utensílios, equipamentos para a clínica e cirurgia veterinária e ambulância Renault/Kangoo placa GYC-6241’*”. No entanto, o tribunal entendeu que a mera descrição genérica não bastaria para fixar quais bens deveriam compor o patrimônio social, o que seria uma diligência mínima esperada do adquirente. Embora a descrição genérica não baste a individualizar cada móvel e utensílio que deva constar do patrimônio da sociedade, não se pode imaginar que, em tal descrição, ainda que superficial, não estejam contidos os bens que, em seu conjunto, permitem à sociedade executar seu objeto social.

A liberdade das partes não pode, porém, extrapolar determinados limites objetivos onde não incide o erro. Assim, por exemplo, erro sobre fatos futuros ou prognósticos de rentabilidade não podem jamais dar causa a invalidade,¹¹⁰⁹ nem o erro sobre o valor das ações ou quotas.¹¹¹⁰

notada crítica da autora, porém, não atinge as conclusões lançadas neste trabalho, pois o que se está aqui a defender é que a aquisição de participação societária pode ser anulada apenas quando os motivos forem insertos no campo da regulação contratual, mediante acordo das partes. Não há, portanto, uma objetivização ou “standardização” dos motivos em alienação de participação – os motivos continuam os mais variados e irrelevantes para fins de anular o negócio por erro, salvo acordo expresso que contemple as peculiaridades de cada caso.

¹¹⁰⁷ ASCARELLI, Tullio. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. *Il foro italiano*, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1642

¹¹⁰⁸ TJPR, apelação n. 1439144-1, Rel. Des. Victor Martim Batschke, j. 15.3.2016.

¹¹⁰⁹ BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 132-133, afirmando a impossibilidade de incidir erro sobre fatos futuros. Julgou errado o TJDFT na apelação n. 0120673-43.2006.8.07.0001, Rel. Desa. Nídia Corrêa Lima, j. 12.5.2010. Ali havia ajuste verbal de que a sociedade gozava de saúde financeira e estava prestes a adquirir uma carteira de crédito de uma financeira, que acabou não se concretizando. O tribunal acabou anulando o negócio porque o comprador teria recebido informações falsas sobre a realidade financeira da empresa. A decisão foi equivocada, pois baseou-se numa perspectiva de rentabilidade da empresa, baseada em negócios futuros. Com melhor razão julgou o TJSP a apelação n. 1000310-46.2014.8.26.0568 Rel. Des. Thiago de Siqueira, j. 25.2.2015. O comprador da

Sublinhe-se que o tratamento de elementos ativos e passivos e das atividades da sociedade como qualidades essenciais da participação societária por vontade das partes não prescinde do requisito de razoabilidade, que é pressuposto objetivo às qualidades essenciais do objeto. Ou seja, as partes possuem liberdade para definir as qualidades essenciais da participação societária apenas dentro dos limites em que esta for razoável. Pode ser razoável que a inexistência de passivos ocultos vultosos seja qualidade essencial da participação societária; não, porém, se o passivo for de pequena monta.¹¹¹¹

É comum inserir uma cláusula segundo a qual apenas violações relevantes às declarações e garantias devam disparar as consequências dessa violação (*materiality qualifier*). Este tipo de cláusula pode ser um bom índice do que as partes consideram relevante a ponto de ser uma qualidade essencial das ações ou quotas, mas não é um critério absoluto. Primeiro, porque as partes podem querer valer-se de tal cláusula apenas para finalidades indenizatórias e não para fins de invalidade do negócio, cabendo à interpretação contratual decidir a função da cláusula no caso concreto. E segundo, porque a liberdade das partes não é irrestrita a ponto de desconsiderar-se o pressuposto objetivo de razoabilidade, citado por Pontes de Miranda. Não há como tornar qualidade essencial da participação societária um passivo oculto de R\$ 10 reais no contexto de uma operação de R\$ 1 bilhão. A liberdade das partes não vai tão longe.

Dentro do âmbito de liberdade que lhes cabe, porém, podem as partes estipular critério quantitativo de valor para apurar o que é qualidade essencial e o que não é. A

participação alegou que teria incorrido em erro substancial quanto ao faturamento da empresa. O tribunal, repetindo os argumentos da sentença, entendeu que não seria possível haver qualquer promessa quanto ao faturamento, pois o sucesso da empresa está ligado a características pessoais do empresário, como preços, captação de clientela, divulgação do negócio *etc.* Além disso, o tribunal constatou que foram apresentados os documentos contábeis da sociedade ao comprador. Pode-se dizer que o tribunal fundamentou sua decisão no fato de que a falsa representação da realidade no caso não configurou erro substancial nos limites do art. 139 por referir-se a fato futuro (faturamento).

¹¹¹⁰ Lição lapidar foi dada em julgamento do TJSC: “*No mais, em contratos de compra e venda, o alienante é livre para estabelecer o preço que bem lhe aprouver, ainda que seja absurdo, tanto por ser vil quando por ser exorbitante. O juízo de conveniência sobre o preço proposto deve ser feito pelo interessado na compra, não se justificando, sob nenhum pretexto, a intervenção do Judiciário para alterá-lo, salvo comprovado vício de consentimento, o que no caso em apreço não ocorreu*” (TJSC, apelação n. 2005.026559-1, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 29.9.2009). Essas razões devem ser seguidas *in totum*: o adquirente não pode simplesmente confiar no preço que lhe é oferecido, mas tem a obrigação de investigar por conta própria o preço que acha justo. No mesmo sentido: TJSP, apelação n. 0005976-32.2003.8.26.0309, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 16.10.2012; TJSC, apelação n. 1988.092116-3, Rel. Des. Newton Janke, j. 21.11.2002 (ressaltando que a mera alegação do vendedor de que a sociedade vale menos porque está prestes a falir não configura erro substancial); TJPR, apelação n. 145468-6, Rel. Des. Celso Rotoli de Macedo, j. 22.10.2003.

¹¹¹¹ O que de forma alguma isenta a parte que viola as declarações e garantias de outras responsabilidades contratuais criadas no contrato. Apenas se a violação das declarações e garantias não afetar qualidade essencial não caberá o remédio invalidante.

capacidade de vícios de quantidade tornarem-se vícios de qualidade essencial do objeto é aceita no direito brasileiro.¹¹¹² Assim, o contrato pode ser interpretado como as próprias partes definindo que um passivo oculto excedente a 50% do preço do negócio configura falta de qualidade essencial, porque assim definiram na cláusula de *materiality qualifier*. Mas não será falta de qualidade essencial o passivo equivalente a 49% do preço, ainda que, sem o *materiality qualifier*, pudesse sê-lo com apenas 30%.

Outra questão é se violações às declarações e garantias de diferentes identidades e natureza podem ser somadas para atingir o valor a partir do qual deixa de existir a qualidade essencial. A resposta deve ser em princípio afirmativa. Mas é preciso que a violação recaia sobre as declarações e garantias que se consideram qualidade essencial das ações ou quotas, pois nem todas podem sê-lo. As partes podem tratar como qualidade essencial apenas passivos de uma determinada natureza. Por exemplo, a usina de açúcar que compra sua matéria-prima exclusivamente de fornecedores externos de cana pode ter por qualidade essencial de suas ações o bom relacionamento com fornecedores, mas não com funcionários.

Especificamente quanto a passivos ocultos, a somatória das violações a declarações e garantias é mais evidente. O que se tem em vista é o endividamento da sociedade e este é afetado toda vez que surgem novos passivos. Na verdade, o negócio se anula porque a qualidade essencial é o endividamento da sociedade. As partes podem dispor deste requisito, mas na dúvida deve-se partir da premissa de que o endividamento (e não a natureza ou identidade da dívida) é que é a qualidade essencial.

Até aqui falamos de erro sobre qualidades essenciais do objeto do negócio. Cumpre agora falar do erro sobre as qualidades essenciais do outro contratante. O erro sobre as qualidades essenciais da pessoa pode referir-se, entre outras hipóteses, a capacitação profissional do contratante.¹¹¹³ O caso mais comum é de contrato *intuitu personae*; do contrário, as qualidades da pessoa são irrelevantes ao negócio.¹¹¹⁴ Nos contratos a título

¹¹¹² BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 95 (valendo-se do princípio hegeliano-marxista de que alteração na quantidade altera a qualidade); MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.

¹¹¹³ Veja-se o exemplo citado por Tepedino et al. da contratação de um arquiteto especializado em decoração de interiores (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a constituição da república. Vol. I. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 276).

¹¹¹⁴ CARVALHO SANTOS, Jorge M. de. Código civil brasileiro interpretado. Vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 315; BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro:

gratuito será mais fácil identificar a importância dada pelo *errans* à pessoa do outro contratante, pois a benesse normalmente é concedida em vista da pessoa. Mas pode ocorrer mesmo nos contratos onerosos com prestação de fato fungível, como a contratação de um advogado pelo seu renome.¹¹¹⁵

Seguindo este princípio, apenas nos contratos *intuitu personae* consegue-se imaginar o erro sobre qualidade substancial da pessoa. A exemplo do direito francês, também aqui deve valer a regra de que aquelas qualidades da pessoa que impedem o próprio exercício do objeto social devem sempre ser consideradas essenciais, como o investimento em uma corretora de seguros em que o sócio diretor perdeu definitivamente o registro para atuar como corretor junto à SUSEP. Sem um diretor técnico responsável registrado como corretor perante a autarquia, a sociedade não pode funcionar. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já anulou a constituição de uma sociedade comercial por erro sobre as qualidades essenciais do sócio, que estava envolvido em atividades criminosas e tinha sido alvo de prisão preventiva, a ponto de impedir que a sociedade tivesse qualquer “atividade orgânica”.¹¹¹⁶ Mas o mesmo tribunal negou anulação do negócio por crime cometido há mais de 30 anos pelo sócio.¹¹¹⁷

Discussões podem surgir quanto ao corpo profissional da sociedade. O adquirente da participação imagina que apenas profissionais com determinada qualificação integram os quadros funcionais, quando na verdade não a possuem. Tem-se aqui erro sobre qualidade essencial de uma pessoa que não é o outro contratante, mas o art. 139, inc. II, do Código Civil não exige que a qualidade essencial seja do outro contratante: basta que seja uma pessoa a quem se refira a declaração de vontade. Se for convencionado em contrato que a sociedade cuja participação se aliena possui profissionais com determinada qualificação, pode-se considerar a falta dessa qualificação erro sobre qualidades essenciais das pessoas a quem a declaração se refere. Se a falta de qualificação for de apenas alguns dos funcionários da sociedade, deve-se analisar no caso concreto se é razoável que a falta de qualificação destes poucos funcionários se espalhe como falta de qualidade essencial a todas as ações ou quotas.

Editora GZ, 2013, p. 121-123; MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 54.

¹¹¹⁵ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 54-55. Embora discordemos da autora de que prestações de fato fungíveis não possam ser *intuitu personae*: o contrato para erigir um muro pode ser celebrado com um determinado pedreiro apenas porque é conhecido do dono da obra.

¹¹¹⁶ TJRJ, Apelação n. 0006684-15.1995.8.19.0000, Rel. Des. Manoel Carpena Amorim, j. 7.6.1995.

¹¹¹⁷ TJRJ, apelação n. 0094454-18.2010.8.19.0001, Rel. Des. Juarez Fernandes Folhez, j. 13.5.2015.

Em síntese, a cláusula de declarações e garantias pode atuar qualificando determinadas características da sociedade como qualidades essenciais da participação. Se, porém, o contrato prevê que o recurso aos remédios previstos no próprio contrato será o único à disposição do adquirente, é de se entender que não foi intenção das partes tratar as características da sociedade ou das pessoas a quem se refere a declaração de vontade como qualidades essenciais para os fins do art. 139 do Código Civil.

7.3. Erro substancial em alienação de participação societária: o erro obstativo

O erro obstativo pode ser definido como o erro que incide no momento de manifestação da vontade, mas não na sua formação. A vontade se forma corretamente, pois o *errans* representou a realidade corretamente; só que erra na hora de declará-la, fazendo com que a declaração não corresponda ao que se quis. Trata-se, portanto, de uma divergência entre a vontade e a declaração.¹¹¹⁸ A rigor, o erro obstativo impede o encontro entre as vontades de declarante e declaratário, mas o direito brasileiro não faz diferença de regime entre as espécies.¹¹¹⁹

São espécies de erro obstativo enunciadas no art. 139 do Código Civil: erro sobre a natureza do negócio (*error in negotio*), erro sobre o objeto do negócio ou erro sobre a identidade da pessoa (*error in corpore*) (art. 139, inc. I) e o erro de transmissão da declaração (art. 141).¹¹²⁰

É difícil imaginar uma situação em que as partes de uma aquisição de participação societária venham a cometer erro obstativo e ainda mais difícil é cogitar-se da hipótese no

¹¹¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 86-87 e 90-92. O autor que melhor tratou da divergência entre vontade real e vontade declarada foi Ferrer Correia, cuja leitura se recomenda fortemente: FERRER CORREIA, Antonio de Arruda. Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico. Coimbra: Arménio Amado, 1939.

¹¹¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112-113; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 94.

¹¹²⁰ Esta classificação é adotada em RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 20-23; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 92-93 (citando Gaudemet); TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 122 (*a contrario sensu*); CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982, p. 91-92; GHESTIN, Jacques. Droit civil: les obligations, le contrat. Paris: LGDJ, 1980, p. 295-296. Referindo a opção do legislador por incluir estas hipóteses “clássicas” no rol de erro substancial desde o Código Bevilacqua: MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42.

ato de prestar declarações e garantias. O caso mais comum de erro obstativo é quando o alienante se engana quanto à natureza do negócio jurídico. Mas os tribunais estaduais costumam rejeitar a anulação porque basta a simples leitura do contrato para uma correta compreensão do negócio pelo *errans*.¹¹²¹

Uma análise detalhada das teorias que buscam explicar a divergência entre a vontade real e a declarada, assim como as hipóteses em que esta divergência justifica a anulação por erro, fugiria ao escopo deste estudo. No correr do tempo alternaram-se nessa tarefa as teorias da vontade real, da declaração, da responsabilidade, da *culpa in contrahendo* e da confiança.¹¹²² Apenas ressalta-se que o Código Civil de 2002 incluiu a cognoscibilidade do erro pela contraparte como requisito da anulabilidade por erro, o que tem-se interpretado como adoção da teoria da confiança pelo legislador de 2002.¹¹²³ Logo, a divergência entre declaração e vontade não gera invalidade quando a contraparte puder legitimamente confiar no conteúdo da declaração viciada.

7.4. Erro substancial em alienação de participação societária: o erro nos motivos

O erro nos motivos ocorre quando a causa psicológica remota que impulsiona a parte a celebrar o negócio está viciada pela falsa representação da realidade. E justamente porque o erro se passa no campo puramente psicológico do declarante, não tem relevância no mundo jurídico.¹¹²⁴ Porém, quando o motivo for a razão determinante do negócio, pode excepcionalmente gerar invalidade, se for assim expresso.

¹¹²¹ TJRS, apelação n. 70061122438, Rel. Des. Isabel Dias Almeida, j. 27.8.2014, onde negou-se a anulação por erro, pois a alienante teve entendimento correto da natureza do negócio. No caso, a alienante acreditava tratar-se de alteração para adequar a sociedade às regras do novo código civil, quando na verdade dela estava se retirando. Já no caso TJRS apelação n. 0281253-65.2013.8.21.700, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 30.10.2013, a cônjuge pensou assinar alteração contratual para retirar-se da empresa durante o processo de divórcio, quando na verdade estava assinando para que os outros se retirassem e ela permanecesse como única sócia. O tribunal negou a anulação porque a leitura do documento, exercício de “diligência normal”, bastaria para extirpar o erro. No caso TJSP, apelação n. 1011488-72.2013.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 14.6.2016, negou-se anulação de uma compra e venda de 33,3% de uma sociedade médica, porque, embora a autora tivesse achasse que iria deter 50% da sociedade, o instrumento contratual era bem claro quanto à parcela que estava adquirindo.

¹¹²² Para um apanhado histórico das teorias da declaração, veja-se: RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, cap. IV, p. 29-46. Na doutrina posterior ao Código Civil de 2002, veja-se: BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, cap. 2, p. 5-20; MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, cap. 3.2, p. 65-80.

¹¹²³ BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 21-22; MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102.

¹¹²⁴ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 85; MAGALHÃES,

Como se viu, o art. 139, incs. I e II, trata como substancial o erro nos motivos quando este afeta qualidades essenciais do objeto do negócio ou da pessoa a quem se refira a declaração de vontade. Trata-se aqui de exceção à regra de irrelevância dos motivos. Mas não há como enxergar de erro invalidante sobre os motivos para fora das hipóteses do art. 139. Essa fixação do erro no catálogo fechado do art. 139 decorre mais de circunstâncias históricas do que sistemáticas.

O requisito de substancialidade surge na história como forma de proporcionar ao declaratório a possibilidade de tomar conhecimento do erro incorrido pela contraparte.¹¹²⁵ Esta função hoje é preenchida pelo requisito de cognoscibilidade presente na parte final do art. 138 do Código. Daí a clássica tripartição *errore in nomine, errore in corpore, errore in substantia*: acreditava-se que nessas situações o declaratório teria como perceber o erro do declarante, razão pela qual se imobilizou o erro dentro dessas três categorias.¹¹²⁶ No Direito brasileiro moderno, porém, parece-nos que a substancialidade ganha autonomia como requisito do erro invalidante. Do contrário, não haveria por que subsistir concomitantemente à cognoscibilidade.

Não nos parece possível elevar os simples motivos ao nível de razão determinante do negócio fora das hipóteses do art. 139.¹¹²⁷ Trata-se de medida para preservar a tipicidade dos vícios de vontade e a taxatividade do rol do art. 139. Do ponto de vista topológico, faria pouco sentido elencar três hipóteses de erro substancial no art. 139 para depois criar uma quarta no art. 140 – se assim fosse, mais correto seria incluí-la como inciso do art. 139. Neste sentido, concordamos com Antônio Junqueira de Azevedo quando afirma que “*não basta que o erro [sobre os motivos] seja determinante, é preciso ainda que ele se enquadre numa das hipóteses de erro substancial (a ponto de o erro sobre os motivos não conduzir à anulação)*”.¹¹²⁸

Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 89; RÁO, Vicente. Ato jurídico. 4ª ed. an., rev. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 185.

¹¹²⁵ GRASSI, Ugo. I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 127-130.

¹¹²⁶ GRASSI, Ugo. I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 127.

¹¹²⁷ Contra: CARVALHO SANTOS, Jorge M. de. Código civil brasileiro interpretado. Vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 324.

¹¹²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114 (embora o autor não adentre na questão da origem histórica da substancialidade do erro).

A partir do momento em que a substancialidade do art. 139 passa a ser tratada como requisito autônomo desvinculado da cognoscibilidade, o erro sobre os motivos passa a ser admitido apenas dentro do rol taxativo do art. 139 para limitar a anulação por erro e conferir segurança jurídica às partes. Isso ajuda a explicar a função do art. 140 no sistema do Código.

O art. 140 não está relacionado à cognoscibilidade do erro pela outra parte, pois haveria aí a contradição valorativa de não anular o negócio mesmo que a contraparte soubesse do erro, pelo simples fato de não ser expresso como razão determinante. Tampouco pode o referido artigo constituir requisito de substancialidade. A interpretação mais correta parece ser a de que o art. 140 está a tratar do requisito de essencialidade do erro sobre os motivos. Considera-se essencial o erro que impediria o *errans* de celebrar o negócio,¹¹²⁹ e incidental o erro que não o impediria. Por se passar, em regra, no âmbito psicológico subjetivo do *errans*, difícil seria à outra parte identificar que, se não fosse pelo erro nos motivos, o *errans* não teria celebrado o negócio. Logo, o sentido do art. 140 está em fazer saber à outra parte que o erro é essencial – e nesse sentido há certa correlação com a cognoscibilidade, mas não quanto ao erro, pois todo erro deve ser cognoscível, mas sim quanto à essencialidade do erro, posto que esta é mais difícil ser reconhecida quando o erro recai sobre motivos.

As hipóteses até agora tratadas dizem respeito ao erro de fato.¹¹³⁰ Um pouco diversa é a situação do erro de direito, regulado no inc. III do art. 139. Embora também recaia

¹¹²⁹ STJ, REsp 744311/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.8.2010. Parece-nos equivocado Caio Mário Pereira da Silva quando aproxima o conceito de essencialidade à substancialidade, como se todo erro sobre os itens mencionados no art. 139 fossem impeditivos da celebração do negócio (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direitos Civil. Vol. I: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 30ª ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 421-422). É perfeitamente possível que o *errans* atribua a uma qualidade essencial da pessoa o condão de modificar o preço de um serviço, por exemplo, porém sem minar sua vontade de celebrar o contrato.

¹¹³⁰ Afirmam que o erro sobre a natureza, ou objeto do negócio e suas qualidades, ou identidade e qualidades da pessoa referem-se exclusivamente a erros de fato: GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto civile*. Volume secondo. 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 405; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44ª ed. Pádua: CEDAM, 2009, p. 122. Contra essa posição se manifesta Pietro Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 209, para quem o erro de direito não é hipótese de erro apartada das hipóteses tratadas nos incisos anteriores do art. 1429 do código italiano, bastante similar ao brasileiro. Trimarchi defende que o erro de direito pode incidir tanto sobre a natureza do negócio, quanto sobre o objeto do negócio ou suas qualidades essenciais ou ainda sobre a pessoa e suas qualidades. A redação do código que parece tratá-lo como hipótese autônoma não passa de uma “*infelice formulazione*”. A manutenção do erro de direito como hipótese autônoma parece justificar-se pelo regime mais rígido que o código lhe atribui. Os erros tratados nos incisos I e II do art. 139 não precisam ser a razão única ou principal para gerar a invalidade, bastando que o erro, além de substancial pelo simples fato de enquadrar-se no art. 139, seja essencial, escusável e cognoscível. Já o erro de direito para gerar invalidade tem de ser a principal ou única razão.

sobre os motivos, como indica o próprio dispositivo legal, o erro de direito só dá azo à invalidade do negócio quando for o motivo único ou principal do negócio.¹¹³¹ Já o erro de fato tratado nos incs. I e II do art. 139 não precisa ser o motivo único ou principal, basta que preencha os demais requisitos de essencialidade, escusabilidade e cognoscibilidade.

Feitas essas considerações introdutórias, podemos passar à imbricação entre erro nos motivos e cláusula de declarações e garantias. A cláusula pode incluir no conteúdo do negócio tanto o erro de fato quanto o erro de direito, desde que o faça dentro das hipóteses do art. 139. Um exemplo de erro de fato sobre o motivo ocorre quando o sócio vende parte de suas quotas para possibilitar a entrada de terceiro investidor que depois revela-se nunca ter tido intenção de investir, tratando-se de mero artifício para expulsar o minoritário da sociedade, como já ocorreu em caso julgado pelo TJSP.¹¹³²

Já o erro de direito pode incidir sobre qualidade essencial da participação societária quando a alienação da participação societária constitui violação de norma de agência reguladora ou de acordos da sociedade com terceiros, o que é uma disposição bem comum em cláusulas de declarações e garantias. Se estes erros de direito forem o motivo único ou o principal do negócio, podem gerar anulabilidade se tiverem sido convencionados pelas partes como razão determinante do negócio.

7.5. A cognoscibilidade do erro pela outra parte

O requisito de cognoscibilidade do erro pela contraparte não estava previsto no código civil de 1916. Veio a ser positivado no art. 138, *in fine*, do código vigente, por influência do código civil italiano, que consabidamente inspirou o autor do Anteprojeto de Parte Geral.¹¹³³ O Anteprojeto inicial previa dois requisitos ao erro invalidante: a escusabilidade e a cognoscibilidade pela outra parte. Ao longo da tramitação legislativa,

¹¹³¹ BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 125; MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102.

¹¹³² TJSP na apelação n. 0265801-26.2007.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 10.4.2012. A sociedade possuía dois sócios, cada um com 50% do capital. A pretexto de obter injeção de capital, a sócia e seu advogado convenceram o sócio vendedor a ceder 2,5% das quotas para uma holding que faria aumento de capital. Após a operação, o vendedor foi expulso da sociedade pelos agora majoritários, ocasião em que descobriu que a holding era empresa “de fachada”. O vendedor ingressou com ação pedindo a anulação do negócio por erro substancial e dolo. Embora o TJSP tenha acolhido o segundo fundamento, consignou em *obiter dictum* o que poderia ter sido fundamento para anulação por erro de fato sobre os motivos. O tribunal consignou que a “finalidade manifesta” do negócio era a obtenção de injeção de capital e a “motivação do negócio é determinante no caso”.

¹¹³³ MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de código civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54-55.

porém, a redação foi alterada, gerando discussões doutrinárias sobre se o código de 2002 adotou a invalidade por erro escusável ou por erro cognoscível.¹¹³⁴

Embora haja opiniões contrárias,¹¹³⁵ a interpretação mais correta parece-nos ser aquela que extrai do art. 138 o requisito de cognoscibilidade pela contraparte. De fato, quando o artigo se refere à pessoa de diligência normal que poderia ter percebido o erro, só pode estar falando de quem recebe a declaração. Do contrário, ter-se-ia o absurdo¹¹³⁶ de exigir-se que o próprio *errans* tivesse condições de perceber seu erro. Ou seja, o errante incauto estaria sendo premiado com a anulabilidade do negócio. Deve-se considerar, portanto, que, a partir de 2002, não é dado anular o negócio se o erro é de tal sorte que a outra parte não poderia tê-lo reconhecido.¹¹³⁷

Sobre este ponto, é preciso fazer duas observações. A primeira é se a cognoscibilidade pelo declaratório deve recair sobre qualquer erro ou apenas sobre erros essenciais, ou seja aqueles que levariam o errante a não celebrar o negócio se deles tivesse conhecimento.¹¹³⁸ O código brasileiro não regula a questão.¹¹³⁹ Ana Alvarenga Moreira

¹¹³⁴ Para o histórico da tramitação legislativa, veja-se: BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, cap. 11.1, p. 153-160.

¹¹³⁵ Veja-se, por todos, MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 154-156.

¹¹³⁶ A expressão é do próprio autor do Anteprojeto, *in*: MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de código civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116. No mesmo sentido, BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, cap. 11.1, p. 153-160; MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a constituição da república. Vol. I. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 272-273.

¹¹³⁷ Na verdade, o requisito de cognoscibilidade sempre esteve presente nas legislações, travestido de requisito de substancialidade. De posse da profunda pesquisa histórica levada a cabo por Ziletti na Itália sobre a evolução histórica do instituto, Ugo Grassi conclui que os compiladores de Justiniano limitaram os casos de erro à tradicional tripartição *error in corpore*, *error in substantia* e *error in nomine*, porque apenas nessas três situações a outra parte do negócio teria condições de dar-se conta do equívoco cometido pela vítima do erro. Daí a transposição para as legislações modernas da *fattispecie* tipificada. Ou seja, a substancialidade do erro teria sido ao longo da história um mero substitutivo ao requisito de cognoscibilidade – uma reminiscência histórica não eliminada nas legislações modernas (GRASSI, Ugo. I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 125-130). Talvez seja por isso que a doutrina italiana considera o rol de hipóteses de erro substancial do art. 1429 meramente exemplificativa, pois, a rigor, qualquer erro reconhecível gera anulabilidade (citando vasta doutrina da Itália sobre o rol meramente exemplificativo, BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 126-127). No direito brasileiro, tanto a cognoscibilidade do erro pela contraparte quanto a substancialidade são requisitos legais expressos. Se o legislador manteve ambos os requisitos, é porque quis que ambos estivessem presentes na anulação. A conjugação dos dois requisitos tem por resultado limitar os casos de anulação por erro, que foi uma das finalidades do legislador com a introdução da norma, adaptando o direito brasileiro a uma “tendência do direito moderno” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de código civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54-55).

¹¹³⁸ Segundo entendimento comum, o erro essencial é aquele que teria impedido a celebração do negócio se o errante tivesse conhecimento (STJ, REsp 744311/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.8.2010). Já o erro

Magalhães entende que no direito brasileiro a cognoscibilidade não precisa recair sobre erro essencial, bastando haver a possibilidade de o declaratório conhecer qualquer erro que seja para anular-se o negócio.¹¹⁴⁰

A melhor solução parece ser a que exige a cognoscibilidade de erro essencial do declarante. Não faria sentido exigir, no regime do erro, a cognoscibilidade de um erro que não gera anulabilidade, como o erro meramente incidental ou indiferente. A seguir por esta lógica, o declaratório teria de conhecer um erro que não é erro invalidante para gerar invalidade. Os requisitos do erro simplesmente não estariam conversando entre si. Isso não significa que não exista tutela contra o declaratório que percebe ou poderia perceber o erro incidental ou indiferente do declarante. A questão pode entrar no âmbito da responsabilidade pré-contratual por falha no dever de fornecer informações ou de esclarecer a outra parte, com as consequências jurídicas próprias àquele regime. Apenas não deve ter relevância para a anulação do contrato.

Pela mesma razão, a cognoscibilidade não se deve estender a erros não substanciais. Se o erro é quanto a elemento que não entra no rol do art. 139 do Código Civil, não há por que impor ao declaratório o ônus de se informar sobre matéria que não diz respeito à invalidade do negócio. A questão deve ser tratada no campo da responsabilidade pré-contratual e não no campo do erro.

A segunda observação é que, no direito brasileiro, não é preciso o efetivo conhecimento do erro pelo declaratório para se anular o negócio. Basta a possibilidade de o declaratório percebê-lo mediante uso de “diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”, como diz o art. 138. A norma traz uma abertura para que o *standard* de conduta exigível do declaratório para reconhecer o erro varie conforme o caso concreto.¹¹⁴¹

incidental é aquele que não impediria a celebração do negócio, mas apenas levaria o *errans* a celebrá-lo em outros termos, e o erro indiferente é aquele que não possui qualquer relevância e não afetaria o modo como o negócio foi celebrado. Essas definições podem ser encontradas em BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 114-115).

¹¹³⁹ Diferente do código civil português, que regula expressamente em seu art. 247º que a cognoscibilidade é quanto à essencialidade do erro: “Quando, em virtude do erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”.

¹¹⁴⁰ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105.

¹¹⁴¹ BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, p. 170. Iñigo de la Maza Gazmuri critica o critério abstrato de diligência adotado por alguns autores italianos, pois aí não se estaria protegendo a confiança do declaratório, mas sim a confiança do tráfico jurídico (GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 284,

Não se pode perder de vista que a norma objetiva não só a proteção de quem entra em um negócio jurídico por erro, mas principalmente a proteção da contraparte. Na verdade, pode-se inferir que a contraparte do *errans* é a figura que recebe maior proteção no instituto do erro. Isso porque se o declaratório não puder reconhecer o erro, estará protegido contra a anulação; se, porém, puder reconhecê-lo, terá faltado com o dever de alertar o *errans* para a falsa representação da realidade e não será digno de proteção, dando-se aí a invalidade do negócio. O *standard* de diligência exigido do declaratório, que é a parte protegida pelo instituto, não pode, em vista disso, ser o mesmo exigido do declarante para evitar o erro. Do declaratório deve-se exigir apenas que, em vista das circunstâncias do caso concreto, não deixe de reconhecer o erro por culpa simples. Não existe para o declaratório um dever de se informar para informar.¹¹⁴² Do contrário chegar-se-ia a uma inversão dos valores postos na norma, pois à parte protegida pela norma estaria sendo imputado dever de autoinformação maior que ao próprio *errans*.

Em alienações de participação societária, o problema da cognoscibilidade do erro coloca dificuldades adicionais. Uma sociedade possui, literalmente, infinitas características que vão desde o estado de conservação de seus estoques, até cláusulas de contratos com fornecedores e prestadores de serviço. Identificar qual dessas características é essencial para a celebração do negócio, é tarefa complexa ao declaratório. A cognoscibilidade do erro dependerá em larga medida de o próprio *errans* deixar transparecer a essencialidade de cada característica da sociedade para a celebração do contrato.¹¹⁴³

A presença de cláusula de declarações e garantias pode influir na cognoscibilidade do erro. O errante pode enganar-se quanto às afirmações feitas em declarações e garantias, que crê verdadeiras e não o são. Nesse sentido, o principal efeito da inserção da cláusula de declarações e garantias com função informativa sobre a cognoscibilidade do erro é firmar presunção relativa de conhecimento do erro por quem as presta. Quem presta declarações e

nota de rodapé n. 67).

¹¹⁴² GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 285-286. Neste ponto, Hübner anota que não há um dever genérico de informar a contraparte sobre erros cometidos por ela com base nas investigações conduzidas pelo próprio *errans*. No entanto, não se pode dizer que o risco da compra é todo do comprador. Do princípio da boa-fé pode resultar um dever de salvar a contraparte do erro quando a falsa representação da realidade for crucial para a decisão do comprador de adquirir a participação societária. Veja-se HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p 1485.

¹¹⁴³ Sublinhando a inexistência de um denominador comum quanto às características buscadas pelo comprador de participação societária em procedimentos de *due diligence* e que depende do comprador fazer o vendedor saber quais características relevam, FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 846

garantias afirma que aquelas características da sociedade-alvo são verdadeiras, não podendo depois voltar atrás em suas próprias declarações para alegar que não pôde perceber a falsidade da declaração ou que o errante incorrera em erro por nelas acreditar. Seria contraditório. Até porque, como visto, não há dever de quem recebe as declarações e garantias de não confiar na informação prestada (Parte III *supra*, n. 6.2.1.5).

Além disso, em sua função probatória, as declarações e garantias atraem a incidência do art. 219, *caput*, do Código Civil, fazendo presumir a veracidade das afirmações quanto àquele que as presta. O prestador das declarações e garantias fica virtualmente impedido de alegar a falsidade das declarações e garantias em seu favor. Quem presta uma informação falsa deve assumir as consequências negativas que possam daí advir, o que inclui a invalidação por erro. Se não tem certeza da informação, não deve prestar as declarações e garantias, *punto e basta*.¹¹⁴⁴

O bem jurídico protegido pela norma de invalidação do negócio é a livre formação da vontade.¹¹⁴⁵ Se o *errans* sabia que a informação constante das declarações e garantias era falsa, ou havia boas razões para desconfiar da veracidade, não se pode falar que a vontade formou-se irregularmente, pois não haverá falsa representação da realidade. Este será o caso, por exemplo, em que o alienante das ações ou quotas tiver fornecido a informação correta ao adquirente, mas, por decisão negocial, preferiu-se manter a declaração com uma cláusula de *sandbagging* para garantir a responsabilidade do alienante. Embora possa haver responsabilidade contratual com base na cláusula de *sandbagging*, não haverá espaço para anulação por erro.

A vinculação do prestador das declarações e garantias às afirmações que constam da referida cláusula pode ser limitada por outras disposições contratuais, como é o caso das cláusulas de melhores conhecimentos (*best knowledge qualifier*) e de relevância (*materiality qualifier*). No caso da cláusula de melhores conhecimentos, deve-se entender que quem presta as declarações e garantias assume responsabilidade pela veracidade das mesmas apenas quanto àquilo que poderia ter conhecimento mediante uso de diligência ordinária. Por consequência, a cláusula de melhores conhecimentos atua limitando a

¹¹⁴⁴ Para repetir a feliz expressão de Luca Renna, *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 188.

¹¹⁴⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 51; GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 19.

presunção de conhecimento do erro apenas quanto àquilo que se poderia saber mediante emprego de diligência ordinária. Na sua falta, é de se entender que a presunção se firma quanto a qualquer erro, independente da diligência necessária para descobri-lo. Já o qualificador de relevância firma a presunção de correspondência da declaração à realidade naquilo que lhe for essencial. Quanto a pequenas discrepâncias entre as declarações e garantias e a realidade, não se firma a presunção de conhecimento do erro por quem presta as declarações.

A presunção de ciência do erro, porém, nada diz sobre a cognoscibilidade do caráter essencial do erro. As declarações e garantias raramente têm todas o mesmo peso para o *errans*. Especialmente em operações complexas com extenso rol de declarações, as partes costumam inserir por cautela afirmações que não são determinantes para a celebração do negócio. A declaração de que a sociedade pagou uma multa de trânsito de R\$ 100 no último mês não é tão relevante quanto a detenção de autorização regulatória sem a qual não pode funcionar. Nesse ínterim, para além da presunção de conhecimento do erro, é preciso comprovar que o prestador das declarações e garantias reconheceu ou pôde reconhecer a essencialidade do erro.

A cognoscibilidade do erro essencial também se relaciona com a gravidade da falsidade da cláusula de declarações e garantias. Uma falsidade de pequena monta pode não ser essencial para o *errans*; ou, sendo essencial, pode não parecer essencial para o prestador das declarações e garantias, mesmo com emprego de diligência ordinária. Isso mais facilmente ocorrerá em aquisições onde o adquirente oculte seu verdadeiro intento: o adquirente compra o concorrente apenas para expandir a cadeia de distribuidores, quando tudo indicava que queria se apoderar das marcas detidas pela sociedade, por exemplo. Caberá ao *errans* comprovar que a violação das declarações e garantias se reveste de gravidade suficiente para que a contraparte pudesse contar que, sem aquela qualidade essencial, o negócio jamais teria se realizado.

7.6. A escusabilidade do erro

O código civil de 1916 não continha regra expressa sobre a escusabilidade do erro, mas isso não impediu a doutrina e a jurisprudência de formularem o requisito de escusabilidade. Silvio Rodrigues afirmou, na égide do código antigo, que a admissão da

anulação por erro inescusável “colidiria com o princípio de responsabilidade” do errante que age com negligência, imprudência ou imperícia em seus afazeres.¹¹⁴⁶

As controvérsias doutrinárias acentuaram-se com o advento do novo código. Ao antigo art. 86 foi adicionada a terminação “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” para formar o atual art. 138. Diante disso, três opiniões divergentes levantaram-se na doutrina posterior ao novo código sobre a escusabilidade do erro.

Uma primeira opinião defende que permanece apenas o requisito de escusabilidade no novo código, inexistindo necessidade de que o erro seja também cognoscível. Para os cultores de tal teoria, a nova formulação do art. 138 apenas concretiza o *standard* de diligência exigido do *errans* para configurar o erro escusável. Não haveria, segundo esta teoria, como confundir a inserção do requisito de escusabilidade com a cognoscibilidade do erro pela contraparte, pois, se esta toma conhecimento do erro e não busca desfazê-lo, há dolo por manter o outro figurante em erro.¹¹⁴⁷

Uma segunda opinião, amparada também na redação da norma do código, entende que a escusabilidade do erro deixou de existir como requisito do erro no direito brasileiro, sendo substituída pela cognoscibilidade. Para esta corrente, o novo código civil adotou a teoria da confiança em matéria de erro, de modo que o valor protegido não é mais a autorresponsabilidade do *errans*, mas a legítima confiança que a contraparte poderia ter na validade do negócio. Por isso, caberia falar apenas em cognoscibilidade.¹¹⁴⁸

A terceira corrente doutrinária postula que ambos os requisitos – escusabilidade e cognoscibilidade – convivem no novo código, ambos devendo ser preenchidos para ter-se o erro invalidante.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁶ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 63. No mesmo sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114-115.

¹¹⁴⁷ Veja-se, por exemplo, MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155-156; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114-115; GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19ª ed. rev. atual. e aum. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense & Gen, 2008, p. 374.

¹¹⁴⁸ Uma resenha dessa corrente pode ser vista em BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013, cap. 12.3, p. 212-213. No mesmo sentido foi também o enunciado n. 12 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “*Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança*”.

¹¹⁴⁹ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5ª ed. rev., atual, e aum. de acordo com o novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, cap. XV, n. 4; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena;

A opinião mais correta parece ser a que congrega ambos os requisitos, de modo que o erro só venha a gerar invalidade do negócio quando for cognoscível e escusável. A cognoscibilidade do erro foi uma das diretrizes que inspiraram o novo código civil desde seu anteprojeto, ainda que a tortuosa tramitação legislativa do anteprojeto tenha prejudicado a clareza do dispositivo.¹¹⁵⁰ Já a escusabilidade do erro sempre foi acatada no direito brasileiro mesmo antes do código de 2002, quando não havia disposição expressa neste sentido, não sendo mais que uma manifestação do princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual a parte deve ser diligente e procurar a informação que precisa para formar seu consentimento.¹¹⁵¹ Nesta senda, a jurisprudência posterior ao novo código civil segue exigindo o requisito de escusabilidade.¹¹⁵²

A maior dificuldade reside, porém, em definir o *standard* de diligência exigido do declarante para ser o erro escusável. A resposta à pergunta sobre o que torna escusável o erro em alienação de participação societária depende das especificidades da operação.

A realização de uma *due diligence* em alienações de participação societária já é considerada um uso do tráfico, ao menos em operações envolvendo empresas de médio e grande porte (Parte II *supra*, n. 6.4.3).¹¹⁵³ Esse procedimento parece recomendável, principalmente se considerado que o alienante não sabe de antemão quais informações são relevantes para o adquirente, como sublinham Fleischer e Körber.¹¹⁵⁴ Se o adquirente deixa de fazer uma *due diligence*, não terá agido com a diligência ordinária que se espera nesse tipo de negócio, obstaculizando a anulação por erro.

Diferentemente ocorre em operações de pequeno porte. Aqui, além de não existir um uso consolidado de conduzir uma *due diligence*, pode ser desinteressante às partes realizar longos processos de auditoria para evitar custos. Todavia, não se pode negar que

MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a constituição da república. Vol. I. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 272-273.

¹¹⁵⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de código civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54-55.

¹¹⁵¹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 247-249; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 539.

¹¹⁵² STJ, REsp 744311/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.8.2010.

¹¹⁵³ Holger Fleischer e Torsten Körber, por exemplo, aceitam a construção de um uso do tráfico neste sentido, mas apontam que o procedimento pressupõe que o vendedor saiba de antemão o tipo de informação desejada pelo comprador, o que, dadas as peculiaridades de cada operação não poderia ser trazido a um núcleo comum (Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 846).

¹¹⁵⁴ FLEISCHER, Holger; Körber, Torsten. Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 846.

mesmo aqui pende sobre o *errans* dever de agir diligentemente para com seus próprios interesses.

A ampla maioria das decisões proferidas por tribunais estaduais sobre a matéria costuma negar a anulação de alienações de participação com fundamento (i) na falta de diligência do adquirente em obter informações da sociedade adquirida e (ii) no conhecimento prévio da situação do patrimônio social pelo adquirente (inclusive por declaração em contrato de que possuía as informações).¹¹⁵⁵ Em um caso de aquisição de posto de gasolina chegou-se a não considerar erro invalidante o desconhecimento de proibição legal de comercializar gás natural na região, pois seria exercício de ordinária diligência verificar a legislação antes de fechar o negócio.¹¹⁵⁶

A posição dos tribunais parece excessivamente rígida por serem transações de menor porte. É preciso considerar as peculiaridades deste tipo de operação, tradicionalmente marcado pela informalidade e atecnia da análise de informações pelas partes. O dever de diligência do *errans* pode-se considerar cumprido mesmo com uma análise mais superficial.

Iñigo de la Maza Gazmuri entende que a escusabilidade do erro deve ser tratada como um “*elemento complexo que condensa as regras de apreciação de condutas e circunstâncias pessoais na valoração do erro*”.¹¹⁵⁷ Ao mesmo tempo, a proteção da liberdade contratual está limitada pelo princípio de autorresponsabilidade e da segurança jurídica das relações negociais.¹¹⁵⁸ A diligência do *errans* deve, então, ser tratada como a resultante dos vetores de proteção da confiança e da autorresponsabilidade. Quanto maior for a participação da parte que não sofre erro na representação equivocada da realidade,

¹¹⁵⁵ TJSP, apelação n. 9112921-80.1999.8.26.0000, Rel. Des. Jacobina Rabello, j. 9.5.2002; TJSP, apelação n. 9098263-17.2000.8.26.0000, Rel. Des. Magno Araújo, j. 11.5.2006; TJSP, apelação n. 9093373-40.1997.8.26.0000, Rel. Des. Cunha Cintra, j. 5.2.1999 (ressaltando o fato de o demandante já ser sócio de 1/3 do capital); TJSP, n. 994.03.101754-7, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.4.2010; TJSP apelação n. 1008341-73.2014.8.26.0562, Rel. Des. Pereira Calças, j. 30.9.2015 (ressaltando o dever do empresário de se informar); TJSP, 9084320-30.2000.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Maria, j. 25.4.2006 (ressaltando o fato de o demandante já conhecer a sociedade antes de comprar as quotas); TJSP, apelação n. 9166110-60.2005.8.26.0000, Rel. Desa. Cristina Zucchi, j. 14.2.2007 (sublinhando que o adquirente já havia trabalhado na sociedade); TJSP, apelação n. 0100281-14.2007.8.26.0003, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 14.4.2015 (negando erro do alienante que vendeu quotas por achar que não poderia ser o único administrador da sociedade); TJPR, apelação n. 481728-9, Rel. Des. Ruy Francisco Thomaz, j. 8.7.2008; TJSC, apelação n. 2013.033641-7, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 20.3.2014.

¹¹⁵⁶ TJSP, apelação n. 0341976-02.2009.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 5.9.2012.

¹¹⁵⁷ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 309.

¹¹⁵⁸ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 309.

tanto menor ou mesmo nula será a exigibilidade de o *errans* obter a informação por seus próprios esforços. Contrariamente, quanto menor a confiança que o *errans* poderia legitimamente depositar na contraparte para receber sua informação, maior será a necessidade de agir com diligência para evitar a falsa representação da realidade. O importante aqui é, portanto, comparar as condutas de ambos os lados.¹¹⁵⁹ Esse método pode dar melhor conta da complexidade de uma transação envolvendo alienação de participações societárias. A fim de evitar repetições, remetemos para a Parte II *supra*, n. 6.2.1, a respeito do ônus do *errans* de se autoinformar.

Cabe agora avaliar o impacto da cláusula de declarações e garantias sobre o requisito de escusabilidade do erro. O efeito precípua deste tipo de cláusula é deslocar o ônus de autoinformação para quem presta as declarações e garantias. Na prática, o *errans* vale-se da pretensão de veracidade da afirmação para evitar despender tempo e dinheiro em longas análises de documentos. Cria-se a ficção de que o *errans* adotou a diligência necessária para evitar o erro fazendo a outra parte prestar as declarações e garantias. É como se, em vez de ir atrás da fonte da informação, o *errans* obtivesse um atalho para conseguir a mesma informação e cumprir com o ônus de autorresponsabilidade.¹¹⁶⁰

Em vista desse deslocamento do ônus de autoinformação, seria a *due diligence* desnecessária quando houver um rol suficientemente extenso de declarações e garantias de modo a cobrir todas as características da sociedade capazes de gerar erro? A resposta é em princípio afirmativa, porém deve ser tomada *cum grano salis*. Em primeiro lugar, o deslocamento do ônus de autoinformação diz respeito apenas ao requisito de escusabilidade da anulação por erro, não se espraiando para outros regimes jurídicos. Em segundo lugar, as declarações e garantias não tornam desnecessária a prova da essencialidade do erro, que permanece a cargo de quem errou. Se a falsidade da declaração é tal que não fosse alterar o negócio, anulação não há, por mais que se considere cumprido o dever do *errans* de se informar. Em terceiro lugar, as informações fornecidas por meio de declarações e garantias dispensam o errante de buscar apenas as informações que foram ali declaradas, mas não o exonera de buscar outras informações que necessite para formar seu consentimento e que estejam na esfera de informações pelas quais ele é responsável. Em

¹¹⁵⁹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 310-312.

¹¹⁶⁰ No dizer de Mousseron, o conteúdo das declarações permite melhor apreciar o caráter oculto de certas informações, facilitando uma eventual ação por erro ou dolo (MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 281).

quarto lugar, se o *errans* teve ciência da falsidade das declarações e garantias antes de celebrar o contrato, nem mesmo uma cláusula de *sandbagging* poderá lhe garantir o remédio anulatório, pois não existe falsa representação de realidade.

7.7. Restituição das partes ao *statu quo ante* e indenização do interesse negativo

A consequência da anulação do negócio jurídico por erro é a desconstituição dos seus efeitos *ex tunc*, com a restituição das partes ao *statu quo ante*. Se for impossível a restauração ao estado anterior, a lei prescreve a indenização pelo equivalente (CC, art. 182).

Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho afirmam que o fator tempo tem enorme peso nas relações empresariais, porque envolvem interesses de terceiros e o encadeamento de vários atos. Disciplina que tenha por efeito a reversão de atos envolvendo a empresa deve ter a garantia de aplicação rápida para preservar os interesses das partes, da própria empresa e da segurança jurídica. Assim, concluem que a disciplina de vícios redibitórios seria adequada porque seus prazos decadenciais são exíguos e garantem a rápida estabilização da operação.¹¹⁶¹

Embora a solução proposta por Calixto Salomão Filho e Fabio Comparato seja de se louvar pela segurança jurídica, não vemos razão para negar-se a anulabilidade por erro, ainda que o prazo decadencial seja mais extenso, de 4 anos (CC, art. 178, inc, II). Em toda anulação de negócio jurídico haverá uma tensão entre proteção da livre declaração de vontade das partes e segurança do tráfico. Essa ponderação de valores já foi feita pelo legislador, chegando-se a um justo meio-termo no prazo decadencial de 4 anos.

Questão mais complexa será a forma de efetivação da restituição das partes ao *statu quo ante*. A mera devolução das ações ou quotas contra devolução do preço (ou de outra contraprestação feita pelo adquirente) pode não ser suficiente. No lapso de tempo que medeia entre a celebração do negócio e a descoberta do erro, assim como na pendência da ação de anulação, o adquirente certamente implementará medidas na organização empresarial que modificarão sua estrutura. Isso decorre da própria natureza da empresa, organismo vivo que tem alterados diariamente seus estoques, quadro de funcionários, estado de máquinas e móveis *etc.* Será virtualmente impossível ao adquirente devolver ao

¹¹⁶¹ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 242.

alienante ações ou quotas da mesmíssima sociedade. As qualidades essenciais prometidas em contrato pelo alienante fatalmente terão se alterado nesse meio-tempo.

Essa justa constatação não deve, porém, obstar a anulação do negócio. É preciso distinguir a desconstituição do negócio e o retorno das partes ao estado anterior, que é efeito da desconstituição. Como diz Pontes de Miranda, não se pode tratar a possibilidade de reconstituir o estado anterior como requisito da anulação, pois “*a eficácia constitutiva negativa é a força mesma da sentença; o restabelecimento [do estado anterior] é posterius*”.¹¹⁶²

Desta forma, quando for impossível restituir à parte uma participação societária referente a empresa com as mesmas características com que foi entregue ao adquirente, a questão pode resolver-se em indenização, como dispõe o próprio art. 182 do código. Quando a restituição é possível, embora com alterações das características das ações ou quotas, eventuais prejuízos também podem ser compensados via indenização. Caberá à parte que deu causa à anulação suportar o risco de receber a participação com características modificadas. No caso do erro, o causador será sempre a parte que não é vítima do mesmo, pois o *errans* só logrará êxito em sua pretensão anulatória se o erro for escusável e cognoscível pela outra parte. A ausência de culpa do *errans* já está no próprio suporte fático da norma. A causalidade do erro, porém, é toda jogada para o outro contratante, que poderia ter reconhecido o erro e não o fez. A este último caberá suportar o risco de modificação das características da participação societária. Sobre a restituição das partes ao estado anterior em alienação de participação societária, remetemos à Parte II *supra*, capítulo 5.3.3.

Evandro Fernandes de Pontes entende que a desconstituição do negócio não seria o único remédio cabível na anulação por erro. Para o autor, as partes podem definir em contrato outros remédios cabíveis, como ajuste de preço e indenização definidos em contrato.¹¹⁶³ Aqui o autor parece ter se equivocado. O bem jurídico tutelado pelo regime de invalidades é a livre formação da vontade. O único remédio possível é aquele que coloca a parte no estado em que estaria se a vontade não se tivesse formado com vício, ou seja, se não tivesse sido celebrado o negócio. Essa é uma consequência necessária do erro

¹¹⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 361.

¹¹⁶³ PONTES, Evandro Fernandes de. Representations & warranties no direito brasileiro. São Paulo: Almedina, 2014, p. 123-124.

essencial: não faria sentido exigir que o erro seja tal que sem ele o negócio não se tivesse celebrado, se a consequência jurídica pudesse ser outra que não a sua desconstituição. As consequências jurídicas definidas em contrato, como ajuste de preço e indenização, não dizem respeito ao regime do erro, mas sim à responsabilidade contratual. Logo, a parte que embasar sua pretensão na invalidade do negócio por erro somente poderá pedir os remédios especificamente previstos na lei: a anulação e restituição ao *statu quo ante* – inclusive porque conclusão diversa seria contrária à tipicidade e taxatividade do regime de invalidades.¹¹⁶⁴

Por fim, a anulação do negócio por erro não prejudica o pedido de indenização do interesse negativo pela parte prejudicada por ter confiado nas informações incorretas que recebeu sobre o negócio ou pela falta de informações.¹¹⁶⁵ A responsabilidade pré-contratual por falha no dever de informar acopla-se à invalidade do negócio jurídico para tutelar a parte prejudicada pelo erro. Com efeito, a anulação por erro ou dolo não é senão um caso especial dentro da regulamentação da *culpa in contrahendo*.¹¹⁶⁶ Ou seja, embora as invalidades se insiram no contexto maior da responsabilidade pré-contratual, possuem peculiaridades que justificam a diferença de regime no que toca à anulação. Assim, a anulação por erro ou dolo não excluiria as demais consequências próprias da responsabilidade pré-contratual, como indenização do interesse negativo.¹¹⁶⁷ Sobre a indenização do interesse negativo em alienações de participação societária, veja-se a Parte II *supra*, n. 6.5.2.

¹¹⁶⁴ D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. *in*: pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Catanzaro, vol. 34. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 18-22.

¹¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 360.

¹¹⁶⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 175. A autora cita também, na mesma página, ser este o entendimento de Hans-Christoph Grigoleit, *in*: Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, *in* SCHULZE, Reiner; SCHULTE-NÖLKE, Hans (dirs.) Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 269 a 94.

¹¹⁶⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 175.

8. Declarações e garantias e dolo

8.1. Proposição

O regime do dolo no direito brasileiro deve comportar a anulação do negócio em que se alienam participações societárias, pois não há impedimento à anulação por dolo sobre os motivos, mesmo se não expressos como razão determinante. Assim, a situação do patrimônio e das atividades da sociedade pode ser considerada relevante para fins de anulação.

No escopo desta exposição, consideram-se quatro os requisitos do dolo no direito brasileiro: indução do outro contratante em erro, *animus decipiendi*, essencialidade do dolo e escusabilidade do erro cometido pelo *deceptus*. Embora a cláusula de declarações e garantias não seja absolutamente necessária para ter-se o dolo, ela pode auxiliar o intérprete a identificar os seus elementos e constituir importante elemento de prova. Tal como no regime do erro, não são as declarações e garantias que criam o regime do dolo, mas apenas auxiliam sua identificação enquanto no desempenho de funções informativa e probatória.

8.2. Aplicabilidade do dolo à alienação de participação societária

O dolo é o artifício ou manobra empregue para induzir o outro contratante em erro quanto a algo que influa na sua vontade de celebrar o negócio jurídico.¹¹⁶⁸ A anulação da cessão de participação societária por dolo também é tranquilamente aceita no direito brasileiro pelos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.¹¹⁶⁹

Fabio Comparato e Calixto Salomão Filho justificam a aplicabilidade do dolo nos negócios de alienação de participação societária pela sua concepção de que os bens sociais são objeto imediato do negócio envolvendo cessão do controle empresarial. Assim, poderia ser o caso de dolo por equivocada apreensão da situação patrimonial da sociedade, porque

¹¹⁶⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 121; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.

¹¹⁶⁹ Aceitam-na BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 336-337; PONTES, Evandro Fernandes de. representations & warranties no direito brasileiro, São Paulo: Almedina, 2014, p. 123; PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Alienação do poder de controle societário. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 91; COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 253-254.

o patrimônio social é o próprio objeto do negócio.¹¹⁷⁰ Calixto Salomão Filho acrescenta que apenas o dolo quanto a “elementos essenciais” poderia levar à anulação do negócio. Por isso, ter-se-ia de analisar a cada caso qual seria o interesse concreto do adquirente na operação para avaliar quando há invalidade.¹¹⁷¹

Já Evandro Fernandes de Pontes, aceitando que o controle em si possa ser objeto do negócio de cessão de participação societária,¹¹⁷² parece admitir a anulabilidade por dolo apenas como consequência da inserção de cláusulas enunciativas no contrato de alienação de participação societária.¹¹⁷³

Já Gabriel Buschienlli acertadamente entende que a anulação do negócio restaria facilitada no dolo, pois o instituto incide não só sobre as qualidades essenciais, mas também sobre os motivos do negócio, tutelando assim as qualidades não-essenciais da sociedade, como seus elementos patrimoniais e sua atividade.¹¹⁷⁴

Enquanto na anulação por erro vige o princípio da irrelevância dos motivos, o dolo pode incidir sobre os motivos que levam o *deceptus* a contratar. É por isso que a indução do *deceptus* em falsa representação da situação dos elementos ativos e passivos da sociedade pode levar à invalidade do negócio.¹¹⁷⁵ O campo de incidência do dolo na conclusão do negócio jurídico é mais amplo que o do erro. O dolo pode incidir sobre elementos não substanciais ou mesmo sobre os motivos, não estando limitado aos casos arrolados no art. 139 do Código Civil.¹¹⁷⁶ Na verdade, o dolo age sempre sobre os motivos

¹¹⁷⁰ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 253-254.

¹¹⁷¹ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 254, nota de texto n. 56.

¹¹⁷² PONTES, Evandro Fernandes de. representations & warranties no direito brasileiro. São Paulo: Almedina, 2014, p. 27-28.

¹¹⁷³ PONTES, Evandro Fernandes de. representations & warranties no direito brasileiro. São Paulo: Almedina, 2014, p. 123.

¹¹⁷⁴ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 336-337.

¹¹⁷⁵ Nesse sentido, estão com a razão BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 336-337, para quem o regime do dolo tem aptidão a tutelar o erro nos motivos. Já Guilherme Döring Cunha Pereira, embora não fale expressamente de tutela do dolo sobre os motivos, parece com isso concordar, pois defende que basta a prova da indução em erro para anular-se o negócio por dolo (PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Alienação do poder de controle societário. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 91).

¹¹⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 447-448; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 122; RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p.131-133. Contra: FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. Do dolo. in: NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan (coords.) Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 517-518, para quem o dolo deve fixar-se

do negócio,¹¹⁷⁷ daí a necessidade de tratá-lo como defeito autônomo do negócio jurídico.¹¹⁷⁸

O *deceptor* não pode escudar-se no suposto desconhecimento do motivo que impulsionou a realização do negócio. Por isso não há necessidade de que o motivo seja expresso como razão determinante do negócio. Basta que a indução a erro determine o consentimento para perfectibilizar-se o dolo invalidante.¹¹⁷⁹

Assim foi que o Tribunal de Justiça de São Paulo¹¹⁸⁰ anulou por dolo um contrato com base em mero engano quanto ao valor das quotas. A viúva vendera as quotas por valor inferior ao que valiam, pois os sócios do falecido marido a fizeram acreditar que a sociedade valia menos, tirando da avaliação da sociedade os lucros acumulados, intangíveis, maquinário e outros itens. O tribunal corretamente censurou a manobra dos compradores e anulou o negócio por dolo essencial, retornando as quotas à viúva.

Deve-se concordar com Evandro Fernandes de Pontes que a presença de declarações e garantias tem o condão de auxiliar o intérprete a identificar a indução a erro sobre o motivo que caracteriza dolo. Mas a cláusula de declarações e garantias definitivamente não é imprescindível para anular-se o negócio de alienação de participação societária por dolo.¹¹⁸¹ A tutela do dolo é mais ampla que a do erro. Apenas no erro é necessário elevar os motivos ao conteúdo do negócio para se o anular. Mas nada impede que haja dolo sobre um motivo inserido no conteúdo do negócio jurídico (*princípio da inseribilidade dos motivos*).¹¹⁸² Nesse caso, o mesmo motivo inserido no conteúdo do negócio pode dar azo tanto ao erro quanto ao dolo, se houver indução maliciosa a erro.

no objeto do contrato.

¹¹⁷⁷ “*Verdade que essas manobras atuarão sempre sobre os motivos do ato*” (RODRIGUES, Silvío. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 133). Com o mesmo posicionamento, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 448.

¹¹⁷⁸ RODRIGUES, Silvío. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 131. O entendimento também é seguido por Pontes de Miranda, *in*: Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 448.

¹¹⁷⁹ RODRIGUES, Silvío. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 132-133.

¹¹⁸⁰ TJSP, apelação n. 0018750-35.2009.8.26.0099, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 6.4.2016.

¹¹⁸¹ Evandro Pontes (Representations & warranties no direito brasileiro. São Paulo: Almedina, 2014, p. 123) não é absolutamente claro nesse aspecto. Seu posicionamento pode ser interpretado no sentido indicado no texto (declarações e garantias como indicativo de dolo sobre os motivos) como também no sentido de que apenas na presença de cláusulas enunciativas poderia falar-se em dolo por defeitos sobre o patrimônio social. Neste último caso, ter-se-ia de discordar do autor.

¹¹⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Geral. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.

8.3. A conduta dolosa

São três os requisitos do dolo no direito brasileiro. O dolo deve (i) estar apoiado no uso de um artifício pelo *deceptor* para induzir a contraparte em erro; (ii) conjugar o *animus decipiendi* do enganador; e (iii) ser essencial.¹¹⁸³

O comportamento objetivo que configura dolo invalidante (também dito o elemento material ou elemento objetivo do dolo) pode ser agrupado nas mesmas três *fattispecies* classificadas pela doutrina estrangeira. São elas: (a) o emprego de manobras e artifícios para induzir a erro, (b) a prestação de mentiras ou informações falsas, ou ainda (c) a omissão dolosa ou silêncio do *deceptor*.¹¹⁸⁴

A primeira das três *fattispecies* é a manobra astuciosa empregue com o intuito de induzir a erro (*macchinatio*). Não importam os meios utilizados pelo *deceptor*, o que interessa à regra é que da astúcia resulte erro para o outro contratante.¹¹⁸⁵ Está presente, por exemplo, na ocultação da situação real da sociedade cujas quotas ou ações são objeto de alienação.¹¹⁸⁶ Figure-se o caso em que, durante inspeção do adquirente na fábrica da sociedade, o alienante esconda estoques vencidos.

Mentiras e afirmações falsas também podem configurar dolo – e serão o caso mais comum em se tratando de alienação de participação societária. No caso *Veja Veículos*,¹¹⁸⁷ o Tribunal de Justiça de São Paulo anulou por dolo a compra e venda de quotas de uma empresa revendedora de automóveis por prestação de afirmações falsas. O vendedor anexara um relatório de todos os veículos em estoque na loja totalmente quitados, entre os quais se incluía um veículo Astra, prevendo no contrato uma cláusula sintética em que se dispunha a irresponsabilidade do vendedor pelos débitos da sociedade após a retirada.

163-164.

¹¹⁸³ Poderiam adicionar-se outros requisitos como a gravidade do dolo e a ausência de dolo recíproco, como faz Silvio Rodrigues, por exemplo (Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 140). A gravidade do dolo, porém, entra no requisito objetivo que será analisado no texto, e a ausência de dolo recíproco é mais uma exceção à regra do que propriamente um requisito, razão pela qual foge ao escopo deste trabalho.

¹¹⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 185. Com classificação semelhante, MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172.

¹¹⁸⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 185; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172. No mesmo sentido, Pontes de Miranda entende que pode configurar dolo a mera ocultação de um defeito (Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 443).

¹¹⁸⁶ O exemplo é dado por Antônio Junqueira de Azevedo (*in*: Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 186).

¹¹⁸⁷ TJSP, apelação n. 0009169-58.2008.8.26.0510, Rel. Des. Miguel Brandi, j. 11.9.2013.

Ocorre que o veículo Astra não estava integralmente quitado junto à fabricante, e o comprador teve de quitá-lo após tomar posse da empresa. O comprador então deduziu do preço de compra o valor usado para quitar o veículo e depositou em juízo o restante, alegando dolo. Embora as decisões de primeira e segunda instâncias não digam expressamente tratar-se *in casu* de dolo accidental, confirmou-se que o vendedor sabia que o veículo estava pendente de quitação e, a despeito disso, incluiu-o como veículo quitado no anexo do contrato, o que foi qualificado como dolo para dar procedência à consignação.

Pontes de Miranda aponta como pressuposto do dolo que o fato seja suscetível de comunicação de conhecimento, não bastando ao preenchimento deste requisito as comunicações de meras expectativas ou de fatos futuros.¹¹⁸⁸ Uma previsão de incremento nas vendas ou na rentabilidade da sociedade após a venda, por exemplo, não dá azo a dolo.

Segundo Pontes de Miranda, se a afirmação falsa é prestada com crença na sua veracidade ou com indiferença quanto à veracidade, não se perfaz o dolo.¹¹⁸⁹ Neste ponto, temos de discordar do mestre. Aquele que faz afirmação sem se preocupar com a sua veracidade assume o risco da indução a erro e deve suportar a invalidação do negócio. Do contrário, o contratante teria carta branca para fazer todo tipo de afirmações desde que não se importasse com sua correspondência à realidade, pois, no máximo, ocorreria erro, que provavelmente não invalidaria o negócio por tratar-se de erro nos motivos.¹¹⁹⁰

O dolo por prestação de afirmações falsas é de suma importância para a compreensão da cláusula de declarações e garantias. A aposição de cláusula com este conteúdo em um negócio jurídico traz consigo a virtual impossibilidade de o *deceptor* alegar que desconhecia a falsidade da informação, pois a todo contratante incumbe o dever de prestar informações com veracidade, não sendo de exigir da contraparte que suspeite da veracidade das afirmações ali contidas. Não seria compatível com o dever de prestar informações corretas e verídicas permitir que o contratante que presta as declarações e garantias alegasse desconhecimento de sua falsidade.

¹¹⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 449.

¹¹⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 449.

¹¹⁹⁰ Porém não se deve chegar ao extremo a que chega Hübner, para quem qualquer falta de informação ou informação enganosa configura atuação dolosa do vendedor, quando a informação se refere a um ponto essencial para o negócio (HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadenersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1487).

As declarações e garantias podem formalizar a informação que é prestada pelo *deceptor* para induzir a outra parte a contratar. Neste sentido, sua falsidade acaba auxiliando na identificação do dolo.¹¹⁹¹ Quando as declarações e garantias assumem natureza jurídica de obrigação de garantia ou obrigação de dar, isso não apaga o fato de que existiu, antes do contrato, a prestação de uma informação falsa. Se apagasse, a presença de declarações e garantias seria irreconciliável com a anulação por dolo. Logo, mesmo na presença de cláusula de declarações e garantias é possível haver concorrência de regimes com o dolo.¹¹⁹²

Tal como referimos quando falamos do erro (Parte II *supra*, n. 7.5), também para fins de dolo a presunção de conhecimento da falsidade das declarações e garantias pode ser limitada por um *best knowledge qualifier* (veracidade restrita àquilo que podia ser conhecido mediante uso de diligência ordinária) ou por um *materiality qualifier* (veracidade quanto aos aspectos relevantes, excluídas pequenas discrepâncias).

O dolo no formato de manobras, artifícios e informações falsas é o dolo por ação, também chamado dolo positivo. Mas o dolo também pode consistir em uma omissão ou silêncio do *deceptor*. Chama-se dolo por omissão ou dolo negativo,¹¹⁹³ regulado expressamente no art. 147 do Código Civil. No mais das vezes, o dolo por omissão será o mero perceber o erro da contraparte e guardar silêncio com o objetivo de mantê-la nessa situação.¹¹⁹⁴

Mas é preciso bem compreender a omissão capaz de constituir dolo. Não há um dever genérico de informar a outra parte na fase pré-contratual. Mas pode nascer do contrato ou da boa-fé objetiva dever de informar ou esclarecer. Se, a despeito do dever de

¹¹⁹¹ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 238.

¹¹⁹² BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 142.

¹¹⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 186; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 450-451. Classificação semelhante é adotada por Judith Martins-Costa, que inclui as duas primeiras fattispecies no dolo por conduta ativa e, a última, no dolo por omissão (MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos tribunais*, vol. 923, set./2012, p. 128 e 130). A autora ressalta ainda que não há diferença de eficácia entre o dolo comissivo e omissivo, podendo mesmo haver combinação entre ambos (p. 127).

¹¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 443; DANET, Didier. Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices? *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992, p. 346.

informar, o *deceptor* se mantém inerte, está preenchido o requisito objetivo consistente na conduta dolosa.¹¹⁹⁵ Com Antônio Junqueira de Azevedo, pode-se dizer que “*a verdadeira reticência (...) somente existe quando há dever de informar*”.¹¹⁹⁶ Inexistindo dever de informar, não incide o art. 140. O dever de informar, porém, não é tão amplo a ponto de obrigar uma parte a fornecer toda e qualquer informação à outra, por mais ínfima ou irrelevante que seja.¹¹⁹⁷

Em alienações de participação societária, como já se observou, o dever de informar é conformado pelas especificidades concretas da relação de cooperação que vier a se estabelecer entre as partes na fase de tratativas. Dependerá de o adquirente deixar transparecer o arcabouço de informações que considera úteis para formar seu convencimento, assim como também lhe caberá deixar claro em quais informações está confiando para dar seu consentimento ao negócio. Ao alienante, por outro lado, caberá revelar todos os dados que, diante das particularidades do caso, é de se esperar que possam influenciar a decisão negocial do adquirente.

E aqui é preciso diferenciar o dolo por omissão do erro cognoscível. O dolo por omissão refere-se a descumprimento de obrigação de informar; a cognoscibilidade do erro é quanto ao próprio erro cometido pelo *errans*. Para que surja o dolo por omissão não é necessário que a outra parte tenha incorrido em erro, pois o dolo é o que vai induzi-la a tanto. Já a cognoscibilidade prevista no art. 138 do código pressupõe que a vítima do erro já tenha cometido o erro e a contraparte, que nota ou podia notar o erro, nada faz para sanar

¹¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 447 e 451.

¹¹⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 187. No mesmo sentido entende Judith Martins-Costa: “[a]dmite-se que a omissão caracteriza o dolo quando o dever de esclarecimento integrar ‘a natureza mesma do contrato’, derivar da sua função, segundo o que normalmente acontece - ou quando existir o dever (legal ou derivado dos usos, ou das circunstâncias) de enunciar determinadas informações, ocorrendo omissão justamente para enganar a contraparte, fazendo-a contratar o que não queria, ou como não quereria se tivesse acesso à informação correta” (MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. Revista dos tribunais, vol. 923, set./2012, p. 130-131). Igualmente entendem: Contra: CARVALHO SANTOS, Jorge M. de. Código civil brasileiro interpretado. Vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 343-344; MOUSSERON, Pierre. L’obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, item I.A.1.b.

¹¹⁹⁷ “O dolo pode consistir em omissão ou em aproveitamento do erro de outrem, mas daí não se pode tirar que haja dever geral de se miudearem todas as qualidades do objeto. Para que a omissão possa ser dolosa é preciso que haja dever de falar ou esclarecer, e tal dever - que, assim referido, seria vago - há de resultar do uso do tráfico, inclusive dos princípios de boa-fé, que impõem dever de falar a verdade; mas, por certo, sem existir direito ilimitado à verdade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 447).

o equívoco ou não o percebe. Espécies bem distintas, portanto. É claro que o dolo por omissão pode consistir em perceber o erro da contraparte e manter-se silente.¹¹⁹⁸ Mas para tanto é necessária a concorrência de outros requisitos que não necessariamente verificam-se em todos os casos de inércia da parte em salvar o *errans* do erro.

8.4. O *animus decipiendi*

O *animus decipiendi* é a intenção subjetiva de enganar. Pode consistir na vontade de enganar a contraparte ou na simples consciência de estar enganando.¹¹⁹⁹ Não age com dolo quem engana sem saber que está a enganar, ou quem tenta enganar sem o conseguir,¹²⁰⁰ ou ainda quem faz declarações falsas acreditando na veracidade de tais afirmações.¹²⁰¹ Exige-se, portanto, o *animus decipiendi* para que se perfectibilize o dolo.¹²⁰²

Não é necessário que o *deceptor* induza a contraparte a erro com a finalidade de prejudicá-la (*animus nocendi*)¹²⁰³ ou de obter lucro para si (*animus lucrandi*).¹²⁰⁴ Parece-nos que a intenção de causar prejuízo ao outro contratante ou de obter benefício para si não integra o escopo de aplicação da norma, pois, como diz Eva Sónia Moreira da Silva, a finalidade da lei é a proteção da liberdade de decisão¹²⁰⁵ – não o patrimônio do enganado.

¹¹⁹⁸ Inclusive esta é a razão pela qual determinados autores rechaçam o requisito de cognoscibilidade do erro. Entendem eles que o erro percebido e não sanado configura dolo omissivo. Veja-se, por todos, MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 156.

¹¹⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 185.

¹²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446.

¹²⁰¹ Como no exemplo citado por Antônio Junqueira de Azevedo do príncipe francês que, crendo ser descendente de Luis XVI, convenceu uma senhora monarquista a lhe conceder empréstimo (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 185).

¹²⁰² BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 123 (citando Messineo); MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169.

¹²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 188; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 173.

¹²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 450. Embora com isto não concorde Antônio Junqueira de Azevedo, que exige o *animus lucrandi* como requisito do dolo (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 187-188).

¹²⁰⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os

Discussão tem sido travada sobre a indução negligente (não dolosa) em erro. Deveria a *fattispecie* recair na regulação do dolo, no erro ou na responsabilidade pré-contratual? Em monografia dedicada especificamente ao assunto em Portugal, Eva Sónia Moreira da Silva defende a possibilidade de disciplinar a questão no regime do dolo. A questão se coloca, porque a indução dolosa a erro sobre os motivos gera anulabilidade, mas o mero erro sobre os motivos não dá azo à anulabilidade, o que parece deixar de fora do regime de invalidades a hipótese em que o erro sobre os motivos tenha sido induzido por simples negligência do *deceptor*. Por outro lado, a doutrina da *culpa in contrahendo* poderia abarcar a prestação negligente de informação falsa na fase pré-contratual, mas é discutível se poderia gerar eficácia desvinculatória do contrato, pois, em regra, apenas dá lugar a obrigações de indenizar.¹²⁰⁶ Ao fim, a autora afasta a aplicação do erro, porque este apenas se admite dentro de uma tipologia fechada que não comporta o erro sobre os motivos,¹²⁰⁷ e propõe uma interpretação extensiva do conceito de dolo para abranger também a negligência consciente daquele que induz a erro.¹²⁰⁸

Apesar da respeitável opinião da autora, não compartilhamos do mesmo entendimento no direito brasileiro. Os vícios de vontade são um catálogo fechado e típico, cujo alargamento põe em risco a segurança do tráfico e a certeza sobre a existência de fatos jurídicos.¹²⁰⁹ O erro sobre os motivos só deixa de ser irrelevante quando deixa de haver razão para a proteção da confiança do outro figurante do negócio. Na valoração do legislador, isso ocorre quando o motivo é expresso como razão determinante do negócio (art. 140) ou quando o figurante induz a outra parte ao erro maliciosamente (art. 145), pois aí pode-se perceber o erro e cai por terra a (legítima) confiança na existência do negócio.¹²¹⁰ Fora dessas hipóteses não há falar-se em anulação.

vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 51. No mesmo sentido, GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 19.

¹²⁰⁶ Veja-se SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010., p. 13-17.

¹²⁰⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 275-276.

¹²⁰⁸ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 342-343.

¹²⁰⁹ Sobre a tipicidade e taxatividade das normas de invalidade, veja-se D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. *in*: pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Catanzaro, vol. 34. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 18-22.

¹²¹⁰ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 131-132.

A posição de Eva Sónia Moreira da Silva apoia-se na ideia de que as regras de comportamento ditadas para as partes na fase de tratativas, sobretudo pelo princípio da boa-fé, podem interferir nas regras de validade do negócio. Afinal, os deveres de informação na fase pré-contratual visam à proteção da liberdade negocial informada tanto quanto as normas de validade.¹²¹¹ Embora concorde-se que o bem jurídico tutelado é o mesmo, não parece correto dizer que a forma de tutela seja a mesma.

O dever pré-contratual de informação decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva presente no art. 422 do Código Civil e é em torno da boa-fé que se constroem as sanções à falha no dever de prestar informação. A violação a deveres emanados da boa-fé não tem *ipso jure* eficácia invalidante, pois “o princípio da boa-fé não age diretamente no plano da validade” (salvo o art. 51, inc. IV CDC).¹²¹² E é este resultado que se produziria se toda violação negligente ao dever de informar pudesse ser subsumida ao regime do dolo.

Não se nega que a consequência jurídica da violação a dever de informar pode ser a invalidade do negócio.¹²¹³ Mas aí a boa-fé objetiva estará atuando apenas no plano hermenêutico para “potencializar eficácias legalmente previstas a outras figuras, como no caso do dolo por omissão informativa”.¹²¹⁴ Em outras palavras, não é da violação meramente negligente ao dever de informar que surge o efeito de invalidação, mas de sua interação com o regime típico do dolo previsto em lei. Judith Martins-Costa arrebatou tal distinção afirmando:

havendo omissão informativa (que abrange, também a deformação e a lacunosidade na informação devida), é preciso distinguir entre a violação meramente culposa de um dever de informar (caso em que poderá surgir responsabilidade pré-contratual) e a infração dolosa ao dever de informar com lealdade e veracidade, como prevê o art. 147 CC/2002. O defeito atinge, nesse caso, informação relevante para a formação do consentimento a contratar.¹²¹⁵

De resto, a tutela indenizatória não parece insuficiente a proteger o *errans* no caso da indução negligente a erro, sobretudo pela ponderação com os demais interesses em

¹²¹¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 103-104.

¹²¹² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 580.

¹²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 538.

¹²¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 580.

¹²¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. Revista dos tribunais, vol. 923, set./2012, p. 126.

jogo, de segurança e estabilidade do tráfico. Nada impede, outrossim, que a indução negligente em erro sobre os motivos venha a configurar erro propriamente dito para os fins do art. 138 e ss. Basta que a informação falsa se relacione a motivo expresso como razão determinante do negócio e o prestador da informação falsa ou omissa a tenha reconhecido ou devesse tê-la reconhecido.

Em alienações de participação societária, a questão será da máxima importância. De fato, a dificuldade de prova do *animus decipiendi* é razão para rechaçar a maioria das demandas de anulação por dolo, como apontam doutrinadores italianos.¹²¹⁶ No mais das vezes, o enganado conseguirá fazer prova da falsidade da afirmação ou da omissão informativa, mas raramente da intenção de enganar. A saída será recorrer ao regime do erro para pedir anulação do negócio, se presentes os pressupostos, ou da responsabilidade pré-contratual para pedir indenização.

Isto aconteceu no *caso do Frigorífico Suin Foods*,¹²¹⁷ julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A sociedade devia preencher determinados requisitos do Serviço de Inspeção Federal do Ministério da Agricultura (SIF) regional de Sorocaba para funcionar e, embora tivesse dezenas de irregularidades perante o órgão, acabava não sendo penalizada porque a fiscal responsável era esposa do sócio vendedor das quotas. Logo após a venda da sociedade, a fiscalização passou a ser feita pela regional de Botucatu e os novos fiscais fizeram exigências de regularização cujo custo era praticamente equivalente ao valor das quotas. A ação de dolo foi julgada improcedente em primeira instância, pois não comprovado o uso de artil pelo vendedor. Em segundo grau, o Tribunal fundamentou a anulação no erro substancial e não em dolo. Embora não tenha dito em nenhum momento tratar-se de indução negligente em erro, o tribunal assim dá a entender ao afirmar “[i]ndesculpável que os réus, de posse de todos os relatórios e cientes das providências indispensáveis à regularização do estabelecimento, tenham omitido tal fato essencial dos adquirentes”. Na sequência, verificando a cognoscibilidade do erro pelo vendedor, o tribunal concedeu a anulação por erro.

A cláusula de declarações e garantias em nada auxiliará na prova do *animus decipiendi*, pois da mera falsidade das declarações ali contidas não se pode inferir que o

¹²¹⁶ Veja-se também TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 245; RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 146.

¹²¹⁷ TJSP, apelação n. 0007092-28.2006.8.26.0581, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 30.10.2012.

equivoco tenha sido proposital e direcionado ao propósito ilícito. A prestação das declarações e garantias firma a presunção de negligência daquele que as presta para conhecer a falsidade das afirmações ali prestadas, mas isso não basta para caracterizar-se o dolo do art. 145. As declarações e garantias constituirão forte prova do elemento objetivo do dolo, ou seja, da prestação de informação falsa ou da omissão informativa, mas não dizem respeito ao elemento subjetivo do dolo, que é a intenção de enganar.¹²¹⁸ Nesse sentido, a falsidade de declarações e garantias terá de ser combinada com outros elementos de prova para atingir-se a anulação do negócio.

8.5. O dolo essencial na alienação de participação societária

A essencialidade do dolo está prevista no próprio art. 145 do Código Civil, o qual dispõe que se anula o negócio por dolo “*quando este for a sua causa*”. Apenas quando o artifício empregado pelo *deceptor* for a causa da manifestação de vontade do enganado é que o dolo poderá anular o negócio. Se a manobra astuciosa apenas levaria o negócio a ser celebrado por outro modo, tem-se o dolo incidente, que não é causa de invalidade por expressa determinação do art. 146 do código, mas pode gerar eficácia indenizatória.¹²¹⁹ É importante notar que o dolo essencial está relacionado à causalidade para a manifestação de vontade (*dolus causam dans*), mas não ao objeto sobre o qual recaiu o erro induzido. Portanto, qualquer artifício utilizado pelo enganador quanto a qualquer elemento do

¹²¹⁸ Claude Champaud e Didier Danet maifestam-se especificamente sobre esse ponto, tomando por exemplo a existência de um passivo fiscal na sociedade-alvo. A revelação de um passivo fiscal superveniente não pode ser razoavelmente imputada ao conhecimento do alienante, pois, se o passivo é superveniente, nem mesmo o alienante poderia prever que o passivo surgiria. É claro que o alienante da participação societária, enquanto gestor da sociedade-alvo até o momento da alienação, é o autor do ato fato gerador do passivo. Mas a prática do fato gerador só poderia ser imputada ao seu conhecimento se o alienante tiver intencionalmente buscado fraudar o fisco ou fugir ao pagamento do tributo. Apenas aí é que se poderá falar de conhecimento atribuído ao alienante – e, por tabela, de uma “ludibriação de segundo grau” quanto ao adquirente das ações ou quotas, para usar a expressão empregue pelos autores. Pode-se aí sim vislumbrar o *animus decipiendi*. No entanto, para obviar tais inconvenientes as partes podem utilizar a cláusula de declarações e garantias, que firma a presunção de conhecimento da falsidade da informação pela parte que as presta (CHAMPAUD, Claude; DANET, Didier. Cession de parts sociales ou d’action. Réticence dolosive, cause de la cession (Paris 25 ch. B, 12 juill. 1991, Villard c/ Rondeau). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 3, jul./set. 1992, p. 624).

¹²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446-447; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 126-127; RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 130; MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos tribunais*, vol. 923, set./2012, p. 121-122.

negócio pode gerar invalidade, não só aquilo que é o elemento crucial ou mais importante do negócio.¹²²⁰ O que importa no dolo essencial é que seja determinante da vontade.¹²²¹

Questão interessante trazida por Silvio Rodrigues é a da indução a erro no curso de uma negociação já iniciada, após já ter-se obtido o consentimento quanto aos traços principais do negócio. Para o autor, a solução seria a indenização pelo regime do dolo accidental, pois, se o consentimento já foi dado antes, o dolo só pode influir sobre assunto acessório, portanto dolo não essencial.¹²²² A hipótese é bem possível de ocorrer em alienação de participação societária, implementada muitas vezes pela técnica de formação progressiva do contrato.¹²²³ Nos parece, porém, que a resposta não pode ser dada de forma tão peremptória. Se o consentimento quanto aos elementos principais do negócio tiver sido dado de forma vinculativa, evidentemente o dolo posterior não afetará a higidez do consentimento que já foi dado, pois, mesmo sem o dolo, o negócio já obrigava as partes. Se, porém, o consentimento quanto aos traços principais do negócio for dependente do sucesso das negociações de assunto acessório, pode o fracasso quanto a estes minar por completo a celebração do negócio. Aqui o vício de consentimento poderá gerar a anulabilidade do negócio como um todo.¹²²⁴

¹²²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446. Por esta razão não se concorda com a posição de Fabio Comparato e Calixto Salomão Filho, para quem apenas a indução a erro sobre “elementos essenciais” – os quais o autor parece entender como aqueles elementos do negócio que possuem relevância para o adquirente – justificaria a anulação do negócio (*in*: O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 254, nota de texto n. 56). Os autores parecem reinserir um requisito de substancialidade *sui generis* (tal como o constante do art. 139 para o erro) no regime do dolo. Este não está limitado a um rol taxativo, mas pode consistir em qualquer elemento relevante do negócio para o *deceptus*. O que importa no dolo essencial é que a indução a erro tenha sido decisiva para a decisão de celebrar o negócio, independente de sobre qual elemento do negócio recaia.

¹²²¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 122.

¹²²² RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 145-146.

¹²²³ Na formação progressiva do contrato, as partes alcançam acordos parciais sobre alguns pontos do regulamento contratual, mas não sobre outros, de forma que o contrato vem a formar-se ao longo de propostas e aceitações parciais. Por um lado, os acordos parciais não obrigam as partes a chegarem a um consenso quanto aos demais pontos do contrato, mas tampouco obrigam as partes ao contrato enquanto não atingirem-se os termos definitivos. Vide MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 393-394.

¹²²⁴ A vinculação definitiva ao contrato pode, conforme as circunstâncias, dar-se apenas após o acerto quanto a todas as questões acessórias, conforme se extrai do seguinte trecho: “[a]ssim, paulatinamente, no transcorrer do iter contratual, as partes dão vida a um regulamento contratual, ainda que não inteiramente detalhado, destinado a valer no caso da eventual conclusão de acordos definitivos, cabendo ao intérprete discernir, portanto, quais desses ‘passos’ implicaram na fixação definitiva da vontade e quais ficaram no plano de um mero projeto, destituído de eficácia contratual” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 394).

O dolo essencial não coloca maiores dificuldades na alienação de participação societária. Caberá ao contratante enganado fazer prova de que não teria celebrado o negócio sem a indução artificiosa a erro. Nesse ínterim, as cláusulas de declarações e garantias podem ajudar a identificar a relevância de uma determinada característica da sociedade para a formação da vontade negocial, mas daí não decorre necessariamente que toda afirmação feita em declarações e garantias seja essencial para a formação da vontade. O fato de uma sociedade de médicos não possuir licenças para todos os *softwares* utilizados nos seus computadores provavelmente não conduzirá o adquirente a desistir do negócio, mas apenas o levaria a celebrá-lo em outras bases, e a prestação de declarações e garantias nesse sentido em nada altera o panorama. O mesmo vale se a violação às declarações e garantias for de pequena monta, como se apenas um entre cem computadores não dispuser das licenças; também aqui dificilmente é de se pensar que o adquirente evitaria o negócio.

8.6. A diligência do *deceptus*

Discute-se na doutrina se uma conduta diligente do enganado é requisito do dolo como vício de vontade. Alguns, como Antônio Junqueira de Azevedo, entendem que o erro do *deceptus* não precisa ser escusável, logo permitindo a invalidade do negócio mesmo quando o equívoco tiver sido causado por sua própria culpa.¹²²⁵ Já outros autores como Judith Martins-Costa¹²²⁶ e Silvio Rodrigues¹²²⁷ acentuam que o enganado também deve agir com diligência para cumprir o seu dever de autoinformação antes de alegar a indução a erro. Marcos Bernardes de Mello pondera que, se o *deceptus* tomou conhecimento da realidade antes da conclusão do negócio, já não há mais engano, ou, se o houve, não foi ele a causa eficiente do negócio.¹²²⁸

No fundo, se está aqui a discutir se o *deceptus* negligente é digno de proteção diante da má-fé de quem engana, ou se o direito dá mais peso à incúria do enganado para com seus próprios interesses do que à má-fé de quem age com dolo. A resposta varia conforme

¹²²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 190.

¹²²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. Revista dos tribunais, vol. 923, set./2012, p. 133-134.

¹²²⁷ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 141-142, aproximando a ideia de diligência do *deceptus* aos conceitos de *dolus bonus* e *dolus malus*.

¹²²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 170.

a cultura jurídica de cada país. Como visto, o *deceptus* está dispensado de provar diligência na Alemanha e na França (havendo expressa disposição legal neste sentido neste último país), ao passo que, no direito italiano, precisa comprovar sua diligência para obter a informação adequada. No Brasil, Giovana Benetti com razão defende que a diligência do *deceptus* não deva influir no juízo de invalidade do negócio, dado o alto grau de reprovação com que o ordenamento jurídico qualifica o dolo. A negligência do enganado seria, assim, sopesada apenas para fins de reparação, já que teria ele mesmo contribuído para o dano.¹²²⁹

Ainda que persistam discussões sobre o ponto, a jurisprudência brasileira parece ter assentado a absoluta necessidade de preenchimento deste requisito em operações envolvendo alienação de participação societária. Os casos de anulação de tal tipo de negócio por dolo acabam, em sua maioria, rejeitados sob a justificativa de que o *deceptus* conhecia ou pôde conhecer ou deveria ter se esforçado para conhecer a real situação da sociedade adquirida antes da conclusão do contrato.¹²³⁰ Em situações de descontentamento do adquirente com os resultados da empresa, o pleito de anulação normalmente é rejeitado porque o mero descontentamento com o insucesso empresarial não caracteriza dolo.¹²³¹ O standard jurisprudencial é, portanto, de exigir elevada diligência do *deceptus*.

A rigidez do *standard* jurisprudencial, no entanto, não parece adequada às peculiaridades das participações societárias. Ações e quotas são objeto complexo, pois enfeixam um conjunto de direitos e deveres dentro do contrato de sociedade. No caso específico do dolo, a complexidade é ainda maior, pois este absorve também o erro sobre

¹²²⁹ BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 55-57.

¹²³⁰ TJSP, apelação n. 0010774-27.2010.8.26.0362, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 9.4.2015; TJSP, apelação n. 1004049-78.2016.8.26.0011, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 4.10.2017; TJSP, apelação n. 1015045-26.2015.8.26.0576, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 29.3.2017; TJSP, apelação n. 0040958-31.2010.8.26.0114, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 27.6.2016; TJSP, apelação n. 0010622-35.2010.8.26.0020, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 22.6.2016; TJSP, apelação n. 0035752-36.2010.8.26.0114, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 6.5.2015; TJSP, apelação n. 9000018-10.2010.8.26.0003, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 8.4.2015; TJSP, apelação n. 1000413-90.2014.8.26.0006, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 4.11.2014; TJPR, apelação n. 1307727-1, Rel. Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 11.8.2015; TJSC, apelação n. 2013.033641-7, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 20.3.2014; TJSC, apelação n. 2007.041682-6, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 13.12.2011 (ressaltando que, numa doação pura e simples de quotas, o donatário deve contar com possíveis dívidas da sociedade); TJRJ, apelação n. 0083459-69.2012.8.19.0002, Rel. Des. André Ribeiro, j. 7.3.2017; TJRS, apelação n. 0310950-29.2016.8.21.70000, Rel. Des. Alex Gonzaga Custodio, j. 26.10.2017; TJRS, apelação n. 500400502, Rel. Des. Arnaldo Rizzardo, j. 13.9.1989; RT 241/183.

¹²³¹ TJSP, apelação n. 0106819-35.2012.8.26.0100, Rel. Des. Mario Chiuvi Junior, j. 9.4.2014; TJSP, apelação n. 0040958-31.2010.8.26.0114, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 27.6.2016; TJSP, apelação n. 0013989-08.2012.8.26.0114, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 4.11.2014.

os motivos; logo, todo o conjunto de bens e relações jurídicas da sociedade, todos seus ativos e passivos podem influenciar a validade do negócio.¹²³²

De toda forma, em sendo exigida diligência do enganado para poder reclamar-se anulação por dolo, entendemos que o mesmo padrão de escusabilidade abordado no regime do erro (Parte II *supra*, n. 7.6) deve ser aplicado também ao dolo. Ou seja, o grau de diligência esperado do *deceptus* deve variar conforme se acomodem no caso concreto os vetores de proteção da confiança e autorresponsabilidade. Quanto mais o *deceptus* puder confiar que a informação será fornecida pela contraparte, menos estará obrigado a buscar sua própria informação.

Se houver cláusula de declarações e garantias no caso concreto, a valoração muda. O *deceptus* deve poder confiar na veracidade das informações que lhe são prestadas, pois, mesmo quando não há um dever de informar, há um dever de que toda informação fornecida seja verdadeira; e a cláusula de declarações e garantias tem relevância específica nessa valoração, vez que atuando em sua função informativa. Se o *deceptus* pode confiar na veracidade das informações que são prestadas por meio de declarações e garantias, é razoável pensar que o ônus de ser diligente e procurar sua própria informação sofre redução na medida em que é veiculado nas declarações e garantias. Assim, quanto àquilo que é objeto de declarações e garantias, o erro do *deceptus* em princípio será escusável.

Nem teria como ser diferente em alienações de participação societária. Pela própria natureza da operação a fonte mais confiável de informações sobre a sociedade será o alienante, senão a única. Portanto a própria natureza do negócio legitima o adquirente a confiar na informação que é repassada pelo alienante, seja em uma *due diligence*, durante as tratativas ou já no contrato em uma cláusula de declarações e garantias.

A exceção a esta regra é a informação cuja falsidade o *deceptus* descobre antes de realizar o negócio. Quando a representação equivocada da realidade é desvelada antes de concluir-se o negócio, não será o dolo a sua causa eficiente.¹²³³ Mas aí não será falta de

¹²³² Solução curiosa foi aplicada pela Corte de Apelação de Versalhes, conforme relatado em ROCA, M.-C. Sociétés Anonymes – Cession de contrôle. Cession d'actions. Achat pour le cessionnaire de la majorité des actions. Contrat de cession. Dol. Annulation. Dommages et intérêts (non). Comentários à decisão *Versailles, 13e Ch., 17 juin 1987. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 4, 1988, item II.A e II.B. Tratava-se da compra de participação em uma sociedade prestes a entrar em falência. A Corte entendeu que houve negligência do comprador, pois poderia ter analisado com cuidado os balanços e desistido do negócio; porém, a única consequência de tal negligência foi a perda do direito a exigir indenização pelo engano, pois a anulação do negócio foi mantida a despeito da negligência.

¹²³³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva,

diligência do *deceptus* o problema, pois diligência terá havido; trata-se aí de falta de essencialidade do dolo, que não terá sido causa da celebração do negócio. Nem mesmo a cláusula de declarações e garantias pode manter a anulação por dolo de um negócio que não foi por ele ocasionado. Poderá haver tão somente tutela com base nos remédios previstos no contrato, não cabendo aqui nem mesmo indenização por dolo accidental. Não é incomum que as partes estipulem cláusula segundo a qual o prestador das declarações e garantias se responsabiliza mesmo por aquelas falsidades reveladas durante a fase de negociação (*sandbagging provisions*), mas mesmo aí se está a falar de remédios contratuais e não de erro ou dolo, pois o bem jurídico protegido pelo regime de invalidades está preservado: a vontade foi formada livre e conscientemente.

8.7. Dolo de terceiro, dolo do representante e os envolvidos na operação

Segundo dispõe o art. 148 do Código Civil, o dolo de terceiro só é causa de anulabilidade quando o figurante que dele se beneficia tem ou deva ter conhecimento do dolo. Se o figurante desconhece e nem tem dever de conhecer o dolo praticado por terceiro, cabe apenas pretensão a perdas e danos contra este último, mas subsiste o negócio.¹²³⁴ A regra é relativamente nova em nossa legislação. O art. 95 do código anterior apenas dispunha que o negócio podia ser anulado por dolo de terceiro se uma das partes dele tivesse conhecimento. O novo código melhorou a redação, incluindo na regra de anulabilidade também a hipótese em que o beneficiado devesse ter conhecimento do dolo, e ressaltou a possibilidade de exigir indenização do terceiro. Essa conclusão já era defendida na doutrina anterior,¹²³⁵ de modo que o novo código veio a consolidar a evolução doutrinária.¹²³⁶

2006, p. 170.

¹²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo accidental e dever de indenizar. *Revista dos tribunais*, vol. 923, set./2012, p. 123; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 171.

¹²³⁵ RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 159-162; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 129. Grande discussão havia sob a égide do código Beviláqua porque a coação de terceiro era sempre causa de anulabilidade, independente de ciência do contratante beneficiado. A razão para tanto era que a coação era considerada vício mais grave que o dolo, daí a necessidade de maior preservação da higidez da vontade do coacto. Silvio Rodrigues, porém, defende com bela argumentação a irrazoabilidade da diversidade de tratamento (*op. cit.*, p. 148-159).

¹²³⁶ Assim define a inovação do Código em FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. Do dolo. *in*: NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan (coords.) *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 522.

Já o art. 149 regula a indenização por dolo do representante. O artigo não está a dizer que só cabe indenização em caso de dolo do representante e não anulação do negócio, pois, se o dolo do representante foi causa determinante da realização do negócio, sempre defere à vítima do dolo a ação de anulação. Ocorre que, como o dolo também é ato ilícito, acarreta igualmente a obrigação do *deceptor* de indenizar e é especificamente esse último aspecto que o art. 149 (antigo art. 96) regula.¹²³⁷

Se o ato é praticado pelo representante fora dos poderes, o ato é ineficaz perante o representado e cabe ação de indenização entre representante e o outro contraente (arts. 116 e 662 do Código Civil). Apenas se praticado dentro de seus poderes é que o dolo o inquina de anulabilidade.¹²³⁸ A maior diferença para o dolo de terceiro está em que o contratante beneficiado pelo dolo não precisa ter dele conhecimento para gerar anulabilidade.¹²³⁹

No código anterior, não havia a distinção entre dolo do representante legal e do representante convencional, inclusão feita pelo novo código, com base, sobretudo, na opinião de Silvio Rodrigues.¹²⁴⁰ No regime do código atualmente vigente, o dolo do representante legal, praticado dentro de seus poderes, intitula o *deceptus* a pedir anulação do negócio e indenização contra o representado até o limite do proveito que teve. Eventual excesso só pode ser cobrado diretamente do representante. A *ratio* da norma é que seria injusto cobrar indenização do representado pelo ato praticado por um representante que obtém tal condição a partir da lei, e contra o qual o representado não pode se rebelar.¹²⁴¹ Se, ao invés, se trata de representação convencional, como no mandato com poderes de representação, o dolo do representante sempre poderá ser atribuído de certa forma à culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do representado. Por conta dessa presunção, a lei determina a responsabilidade solidária de ambos perante o *deceptus*, sem prejuízo da anulação.¹²⁴²

A aplicação de tais regras em alienação de participação societária exige certos temperamentos, pois comumente várias pessoas com diferentes papéis são envolvidas no negócio, qualquer delas com capacidade para transmitir informações falsas ou de omitir-se

¹²³⁷ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 176.

¹²³⁸ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 178; BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 132.

¹²³⁹ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 176.

¹²⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 177-180.

¹²⁴¹ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 179.

¹²⁴² RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 179-180. Ressalta também a culpa *in eligendo* do representado, no caso de representação convencional, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 191.

dolosamente. Tudo passa por distinguir quem age como representante e quem age como terceiro.

No direito estrangeiro, como se viu, mesmo em códigos que não possuem regra específica sobre dolo do representante, como é o caso da Itália e da Alemanha, a evolução dogmática foi no sentido de não tratar o representante e os intermediários como terceiros, obviando-se a necessidade de conhecimento do dolo pelo figurante do contrato. Já o código francês iguala o dolo do representante ao dolo do próprio contratante (art. 1138).

A rigor, terceiro, para os fins do art. 148 do código civil brasileiro, é aquele que não participa diretamente do negócio, ou seja, aquele que não é parte do negócio, uma vez concluído.¹²⁴³ Pontes de Miranda usa conceito mais restrito de terceiro, o qual aqui se adota: quando o dolo influi na manifestação de vontade, entrando no suporte fático do negócio jurídico, porque o terceiro ali estava em lugar do contratante, deve-se considerá-lo dolo do próprio representante do contratante e não do terceiro.¹²⁴⁴ Isso significa dizer que apenas aquele que não age a pedido do contratante na fase de negociações deve ser considerado terceiro, pois, mesmo se não for propriamente parte do contrato, o dolo daquele que por ela negocia reverte em prejuízo do contratante.

Em nossa opinião, é preciso distinguir entre o terceiro, o auxiliar do contratante e o representante do contratante. O terceiro é aquele que intervém na conclusão do negócio sem ter sido solicitado por qualquer das partes; sua responsabilidade se regula pelo art. 148 do código. O auxiliar é aquele que atua na negociação ou celebração do contrato a pedido de um dos contratantes, sem, porém, poder de representação. Exemplos de auxiliares nas negociações são o advogado que conduz a *due diligence* ou o banco de investimento que monta um *book* de investidores interessados no negócio. O auxiliar atua em nome e à conta do comitente, portanto, seus atos deferem-se como se houvessem sido praticados pelo próprio contratante. Já o representante é aquele que está autorizado, por lei ou negócio jurídico, a manifestar vontade em lugar do contratante, e sua responsabilidade se regula pelo art. 149 do código.

¹²⁴³ Definição dada em MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172. Também MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. Revista dos tribunais, vol. 923, set./2012, p. 123.

¹²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 455.

Assim, o dolo de todos aqueles que se encontram no campo de pessoas empregues pelo contratante para assessorá-lo na celebração do negócio em que se aliena ou adquire participação societária deve ser tratado como dolo do próprio contratante. Do contrário, se fosse tratado como dolo de terceiro, a falsa informação prestada por um auxiliar (advogados, auditores, contadores *etc.*) para captar maiores comissões, por exemplo, manteria o *deceptus* preso ao negócio, bastando para tanto não comunicar o contratante de tal artifício. Ao enganado restaria apenas indenização contra tal auxiliar, sem poder desvencilhar-se de um negócio que jamais teria celebrado se soubesse da realidade.

Se o alienante da participação societária coloca o funcionário da sociedade-alvo como contato para fornecer informações solicitadas na fase de *due diligence*, o ato doloso eventualmente praticado gera responsabilidade solidária entre o alienante e a sociedade-alvo perante o adquirente. É questão de interpretação saber se quem pratica o ato doloso é a pessoa física do funcionário ou a sociedade-alvo, por ele apresentada. Se o administrador da sociedade alvo fornece um balanço falso, pode existir dolo de terceiro,¹²⁴⁵ se não o fez a pedido do alienante.

A cláusula de declarações e garantias pode desempenhar função informativa e pode induzir a erro, se vier a revelar-se sua falsidade. Neste ínterim, as declarações e garantias podem influenciar a autoria do dolo, pois não necessariamente é o alienante das ações ou quotas quem presta as declarações e garantias. Pode sê-lo também a sociedade-alvo, o controlador do alienante, o banco intermediário ou todos eles, conforme as peculiaridades do caso. A regra é que a informação veiculada nas declarações e garantias é fornecida por aquele que as firma.

A questão é saber se a prestação das declarações e garantias é feita a pedido ou no interesse do alienante. Aí poderá falar-se de dolo do representante ou do próprio contratante por seus auxiliares; caso contrário, será no máximo dolo de terceiro. Apenas quando há um interesse econômico próprio muito forte do prestador das declarações e garantias, que não se identifica com o próprio alienante (ou adquirente), é que se pode cogitar de a parte agir como terceiro e, nessa qualidade, proceder com dolo.

Por fim, é necessário fazer breves considerações sobre o dolo na cessão de posição contratual, já que esta é a natureza mesma da alienação de participação societária. Como explica Larenz, se o cedente pratica dolo contra o cessionário, ou este contra aquele, não é

¹²⁴⁵ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 238.

preciso que os demais sócios cometam ou tenham ciência do dolo, pois não estão sendo colocados em posição pior do que estavam antes. Situação diversa é quando o *deceptus* é um dos demais membros do contrato de sociedade. Se algum dos demais sócios é induzido a erro para consentir com a cessão de participação societária, por exemplo porque a lei determina a necessidade de seu consentimento (arts. 1.003 e 1.057) ou porque o acordo de acionistas o exige, o negócio apenas é anulável se cedente e cessionário forem partícipes do dolo ou dele tiverem conhecimento, para não alocar o peso da anulação sobre aquele que não teve parte no dolo.¹²⁴⁶

8.8. Reparação de danos e restituição das partes ao *statu quo ante*

É lugar comum na doutrina nacional dizer-se que o dolo acarreta também dever de indenizar, posto que é ato ilícito absoluto (arts. 186 e 927 do Código Civil). Diante da ilicitude da conduta do autor do dolo, não basta apenas a restituição ao *statu quo ante* determinada pelo art. 182 do Código Civil, mas é preciso também reparar eventuais danos que tenham surgido por causa do dolo. Comprovado que o dolo causou danos, portanto, tem o *deceptus* ação de reparação contra o *deceptor*.¹²⁴⁷

A redação do art. 146 não deve induzir ao engano de se achar que apenas no dolo accidental é cabível ação indenizatória. Se o dolo é essencial, o enganado pode cumular a anulação do negócio com a indenização. Se procedente a ação, a sentença ordenará a restituição das partes ao estado anterior + indenização, se houver dano. O enganado pode também abrir mão da anulação e pedir apenas indenização pelo dolo essencial. A diferença é que no dolo accidental o *deceptus* só pode pedir indenização, sem cumular com anulação.^{1248_1249}

¹²⁴⁶ LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 687.

¹²⁴⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 189; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 181; FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. Do dolo. in: NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan (coords.) Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 516; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 467.

¹²⁴⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986, p. 189; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 181-182; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 467.

¹²⁴⁹ Como diz Pontes de Miranda, o *deceptus* não tem obrigação de cumular indenização com anulação,

Em maior ou menor medida, o dolo sempre pode ser caracterizado como violação de deveres oriundos na fase pré-contratual, chegando Eva Sónia da Silva Moreira a dizer que a anulação por dolo é um capítulo que se insere dentro de um todo maior que é a responsabilidade pré-contratual.¹²⁵⁰ Embora a anulabilidade por dolo tenha pressupostos e disciplina jurídica autônomos, não se pode negar que entra de certa forma como um caso especial de responsabilidade pré-contratual.¹²⁵¹ Mas, para a responsabilidade civil, devem concorrer também dano, nexo de causalidade e nexos de imputação.¹²⁵²

A melhor justificativa dogmática para a indenização por dolo, essencial ou acidental, não deve ser buscada, portanto, no regime de invalidade do negócio, mas no da responsabilidade pré-contratual. Até porque se assim não fosse, teria de se conceber o absurdo de a anulação por erro jamais comportar indenização, pois não há regra específica sobre indenização na seção do código que trata do erro. Nesse ponto é útil trazer a lição de Judith Martins-Costa, segundo a qual no direito brasileiro a responsabilidade pré-contratual pode ser comportada no regime da responsabilidade extracontratual dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, cujo regime de responsabilidade é amplo.¹²⁵³ Isso significa que é despidendo ao Código prever de modo específico que cabe indenização em caso de anulação do negócio, qualquer que seja seu fundamento. Quando houver causação de dano no contexto da anulação de um negócio jurídico é possível pedir perdas e danos com base nesses três artigos.

podendo pedir também apenas um ou apenas outro: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 467.

¹²⁵⁰ SILVA, Eva Sónia Moreira da. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 175. A autora cita também, na mesma página, ser este o entendimento de Hans-Christoph Grigoleit, *in*: Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, in SCHULZE, Reiner; SCHULTE-NÖLKE, Hans (dirs.) Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 269 a 94.

¹²⁵¹ Assim parece-nos entender também Giovana Benetti, a qual discute conjuntamente o regime de responsabilidade aplicável aos defeitos do negócio jurídico e dos danos causados na fase pré-contratual (BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 55-57), embora o foco de discussão da autora se atenha mais aos caracteres deste regime de responsabilidade (se contratual, extracontratual ou uma “terceira via”).

¹²⁵² Fernando Noronha elenca ainda um quinto requisito da responsabilidade civil, que seria o cabimento do dano no âmbito de proteção da norma de responsabilidade civil. Pensamos, porém, que tal requisito já esteja englobado no próprio conceito de dano, que é, como se viu, violação a interesse juridicamente protegido. Para uma explanação sobre os requisitos da responsabilidade civil, veja-se NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 491-493.

¹²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 177-179.

Não deve impressionar o fato de o código regular a indenização em artigos esparsos do capítulo que trata dos defeitos do negócio jurídico (arts. 146, 148, 149, 154 e 155): trata-se aí de regras de repartição da obrigação de indenizar entre os autores do dano, mas não do seu fundamento, que se reporta aos arts. 186, 187 e 927. No caso do art. 146, a regra apenas concretiza o requisito de essencialidade do dolo.

Não constitui empecilho ao retorno ao *statu quo ante* o fato de se terem introduzido modificações na sociedade cujas quotas ou ações são transacionadas, conforme se já demonstrou (Parte II *supra*, n. 5.3.3).

Na presença de uma cláusula de declarações e garantias, é preciso atentar para o fato de que a falsidade das declarações pode auxiliar a identificar a informação equivocada de que se vale o *deceptor* para induzir o outro contratante a erro na fase anterior ao contrato, mas não é ela mesma o fundamento da anulação, nem da indenização por responsabilidade pré-contratual. Uma obrigação assumida em contrato, como se viu, não pode suscitar responsabilidade pré-contratual, que tem de ser prévia ao contrato (Parte II *supra*, n. 6.6). A natureza da indenização na anulação do contrato, portanto, não muda.

Em todos os casos, a indenização na responsabilidade pré-contratual mede-se pelo interesse negativo,¹²⁵⁴ ou seja, a situação em que estaria o lesado se não tivesse sido vítima do engano. A dificuldade maior reside em calcular o montante do dano no dolo accidental, pois aqui o negócio teria sido celebrado, mas em outros termos – o que, no mais das vezes, determina a fixação de um preço diferente para o negócio.¹²⁵⁵ Remetemos aqui ao quanto dissemos anteriormente sobre a fixação do dano por violação ao dever de informar na fase pré-contratual de alienações de participação societária para evitar desnecessárias repetições (Parte II *supra*, n. 6.5.2).

¹²⁵⁴ Como já dizia Pontes de Miranda, o *deceptus* não tem obrigação de cumular indenização com anulação, podendo pedir também apenas um ou apenas outro: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013, p. 465 e 467; MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo accidental e dever de indenizar. Revista dos tribunais, vol. 923. São Paulo, Revista dos Tribunais, set.-2012, p. 136.

¹²⁵⁵ PONTAVICE, Emmanuel du. Note Cass. Com. 3 avril 1979. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 733.

9. Declarações e garantias e vícios redibitórios e de direito

9.1. Proposição

Não é rara na prática a confusão entre cláusula de declarações e garantias e vícios redibitórios ou vícios de direito. A confusão entre os institutos provavelmente decorre dos remédios jurídicos buscados por muitos adquirentes de participação, que normalmente querem receber de volta uma parte do preço pago ou se desvencilhar de vez do negócio. No entanto, não se pode confundir a hipótese de incidência da norma com os seus efeitos. Na ausência de declarações e garantias, as inconsistências do patrimônio e das atividades da sociedade-alvo não constituem objeto do negócio, ficando no campo dos simples motivos. Resta apenas um campo bastante residual de aplicação aos vícios do objeto e do direito que recaem diretamente sobre a participação societária.

Quando as partes estipulam cláusula de declarações e garantias, projetam um regime que se movimenta nos quadros de uma obrigação de garantia ou responsabilidade contratual por obrigação de dar. As declarações e garantias não concretizam a *fattispecie* dos vícios redibitórios, pois a responsabilidade contratual é incompatível com o regime de vícios do objeto. As hipóteses de incidência são distintas e as consequências jurídicas atribuídas a uma e outra hipótese também divergem sensivelmente.

9.2. Remota aplicabilidade do regime de vícios redibitórios e de direito à alienação de participação societária na ausência de declarações e garantias

No direito brasileiro, em regra, não se deve aplicar o regime de vícios redibitórios e de vícios de direito à alienação de participação societária, por inconsistências do patrimônio ou da atividade da sociedade-alvo. Como a aquisição de participação societária é uma cessão de posição contratual, deve-se presumir que o adquirente recebe a posição dentro do contrato de sociedade com todos os seus direitos e deveres,¹²⁵⁶ o que não engloba os bens que pertencem à sociedade. Logo, não é possível estender-lhes a tutela dos vícios do objeto ou do direito. Até porque, se o adquirente tiver interesse nos bens sociais, pode fazer a aquisição direta dos mesmos. Se adquire a participação societária, submete-se a regime

¹²⁵⁶ KOLLER, Ingo. Die Haftung beim Verkauf von Verträgen. *Juristische Rundschau*, 1982, Caderno 9, p. 355.

jurídico diverso que, em virtude da autonomia patrimonial da sociedade, não engloba em seu objeto os bens ou as atividades sociais.¹²⁵⁷

Na ausência de garantias contratuais específicas, resta aos vícios redibitórios e aos vícios de direito apenas a possibilidade de tutelar os vícios incidentes diretamente sobre a participação societária. Com razão, Gabriel Buschinelli afirma que o regime de vícios do objeto e do direito só podem incidir sobre o objeto direto do negócio, que são as ações ou quotas e não o patrimônio ou as atividades da sociedade.¹²⁵⁸

A existência de vícios de direito sobre as ações ou quotas sociais é de fácil compreensão. O alienante pode tê-las dado em penhor, alienação fiduciária, ou elas podem estar gravadas de usufruto, por exemplo.

A existência de vício redibitório sobre as ações ou quotas já é de apreensão mais difícil, visto que não se trata de bem corpóreo, mas de um complexo de direito e deveres, sobre os quais é difícil imaginar-se um vício do objeto. No direito nacional vige a regra segundo a qual o cedente de um direito (e, por analogia, de uma posição contratual) não é responsável pela solvência do crédito, mas apenas pela sua existência (Código Civil, art. 295). Ora, o objeto do contrato é a participação societária, ou seja, o conjunto de direitos e deveres que configura a posição contratual detida pelo sócio no contrato de sociedade. Como afirma Wiedemann, a garantia de existência do direito impõe que o alienante se responsabilize pela existência da participação societária, bem como pela ausência de procedimentos para dissolvê-la, liquidá-la ou excluir o sócio que transmite as ações ou quotas.¹²⁵⁹ Ir para além disso, como aponta a doutrina alemã, equivaleria a responsabilizar o cedente da participação pelo seu conteúdo de valor, o que não se deve admitir.

¹²⁵⁷ Esta é a conclusão que se retira do artigo supracitado (DUTRA, Rafael d'Avila; ROSSINI, Flávio Augusto Carvalho da Fonseca. Passivos ocultos em contratos de compra e venda de ações. *Revista do Advogado*, ano XXXII, n. 116, jul./2012, p. 154-155). Os autores parecem entender que a disciplina da evicção (vícios de direito) sempre seria aplicável à compra e venda de ações, pois incidem diretamente sobre o bem objeto do contrato (as ações), ao passo que os vícios redibitórios poderiam incidir tanto sobre as ações quanto sobre os bens sociais. Os autores parecem olvidar que os bens sociais também podem padecer de vícios de direito (p.ex., o imóvel da sociedade está penhorado em processo de execução). Assim, a melhor interpretação do referido artigo é a de que tanto os vícios de direito quanto os vícios do objeto só podem aplicar-se quando incidentes diretamente sobre as ações, mas não assim sobre os bens sociais.

¹²⁵⁸ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 327-331.

¹²⁵⁹ WIEDEMANN, Herbert. *Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens*. in: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (orgs.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag* 21. Januar 1965 – Band I. Munique e Berlim: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 826.

Discute-se na doutrina italiana se determinadas inconsistências dos bens ou atividades sociais poderiam alterar esse complexo de direitos e deveres que constitui a participação societária. Assim, poderia haver vício redibitório no caso de a sociedade exercer objeto social diverso daquele considerado no contrato, ou no caso de discrepâncias quanto ao tipo e à identidade da sociedade ou ainda quando o percentual da participação negociada é inferior ao verdadeiro? Em geral, a resposta é que tais hipóteses deveriam ser rejeitadas como vício redibitório, pois aí se estaria diante de entrega de coisa de identidade diversa (*aliud pro alio*), verdadeiro inadimplemento contratual.¹²⁶⁰ O regime do inadimplemento contratual por entrega de coisa diversa da pactuada também estaria presente no caso da perda de uma patente por sociedade que ganhara notoriedade justamente pela exploração de tal patente.¹²⁶¹

A Corte de Cassação italiana já teve oportunidade de consignar o mesmo entendimento do *aliud pro alio* no citado caso *Nironi vs. Bonacchi*.¹²⁶² Embora em *obiter dicta*, a mesma corte de cassação também já aceitou que a impossibilidade da sociedade de realizar seu objeto social constituia *aliud pro alio*.¹²⁶³ As situações mencionadas acima de fato configuram *aliud pro alio*, pois ninguém adquire uma sociedade sem estipular, ainda que de forma tácita, o tipo societário, o objeto social ou o número de ações adquiridas.

Caio Mário da Silva Pereira aponta que a regra *aliud pro alio* possui natureza dúplice. Assim como o credor não pode ser compelido a receber coisa diversa da pactuada, ainda que mais valiosa, também o devedor não pode ser obrigado a prestar de modo diferente do pactuado, ainda que de menor preço (CC, art. 313).¹²⁶⁴ Judith Martins-Costa deriva do art. 313 o princípio da exatidão, segundo o qual o cumprimento deve ajustar-se integralmente à prestação devida, oferecendo a prestação ponto por ponto.¹²⁶⁵ Jorge Cesa

¹²⁶⁰ TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 218-221; BONELLI, Franco. Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore. *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 298-299. Assim se pronuncia também Rita Rolli quando a sociedade possui objeto social diverso do pactuado (ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum?* *Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 236).

¹²⁶¹ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese. Milão: Giuffrè, 2006, p. 90.

¹²⁶² Cass. 28 agosto 1952, n. 2784. Publicado em foro italiano, vol. 76, n. 11 (1953), p. 1639-1644. Muito embora a corte tenha aplicado, após reconhecer estar na presença de *aliud pro alio*, o remédio anulatório por erro.

¹²⁶³ Cass. 26 luglio 2014, n. 16963.

¹²⁶⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direitos Civil. Vol. II: teoria geral das obrigações. 29ª ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 68.

¹²⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo I: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212-213.

Ferreira da Silva complementa que o desatendimento à regra acarreta o inadimplemento contratual.¹²⁶⁶ Não há dúvidas, portanto, de que a entrega de coisa diversa encaixa-se no regime do inadimplemento contratual.

Desta forma, no direito brasileiro, quando o alienante entrega participação societária inquinada de vícios a tal ponto graves que impliquem mudança da própria substância das ações ou quotas, pode-se aí divisar verdadeiro inadimplemento contratual por *aliud pro alio*, submetido ao regime do inadimplemento contratual e não ao dos vícios redibitórios.

Porém, deixadas de lado tais hipóteses extremas, não se pode excluir que a possibilidade aventada na doutrina italiana, de que determinadas alterações nas características do patrimônio ou das atividades da sociedade-alvo sejam de tal natureza que afetem a própria função da participação societária ou diminuam seu valor – caracterizando vício redibitório.

Frise-se que não se trata de tutelar os vícios, de objeto ou de direito, dos bens sociais ou das atividades sociais, pois estes não constituem objeto do negócio. Mas sim de tutelar os vícios da própria participação societária, que teve sua substância alterada por conta de defeitos dos bens ou atividades sociais. É como se estes atuassem transmutando a substância das ações ou quotas. A hipótese é de rara concretização na vida prática, mas pode ocorrer. Analisaremos agora os obstáculos para que isso ocorra na vida prática, mas que, se superados, em nossa opinião, devem autorizar a aplicação do regime de vícios.

9.3. Dificuldades aplicativas do regime de vícios redibitórios à alienação de participação societária

Já no suporte fático da hipótese é difícil delimitar o preenchimento dos requisitos para sua juridicização como vício redibitório. São quatro os requisitos apontados pela doutrina para configurar-se o vício redibitório. O defeito da coisa deve configurar, em primeiro lugar, um vício para os fins do art. 441 e ser dotado de certa gravidade (Parte II

¹²⁶⁶ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. in: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 127-128.

infra, n. 9.3.1). O vício deve também ser oculto e preexistente à entrega do bem (Parte II *infra*, n. 9.3.2).¹²⁶⁷

Nos itens que seguem serão abordados apenas os primeiros três requisitos, por se mostrarem problemáticos dentro da aquisição de participação societária. Quanto à preexistência do vício, embora seja matéria bastante discutida em procedimentos judiciais e arbitrais, entendemos não ser tão problemático identificar se o fato gerador de uma inconsistência patrimonial da sociedade é anterior à entrega das ações ou quotas. A inadequação das consequências do regime de vícios à operação objeto deste trabalho será tratada na Parte II *infra*, n. 9.3.3.

9.3.1. Inadequação ao conceito de vício grave do objeto

O vício do objeto é uma imperfeição material que incide sobre a utilizabilidade do bem em vista do fim a que se destina ou lhe diminua o valor¹²⁶⁸ (CC, art. 441). A primeira questão reside na dificuldade de definir-se quando é que a função do bem fica afetada pelo vício, de modo a torná-lo impróprio ao fim a que se destina.

A finalidade a que a coisa se destina pode ser compreendida por um viés subjetivo ou objetivo. Pelo critério subjetivo, o bem deve prestar-se à finalidade manifestada pelas partes¹²⁶⁹ ou pressuposta na realização do contrato, mesmo que não seja esta a finalidade usual do bem. Otto de Sousa Lima exemplifica com a compra de uma caixa para transportar livros, caixa essa que, embora perfeita, não é a mais adequada para transportar livros. Porém, se o comprador a tiver adquirido com a finalidade específica de transportar livros e tiver a aquiescência do vendedor quanto a esta finalidade, poderá a caixa ser

¹²⁶⁷ Sobre este último requisito, veja-se PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III. Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2013, p. 38. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado. Vol. II. Teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil, preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63-64.

¹²⁶⁸ BIANCA, Massimo. La vendita e la permuta. *in*: Filippo Vassalli (org.) Trattato di diritto civile italiano. Volume settimo. Tomo primo. Turim: UTET, 1993, p. 795.

¹²⁶⁹ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 282-283. A discussão sobre o critério subjetivo e objetivo de aferição dos vícios redibitórios é bastante acesa na Alemanha. No Brasil, conforme demonstrado no texto, as qualidades prometidas da coisa são melhor tuteladas pelo regime do inadimplemento contratual (art. 389 e ss.), mas, para os demais vícios de qualidade do bem, a finalidade do contrato certamente pode ser estipulada pelas partes.

considerada viciada. Havendo convenção, expressa ou tácita, a finalidade do objeto deixa de ser apenas a coisa, mas a coisa servindo àquela finalidade específica.¹²⁷⁰

Já pelo critério objetivo, a coisa apenas será viciada quando não puder preencher a finalidade que lhe é própria. Otto de Sousa Lima entende que ambos os critérios podem conviver, sendo o critério subjetivo prioritário e, o objetivo, subsidiário. Apenas na falta de uma previsão específica das partes sobre a finalidade do contrato, é que se define a existência ou não de vícios pelo critério objetivo.¹²⁷¹ O critério objetivo, porém, não consegue oferecer um parâmetro seguro para identificar vícios dos bens sociais.

Antes de mais nada, é preciso destacar que a atividade empresarial não se deixa apreender no esquema de vícios redibitórios ou de direito, pois estes dizem respeito a defeitos incidentes sobre bens e coisas, mas não a uma atividade. Em seu perfil funcional, a empresa é uma série de atos e negócios coordenados entre si em função de uma finalidade comum (escopo de lucro).¹²⁷²⁻¹²⁷³ A atividade não padece de vício ou defeito oculto, mas pode ser, no máximo, lícita ou ilícita, regular ou irregular.¹²⁷⁴ Portanto, não se trata de vício da atividade empresarial, mas é possível que a ilicitude ou irregularidade de uma atividade (como a sociedade-alvo que opera sem as licenças regulatórias aplicáveis) afete de tal modo o giro da sociedade, que isso se transfigure em vício da participação societária.

Quanto aos bens sociais, Canaris afirma que, em se tratando de sociedades, não existe um estado de conservação usual no tráfego que possa servir de critério objetivo para aferir se a sociedade é apropriada ao uso a que se destina. Não há como dizer que uma sociedade deva ter um ou outro software de gestão, ou que o sistema de controles contábeis deva ser montado de uma maneira ou de outra, ou ainda que a qualificação dos

¹²⁷⁰ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 286.

¹²⁷¹ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 286-287. O mesmo caminho foi seguido pelo direito alemão com a reforma do direito das obrigações de 2002. O novo §434 BGB dispõe que o bem está livre de vícios do objeto quando servir ao uso pressuposto em contrato ou, subsidiariamente, ou seja, na falta de uma definição contratual do fim a que se destina o uso do bem, quando o bem for próprio ao seu uso normal e apresentar as qualidades comuns em coisas do mesmo tipo.

¹²⁷² ASCARELLI, Tullio. O empresário. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1998, n. 109, p. 183; ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1996, n. 104, p. 117.

¹²⁷³ Sobre os quatro perfis da empresa (subjetivo, funcional, patrimonial e institucional), veja-se o célebre texto de Aquini: ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1996, n. 104, p. 109-126. A recepção dos três primeiros perfis no Código Civil de 2002 foi abordada por Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França em: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. *Revista do Advogado*, 2003, n. 71, p. 15-25.

¹²⁷⁴ ASCARELLI, Tullio. O empresário. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1998, n. 109, p. 184-185.

administradores e funcionários deve ser *x* ou *y* para que a empresa seja adequada ao seu fim.¹²⁷⁵ Com razão, o autor diz que “*uma empresa frequentemente é marcada pelas habilidades e peculiaridades de seu titular ou de seus executivos de alto escalão, de modo que se define por suas capacidades funcionais. Uma empresa pode funcionar melhor com métodos antigos do que com modernos, ao passo que outra se orienta por standards atuais, e uma terceira segue métodos totalmente próprios*” (tradução livre).¹²⁷⁶ O critério objetivo de vício redibitório, portanto, não consegue indicar um estado de conservação normal dos bens da sociedade para que esta atinja seu fim.¹²⁷⁷

Além disso, é preciso considerar que o adquirente não assume os bens como se estivessem em estado novo, mas já insertos em uma atividade empresarial. O adquirente, portanto, deve contar que os bens estejam conservados de modo compatível com essa atividade. Mas é difícil definir qual estado de conservação seria esse. Cada sociedade é única e utiliza os bens sociais da forma como melhor lhe convém.¹²⁷⁸ Uma sociedade pode preferir dar manutenção frequente ao seu maquinário, sacrificando caixa para tanto; outra pode dar manutenção com periodicidade mais longa, salvaguardando sua capacidade

¹²⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 399.

¹²⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 399-400. Lê-se no original: “*es kommt hinzu, dass ein Unternehmen häufig entscheidend von den Fähigkeiten und Eigentümlichkeiten seines Inhabers bzw. des jeweiligen Spitzenmanagements geprägt und in seiner Funktionsfähigkeit bestimmt wird. Dabei mag der eine z. B. mit veralteten Methoden besser zu Rande kommen als mit modernen, der andere sich an aktuellen Durchschnittsstandards orientierten, ein dritter sogar völlig eigene Wege gehen*”. Em sentido contrário, Horst Eidenmüller alega que poderiam ser características usuais de uma empresa a posse de bens e recursos necessários ao seu desenvolvimento (Rechtskauf und Unternehmenskauf, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 8, 295). Contudo, o raciocínio do autor é falho. O próprio autor não consegue exemplificar o que seriam os recursos necessários à atividade de uma empresa, limitando-se a falar dos mesmos de forma genérica. Além disso, cada empresa possui uma forma sua de operar, de modo que a conceituação dos bens e recursos necessários à sua atividade não pode ser feita de forma comparativa a outras empresas, mas, no máximo, em vista das necessidades específicas da empresa considerada isoladamente. Mesmo nessa perspectiva, a forma de operar da empresa pode ser alterada pelo novo adquirente, e a empresa pode operar com maior ou menor alavancagem, com mais ou menos utilização de maquinário *etc.* Sobre a questão, veja-se também TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 523

¹²⁷⁷ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, p. 60. Reportando esse entendimento, também LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 17-18. Com a reforma do direito obrigacional de 2002, Fritzen enxerga a possibilidade de aplicar o conceito objetivo de vício redibitório à alienação de empresas (p. 61-62), pois o §434, Abs. 1, S. 3 do BGB engloba dentro do conceito objetivo todas as manifestações públicas do alienante sobre o bem vendido. Assim, Fritzen entende que uma empresa que anuncia em seu site possuir um determinado *market share* poderia ser viciada, pelo critério objetivo, se não apresentasse tal fatia do mercado. Mas as razões do autor repousam em uma disposição específica do BGB que não possui paralelo no direito brasileiro. Parece-nos que o exemplo dado pelo autor pode ser melhor tratado como uma promessa contratual implícita de qualidade do bem, em vez do regime de vícios redibitórios.

¹²⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 399-400.

financeira. A isso se soma o fato de que a aptidão dos bens sociais para a atividade empresarial deve ser analisada em seu conjunto. Um determinado bem que encontra-se em estado de conservação abaixo da média frequentemente é compensado por outro bem que se encontra em estado de conservação perfeito ou acima da média.¹²⁷⁹ Salvo casos extremos em que o mau estado de conservação dos bens paralise por completo a atividade da sociedade, não há como definir, pelo critério objetivo de vício redibitório, quando um bem da sociedade-alvo é apto a fazer a participação societária atingir sua finalidade.

A própria determinação do fim com que se adquire participação em uma sociedade é vária. Cada empresário possui uma finalidade própria que visa atingir com a aquisição da participação, inexistindo uma finalidade imanente à aquisição de participação societária, o que impede a aplicação do regime de vícios pelo critério objetivo.¹²⁸⁰ Alguns adquirentes se engajam na operação para participar das atividades da sociedade-alvo e auferir dividendos, outros adquirem as ações ou quotas apenas para se apoderar de determinados ativos da sociedade-alvo ou de sua rede de distribuição, outros ainda com intuito de eliminar a concorrência ou aproveitar o ágio da operação em uma aquisição intragrupo.

Resta apenas o recurso ao critério subjetivo de vício redibitório. Mas para tanto é necessário que as partes o convençam, expressa ou implicitamente, mas em qualquer caso de forma inequívoca. Uma tal estipulação, porém, raramente é feita.

Ainda que haja uma tal estipulação sobre a finalidade da participação societária, seria preciso que os vícios a tornassem imprópria ao fim a que se destina. Na prática, uma tal situação existiria apenas quando fosse impossível exercer as atividades da sociedade ou quando determinados atributos da sociedade a destituíssem de sua utilidade para o fim desejado, como a expiração de uma patente tida como relevante para a exploração da empresa, se houver estipulação de tal finalidade.¹²⁸¹

Embora seja raríssima, tal situação não é impossível. É o que parece ter ocorrido no peculiar caso do *Auto Posto Mocoquinha*, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.¹²⁸² As partes haviam feito o *trespasse* de estabelecimento do posto de combustível.

¹²⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 399.

¹²⁸⁰ Admite-o ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum?* *Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 193.

¹²⁸¹ LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 79-81.

¹²⁸² TJSP, apelação n. 0003116-89.2009.8.26.0360, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 29.7.2015.

Porém, como os adquirentes necessitavam de tempo para constituir nova sociedade que iria explorar o estabelecimento, os alienantes deram também as quotas de sua sociedade em comodato por tempo indeterminado. Logo após a operação, sobreveio fiscalização do fisco estadual que culminou na cassação da autorização da sociedade para circular com mercadorias antes que os adquirentes conseguissem constituir nova sociedade, pois detectou-se que a sociedade comercializava combustível adulterado. Pouco antes de tal fiscalização, os alienantes notificaram os adquirentes pondo fim ao contrato de comodato, conforme permitia o instrumento contratual. Os adquirentes ajuizaram, então, ação redibitória alegando a ineficácia da rescisão do contrato de comodato e pedindo a redibição das quotas, vez que estavam impedidos de operar o posto por conta da cassação da autorização. O tribunal considerou válida a rescisão do comodato e atribuiu o insucesso dos adquirentes à sua própria demora em constituir sociedade nova. O tribunal considerou que o objeto do negócio fora o estabelecimento comercial – e não as quotas –, rejeitando o pleito de vício redibitório. O comodato das quotas foi feito com a finalidade específica de permitir o giro das atividades pelos adquirentes do estabelecimento até que constituíssem uma sociedade sua. Parece-nos que estava implícita aqui a pactuação de uma função específica às quotas, que era a de comportar as atividades do estabelecimento empresarial consistente no posto de gasolina nesse meio-tempo. Como a cassação da autorização se afigura vício grave o suficiente para impactar a própria função da participação societária, vez que impediu por completo o giro das atividades, poderia aqui haver vício redibitório da participação societária. Porém, era mesmo o caso de rejeitar a pretensão, pois o comodato não é contrato comutativo, como exige o caput do art. 441.

Outra dificuldade seria enquadrar o faturamento e a lucratividade da empresa no conceito de vício redibitório. O direito brasileiro reconhece a possibilidade, embora remota, de vícios jurídicos configurarem vício redibitório. Assim, por exemplo, se a fábrica adquirida produz ruídos acima do limite permitido por lei, mas não se há limitação ao direito de edificar, pois estes são definidos por lei de todos conhecida e, portanto, vício aparente.¹²⁸³ No entanto, o conceito de vício redibitório teria dificuldades para abarcar o faturamento e a lucratividade, pois os direitos do sócio enquanto sócio permanecem inalterados. Apenas o valor da participação é que diminui, mas isto não configura vício da participação.¹²⁸⁴ Nem são vícios da empresa em si, pois toda sociedade incorre em dívidas

¹²⁸³ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 274-279.

¹²⁸⁴ LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag

para girar sua atividade, atingindo determinado faturamento e determinada quota de lucros ou prejuízos. Não é um vício da empresa faturar mais ou menos, lucrar mais ou menos, pois cada empresa tem sua forma de operar, na magistral fórmula de Canaris.

Na Alemanha, a jurisprudência do BGH é no sentido de que elementos como lucratividade e faturamento não configuram vício redibitório, pois não são atributos da empresa propriamente dita, mas dependem de vários fatores como cenário macroeconômico, gestão dos administradores etc.¹²⁸⁵ Da mesma forma, o BGH já decidiu que prognósticos futuros de rentabilidade e faturamento não guardam qualquer relação com a empresa, já que, após a venda, o alienante sequer possuirá influência sobre a empresa para garantir a obtenção de tais metas.¹²⁸⁶⁻¹²⁸⁷ Entendemos que estas mesmas conclusões podem ser aplicadas no direito brasileiro.

A segunda hipótese do art. 441 é que o vício diminua o valor da coisa. É preciso aqui diferenciar duas situações: (i) a diminuição de valor dos bens sociais e (ii) a

Dr. Otto Schmidt, 2004, p. 188-189. PALANDT. Beck'sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 75ª ed. Munique: C.H. Beck, 2016, p. 693.

¹²⁸⁵ BGH, NJW 1990, 1658. Assim também WIEDEMANN, Herbert. Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens. in: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (orgs.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965 – Band I. Munique e Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 827. No entanto, em BGH NJW 1999, 1404, o BGH admitiu excepcionalmente que dados de faturamento e lucratividade pudessem se relacionar à empresa e constituir vício de objeto quando se reportassem a um longo período de tempo e fossem objeto de uma garantia de qualidades do alienante (*Zusicherung einer Eigenschaft*). A regra geral parece ser, portanto, a de que faturamento e lucratividade da empresa não configuram vício redibitório, a menos que haja expressa assunção de responsabilidade por tais dados em contrato. Reportam essa jurisprudência do tribunal federal alemão: SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 73-74; FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001, 843; TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 523 e 529; DAUNER-LIEB, Barbara; THIESSEN, Jan. Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform. *ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT* 2002, 109; GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 54; KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 40-41; GAUL, Björn. Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, n. 166, p. 40.

¹²⁸⁶ Mas fica ressalvada a possibilidade de responsabilizar o alienante por tais elementos futuros em uma garantia autônoma, cf. SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 78.

¹²⁸⁷ Com a reforma de 2002, adotou-se o conceito subjetivo de vício redibitório na Alemanha. Desta forma, mesmo circunstâncias externas ao bem objeto do contrato podem ser pactuadas em uma garantia de qualidade (*Beschaffenheitsvereinbarung*) pelas partes e configurar vício redibitório. Ausente tal estipulação, segue a regra de que faturamento e lucratividade não são vício redibitório. No direito anterior, apenas excepcionalmente o BGH admitia que tais elementos externos à empresa ou aos bens sociais pudessem ser objeto de uma garantia autônoma – não de uma promessa de qualidades. Vide: SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, 77-78; GAUL, Björn. Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, n. 166, p. 45-53.

diminuição de valor da participação societária. A diminuição do valor dos bens sociais, considerados isoladamente, é fácil de ser verificada quando o bem possui mercado ativo ou pode ser avaliado segundo critérios objetivos. Essa avaliação normalmente será possível, se considerados os bens isoladamente.

Ocorre que os bens não são adquiridos isoladamente, e o preço de aquisição é pago tendo em vista a sociedade-alvo como um todo, o que inclui, mas não se limita aos bens sociais e à atividade empresarial. O problema da diminuição de valor dos bens sociais reside em definir a qual parcela do preço total equivale o bem social sobre o qual foi identificado o vício. Dito de outra forma, é muito difícil, quando não impossível, definir quanto o valor do contrato teria sido diminuído por conta do vício incidente sobre um dentre milhares de bens sociais. Até porque a avaliação da empresa depende dos objetivos buscados individualmente por cada parte e não de uma regra geral de valor aplicada paulatinamente a qualquer empresa.¹²⁸⁸

Gronstedt e Jörgens referem que existe uma diferença substancial entre redução do preço de aquisição e reposição do bem da sociedade ou sanção da inconsistência patrimonial. A sanção da inconsistência patrimonial independe da lucratividade da sociedade ou do seu valor de mercado; o que deve ser prestado é o bem em si. Situação diversa é o impacto que tal bem pode ter no preço de aquisição. Quando é possível identificar o impacto do defeito no valor do contrato, de regra a inconsistência patrimonial se reflete apenas parcialmente no valor da empresa e sempre proporcionalmente à participação adquirida.¹²⁸⁹ Muitas vezes, o impacto do vício de um bem social no valor do negócio será irrelevante e não suscitará o regime de vícios redibitórios. Para que se configure vício redibitório, é preciso que seja dotado de gravidade, requisito pacificamente aceito na doutrina,¹²⁹⁰ e diminua o valor do bem “sensivelmente”.¹²⁹¹

¹²⁸⁸ HILGARD, Mark. Berechnung des Schadens bei Verletzung von Garantien eines Unternehmenskaufvertrages. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n. 41, 2005, p. 1815-1816.

¹²⁸⁹ GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 61.

¹²⁹⁰ ASSIS, Araken de. Do Direito das Obrigações (arts. 421 a 578). in: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords), Comentários ao Código Civil Brasileiro, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 313-314. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado. Vol. II. Teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil, preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62. RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. Vol. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 109; SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 180. LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 316.

Também a gravidade do vício pode ser aferida segundo um critério objetivo ou subjetivo, segundo Otto de Sousa Lima. O vício é objetivamente gravoso quando neutralizar ou fizer desaparecer a potencialidade de uso do bem, ao passo que, pelo critério subjetivo, é preciso indagar a vontade do adquirente para avaliar quão grave foi o vício no caso concreto.¹²⁹² Embora o autor não se refira expressamente à gravidade da diminuição de valor, entendemos que os mesmos critérios podem aqui ser aplicados.

Pergunta-se se o adquirente poderia acumular vícios de vários bens para atingir o patamar de gravidade necessário. A resposta parece deslocar a questão para os vícios da empresa ou da participação societária como um todo, não fazendo sentido discuti-la como vício dos bens sociais considerados individualmente. Gronstedt e Jörgens afirmam que *“esta dependência da responsabilidade por elementos individuais da empresa à sua relevância para a lucratividade da empresa é a consequência correta da circunstância de que a compra de uma empresa não é senão a compra de um conjunto de bens patrimoniais”* (tradução livre).¹²⁹³

A barreira continua sendo, portanto, que os defeitos do patrimônio social devem ser extremamente graves para alterar a substância da própria participação societária, diminuindo-lhe o valor. O vício incidente sobre um bem da sociedade raramente poderá ver mensurado seu impacto no valor do negócio e também raramente atingirá o nível de gravidade suficiente para ensejar a disciplina de vícios redibitórios.

Outra questão (não menos problemática) é se a presença de vícios de direito sobre os bens sociais pode alterar a substância da participação societária a ponto de configurar vício redibitório desta última. É o que ocorre, por exemplo, quando se descobre que um imóvel da sociedade é objeto de discussão em ação reivindicatória. Pergunta-se se o vício do direito incidente sobre esse imóvel poderia ser grave o suficiente para retirar da

¹²⁹¹ A expressão é de Silvio Rodrigues, Direito civil. Vol. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 109. Otto de Sousa Lima diz que os vícios devem diminuir o valor do bem “apreciavelmente” (Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: RT, 1965, p. 320). O código civil italiano (art. 1490) usa a expressão “apprezzabile” para definir a diminuição de valor apta a ensejar a disciplina dos vícios.

¹²⁹²LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 317-318.

¹²⁹³ GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 61: *“Diese Abhängigkeit der Haftung für einzelne Bestandteile des Unternehmens von deren Bedeutung für den Ertragswert des Unternehmens war die zutreffende Konsequenz aus dem Umstand, dass es sich beim Unternehmenskauf um den Kauf einer Gesamtheit unterschiedlichster Vermögenswerte handelt”*.

participação societária a propriedade ao fim a que se destina ou lhe diminuir o valor sensivelmente.¹²⁹⁴

Assim como os vícios de objeto, a ausência de vícios de direito sobre os bens sociais deve ser entendida no contexto dinâmico das atividades da sociedade-alvo. O adquirente não compra um bem em estado novo, mas sim um bem afeto a uma finalidade empresarial e com um grau de uso compatível com esta atividade. A forma como os bens sociais são geridos varia de sociedade para sociedade, e também seu título de aquisição.

Pontes de Miranda explica o conceito de vício de direito nos seguintes termos: “[h]á vício jurídico quando, por defeito na titularidade do devedor que prestou, o credor recebe direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou com o que, em virtude de lei, tinha de adimplir”.¹²⁹⁵ De acordo com esta definição pontiana, tudo passa por saber qual foi o direito prometido e a que título o adquirente se o recebeu. Se o alienante prometeu propriedade e entregou propriedade resolúvel, há vício de direito, pois esta é menos que aquela. Se promete apenas o usufruto e entrega usufruto, não há vício.

Essa distinção é de suma importância para averiguar os vícios de direito dos bens sociais no contexto de uma alienação de participação societária. É comum que computadores sejam adquiridos em contratos de *leasing*, ou que máquinas e equipamentos sejam objeto de penhor industrial ou outras formas de gravames reais. É raro a sociedade conseguir obter crédito junto a bancos sem oferecer uma garantia real sobre algum de seus bens ou recebíveis. Tais atitudes são absolutamente normais e corriqueiras no trato comercial e não devem configurar vício de direito. Tratando do poder de controle, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho mencionam que a atividade econômica organizada supõe um complexo de bens destinados a um escopo produtivo, em uma dialética de implicação recíproca entre atividade e bens.¹²⁹⁶ Em nossa opinião, isso deve

¹²⁹⁴ O vício de direito sobre um bem social não teria como ser alçado ao posto de vício do direito da própria participação societária por incompatibilidade lógica. Se as ações ou quotas estão livres e desembaraçadas, não há como falar-se em vício do direito sobre elas. Mas um vício de direito sobre um bem social pode, em determinados casos, ser tão grave a ponto de impedir a sociedade-alvo de cumprir sua função, havendo aí vício redibitório da participação societária.

¹²⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 261.

¹²⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 105-106. Embora os autores valham-se dessa premissa para atingir uma conclusão diversa da aqui sustentada, no sentido de que a aquisição do controle engloba necessariamente o poder sobre os bens sociais e que, portanto, deveria aplicar-se o regime de vícios redibitórios por defeitos do patrimônio social.

significar que o adquirente da participação societária não pode questionar vícios de direito sobre os bens quando estes decorrem naturalmente da atividade empresarial – pois aí o direito sobre esses bens terá sido “entregue” segundo o que foi prometido.¹²⁹⁷

Canaris aponta a dificuldade de se definir o conteúdo da obrigação de entregar todos os bens da sociedade-alvo livre de direitos de terceiros. Diferentemente da alienação de um bem corpóreo isolado, onde o adquirente pode razoavelmente contar que a coisa vendida estará livre de direitos de terceiros, os bens de uma empresa normalmente contam com direitos de terceiros. Corroborando a linha aqui exposta, o autor nega a existência de uma responsabilidade do alienante por vícios de direito incidentes sobre bens específicos da sociedade, mas apenas por aqueles vícios que afetem a atividade da sociedade de forma generalizada.¹²⁹⁸ Canaris afirma ainda que apenas se o alienante assumir contratualmente a obrigação de entregar todos os bens da sociedade livres de ônus e direito de terceiros é que se pode falar em uma obrigação do alienante de assim proceder.¹²⁹⁹ O autor alemão finaliza dizendo que o adquirente só não deve contar com vícios de direito que afetem gravemente a possibilidade de a sociedade exercer sua atividade.¹³⁰⁰ O mesmo vale para direitos que, embora não pertençam a terceiros, sejam cruciais para a sociedade exercer sua atividade e a sociedade não os titule, como no caso de uma empresa petroleira que não possua o direito de perfurar os poços.¹³⁰¹

Entendimento diverso levaria a absurdos. O alienante teria de quitar antecipadamente todos os empréstimos bancários para liberar garantias sobre os bens da sociedade antes de alienar as quotas ou ações; teria de comprar todos os bens alugados ou em *leasing* apenas para evitar a responsabilidade por vícios. Não é esta a realidade das operações e nem seria viável que fosse. A interpretação contratual é que decidirá o que foi prometido.

¹²⁹⁷ O texto é propositalmente atécnico para ressaltar o não-enquadramento no conceito de vícios de direito. Na verdade, o alienante da participação societária não promete nem entrega os bens sociais, vez que deles não é titular.

¹²⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 428 e 431.

¹²⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 429. Importante notar que o autor defende a aplicação da teoria da desapareição da base do negócio jurídico às inconsistências patrimoniais da sociedade.

¹³⁰⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 429-430.

¹³⁰¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 430.

Mas as dificuldades não param por aí. Caso a sociedade seja evicta, porque adquiriu direito sobre um bem de terceiro que, na verdade pertencia a um quarto, tem a sociedade pretensão contra o terceiro que lhe outorgou o direito. Assim, a sociedade será devidamente compensada pelo vício do bem. Não caberá pretensão ao adquirente da participação societária contra o alienante, pois a sociedade, mediante exercício da ação de evicção, ver-se-á ressarcida e manterá seu patrimônio íntegro. A pretensão aqui é da sociedade contra o terceiro, não do adquirente contra o alienante.

Se, por outro lado, a sociedade for a outorgante do direito viciado, ela é quem deverá ressarcir o outorgado por transmitir direito que não lhe pertencia. Aqui pode haver prejuízo ao patrimônio social. Mas aí a pretensão do adquirente contra o alienante das ações ou quotas não será pelo vício de direito, pois não foi transmitido ao adquirente direito sobre o bem social a menor do que o prometido. O que há é um passivo da sociedade frente ao terceiro.

Nada obstante, é possível que um determinado bem da sociedade-alvo esteja a tal ponto comprometido por direitos de terceiros e isso tenha tal relevância para suas atividades, que se possa considerar que a própria participação societária fica afetada em sua função ou valor por conta de tal vício, havendo aí uma transfiguração do vício de direito sobre o bem em vício redibitório da participação societária.

9.3.2. Dificuldade de determinar o caráter oculto do vício

Requisito imprescindível para que se configure o vício redibitório é que o vício do objeto ou de direito seja oculto, pois, se é aparente, presume-se que o adquirente aceitou receber o objeto naquelas condições.¹³⁰² Serpa Lopes ensina que o vício oculto é aquele que não pode ser descoberto por uma análise da coisa, a menos que se realize uma perícia ou procedimento fora do comum. Quando o exame cuidadoso por parte do adquirente é capaz de revelar o vício, se está diante de um vício aparente.¹³⁰³

¹³⁰² SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de direito civil. Vol. III: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 21ª ed., rev. e atual por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: 2017, p. 37-38; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado. Vol. II. Teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais, títulos de crédito, responsabilidade civil, preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62; RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. Vol. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 108.

¹³⁰³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 180.

Na averiguação do caráter oculto do vício deve-se atentar às características individuais do adquirente, que pode ser pessoa experiente, perito ou *expert* na área. Só é oculto o vício que não poderia ser descoberto através de um exame atento pelo comprador, consideradas todas as suas qualidades individuais, sem fazer-se recurso ao critério abstrato do homem médio.¹³⁰⁴ Assim, o defeito de um motor de automóvel pode configurar vício oculto para um cidadão comum, mas talvez não o seja para o mecânico experiente.

A par da discussão sobre o conhecimento técnico do adquirente quanto ao bem viciado, discute-se qual o nível de diligência exigido do adquirente ao examinar o bem. Na Alemanha, o *standard* da negligência grave está previsto no §442 do BGB (*grobe Fahrlässigkeit*), analisada diante das características e capacidades individuais do adquirente.¹³⁰⁵ Ou seja, o adquirente só perde o direito a reclamar de vício oculto se tiver sido bastante negligente no exame do bem. Na Itália, a questão é regulada de modo similar pelo art. 1491 do *codice civile*, o qual dispõe que é oculto o vício que não é “facilmente reconhecível”. Com base nesse dispositivo, a doutrina entende que o vício capaz de ser identificado por um “mínimo esforço diligente” do adquirente em um exame superficial do bem não é vício oculto. Exige-se o exame do bem com base em procedimentos socialmente notórios, mas não que se realizem processos técnicos para avaliá-lo.¹³⁰⁶ No direito brasileiro, à falta de um critério de diligência previsto no Código, Silvio Rodrigues¹³⁰⁷ e Otto de Sousa Lima¹³⁰⁸ entendem que o adquirente deve proceder a um exame cuidadoso e atento. O nível de diligência exigido no direito brasileiro, portanto, parece ser mais rígido que o exame meramente superficial do bem vigente nos direitos alemão e italiano.

A dificuldade reside em como concretizar esse *standard* no caso de alienação de participação societária. Contra vícios aparentes não tem o adquirente qualquer proteção legal. Sua única saída é descobri-los ou ser informado da sua existência. Mas o que seria um exame cuidadoso e atento de uma sociedade, ou melhor, dos bens de uma sociedade?

¹³⁰⁴ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 306-308; MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 118.

¹³⁰⁵ FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004, pp. 168-169.

¹³⁰⁶ BIANCA, Massimo. La vendita e la permuta. in: Filippo Vassalli (org.) Trattato di diritto civile italiano. Volume settimo. Tomo primo. Turim: UTET, 1993, p. 815-818.

¹³⁰⁷ RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. Vol. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 110.

¹³⁰⁸ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 308 e 313.

O tribunal de Justiça de São Paulo já firmou jurisprudência pela obrigação do adquirente de participação societária ou estabelecimento empresarial de proceder a um exame da sociedade ou do estabelecimento previamente à conclusão do negócio,¹³⁰⁹ formulando assim um *standard* de diligência que pode aplicar-se à descoberta de vícios nos bens detidos pela sociedade.

Já no caso *Auto Posto Cabeça Branca*,¹³¹⁰ os alienantes da participação societária declararam que não havia débitos pendentes em nome do posto de combustível gerido pela sociedade, assumindo responsabilidade por débitos com fato gerador anterior à imissão do adquirente na posse dos bens da sociedade. Após a operação foram descobertos passivos trabalhistas e cíveis não informados pelos alienantes, o que motivou a propositura de ação fundada, entre outras razões, na existência de vícios redibitórios. A ação foi julgada improcedente, pois, apesar da declaração dos vendedores, o tribunal paulista entendeu que o adquirente, empresário experiente, poderia obter facilmente as informações fazendo consultas ao site dos tribunais ou exigindo certidões de distribuição de ações. Embora não o tenha dito expressamente, o *decisum* do tribunal acabou fundando-se no fato de que os vícios eram aparentes.

O tribunal paulista parece ter reconhecido uma obrigação do adquirente de proceder a uma análise prévia detalhada da sociedade quando estiver “habitado com as práticas comerciais” do ramo. Parece-nos, no entanto, que, ao assim proceder, o tribunal imputou ônus excessivo de autoinformação ao adquirente. A prestação de declarações em contrato pelo alienante tem por escopo justamente deslocar para o outro pólo da relação o risco de fornecimento das informações inverídicas. Por outro lado, seria difícil conceber um ônus de autoinformação tão amplo, já que o adquirente não poderia saber de antemão todos os tribunais do país em que deveria pesquisar a distribuição de ações, aí computando-se a justiça, estadual, federal, trabalhista e contencioso administrativo. Essas informações podem ser muito mais facilmente obtidas e fornecidas ao adquirente pelo alienante.

¹³⁰⁹ TJSP, apelação n. 0114695-80.2008.8.26.0003-00, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 26.10.2011; TJSP, apelação n. 9095804-71.2002.8.26.0000, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.9.2011; TJSP, apelação n. 9103353-25.2008.8.26.0000, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 26.11.2013; TJSP, apelação n. 0015939-21.2009.8.26.0223, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 31.7.2012; TJSP, apelação n. 0000108-24.1998.8.26.0091, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 12.3.2013; TJSP, apelação n. 1001884-69.2014.8.26.0224, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 11.2.2015. Os precedentes colacionados referem-se a vícios redibitórios em trespasse de estabelecimento. No entanto, servem para demonstrar o reconhecimento de uma obrigação do adquirente de realizar uma auditoria prévia e mesmo um uso negocial de fazer tal avaliação. Os precedentes que tratam de alienação de participação societária são abordados no próprio texto.

¹³¹⁰ TJSP, apelação cível n. 0020052-53.2013.8.26.0554, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 22.2.2017.

No caso *Gold Informática*,¹³¹¹ o adquirente de uma sociedade do ramo de informática alegou vício redibitório, pois o faturamento da empresa era inferior ao considerado para formular o preço de aquisição. Pediu, assim, a redução do preço de compra das quotas. No julgamento da ação, considerou-se que o anúncio de venda da empresa em jornal dizia que tinha ótimo faturamento, porém sem especificar quanto era. O tribunal rejeitou o pleito de vícios redibitórios, com base, entre outras razões, no reconhecimento de que o adquirente era empresário experiente com plenas condições de averiguar a situação financeira e contábil da sociedade antes de adquiri-la. De fato, constou da sentença que o adquirente tivera acesso a todos os documentos financeiros e contábeis da sociedade e declarou-se ciente da sua real situação econômica, contábil e financeira.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou também o caso *Number One*.¹³¹² O comprador das quotas sociais de uma empresa de informática deixou de pagar as parcelas do contrato, alegando vício redibitório consistente no alto passivo bancário e tributário da sociedade. O vendedor ingressou então com ação de execução, tendo o vendedor alegado a matéria de vícios redibitórios em sede de embargos. O tribunal rejeitou a pretensão do comprador, alegando que bastaria solicitar certidões junto aos órgãos competentes, assim como exigir do vendedor a apresentação de extratos e contratos bancários para identificar a situação financeira da sociedade. Considerou-se que, se existente vício, este era aparente.

Em caso envolvendo aquisição de posto de combustível, julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná,¹³¹³ o adquirente de 100% das quotas da sociedade alegou vício redibitório, pois o posto possuía uma alta dívida decorrente de descumprimento de contratos de fornecimento de combustível com a Petrobras. O comprador parou de pagar as parcelas, o que motivou o ingresso do vendedor com ação de execução, à qual sobreveio embargos do devedor. Neste caso, o tribunal também decidiu rejeitar o argumento de vício redibitório porque o comprador tinha se declarado ciente das condições do contrato de fornecimento e inclusive tampouco era verossímil que um empresário com experiência no ramo não tivesse ciência de tais vícios.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹³¹⁴ julgou caso em que a autora comprara o maquinário, instalações comerciais e a carteira educacional de uma

¹³¹¹ TJSP, apelação n. 0279546-14.2009.8.26.0000, Rel. Des. Fábio Quadros, j. 16.5.2013.

¹³¹² TJSP, apelação n. 0028127.-04.2010.8.26.0161, Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 22.5.2015.

¹³¹³ TJPR, apelação n. 740451-3, Rel. Des. Jucimar Novochadlo, j. 16.2.2011.

¹³¹⁴ TJDF, apelação cível n. 20060910157468, Des. Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, j. 1.6.2009.

escola (aquisição de ativos, portanto), deixando estipulado no instrumento contratual que os vendedores assumiam responsabilidade por débitos fiscais anteriores à venda. Após a compra, como a autora estava encontrando dificuldades para abrir uma sociedade em seu nome para desenvolver o empreendimento educacional recém-adquirido, os réus cederam-lhe gratuitamente as quotas da sua sociedade, informando-a então da existência de débito fiscal. Contudo, constou do instrumento de cessão de quotas da sociedade que os alienantes respondiam pela evicção a qualquer tempo. Após tais ajustes, a compradora recebeu uma notificação da Secretaria da Fazenda cobrando dívida fiscal, que a nova sócia quitou, voltando-se contra os vendedores. No entendimento do Tribunal, não seria o caso de responsabilizar os vendedores, pois a autora tinha ciência da dívida fiscal. Embora pelas razões erradas, o tribunal acabou bem julgando a matéria. Não seria mesmo o caso de evicção, pois a dívida fiscal não afeta as quotas em si, mas o patrimônio social.

Em outro caso relevante julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,¹³¹⁵ estava-se diante de uma compra e venda de um imóvel, instrumentalizado por meio da compra de quotas de uma sociedade que, aparentemente, tinha o imóvel por único bem. Tanto o imóvel quanto as quotas da sociedade haviam sido objeto de sequestro judicial três meses antes da assinatura do contrato, em virtude de sonegação fiscal, apurada inclusive criminalmente, o que fora amplamente noticiado na mídia. O comprador, alegando desconhecimento do fato, sustou o pagamento das parcelas, dando azo ao ajuizamento de ação de rescisão contratual pelo vendedor. Em sua defesa, o comprador alegou exceção de contrato não cumprido como justificativa para interromper os pagamentos, pois as quotas adquiridas estavam constringidas. No julgamento dos embargos infringentes, o tribunal, adotando fundamentação que em muito se assemelha àquela vista na Itália para a *società di comodo*, entendeu que não havia evicção, pois a questão era de conhecimento público, de modo que o comprador não poderia alegar seu desconhecimento. O tribunal acertou ao analisar a evicção sob as quotas transacionadas, embora a equiparação implícita entre o imóvel detido pela sociedade e as quotas sociais em si mereça críticas.

Os exemplos acima mostram a dificuldade de concretizar-se o *standard* de diligência exigível do adquirente para descobrir os vícios incidentes sobre os bens sociais. Como dito anteriormente (Parte II *supra*, n. 6.4.4), a extensão e profundidade da auditoria

¹³¹⁵ TJDF, Embargos Infringentes na apelação cível n. 42.630-97, Rel. Desa. Vera Lúcia Andrichi, j. 4.3.1998.

prévia comportam um sem-número de gradações, de acordo com as características das partes, o volume de informações a serem analisadas, o volume do negócio e os custos da auditoria. Delimitar a amplitude e a profundidade que a auditoria deve alcançar no caso concreto é tarefa complexa. Por outro lado, o dever do alienante de fornecer informações ao adquirente também não se deixa apreender facilmente. Depende muito mais de saber qual o tipo de informação que o adquirente considera relevante e o formato em que deve ser fornecida, respeitado sempre o limite do razoável.

O regime de vícios redibitórios e vícios de direito parece não dar conta das múltiplas gradações que o dever de informar, combinado com o dever de se autoinformar, pode apresentar no caso concreto. O esquema binário vício oculto vs. vício aparente gera dois tipos de solução: ou o adquirente pode reclamar pelos vícios, ou não pode. A complexidade da aquisição de participação em uma sociedade, todavia, demanda uma figura mais flexível para dar conta do fenômeno. Canaris critica essa abordagem tudo-ou-nada dos vícios redibitórios. O objeto da transação é demasiado complexo e poderia ser até mesmo injusto imputar responsabilidade por um defeito dos bens sociais inteiramente a uma parte ou a outra. E há ainda situações em que ambas as partes têm ou poderiam ter previsto o evento prejudicial. Canaris propugna, assim, por um modelo em que os efeitos adversos de tais eventos possam ser repartidos entre as partes.¹³¹⁶

Já abordamos, quando falamos do regime do erro, um regime elástico de distribuição do ônus de autoinformação entre as partes. Embora a jurisprudência nacional não tenha dado até o momento, em nossa opinião, adequado relevo ao dinamismo do processo de aquisição de informação em alienações de participação societária, pensamos que o esquema vício oculto vs. vício aparente deva ser graduado segundo o jogo entre o dever de informar e o ônus de se autoinformar (Parte II *supra*, n. 6.3 e 6.5).

9.3.3. Inadequação das consequências do regime de vícios redibitórios

As dificuldades aplicativas do regime de vícios redibitórios estendem-se também aos remédios jurídicos à disposição do adquirente da participação societária. No regime de

¹³¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 409-412. Canaris propõe tratar os ativos e passivos da sociedade descobertos após a conclusão da operação nos quadros da desapareição da base do negócio jurídico (Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 396-412). Sem adentrar no mérito da questão no direito alemão, a proposta não parece adequada ao direito brasileiro, onde a teoria da base do negócio apenas tem sido admitida por eventos supervenientes (art. 478) e não por vícios preexistentes à entrega da coisa.

vícios redibitórios, a lei coloca à escolha do adquirente a opção de redibir a coisa ou pedir a redução do preço (CC, arts. 441 e 442). Fábio Comparato e Calixto Salomão Filho propõem que a redibição da participação societária seja aceita apenas nos casos em que a organização empresarial se afigure imprópria ao uso, avaliado este segundo a finalidade específica da aquisição de controle no caso concreto.¹³¹⁷ Ao contrário, quando o vício importar apenas diminuição do valor, segundo o mesmo critério de avaliação utilizado para determinar o preço de aquisição, o único remédio cabível deve ser a redução do preço.¹³¹⁸

Embora a limitação à escolha pelo adquirente dos remédios legais cabíveis seja oportuna *de lege ferenda* e já tenha sido defendida entre nós por Otto de Sousa Lima,¹³¹⁹ não há base legal para tanto.¹³²⁰ A lei dá uma verdadeira opção à escolha do adquirente.¹³²¹ A aplicação do regime de vícios redibitórios à alienação de participação societária traria o inconveniente de possibilitar que mesmo defeitos de menor relevância nos bens sociais justificassem o desfazimento do negócio, com indesejável prejuízo à segurança jurídica. Mas, se a lei assim determina, não há razão para extirpar tal remédio.

A redução do preço de aquisição das ações ou quotas tampouco seria capaz de equacionar de forma satisfatória os interesses das partes. Fábio Comparato e Calixto Salomão Filho propõem que a redução do preço se dê pelo mesmo critério usado pelas partes na avaliação do negócio, porém a solução é falha. O preço só pode ser reduzido mediante demonstração de que o preço pago é excessivo em vista do valor da coisa, considerado o vício redibitório. Porém, em se tratando de participação societária, não há um critério seguro para definir o seu preço “normal”.¹³²² Valem aqui as considerações já feitas anteriormente para o cálculo da redução de preço em alienações de participação

¹³¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 243. O autor propõe que, se o objetivo da aquisição for obter o controle da organização empresarial, apenas aqueles vícios capazes de torná-la incapaz de exercer sua atividade econômica devem suscitar a redibição das ações ou quotas. Já se o objetivo for a aquisição de bens determinados da sociedade, o defeito deve ser sobre tais bens.

¹³¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 243-244.

¹³¹⁹ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 347.

¹³²⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p.325.

¹³²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 394-396; SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de direito civil. Vol. III: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 21ª ed., rev. e atual por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: 2017, p. 40; RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. Vol. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 111.

¹³²² MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 76.

societária (Parte II *supra*, n. 6.5.2), com as devidas adaptações.¹³²³ É que a redução do preço no regime de vícios redibitórios não visa a proteger a livre formação da vontade, mas o equilíbrio entre prestação e contraprestação. Portanto, não é necessário averiguar o nexo causal entre o vício oculto e a vontade que teria sido presumivelmente manifestada. O que se deve observar é o valor objetivo das ações ou quotas, porém inexistente critério seguro para tanto. Na ausência de critério melhor, entendemos pela aplicação subsidiária do critério de patrimônio líquido, segundo a fórmula abaixo:

$$\frac{\text{Patrimônio líquido com vícios}}{\text{Patrimônio líquido sem vícios}} = \frac{\text{Preço reduzido}}{\text{Preço do contrato}}$$

Além disso, a redução de preço deixaria o adquirente sem proteção alguma nos casos em que a inconsistência patrimonial da sociedade não afeta sua lucratividade ou seu valor de mercado. Na compra de uma sociedade em crise, por exemplo, em que o preço de aquisição é baixo, o adquirente poderia não ter direito a qualquer redução de preço.¹³²⁴

Qualquer que seja o remédio adotado pelo adquirente, abatimento do preço ou redibição das ações ou quotas, o próprio preço de aquisição funcionaria como um teto para além do qual não é possível o abatimento ou restituição do que foi pago.¹³²⁵ O adquirente ficaria virtualmente desprotegido contra vícios que superam o próprio preço de aquisição, como sói acontecer com passivos ambientais e fiscais.

Outro remédio jurídico posto à disposição do adquirente da coisa viciada é a indenização das perdas e danos sofridos (CC, art. 443). No entanto, a pretensão do adquirente fica restrita às despesas do contrato, se o alienante desconhece o vício; apenas no caso em que o alienante tem ciência do vício é que o adquirente tem indenização integral por todas as perdas e danos. O regime do código distingue, assim, entre o alienante

¹³²³ Pontes de Miranda chega mesmo a dizer que a redução do preço é impossível se a contraprestação do adquirente consistir em bem indivisível (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 396). Por outro lado, Otto de Sousa Lima afirma que, mesmo sendo indivisível a coisa, é possível a diminuição pelo equivalente (LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 345-346).

¹³²⁴ O exemplo é dado por Gronstedt e Jörgens, Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 61.

¹³²⁵ MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992, p. 75.

de boa-fé e o de má-fé.¹³²⁶ Na prática, o adquirente da participação societária dificilmente conseguiria tutela contra os danos incorridos, em vista da inerente dificuldade de provar a má-fé. Ficaria, no mais das vezes, limitado ao teto constituído pelo preço de aquisição.

Discute-se se seria possível firmar uma presunção de conhecimento dos vícios pelo alienante, tendo em vista sua profissão. Otto de Sousa Lima entende que uma tal presunção deve ser aceita no direito brasileiro para fabricantes e comerciantes.¹³²⁷ Tal presunção apenas poderia ser feita *cum grano salis* na aquisição de participações societárias. É questionável se o detentor de participação societária, minoritária ou de controle, deva ter, por sua profissão, conhecimento de todos os passivos ocultos ou vícios sobre bens sociais. Em empresas de grande porte, esse tipo de informação circula apenas dentro de determinados setores responsáveis, de modo que apenas os fatos de maior relevância chegam ao conhecimento do sócio; a informação sobre o ajuizamento de uma ação trabalhista, por exemplo, normalmente circula entre os departamentos jurídico e de RH, mas não alcança a alta administração da companhia ou o sócio. Se a informação não for solicitada na fase de auditoria, como imputar tal conhecimento ao alienante da participação? Acresça-se que muitos passivos ocultos, como autuações fiscais e administrativas, surgem apenas após a conclusão da operação, as quais o alienante não poderia logicamente conhecer. Ademais, tal presunção dificilmente teria lugar em uma operação que tenha por objeto a fatia minoritária da sociedade, já que aí o alienante não está inserido na gestão diária dos negócios sociais.

Por fim, o regime de vícios redibitórios ainda seria inadequado pelos curtíssimos prazos decadenciais de 30 dias e um ano para bens móveis e imóveis, respectivamente (CC, art. 445, *caput*). Passivos ocultos e vícios de bens sociais normalmente surgem tempo considerável após a realização do negócio, que escapam mesmo aos prazos adicionais do §1º do art. 445 do Código Civil para vícios que, pela sua natureza, só possam ser conhecidos após a entrega do bem. Ainda que em operação de vulto seja comum pactuar prazos de garantia estendidos que poderiam entrar na regra do art. 446 do Código Civil, o mesmo não é verdade para operações menores, em que as partes não contam com assessoria especializada.

¹³²⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 181.

¹³²⁷ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 337-340.

Outra dúvida que surge quanto ao prazo decadencial é o de saber se o prazo aplicável é o previsto para bens móveis ou imóveis, e qual a data de corte relevante para considerar a tomada de ciência dos vícios redibitórios pelo adquirente. Fábio Comparato e Calixto Salomão Filho entendem que, nas cessões de controle, deve-se aplicar o prazo de bens móveis, vez que o controle deriva da propriedade das ações, que são bem móvel.¹³²⁸ Este prazo deveria começar a contar, no mais tardar, a partir da primeira assembleia geral que aprova as contas dos administradores, pois aí o controlador tem o dever legal de verificar o estado patrimonial da sociedade, sob pena de transformar a responsabilidade por vícios redibitórios em uma disciplina “sem prazo decadencial”.¹³²⁹

Embora se concorde que, na remota hipótese de se conseguir preencher todos os requisitos para incidência dos vícios redibitórios, o prazo decadencial aplicável seria o de bens móveis, vez que a participação societária é bem móvel, não se entende por que a disciplina seria “sem prazo”. O próprio código prevê no art. 445, §1º, a extensão por um prazo máximo de 180 dias para bens móveis, que, somados aos 30 dias para exercer o direito formativo, totalizam 210 dias. Portanto há um prazo bem definido. Além disso, a presunção de conhecimento dos vícios redibitórios na data da primeira assembleia geral que aprova contas não encontra amparo na lógica societária. Isso porque o sócio, seja ele controlador ou não, não tem obrigação de “refazer” o trabalho do auditor ou da controladoria da sociedade a cada aprovação de contas. Nem seria compatível uma tal presunção com a possibilidade de anular as contas no prazo de dois anos (CC, art. 1.078, §4º; LSA, art. 286): a anulação da aprovação de contas é prova de que o sócio, mesmo se detentor do controle, não tem obrigação de descobrir equívocos nas demonstrações financeiras antes de aprová-las, do contrário a sua falta de diligência para descobrir tais equívocos não poderia ser utilizada na ação anulatória. Seria um contrassenso. Fábio Comparato e Calixto Salomão Filho citam em apoio dessa tese o §1º do art. 117 da LSA, mas nisso parecem confundir a responsabilidade societária do controlador por abuso de poder com a disciplina negocial entre as partes da cessão de controle por vícios da empresa. Mesmo na hipótese da alínea g do §1º do art. 117 da LSA, trata-se de um caso em que o controlador efetivamente tem conhecimento dos equívocos nas demonstrações

¹³²⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 245, nota de rodapé n. 25.

¹³²⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 245, nota de rodapé n. 26.

financeiras e mesmo assim as aprova. Mas nesse caso o conhecimento dos vícios é efetivo e não ficto.

A única regra, portanto, em se tratando de prazos decadenciais é que o adquirente da participação societária deve denunciar os vícios dentro de 30 dias a partir do seu conhecimento, sendo certo que possui um prazo máximo de 180 dias para descobrir o vício, se, pela natureza deste, só puder ser descoberto mais tarde.

Gabriel Buschinelli defende arduamente que o regime de vícios redibitórios não deveria ser aplicado em hipótese alguma à compra e venda de participação de controle, elencando cinco motivos para tanto. Embora se concorde que a disciplina dos vícios redibitórios não é adequada a tutelar a relação entre adquirente e alienante da participação, a posição aqui defendida é de que os vícios redibitórios só devem incidir sobre a própria participação societária e que, em situações extremas, é possível que defeitos dos bens ou das atividades sociais se alcem à qualidade de defeito da própria participação societária. Analisamos até o momento todas as dificuldades aplicativas dos vícios redibitórios em se tratando de participação societária, mas concede-se que, se atingidos todos os elevados patamares e preenchidos os requisitos, pode haver vício redibitório sobre a participação. Passamos a analisar os cinco motivos trazidos pelo mencionado autor para negar a incidência de vícios redibitórios à alienação de participação.

O primeiro motivo trazido por Buschinelli é que, se as partes quisessem tutela para os vícios dos bens que compõem o patrimônio social, poderiam celebrar um negócio sobre o estabelecimento empresarial em vez da participação societária. Se escolhem fazer um negócio sobre os títulos de participação, devem se submeter à disciplina jurídica escolhida.¹³³⁰ O argumento é absolutamente pertinente e com ele concorda-se na sua integralidade. Mas o que se está a dizer é que em determinadas situações excepcionais os vícios dos bens ou atividades sociais podem afetar a própria participação societária. Portanto, não se trata de conferir tutela sobre o patrimônio social ao adquirente da participação societária, mas sim de tutela sobre a própria participação. Afinal, se há acordo entre as partes no sentido de que a participação se volta à finalidade de participar de uma atividade empresarial lucrativa por meio do contrato de sociedade, mas depois se descobre

¹³³⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 327-328.

que a sociedade recém se desfizera de todos os seus bens, não há como negar que a participação neste contrato de sociedade volta-se a fim diverso do visado pelas partes.

O segundo motivo elencado pelo autor diz respeito à inexistência de uma qualidade padrão do patrimônio societário que pudesse ser tomado como referencial para saber se o patrimônio possui vícios ou não.¹³³¹ A afirmação também é absolutamente correta e adotada inteiramente neste trabalho. Por isso sublinhamos que o direito brasileiro acolhe a teoria subjetiva dos vícios redibitórios, por meio do qual as partes podem estipular qual a finalidade a que a coisa se destina, e que a responsabilidade por vícios do objeto só deve incidir em havendo pactuação sobre a finalidade da participação societária.

O terceiro motivo que, na opinião de Buschinelli, impediria a aplicação do regime de vícios redibitórios é a incompatibilidade da hipótese com a responsabilidade objetiva do alienante pelas garantias edilícias, sendo que muitos fatos ocorridos dentro da empresa sequer chegam ao seu conhecimento.¹³³² Concordamos que o sócio, controlador ou não, jamais terá conhecimento de absolutamente tudo que se passa dentro da sociedade. Mas isso de certa forma ocorre com qualquer bem. Mesmo o vendedor de automóvel usado não tem condições de saber se absolutamente todos os itens do veículo estão em ordem, e, no entanto, responsabiliza-se pelas garantias edilícias quanto a vícios ocultos que afetem o bem. As garantias edilícias, na verdade, não são uma salvaguarda contra possível ciência do defeito pelo alienante – tanto que o art. 443 do Código Civil claramente faz essa separação –, mas sim uma proteção objetiva de que o bem cumprirá a função visada pelas partes ou será de valor correspondente.

Como quarto motivo, o autor traz o fato de que a garantia por vícios redibitórios liga-se historicamente a coisas tangíveis, e que os curtos prazos decadenciais referem-se à possibilidade de tomar conhecimento do vício pela simples posse do bem.¹³³³ A afirmação é novamente correta e deixa entrever uma inegável inadaptação do regime de vícios redibitórios à alienação de participação societária. Mas nem só defeitos palpáveis configuram vício do objeto. Como diz Otto de Sousa Lima, vícios jurídicos também podem

¹³³¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 328-329.

¹³³² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 329-330.

¹³³³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 330.

configurar vício redibitório.¹³³⁴ Logo, a própria evolução do instituto mostra o esvaziamento da ideia de posse física da coisa para justificar a proteção. Os curtos prazos, embora historicamente presos à ideia de posse, não mais se justificam com base nela.

Por fim, Buschinelli alega que seria incongruente impor ao alienante a obrigação de tratar a transação como se fosse uma transação direta sobre os bens sociais e não reconhecer a mesma obrigação ao adquirente, por exemplo para fins de recolhimento de ITBI sobre bens imóveis da sociedade.¹³³⁵ Nos termos aqui expostos, não haveria tal incongruência, pois tanto alienante como adquirente se submetem apenas ao regime da alienação de participação. Para que o defeito do patrimônio ou das atividades sociais gerem responsabilidade precisaria existir enorme gravosidade a ponto de o vício incidir sobre a própria participação societária. Não haveria tal assimetria de tratamento.

Com isto, vai justificada a possibilidade de o adquirente da participação societária reclamar por vícios redibitórios na ausência de uma cláusula de declarações e garantias. Resta agora analisar se a presença de declarações e garantias afeta a incidência do regime de vícios.

9.4. Não subsunção das declarações e garantias ao regime de vícios redibitórios

Saber se a cláusula de declarações e garantias deve suscitar o regime de vícios redibitórios no direito brasileiro passa pelo debate sobre a natureza jurídica da promessa de qualidades. Pontes de Miranda entende que as qualidades asseguradas pelo alienante são base para a responsabilidade por vícios do objeto.¹³³⁶ Mas o autor embute excessivo germanismo, pois toda sua argumentação parece basear-se na legislação de vícios redibitórios do direito alemão. O mestre alagoano afirma, por exemplo, que o adquirente pode preferir indenização em vez de redibir ou reduzir o preço do bem, se a qualidade for assegurada pelo vendedor.¹³³⁷ A afirmação parece estar baseada no antigo §463 do BGB, o qual dispunha que o adquirente só podia pedir indenização em lugar de redibição ou

¹³³⁴ LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 274-279.

¹³³⁵ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 330-331.

¹³³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 399 e 427.

¹³³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais 2012, p. 413.

abatimento de preço se se tratasse de qualidade assegurada. A própria expressão “qualidade assegurada” é uma tradução literal da *zugesicherte Eigenschaft* prevista no código alemão.

De forma semelhante, Guilherme Döring Cunha Pereira separa as meras declarações das partes das garantias contratuais propriamente ditas. As meras declarações seriam qualidades prometidas que ajudam a identificar a existência de erro, dolo, vícios ou adimplemento bom. Já as garantias contratuais propriamente ditas são aquelas em que o declarante assume responsabilidade pela veracidade das declarações e assume responsabilidade pelas diminuições patrimoniais daí exsurgentes.¹³³⁸ Deve-se concordar com Guilherme Döring Cunha Pereira quanto ao fato de que a cláusula de declarações e garantias tem caráter dúctil, podendo ser moldada como simples promessa de qualidades ou como obrigação de garantia, conforme a vontade das partes. No entanto, não parece correta a afirmação de que a promessa de qualidades rege-se pelo regime de vícios redibitórios.

A seguir-se a teoria perfilhada por Pontes de Miranda e Guilherme Döring Cunha Pereira, os contratantes que fizessem incluir uma cláusula explícita de promessa de qualidades sem alterar por completo o regime de vícios redibitórios ver-se-iam em situação pior do que se a incluíssem no regime geral do inadimplemento. Principalmente em aquisições de pequena monta, é comum uma promessa genérica de que a coisa possui determinadas qualidades, sem regular detalhadamente a obrigação do alienante. Se as partes incluem uma promessa expressa de qualidades, é porque querem reforçar a responsabilidade daquele que as promete e não a atenuar.

Além disso, o conceito de vícios redibitórios é bastante estrito. Apenas é vício aquilo que de forma grave afeta a funcionalidade ou o valor da coisa. Muitas características do patrimônio e das atividades sociais abarcadas em cláusulas de declarações e garantias, no entanto, não são tão relevantes a ponto de afetar a própria função ou o valor da participação societária. Ter-se-ia de criar um regime paralelo de responsabilidade: violações às declarações e garantias suficientemente graves para se enquadrar no regime de vícios receberiam a tutela dos vícios redibitórios, que é menos rígida; ao passo que violações mais brandas às declarações e garantias, que não se enquadram no conceito de

¹³³⁸ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle societário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 105-106.

vício, receberiam a tutela mais rígida da responsabilidade contratual. Isto levaria a uma insanável incongruência valorativa.

Em nossa opinião, a cláusula de declarações e garantias não deve jamais ser subsumida no regime de vícios redibitórios, pois a cláusula especifica a obrigação de dar a participação societária, com pressupostos próprios do inadimplemento contratual que são distintos dos vícios redibitórios. Já analisamos anteriormente que o regime dos vícios redibitórios confere proteção quanto às qualidades normalmente esperadas da coisa em vista de sua função e valor, ao passo que a especificação de qualidades protege contra a entrega de coisa que não corresponda às qualidades convencionais (Parte II *supra*, n. 5.2). Por isso, se as declarações e garantias especificam qualidades da coisa, devem ser regidas pela disciplina jurídica do inadimplemento e não pelos vícios redibitórios.

Por outro lado, quando as declarações e garantias se qualificam como obrigação de garantia, ressalta ainda mais a disparidade de regime para com o dos vícios redibitórios, pois aí trata-se da assunção de um risco, e não de defeitos que atrapalhem o desempenho da função da coisa ou reduzam seu valor.

Onde há vontade das partes de especificar as qualidades da coisa, deve-se privilegiar o regime de responsabilidade contratual, que é mais rígido. Apenas onde não há vontade das partes é que deve intervir o regime de vícios do objeto para dar tutela, ainda que menos forte, ao adquirente que não pode ou não conseguiu incluir em contrato. Em qualquer hipótese, as declarações e garantias não devem ser reguladas pelo regime de vícios redibitórios no direito brasileiro.

No caso *Zepp*, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais,¹³³⁹ foi celebrado contrato de cessão de participação societária dispondo especificamente que a sociedade era proprietária da marca de calçados Zepp. Após a operação, descobriu-se que a sociedade não era titular da referida marca, o que motivou o ajuizamento de ação pelos compradores pedindo, entre outras coisas, a declaração de inexigibilidade das parcelas do preço em aberto. Com fundamentação confusa, a Corte mineira entendeu que a impossibilidade de utilizar a marca configurava vício redibitório, porque diminui o valor do bem adquirido (as quotas da sociedade). Declarou assim a redução do preço pago, na forma de inexigibilidade dos títulos ainda não pagos, referentes às parcelas em aberto. A corte mineira parece-nos ter errado. Primeiro, a inexistência da propriedade sobre a marca não configura vício

¹³³⁹ TJMG, apelação cível n. 1.0024.02.884407-4/001, Des. Rel. Antônio Bispo, j. 11.4.2013.

redibitório, mas sim vício de direito sobre a marca, eis que pendia direito de terceiro anterior. Segundo, a pendência de vício de direito sobre uma marca da sociedade não configura vício da participação societária em si, mas apenas do patrimônio social; portanto, uma assimilação direta das regras sobre vícios do objeto e do direito à hipótese é de ser rechaçada. No entanto, havia uma promessa expressa de qualidade da participação societária – a sociedade deveria ser proprietária da marca Zepp – que fora descumprida no caso concreto, e isso leva ao terceiro erro do tribunal de Minas Gerais: embora fosse possível tutelar os compradores por inadimplemento contratual dos vendedores, a redução do preço não é remédio previsto no art. 389 e ss. E isso fica ainda mais evidente no caso, pois à discussão sobre vícios redibitórios seguiu-se debate sobre indenização dos lucros cessantes, tutela que só é conferida pelo regime de vícios redibitórios ao adquirente em caso de conhecimento do vício pelo alienante – questão que sequer foi abordada no acórdão.

Diferente é a situação dos vícios de direito sobre a participação societária. A doutrina italiana entende que as declarações incidentes diretamente sobre as ações ou quotas, tais como percentual de participação no capital, inexistência de ônus ou gravames, existência de direito de voto e dividendo *etc.* (as chamadas *legal warranties*), repetem em grande medida a disciplina dos vícios de direito, introduzindo mudanças pontuais no regime da lei, mormente para abrandar a exigência de diligência do adquirente, firmar a presunção de ignorância do vício sobre a participação ou ainda afastar questionamentos sobre a gravidade do vício (Parte II *supra*, n. 2.4). Entendemos que, normalmente, as *legal warranties* visam a criar um regime de responsabilidade próprio, enquadrado como uma obrigação de garantia (Parte II *supra*, n. 4.3.9). Mas também é dado às partes utilizar as declarações e garantias apenas para modificar ou reforçar a tutela legal contra vícios de direito. As declarações e garantias em sua modalidade de *legal warranties* podem, assim, ser subsumidas a tal disciplina jurídica, se for esta a vontade das partes.

A razão para a diversidade de tratamento entre os regimes de vícios do objeto e de direito – este abarcando as declarações e garantias, aquele, não – está no próprio conceito de vício. O vício de direito prescinde da análise da função ou do valor da coisa. Basta que se entregue um direito diminuído em relação ao que se prometeu, como diz Pontes de Miranda.¹³⁴⁰ A rigor, trata-se de uma subespécie de inadimplemento contratual¹³⁴¹ – ao

¹³⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012,

contrário dos vícios redibitórios, que, como visto, aplicam-se apenas por fora do regime do inadimplemento. Por isso, as declarações e garantias podem modular o regime dos vícios de direito, mas não o de vícios redibitórios. A título de exemplo, se se declarar que as ações estão livres de ônus, mas forem entregues ações gravadas com usufruto, pode ter-se a responsabilidade por vício de direito.

p. 261.

¹³⁴¹ LEITE, Clárisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57-61.

CONCLUSÃO

Notamos no capítulo introdutório deste trabalho que a cláusula de declarações e garantias tem origem no sistema de *common law*. Lá, onde as obras contratuais costumam ser longas e detalhistas, surgiram as declarações e garantias para reunir a proteção do regime da *misrepresentation* e da *warranty*. A *misrepresentation* confere tutela extracontratual à parte que foi induzida a celebrar o contrato por afirmações de fato falsas da outra parte, mas em regra não se a parte silenciou sobre uma informação relevante. Preenchidos os requisitos da *misrepresentation*, a parte prejudicada pode pedir desfazimento do negócio e indenização pelos *out-of-pocket expenses*. Já a *warranty* confere proteção contratual por determinadas afirmações de fato feitas sobre o bem objeto do negócio, oferecendo em regra tutela indenizatória segundo o critério *benefit of the bargain*.

A cláusula de declarações e garantias surge, assim, para obviar o inconveniente da prática contratual antiga de incluir uma cláusula de *representations*, onde a parte prejudicada tinha de provar que confiou na *misrepresentation* para celebrar o negócio. Com uma *warranty*, basta provar o descumprimento do contrato para pedir indenização. Compreende-se que o desenvolvimento da cláusula de declarações e garantias deve-se muito aos esquemas de responsabilidade conhecidos dos advogados do *common law*, notadamente à formação da responsabilidade por *misrepresentation* e por *breach of warranty*. Hoje em dia, é mais comum as partes excluírem todos os demais remédios jurídicos disponíveis e pactuarem apenas o ressarcimento de certas perdas definidas em contrato. Muda-se assim o esquema clássico das *representations* e das *warranties* em direção ao instituto das *indemnities*.

No direito brasileiro, tal formação é de difícil apreensão, pois não há aqui um instituto voltado apenas a tutelar a parte contra afirmações inexatas da contraparte, sejam elas dolosas, negligentes ou inocentes. É preciso compreender, portanto, a função da cláusula de declarações e garantias para identificar sua natureza jurídica no direito brasileiro.

A cláusula de declarações e garantias constitui um tipo contratual (de cláusula contratual), embora não seja um tipo legal. Quando utilizada em alienação de participação societária, desempenha uma função socialmente típica de garantia, embora possa exercer também funções conformativa, informativa e probatória. A exata medida das declarações e

garantias no caso concreto dependerá de uma análise que envolve vários índices de tipo, tais como seu objeto, seu fim, seu horizonte de sentido, sua configuração.

A função concretamente exercida pela cláusula de declarações e garantias é que determinará sua natureza jurídica. Ao longo deste trabalho demonstrou-se que as declarações e garantias podem assumir duas naturezas jurídicas distintas com base no contrato, além de poderem relacionar-se com outros quatro institutos jurídicos previstos em lei, de forma concorrente. Não há concorrência entre as duas possíveis naturezas jurídicas contratuais: ou é obrigação de garantia, ou é especificação da obrigação de dar. Ou é um, ou é outro. Mas pode haver concorrência entre as naturezas jurídicas contratuais e os institutos disciplinados em lei.

Na ausência de declarações e garantias, os itens que compõem o patrimônio social ou os caracteres da atividade social configuram meros motivos do negócio e são, portanto, irrelevantes. Não poderia ser diferente, pois o objeto do negócio é a participação societária e não os bens sociais. Qualquer tutela deve ser dirigida apenas à própria participação societária. Ou seja, apenas o erro quanto a características da própria participação – vícios redibitórios e do direito incidentes sobre as ações ou quotas – são dignos de tutela.

Na presença de cláusula de declarações e garantias, a situação muda.

Como obrigação de garantia, as declarações e garantias transferem ao declarante o risco de concretização de determinado evento adverso ao co-contratante. A ocorrência do risco não configura inadimplemento contratual pelo declarante, vez que este não se obrigou a impedir a ocorrência do risco. Mas o risco é pressuposto para o surgimento de uma obrigação ulterior, que pode ser livremente estipulada pelas partes. Normalmente esta obrigação será o pagamento de uma soma garantida, a redução do preço de compra, o desfazimento do negócio ou a sanção do risco *in natura*. Índice de tipo fortíssimo de que as partes pactuaram uma obrigação de garantia é a estipulação de um prazo de garantia dentro do qual, e apenas dentro do qual, o declarante assume responsabilidade pela concretização dos riscos determinados na cláusula de declarações e garantias.

Já em sua função conformativa, as declarações e garantias se qualificam como especificação da obrigação de dar a participação societária dotada de certas qualidades. As características da atividade da sociedade e do patrimônio social deixam o campo dos simples motivos e passam, por ação da vontade das partes, a ser uma qualidade prometida

da própria participação societária. Aqui sim haverá verdadeiro inadimplemento se as ações ou quotas não apresentarem as qualidades prometidas pelo declarante. A consequência será a possibilidade de pedir cumprimento específico, indenização e, eventualmente, resolução contratual por inadimplemento.

Passando aos institutos previstos em lei, é preciso, antes de mais nada, salientar que eles podem aplicar-se independentemente de cláusula de declarações e garantias, pois decorrem da própria lei. Contudo, a concretização de tais institutos pode ser facilitada pelas declarações e garantias, atuando aqui em suas funções informativa e probatória.

A responsabilidade pré-contratual por falha ao dever de informar pode ser facilitada pelas declarações e garantias, vez que estas veiculam a informação e fazem prova de que foi prestada na fase pré-contratual, mas não surge por força delas. O dever de informar surge na fase pré-contratual quanto a qualquer informação capaz de alterar o comportamento da outra parte no momento de celebrar o negócio. A amplitude e a intensidade de tal dever variam sensivelmente de caso a caso. Como a participação societária é objeto demasiado complexo, a exata medida do dever de informar é dada no caso concreto pela interação entre credor e devedor da informação: aquele mostrando a este quais as informações que julga necessárias para formar seu convencimento quanto à conveniência do negócio; este fornecendo as informações solicitadas e outras mais que, embora não tenham sido solicitadas, se afigurem como relevantes ao negócio. A violação ao dever de informar, no entanto, raramente oferecerá tutela adequada, pois não permite o desfazimento do negócio, mas apenas tutela indenizatória pelo interesse negativo. Em alienação de participação societária, o interesse negativo reflete-se no valor que o adquirente teria pago a menor pela participação se tivesse a informação adequada, mas será complicado comprovar que o alienante teria aceito preço menor, além das naturais dificuldades com a reavaliação da sociedade.

O erro não deve incidir, em regra, sobre defeitos ou inconsistências do patrimônio social ou das atividades sociais, pois estes não configuram qualidade essencial do objeto do negócio (que é a participação societária). As declarações e garantias, porém, podem atuar indicando o que as partes consideram qualidade essencial do objeto do negócio, fazendo com que as características da sociedade que eram simples motivos possam gerar invalidade do negócio por erro. Além disso, as declarações e garantias fazem presumir a

escusabilidade do erro e a sua cognoscibilidade pelo declarante, que ficará virtualmente impedido de alegar que não pôde perceber o erro da contraparte.

O dolo pode incidir sobre os motivos. Portanto, mesmo na completa ausência de declarações e garantias, pode o *deceptus* pedir anulação do negócio por indução a erro sobre as características da sociedade-alvo. Será difícil ao *deceptus* comprovar a conduta maliciosa da contraparte, o intento de enganar e o caráter essencial do dolo, mas se preenchidos os requisitos, o engano sobre os meros motivos não será óbice. A jurisprudência nacional tem adicionado ainda o requisito de escusabilidade ao dolo em sede de alienação de participação societária, exigindo que o adquirente tome as precauções devidas para investigar a real situação da sociedade antes de realizar o negócio. Neste quadro, as declarações e garantias não são imprescindíveis, mas auxiliam o julgador a identificar a existência de conduta maliciosa e a dispensar o requisito de diligência do *deceptus*.

Os vícios redibitórios apenas conferem tutela ao adquirente quando incidirem diretamente sobre a própria participação societária. Este será o caso quando os defeitos sobre os bens ou sobre as atividades sociais forem de tamanha gravidade a ponto de minar a função ou valor da própria participação societária. A cláusula de declarações e garantias em nada auxiliará na concretização do vício redibitório, pois aí atuará ou como promessa de qualidades ou como assunção de garantia. Será impossível comunicar-se ao regime de vícios do objeto, vez que este protege o preenchimento das qualidades normais da coisa, ao passo que a especificação de qualidades protege quanto às qualidades convencionais.

Por fim, o vício de direito pode incidir diretamente sobre a participação societária, mas vale aqui também a regra de que o vício sobre os bens sociais não gera vício da participação societária senão quando for extremamente grave. A cláusula de declarações e garantias poderá, embora apenas raramente aconteça, repetir o regime de vícios de direito sobre as ações ou quotas, modificando-o ou reforçando-o.

Em síntese, uma aplicação sisteticamente consciente da cláusula de declarações e garantias abre um leque de oportunidades ao operador do direito brasileiro. O propósito deste trabalho foi identificar de que forma as declarações e garantias se relacionam com os requisitos de cada um desses institutos.

ANEXO

Modelo de cláusulas de declarações e garantias

Modelo extraído do Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças extraído dos autos do processo n. 1066058-37.2015.8.26.0100 (18ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP):

3.7. Declarações dos VENDEDORES. Os VENDEDORES, em caráter solidário, declaram e garantem aos COMPRADORES que as seguintes declarações e garantias são verdadeiras, precisas, completas e válidas:

3.7.1. Organização. A INTEGRAL é sociedade devidamente constituída e validamente existente nos termos das leis da República Federativa do Brasil. A INTEGRAL tem plena capacidade, legitimidade e está legalmente habilitada a conduzir as suas atividades e os seus Negócios, conforme o caso, como atualmente conduzidos, bem como a deter e utilizar todos os seus bens e ativos, incluindo os ativos do Negócio. Os atos constitutivos da INTEGRAL são válidos e vinculam seus sócios e administradores.

3.7.2. Capacidade, Legitimidade e Autorização. Cada um dos VENDEDORES e a INTEGRAL têm poder e autoridade necessários para celebrar e executar este Contrato, os documentos necessários à implementação da Operação e para cumprir as obrigações contidas neste Contrato e nos documentos da Operação. Cada um dos VENDEDORES, a INTEGRAL e seus representantes legais têm plena capacidade civil e legitimidade, estão devidamente autorizados a celebrar este Contrato e os outros documentos da Operação e para cumprir as obrigações contidas neste Contrato, não havendo nenhuma obstrução legal, contratual, obrigacional, judicial e/ou restrição de qualquer natureza que impeça a assinatura e execução deste Contrato e dos demais documentos da Operação e a conclusão da compra e venda de Quotas por cada um dos VENDEDORES e pela INTEGRAL. Nenhuma outra providência ou medida é necessária para autorizar a celebração, implementação e cumprimento deste Contrato pelos VENDEDORES e pela INTEGRAL, exceto conforme disposto neste Contrato.

3.7.3. Efeito Vinculante. Este Contrato foi assinado por cada um dos VENDEDORES, pelos COMPRADORES e pela INTEGRAL e constitui uma obrigação válida, vinculante e exequível para cada um dos VENDEDORES, seus sucessores e herdeiros, para cada um dos COMPRADORES, seus sucessores e herdeiros, e para a INTEGRAL. Cada um dos documentos necessários para a implementação da Operação constitui ou constituirá uma obrigação válida e exequível de acordo com seus respectivos termos.

3.7.4. Ausência de Conflitos e Consentimentos. A assinatura e a execução deste Contrato por cada um dos VENDEDORES e pela INTEGRAL, bem como a assinatura por eles dos demais documentos da Operação não:

- (i) violam, contradizem ou implicam a violação de qualquer documento constitutivo das Sociedades, ou qualquer deliberação societária de seus respectivos sócios;
- (ii) violam ou contradizem qualquer lei, regulamento ou ordem aplicável a qualquer um dos VENDEDORES, à INTEGRAL ou aos seus respectivos ativos ou bens;
- (iii) violam ou contradizem qualquer decisão ou julgado emitido por qualquer Autoridade Governamental, aplicável a qualquer um dos VENDEDORES, à INTEGRAL ou aos seus respectivos ativos ou bens, em qualquer caso, tanto quanto seja do conhecimento de qualquer um dos VENDEDORES; e
- (iv) criam qualquer Ônus sobre qualquer ativo e/ou bem da INTEGRAL ou sobre as Quotas, exceto em relação às obrigações constantes neste Contrato e nos demais documentos da Operação ou dos mesmos derivadas.

3.7.5. Capital Social e Quotas da INTEGRAL. O capital social da INTEGRAL, totalmente subscrito e integralizado, é representado, na presente data, pelos valores e quantidades de Quotas descritas no Anexo 3.7.5. Os VENDEDORES são legítimos proprietários e titulares das Quotas conforme descrito no Anexo 3.7.5, juntamente com tudo o que as mesmas representam, incluindo o direito a dividendos e quaisquer outros direitos relacionados às mesmas. As Quotas estarão, na Data de Fechamento, totalmente livres e desembaraçadas de quaisquer Ônus.

3.7.6. Informações Relevantes. Os VENDEDORES declaram ter disponibilizado aos COMPRADORES todas e quaisquer informações relevantes da INTEGRAL que tenham ou possam gerar qualquer alteração ou evento significativamente prejudicial aos ativos do Negócio, às condições financeiras ou resultados das operações da INTEGRAL e/ou do Negócio ("Informações Relevantes").

3.7.7. Contingências. Os COMPRADORES declaram estar cientes da situação patrimonial e contábil da INTEGRAL, que possui passivo de R\$ 4.029.928,45 (quatro milhões, vinte e nove mil, novecentos e vinte e oito reais e quarenta e cinco centavos), conforme descritivo anexo a este instrumento particular, já decrescido do valor de mercado das cotas, o qual será integralmente assumido pelos COMPRADORES, responsabilizando-se estes, assim, exclusivamente, pela liquidação da totalidade da dívida da INTEGRAL indicadas nesta cláusula e no Anexo 2.2.(a).

3.7.7.1. Os VENDEDORES declaram que a INTEGRAL não tem demais dívidas ou passivos de qualquer natureza, inclusive, mas não se limitando, às de natureza fiscal, trabalhista, ambiental, previdenciária, civil ou comercial, contingentes ou outras, exceção feita às que estejam indicadas na cláusula supra e no Anexo 2.2.(a) deste Contrato ou refletidas no balanço patrimonial da INTEGRAL, apresentado nesta data aos COMPRADORES, o qual integra o presente Contrato como Anexo 3.7.7.

3.7.7.2. Balanço Patrimonial. O Anexo 3.7.7 contém cópia completa do balanço patrimonial da INTEGRAL (o "Balanço Patrimonial"), referente ao período encerrado em 30/06/13 e balancete do mês imediatamente anterior ao da Data do Fechamento. O Balanço Patrimonial (i) foi preparado de acordo com os princípios contábeis geralmente aceitos no Brasil, aplicados de forma consistente em todos os períodos cobertos, e (ii) está completo, correto e representa fielmente a posição financeira consolidada e os resultados das operações da INTEGRAL, bem como reflete precisamente todos os ativos, passivos, dívidas e obrigações da INTEGRAL no período a que se refere.

3.7.8. Ativos, Bens e Investimentos. A INTEGRAL detém e é legítima proprietária e possuidora de todos os ativos e bens refletidos no Balanço Patrimonial, os quais foram contabilizados de acordo com as normas e princípios contábeis vigentes, sendo que tais ativos e bens estão livres e desembaraçados de todos e quaisquer Ônus. Todos os ativos da INTEGRAL encontram-se em condições normais de operação e têm sido objeto de manutenção adequada e estão em boas condições de funcionamento e reparo e aptos a continuarem os Negócios do mesmo modo que têm sido conduzidos até esta data. Não há qualquer questionamento ou potencial questionamento por qualquer Autoridade relacionado aos ativos da INTEGRAL. A INTEGRAL não detém qualquer participação acionária em qualquer outra sociedade.

3.7.8.1. Eventual participação acionária da INTEGRAL em sociedade que vier a ser constituída para contratação de profissionais de enfermagem denominada, para fins de atendimento a acordo ou Termo de Ajustamento de Conduta – TAC firmado com o Ministério Público, nos termos da Cláusula 3.1.1, item xiii, e desde que tenha sido estabelecido prazo para o cumprimento das obrigações do TAC entre a data de assinatura e a Data do Fechamento, deverá contar com a anuência expressa dos COMPRADORES, condicionada ainda à participação dos COMPRADORES como intervenientes em qualquer documento celebrado perante o Ministério Público do Trabalho e/ou outras autoridades competentes para fiscalização das relações de trabalho e/ou ainda autoridades registrárias.

3.8. Declarações dos COMPRADORES. Os COMPRADORES, em caráter solidário, declaram e garantem aos VENDEDORES que as seguintes declarações e garantias são verdadeiras, precisas, completas e válidas:

3.8.1. Capacidade e Legitimidade. Cada um dos COMPRADORES tem poderes para celebrar e executar este Contrato, os documentos necessários à implementação da Operação e para cumprir as obrigações contidas neste Contrato e nos documentos da Operação. Cada um dos COMPRADORES tem plena capacidade civil e legitimidade, estão devidamente autorizados a celebrar este Contrato e os outros documentos da Operação e para cumprir as obrigações contidas neste Contrato, não havendo nenhuma obstrução legal, contratual, obrigacional, judicial e/ou restrição de qualquer natureza que impeça a assinatura e execução deste Contrato e dos demais documentos da Operação e a conclusão da compra e venda de Quotas por cada um dos COMPRADORES. Nenhuma outra providência ou medida é necessária para autorizar a celebração, implementação e cumprimento deste Contrato pelos COMPRADORES, exceto conforme disposto neste Contrato.

3.8.2. Os COMPRADORES tem experiência em assuntos médicos, financeiros e societários, de modo que são capazes de avaliar, nos limites das informações fornecidas pelos VENDEDORES, a INTEGRAL e as obrigações financeiras impostas pelo presente Contrato, nos termos e limites previstos neste Contrato.

BIBLIOGRAFIA PESQUISADA

ABLA, Maristela Sabbag. Sucessão empresarial – declarações e garantias – o papel da legal due diligence. in: CASTRO, Rodrigo Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.), Reorganização societária. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 100-121.

ADAM, Ulrich. Unternehmenskauf, Verkäuferhaftung und Vertragsgestaltung. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADAMS, Kenneth. Revisiting materiality: the ambiguity at the heart of a fundamental contract concept. *New York Law Journal*, 16.8.2017.

_____. A legal-usage analysis of “material adverse change” provisions. *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, vol. 10, 2004.

_____. A lesson in drafting contracts: what’s up with ‘representations and warranties’? *Business Law Today*, vol. 15, n. 2, nov./dec. 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

_____. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. VI, tomo II: Da extinção do contrato (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo. Livro IV. in: ALPA, Guido; MARICONDA, Vincenzo; CUFFARO, Vincenzo (coords.) Codice civile commentato. Milão: IPSOA, 2009.

ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5ª ed. rev., atual, e aum. de acordo com o novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AMBROSINI, Stefano. Trasferimento di partecipazioni azionarie, clausole de indemnity e contratto per persona da nominare. in: *Contratto e impresa*, ano 12, n. 3, 1996.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. Model stock purchase agreement with commentary. Vol. I. 2^a ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Report of the ABA business law section task force on delivery of document review reports to third parties. *The Business Lawyer*, vol. 67, n. 1, nov./2011.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement of the Law second contracts §§1-177. Saint Paul: American Law Institute Publisher, 1981.

ANDREOLI, Marcello. La cessione del contratto. Padova: CEDAM, 1951.

ANDREWS, Neil. Contract rules: decoding English Law. Plymouth: Intersentia, 2016.

ANGELI, Guillaume. La garantie du passif dans les cessions de sites industriels. *Revue juridique de l'environnement*, n. 3, 1996, p. 307.

ASCARELLI, Tullio. Problemas da sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945.

_____. In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori. *Il foro italiano*, vol. 76, n. 11 (1953).

_____. Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società. *in: saggi di diritto commerciale*. Milão: Giuffrè, 1955.

_____. O empresário. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1998, n. 109, p. 183-189.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1996, n. 104, p. 109-126.

ASSIS, Araken de. Do Direito das Obrigações (arts. 421 a 578). *in: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords), Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Resolução do contrato por inadimplemento. 5^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EVERY, Daniel; WEINTRAUB, Daniel. Trends in M&A provisions: the “materiality scrape”. *Bloomberg law reports – mergers and acquisitions*, vol. 5, n. 2.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Sistema Constitucional Tributário. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação de declaração negocial). São Paulo, 1986.

_____. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Luis Augusto Roux. A comutatividade do contrato de seguro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. Compra e Venda. Troca ou Permuta. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BAINBRIDGE, Stephen M. Mergers and acquisitions. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2012.

BALEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editoras Forense, Gen e Billac Pinto, 2010.

BARAD, Edward N. Colorado purchase and sale issues for buyers. *The practical real estate lawyer*, jul./2017.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos negócios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BDINE JR., Hamid Charaf. Cessão da posição contratual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEINERT, Dieter; BURMEISTER, Frank; TRIES, Hermann-Josef. Mergers and acquisitions in Germany. Munique: Verlag C. H. Beck, 2009.

BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; Der Unternehmenskauf. 7ª ed. Munique: C.H. Beck, 2015.

BÉNABENT, Alain. Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux. 11^a ed. Paris: LGDJ, 2015.

_____. Droit civil: les obligations. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 1997.

BENATTI, Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Trad. Adriano Vera Jardim e Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970.

BENETTI, Giovana Valentiniano. Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BERTINO, Lorenzo. Le trattative prenegoziali e i terzi. *in*: quaderni di responsabilità civile e previdenza, vol. 16. Milão: Giuffrè, 2009.

BETTI, Emilio. Teoria generale delle obbligazioni. Vol. II. Milão: Giuffrè, 1953..

BEUTHIEN, Volker. Zur Mitgliedschaft als Grundbegriff des Gesellschaftsrechts – subjektives Recht oder Stellung im pflichthaltigen Rechtsverhältnis? *in*: WANK, Rolf et al. (orgs.) Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag. Munique: Verlag C.H. Beck, 2002.

BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Vol. IV. 6^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943.

BIANCA, Massimo. La vendita e la permuta. *in*: Filippo Vassalli (org.) Trattato di diritto civile italiano. Volume settimo. Tomo primo. Turim: UTET, 1993.

BISLE, Michael. Gewährleistungs- und Garantieklauseln in Unternehmenskaufverträgen. *Deutsches Steuerrecht*, 2013.

BLACK, Henry Campbell. Black's Law dictionary. 5^a ed. Saint Paul: West Publishing, 1979.

BONELLI, Franco. Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento. *in*: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990.

_____. Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore. *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, vol. 21.2, p. 293-324.

BORDEN, Michael J. Mistake and disclosure in a model of two-sided informational inputs. *Cleveland State University*, Research Paper 08-156, abril de 2008.

BORGES, João Eunápio. Curso de direito comercial terrestre. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BREUER, Matthias. Mängelhaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Berlin: Logos Verlag, 2006.

BRIDGE, Michael J. The sale of goods. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BROWN, Robert L. The concise guide to mergers, acquisitions and divestitures. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2007.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. Allgemeiner Teil des BGB. 35ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2011.

_____; _____. Besonderes Schuldrecht. 28ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2001.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2013.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e venda de participações societárias de controle. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BUSSIAN, Wolf Rainer. Due Diligence bei Pakettransaktionen. Frankfurt am Main (*et al.*): Peter Lang, 2008.

BUTTARO, Luca. L'interesse nell'assicurazione. Milão: Giuffrè, 1954.

CAFFIN-MOI, Marie. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Paris: Ed. Economica, 2009.

_____; BECKER, Bernard-Olivier; BUCHBERGER, Matthieu. Cessions de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 39, 2013, p. 1519.

CALERA, Maria del Carmen Gete-Alonso y. Estructura y función del tipo contractual. Barcelona: Bosch, 1979.

CALNAN, Richard. Principles of contractual interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3.

_____. Leistungsstörungen und Gewährleistung beim Unternehmenskauf nach der Reform des deutschen Schuldrechts. *in*: STATHOPOULOS, Michael; BEYS, Kostas; DORIS, Philippos; KARAKOSTAS, Ioannis (orgs.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Munique: C. H. Beck, 2006, p. 71-94.

CARBONNIER, Jean. Droit civil. vol. 4: les obligations. Paris: Presses universitaires de France, 1982.

CARRILLO, Pablo Enrique. Beware of Scylla and Charybdis: stock purchase of privately held companies and the remedies problem under Rule 10b-5 – what is buyer to do? *Tulane Law Review*, vol. 72, jun./1998.

CARTWRIGHT, John. Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer. 3^a ed. Oxford, Portland: Bloomsbury, 2016.

CARVALHO SANTOS, Jorge M. de. Código civil brasileiro interpretado. Vol. II. 9^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CARVALHO SANTOS, Jorge M. de. Código civil brasileiro interpretado. Vol. XVI. 2^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CARVALHOSA, Modesto. Parte especial. Do direito de empresa. 2^a ed. *in*: Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), comentários ao código civil. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Comentários à lei de sociedades anônimas. 1^o vol. arts 1 a 74. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Comentários à lei de sociedades anônimas. 2^o vol. arts. 75 a 137. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CASELLA, Paolo. I due sostanziali metodi di garanzia al compratore. in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990.

CASSOTTANA, Marco. Rappresentazioni e garanzie nei conferimenti d'azienda in società per azioni. Milão: Giuffrè, 2006.

CESAR, Dimas de Oliveira. Estudo sobre a cessão do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954.

CHAMPAUD, Claude. Cession de parts sociales ou d'actions. Garantie du cédant, Action en annulation (Paris, 3 Ch. A. , 4 févr. 1992, Sté UMHS c/ Souchon ès qual.). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 4, out./dez. 1992, p. 822-826.

_____ ; DANET, Didier. Annulation d'une cession d'actions pour erreur sur les qualités substantielles du contrat (Com. 1er oct. 1991, SNC Quille c/ Gilbert et autres, Bull. Joly 1991. 1004, § 352; Paris 11 sept. 1990, Bloem c/ SCI Yoko Erdian, D. 1991. Somm. com. 161, note Tournafond). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 1, jan./mar. 1992, p. 199-201.

_____ ; _____. Annulation d'une cession d'actions pour dol (Paris, 25 ch. B, 12 juill. 1991, Villar c/ Rondeau, Bull. Joly 1991. 922, §327, note Couret; Lyon, 3 ch., 29 mars 1991, inédit, Gouchon c/ Roux, Lerant et autres). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 1, jan./mar. 1992, p. 201.

_____ ; _____. Cession de parts sociales ou d'action. Réticence dolosive, cause de la cession (Paris 25 ch. B, 12 juill. 1991, Villard c/ Rondeau). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 3, jul./set. 1992, p. 622-625.

CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Guarulhos: Editora Parma .

CHIRELSTEIN, Marvin A. Concepts and case analysis in the law of contracts. 2ª ed. Saint Paul: Foundation Press, 2013.

CHITTY, Joseph Junior. Chitty on contracts. Vol. 1: general principles. 32ª ed. Londres: Thomson Reuter, 2015.

CHU, Wilson. Avoiding surprises through due diligence. *Business law today*, Vol. 6, No. 3 (jan./fev. 1997).

CLARK, Timothy M.; INGRASIN, Tracie E.; MALONE, Jesse E. The rising tide: navigating the seas of secondary transactions. *The investment lawyer*, vol. 22, n. 7, jul./2015.

CLIFFORD, John F.; JONKHART, Freek; PEARLMAN, Jessica. What's the market for that cross-border deal? The European, US and Canadian private target M&A deal points studies. *Business Law international*, vol. 12, n. 2, mai./2011.

COLEMAN, Jules L. A bargaining theory approach to default and disclosure provisions in contract law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 12, 1989.

COMIRAN, Giovana Cunha. A exegese do art. 425 do Código Civil e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. in: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.) Transformações contemporâneas do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, ano 56, dez. 1967, vol. 386.

_____. O seguro de crédito: estudo jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1968.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTANZA, Maria. Il contratto atipico. Milão: Giuffrè, 1981.

COURTNEY, Wayne. Contractual indemnities. Oxford: Hart Publishing, 2014.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. Droit des sociétés. 19ª ed. Paris: LexisNexis, 2006.

CRASWELL, Richard. Taking information seriously: misrepresentation and non disclosure in contract law and elsewhere. *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 4, jun./2006.

- CUMMING, Elizabeth. Balancing the buyer's right to recover for precontractual misstatements and the seller's ability to disclaim express warranties. *Minnesota Law Review*, vol. 76, mai./1992.
- D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. in: pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Catanzaro, vol. 34. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- DANET, Didier. Cession de droits sociaux: information préalable ou garantie des vices? *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n. 2, abr./jun. 1992.
- DANTAS, San Tiago. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DAUD, Fuad José. Transmissão de contrato. São Paulo: Ed. Referência, 2006.
- DAUNER-LIEB, Barbara; THIESSEN, Jan. Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002.
- DAWSON, Frank Griffith; STYLLIS, Stella. Beyond the pitfalls of bad contract drafting practices: a selection of cross-border legal and cultural misunderstandings. *Business Law Review*, 2007, n. 28, p. 26-29.
- DE NOVA, Giorgio. Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DIERKSMEIER, Jochen. Der Kauf einer englischen "Private Limited Company". Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1997.
- DUTRA, Erika Donin. Cláusula de limitação de responsabilidade civil nos contratos empresariais: extensão e limites. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

DUTRA, Rafael d'Avila; ROSSINI, Flávio Augusto Carvalho da Fonseca. Passivos ocultos em contratos de compra e venda de ações. *Revista do Advogado*, ano XXXII, n. 116, jul./2012.

ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE. Cession de parts et actions 2013-2014. Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2012.

EIDENMÜLLER, Horst. Rechtskauf und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 8, 2002, p. 290-296.

EISENBERG, Melvin A. Disclosure in contract law. *California Law Review*, vol. 91, 2003.

EIZIRIK, Nelson Laks. A lei das S/A comentada. Vol. II: artigos 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ENGISCH, Karl. Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1953.

EREDE, Sergio. Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990.

_____. I contenuti tipici dei contratti di compravendita internazionale di partecipazioni societarie: representations, indemnities, legal opinions. in: DRAETTA, Ugo (org.), *Compravendite internazionali di partecipazioni societarie*. Milão: EGEA, 1990.

ESPÍNOLA, Eduardo. Manual do código civil brasileiro. Vol. 3. Parte 2. Rio de Janeiro: Jachinto Ribeiro dos Santos, 1926.

ESSER, Josef; WEYER, Hans-Leo. Schuldrecht. Vol. 2. Tomo 1: contratos. 8ª ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998.

FABRE-MAGNAN, Muriel. De l'obligation d'information dans les contrats - essai d'une théorie. Paris: LGDJ, 1992.

FARNSWORTH, E. Allan. Contracts. 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004.

_____. Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, vol. 87, n. 2, mar./1987.

FAUST, Florian. Garantie und Haftungsbeschränkung in §444 BGB. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht* 2002.

FERERA, Leon N.; PHILIPS, John R.; RUNNICLES, John; SCHWARTZ, Jeffery D. Some differences in law and practice between U.K. and U.S. stock purchase agreements. Disponível em: <http://www.mondaq.com/uk/x/47706/Contract+Law/Some+Differences+In+Law+And+Practice+Between+UK+And+US+Stock+Purchase+Agreements>. Acesso em 10.2.2018.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Inadimplemento das obrigações. *in*: REALE JR., Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. Do dolo. *in*: NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan (coords.) Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRER CORREIA, Antonio de Arruda. Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico. Coimbra: Arménio Amado, 1939.

FERRIEL, Jeffrey; NAVIN, Michael. Understanding contracts. Nova Iorque: Lexis Nexis, 2004.

FLEISCHER, Holger; KÖRBER, Torsten. Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater* 2001.

FLUME, Werner. Eigenschaftsirrtum und Kauf. Münster: Regensberg, 1948.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. *Revista do Advogado*, 2003, n. 71, p. 15-25.

_____. A sociedade em comum. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A. (e outros escritos sobre conflito de interesses). 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRANCIOSI, Laura M. Trattative e due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto. *in*: quaderni di responsabilità civile e previdenza, vol. 17. Milão: Giuffrè, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993.

FREYRIA, Charles. Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 20, 1992, p. 146.

FRITZEN, Roland. Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform. Munique: Martin Meidenbauer, 2004.

FROME, Robert L. Representations and warranties in agreements. *New York law journal*, vol. 192, n. 122, 27.12.1984, p. 1.

FURMSTON, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Oxford: Oxford University Press, 2017.

GALGANO, Francesco. Diritto civile e commerciale. Vol. 2, tomo 1. Pádua: CEDAM, 1990.

_____. Tratatto di diritto civile. Volume secondo. 3^a ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015.

GALIA-BEAUCHESNE, Anne. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et des parts sociales. *Revue des Sociétés*, 1980.

GARNER, Bryan A. Indemnify and hold harmless; save harmless. *15 Green Bag* 2d 17.

GAUL, Björn. Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, n. 166, p. 35-71.

GAZMURI, Iñigo de la Maza. Los límites del deber precontractual de información. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

GELTMAN, Elizabeth Glass. Shifting the environmental risk: a guide to drafting contracts and structuring transactions. Chicago: ABA Publishing, 1999.

GERGEN, Mark P. Negligent misrepresentation as contract. *California Law Review*, vol. 101, 2013.

- GHESTIN, Jacques. *Droit civil: les obligations, le contrat*. Paris: LGDJ, 1980.
- GIAMMARINARO, Corrada. Il problema della qualificazione del mutuo di scopo. in: *Tipicità e atipicità nei contratti. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, vol. 53. Milão: Giuffrè.
- GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984.
- GODOY FERNANDES, André de. Brazil. in: CAMPBELL, Dennis (org.) *Mergers and acquisitions in North America, Latin America, Asia and the Pacific: selected issues and jurisdictions*. Special issue, volume B. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.
- GOLDBERG, Richard A. *A guide to mergers & acquisitions*. Nova Iorque: Practising Law Institute, 2007.
- GOLDBERG, Victor P. Protecting reliance. *Columbia Law Review*, vol. 114, n. 4, mai./2014.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19^a ed. rev. atual. e aum. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense & Gen, 2008.
- _____. *Obrigações*. 17^a ed. rev. atual. e aum. por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRASSI, Ugo. *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- GRECO, Paolo. Le società di “comodo” e il negozio indiretto. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1932, vol. XXX, p. 757-808.
- GRECO, Paolo; COTTINO, Gastone. Della vendita art. 1470-1547. in: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (orgs.), *Commentario del codice civile*. Libro quarto: delle obbligazioni. 2^a ed. Bologna: Zanichelli, 1981.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

GRONSTEDT, Sebastian; JÖRGENS, Stefan. Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002.

HAAS, Steven M. Contracting around fraud under Delaware Law. *Delaware Law Review*, vol. 10, 2008.

HADDING, Walther. Verfügungen über die Mitgliedschaftsrechte. *in*: BAUR, Jürgen et al. (orgs.). Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990. Berlin: Walter de Gruyter, 1990.

HAICAL, Gustavo. Cessão de crédito: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

HANKE, Kerstin; SOCHER, Oliver. Fachbegriffe aus M&A und Corporate Finance: die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags. *Neue juristische Wochenschrift*, 2010, p. 1576.

HARRISON, Christopher S. Make the deal: negotiating mergers and acquisitions. Nova Jérsei: Bloomberg Press, 2016.

HARRISON, Jeffrey L. Rethinking mistake and nondisclosure in contract law. *University of Florida Legal Studies*, Research Paper No. 2009-15.

HARTUNG, Manfred. Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 1999, p. 524-531.

HASSETT, Dan; CIRILLO, Greg. Conducting due diligence in business acquisitions involving personal information. *The practical lawyer*, vol. 48, mar./2002.

HAUSMANN, Christian; TORRE, Philippe. Cessions d'entreprises: les garanties de passif. Négociations et rédaction des conventions de garantie. Cahors: Éditions EFE, 1996.

HEMINWAY, Joan MacLeod; HAMILTON, Angela Humphreys. Buying assets in Tennessee: an annotated model Tennessee asset purchase agreement. *The Tennessee Journal of Business Law*, vol. 4, 2003

_____ ; GENTLE, Terry W. Buying stock in Tennessee: an annotated model Tennessee stock purchase agreement. *The Tennessee Journal of Business Law*, vol. 5, 2004

HERMANN, Marc. Garantien beim Unternehmens- und Anteilskaufvertrag – Gestaltungsmöglichkeiten und Formulierungsvorschläge. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n. 16, 2002, p. 696-700.

HESS, Gerhard; FABRITIUS, Andreas. Unternehmenskauf. in: HOPT, Klaus J (org.). Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995.

HIDDEMAN, Hans-Joachim. Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3, 442.

HILGARD, Mark. Berechnung des Schadens bei Verletzung von Garantien eines Unternehmenskaufvertrages. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n. 41, 2005, p. 1813-821.

_____ ; KRAAYVANGER, Jan. Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbstständigen Garantieverprechens nach der Reform. *Monatsschrift für deutsches Recht*, 2002, p. 678-683.

HOFFER, Stephanie R. Misrepresentation: the restatement's second mistake. *University of Illinois Law Review*, 2014, vol. 1.

HOMMELHOFF, Peter. Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und Anteilswerb. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 3.

HÜBNER, Rudolf Matthias. Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf. *Betriebsberater*, n. 25, 2010, p. 1483.

HUET, Jérôme; DECOCQ, Georges; GRIMALDI, Cyril; LÉCUYER, Hervé. *Traité de droit civil: les principaux contrats speciaux*. 3^a ed. Paris: L.G.D.J., 2012.

HUNTER, Howard O. *Modern law of contracts*. Vol. 1. West Publishing, 2012.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Negotiated M&A Guide – Brazil*. Corporate and M&A Law Committee, TEIXEIRA, Maria P. Q. Brandão (coord.), 2017. Disponível em <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=ACA29A74-235F-40E3-A24C-134ACE1E0362>.

IORIO, Giovanni. *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*. Milão: Giuffrè, 2006.

JAGERSBERGER, Barbara. Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006.

JAKOBS, Michael; THIEL, Sven-Markus. Managementerkklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung aus Sicht der Geschäftsführung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 1987-1991.

JOHNSON JR., Alex M. An economic analysis of the duty to disclose information: lessons learned from the caveat emptor doctrine. *San Diego Law Review*, vol. 45, 2008.

JORDAN, Anne S. Effective remedies: drafting warranties, indemnities, and limitations of liability clauses in technology licenses. *The licensing journal*, mar./2016.

KARAMPATZOS, Antonios G. Der Umfang der Aufklärungspflicht des Verkäufers beim Unternehmenskauf – Insbesondere die so genannte “Non-Reliance”-Klausel. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2012, p. 852-859.

KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement. Munique: Verlag C. H. Beck, 2005.

KLING, Lou R.; NUGENT, Eileen T. Negotiated acquisitions of companies, subsidiaries, and divisions. Nova Iorque: Law Journal Press, 1992.

_____ ; _____ ; GOLDMAN, Michael. Summary of acquisition agreements. *University of Miami law review*, vol. 51, 1997.

KNOTT, Hermann; MIELKE, Werner. Unternehmenskauf. 3^a ed. Colônia: RWS Verlag, 2008.

KOLLER, Arnold. Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht. Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.

KOLLER, Ingo. Die Haftung beim Verkauf von Verträgen. *Juristische Rundschau*, 1982, Caderno 9, p. 353.

KÖSTER, Christian. Die Haftung des Unternehmensverkäufers für falsche Abschlussangaben nach neuem Schuldrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.

KRAIEM, Ruben. Leaving money on the table: contract practice in a low-trust environment. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004.

KRONMAN, Anthony T. Mistake, disclosure information and the law of contracts. *The Journal of Legal Studies*, 1978.

KWESTEL, Sidney. Express warranty as contractual – the need for a clear approach. *Mercer Law Review*, 2002, n. 53, p. 557-580.

LANDIM, Jayme. Vícios da vontade: erro. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1960.

LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Band II, Halbband 1. Besonderer Teil. 13^a ed. Munique, C.H. Beck, 1986.

_____. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9^a ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2004.

_____; CANARIS, Claus-Wilhelm. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3^a ed. Berlin; Heidelberg; Nova York; Barcelona; Budapeste; Hong kong; Londres; Milão; Paris; Tokyo: Springer Verlag, 1995.

LARISCH, Tobias. Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004.

LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. Droit des sociétés. 4^a ed. Montchrestien, 2011.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Sociedade por cotas – cota social – penhorabilidade – comentário do Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, ano XI, Nova Série, n. 5, 1972.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Evicção e processo. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÉOBON, Thierry. La partie déclarative des conventions de garantie de passif. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 16, 2010, p. 1391.

LEVENEUR, Laurent. Distinction des vices cachés et des manquements à l'obligation de délivrance. *La Semaine Juridique Edition Générale*, n. 51, 1994, p. 607.

LEVIN, Edward J. Best is not always best when it comes to knowledge. *Probate and property*, vol. 30, n. 1, 2016.

LEVINE, Mark L. Including representations and warranties in contracts. *New York Law Journal*, 20.1.1989, p. 1.

LEVMORE, Saul. Securities and secrets: insider trading and the law of contracts. *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982.

LIMA, Otto de Sousa. Teoria dos vícios redibitórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

LIMA MARQUES, Cláudia. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIPSHAW, Jeffrey M. Of fine lines, blunt instruments and half-truths: business acquisition agreements and the right to lie. *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 32, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Código Civil. Vol. 6. Parte especial: das várias espécies de contrato: arts. 481 a 564. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. *Revista dos tribunais*, n. 818, a. 92, dez./2003.

LUMINOSO, Angelo. Corso di diritto civile: la compravendita. 4ª ed. Turim: Giappichelli, 2014.

LUTTER, Marcus. Theorie der Mitgliedschaft. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 180, ano 1980.

_____. Due Diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011.

MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. Cours de droit civil. Tome VI: les obligations. Paris: éditions cujas, 1995.

_____; _____; GAUTIER, Pierre-Yves. Droit civil: droit des contrats spéciaux. 9ª ed. Paris: LGDJ, 2017.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do Negócio Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARROCCO, Andrae J. Negotiating critical representations and warranties in franchise mergers and acquisitions – part I. *Franchise law journal*, vol. 36, n. 1, 2016.

MARTINS, João Marcos de Brito. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O seguro de vida enquanto tipo contratual legal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo I: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Comentários ao novo código civil. Vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada valor residual garantido – VRG e a sua dupla função: complementação do preço e garantia. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, vol. 49, jul.-2010.

_____. Os regimes do dolo no direito civil brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos tribunais*, vol. 923, set./2012.

_____. Contrato de Construção. Contrato-Aliança. Interpretação Contratual. Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indenizar (parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 1, vol. 1, out-dez/2014.

_____. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. *in*: MARTINS-COSTA, Judith (org.), Modelos de Direito Privado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____ ; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979, mai./2017.

MARTORANO, Federico. La tutela del compratore per i vizi della cosa. Nápoles: Editore Jovene, 1959.

MASTROPAOLO, Fulvio. I contratti autonomi di garanzia. Turim: Giappichelli, 1989.

MCKENDRICK, Ewan. Contract: in general. *in*: BURROWS, Andrew (ed.). Principles of the English Law of obligations. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MCMEEL, Gerard. The construction of contracts: interpretation, implication and rectification. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MEDICUS, Dieter. Bürgerliches Recht. 17^a ed. Munique: Carl Heymanns Verlag, 1996.

MELLERT, Christofer Rudolf. Selbständige Garantien beim Unternehmenskauf – Auslegungs- und Abstimmungsprobleme. *Betriebs-Berater*, 2011, p. 1667-1674.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES-MEDEIROS, Mariana. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Direito Restituitório. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.), estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. Vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILLER, Robert T. The economics of deal risk: allocating risk through MAC clauses in business combination. *William and Mary law review*, vol. 50, 2007.

MILLER JR., Edwin L. Mergers and acquisitions: a step-by-step legal and practical guide. Nova Jérsei: John Wiley & Sons, 2008.

MIRMINA, Steven A. A comparative survey of *culpa in contrahendo*, focusing on its origins in Roman, German and French Law, as well as its application in American Law. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 8, 1992.

MIZIOLEK, Aleksandra; ANGELAKOS, Dimitrios. Contract drafting: sandbagging: from poker to the world of mergers and acquisitions. *Michigan Bar Journal*, 2013, vol. 92, p. 30-34.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de código civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão da posição contratual. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOUSSERON, Pierre. Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux. Levallois-Perret: Nouvelles Éditions Fiduciaires – nef université, 1992.

_____. L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 22, 1994, p. 362.

MÜLLER, Klaus. Unternehmenskauf, Garantie und Schuldrechtsreform – ein Sturm im Wasserglas? *Neue juristische Wochenschrift*, 2002, p. 1026.

_____. Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf. *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2196.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 134, a. XLIII, abr.-jun./2004.

NASCIMENTO, Sérgio dos Santos. Cessão da posição contratual. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOTTÉ, Gérard. Les clauses dites “de garantie de passif” dans les cessions de droits sociaux. *La Semaine Juridique (Edition Générale)*, n. 22, 1985, n. 3193.

OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. O interesse segurável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

O’SULLIVAN, Dominic; ELLIOTT, Steven; ZAKRZEWSKI, Rafal. The law of rescission. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

OTT, Walter. Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts. Berna: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1972.

PAILLUSSEAU, Jean. Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de controle. *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n. 6, 2002

_____ ; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. Cession d’entreprise. 4^a ed. Paris: Dalloz, 1999.

PALANDT. Beck’sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 75^a ed. Munique: C.H. Beck, 2016.

PARTIGAN, John; LOWRY, Carolyn; HAN, Pierce. Key findings from 2017 survey of M&A indemnification deal terms. *Insights*, vol. 31, n. 12, dez./2017.

PAYNE, Bill. Representations, reliance and remedies: the legacy of *Hendricks v. Callahan*. *Bench & Bar of Minnesota – Official Publication of the Minnesota State Bar Association*, 2005, vol. 62, n. 8.

PEDERSOLI, Alessandro. Le garanzie fiscali, previdenziali ed ecologiche. in: *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. Ação como participação societária. in: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo (coords.) *Direito das companhias*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense & Gen, 2009.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. Alienação do poder de controle acionário. São Paulo: Saraiva, 1995.

- PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PERILLO, Joseph. M. Calamari and Perillo on contracts. 5^a ed. Saint Paul: West Publishing, 2003.
- PETTARIN, Guido Germano. Acquisizione, fusione e scissione di società. Milão: Giuffrè, 1992.
- PETITPIERRE, Anne. La cession de contrôle, mode de cession de l'entreprise. Genebra: Georg & Cie. S.A., 1977.
- PICOT, Gerhard. Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3^a ed. Munique: C.H. Beck, 2004.
- PISTORELLI, Roberto. Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento. in: Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, a cura di BONELLI, Franco e DE ANDRÈ, Mauro (orgs.) Milão: Giuffrè, 1990.
- PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional. São Paulo: IBDS, 2002.
- PLC What's Market Wrap-up for the Week Ending September 14, 2012. Disponível em: <https://us.practicallaw.com/7-521-3696>. Acesso em 19.2.2018.
- PONTAVICE, Emmanuel du. Note Cass. Com. 3 avril 1979. *Revue des Sociétés*, 1980, p. 723.
- PONTES, Evandro Fernandes de. Representations & warranties no direito brasileiro. São Paulo: Almedina, 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Tratado de direito privado. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tratado de direito privado. Tomo XXIII. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Tratado de direito privado. Tomo XXXIX. Atualizado por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POUSTIS, Jean; MONNOT, Jean-Louis. La garantie dans les cessions de droits sociaux (panorama de jurisprudence). *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 17, 1985, p. 14464.

_____; _____. La garantie dans les cessions de droits sociaux (étude d'actualité). *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 17, 1989, p. 15479.

PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 2005.

RADÉ, Christophe. L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés. *La semaine juridique édition générale*, n. 12, 1997.

RÁO, Vicente. Ato jurídico. 4ª ed. an., rev. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. Kaufrecht. 6ª ed. Berlim: Luchterhand, 1997.

RENNA, Luca. Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli, 2015.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 410, a. 58, dez./1969, p. 12-25.

_____. Curso de direito comercial. Vol. 1. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços. São Paulo: Atlas, 2006.

- RICHARD, Jacques. Le choix du bénéficiaire de la garantie de passif. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 5, 1991, p. 19.
- RIPERT, Georges; ROBLOT, René. Traité de droit commercial. Tomo 1, vol. 2: les sociétés commerciales. 18^a ed. Paris: LGDJ, 2002.
- RITTMEISTER, Maximilian. Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.
- RIZZARDO, Arnaldo. Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro. 5^a ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ROCA, M.-C. Sociétés Anonymes – Cession de contrôle. Cession d’actions. Achat pour le cessionnaire de la majorité des actions. Contrat de cession. Dol. Annulation. Dommages et intérêts (non). Comentarios à decisão *Versailles, 13e Ch., 17 juin 1987*. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 4, 1988, p. 15109.
- RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. Direito civil. Vol. 3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Compra e venda, troca e contrato estimatório: arts. 481 a 537. in: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.), código civil comentado. Vol. VI. São Paulo: atlas, 2008.
- ROLLI, Rita. Cessioni di partecipazioni societarie e tutela del compratore: *aliud pro alio datum?* *Contratto e impresa*, 1994, n. 1, p. 183-238.
- ROSENBAUM, Judith A. Transactional drafting: teaching tips. *Tennessee Journal of Business Law*, n. 14, Transactions, p. 591-602.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil. Vol. 2: obrigações. 9^a ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Garanzie nella compravendita di pacchetti azionari e di imprese. Milão: Giuffrè, 2006.
- SALATINO, Gregorio. ‘Representations and warranties’ in sale and purchase agreements: the Italian perspective. *Global Trade and Customs Law*, 2016, vol. 11, n. 10, p. 440-446.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SAPONE, Natalino. La responsabilità precontrattuale. Milão: Giuffrè, 2008.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Sociedade em conta de participação. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Legal secrets: equality and efficiency in the common law. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
- SCHIFFER, Jack; MAYER, Carolin. Sorgfaltspflichten des Verkäufers und des Käufers beim Unternehmenskauf: die neue Rechtsprechung. *Betriebs-Berater*, 2016, p. 2627-2632.
- SCHMIDT, Karsten. Gesellschaftsrecht. 4ª ed. atual. e aum. Colônia, Berlin, Bonn, Munique: Carl Heymanns Verlag, 2002.
- SCHRÖCKER, Stefan. Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005.
- SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. Einführung in das Zivilrecht. 18ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. Contract law and theory. 5ª ed. Durham: Carolina Academic Press, 2013.
- SERFILIPPI, Claude S. A New York lawyer in London: representations and warranties in acquisition agreements – what’s the big deal? Artigo publicado no site Lexology, disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1d954834-a35d-4470-bfa2-bfee233afe41>. Acesso em 23 de maio de 2018.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Vol. II: obrigações em geral. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- _____. Curso de direito civil. Vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31ª ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direitos Civil. Vol. I: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 30ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017.

_____. Instituições de Direitos Civil. Vol. II: teoria geral das obrigações. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017.

_____. Instituições de direito civil. Vol. III: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 21ª ed. rev. e atual por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: 2017.

SINCLAIR, Neil. Sinclair on warranties and indemnities on share and asset sales. 9ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2014.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989.

SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. band 3. Schuldrecht II (§§ 433-515). Stuttgart, Berlin, Colônia: Verlag Kohlhammer, 1991.

SOUZA, Augusto Cesar Barbosa de. Brazil. *in*: MARTINIUS, Philip (org.), M&A – protecting the purchaser. AIJA Series Book. Zuidpoolingel: Kluwer Law International, 2004.

STANNARD, John E.; CAPPER, David. Termination for breach of contract. Oxford: Oxford University Press, 2014.

STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. Droit Civil. Obligations 2. Contrat. 3ª ed. paris: Liitec Librairie de la Cour de Cassation, 1988.

STARK, Tina L. *Drafting contracts: how and why lawyers do what they do*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007.

STAUDINGER, Julius von. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§433-480*. Berlin: De Gruyter, 2014.

STENGEL, Arndt; SCHOLDERER, Frank. *Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf. Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 158 e ss.

STONE, Richard; DEVENNEY, James. *The modern law of contract*. 12^a ed. Abingdon: Routledge, 2017.

SZTAJN, Rachel. *Atipicidade de Sociedades no Direito Brasileiro*. São Paulo: PKR Gráfica e Editora, 1987.

TARTAGLIA, Ezio. *Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari. Clausole di tutela dell'acquirente nel processo di M&A*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a constituição da república. Vol. I. 2^a ed. rev. e atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Código Civil Interpretado conforme a constituição da república. Vol. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 6^a ed. Paris: Dalloz, 1996.

TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 44^a ed. Pádua: CEDAM, 2009.

TRÉBULLE, François Guy. *Cession de droits sociaux: mise en oeuvre d'une convention de garantie de passif environnemental. La semaine juridique entreprise et affaires*, n. 9, 3 de março de 2005.

TREITEL, Günter. *The law of contract*. 11^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.

TRIEBEL, Volker; HÖLZLE, Gerrit. Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge. *Betriebs-Berater* 2002, 521.

TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1991.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VALSERRA, Fabrizio. La vendita di quote o di azioni non è vendita di beni sociali. in: Il diritto fallimentare e delle società commerciali, vol. 27, n. 2, 1952.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Direito das garantias. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. 2ª Coimbra: Almedina, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. Vol. 2. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VON BISMARCK, Nilufer. Corporate acquisitions and merger in the United Kingdom. Zuidpoolsingel: Wolters Kluwer, 2013.

VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002.

WALD, Arnoldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, 2014, n. 949, p. 95-103.

WÄCHTER, Gerhard H. Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien. *Neue juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1270.

WEIGL, Gerald. Gewährleistungsausschluss und Ansprüche aus c.i.c. *Deutsche Notarzeitschrift*, 2007, p. 712-716.

WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos tribunais*, n. 915, a. 101, jan./2015.

WEST, Glenn D.; LEWIS JR., W. Benton. Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the “entire” deal? *The business lawyer*, vol. 64 (agosto-2009).

_____ ; DURAN, Sarah G. Reassessing the “consequences” of consequential damage waivers in acquisition agreements. *The business lawyer*, vol. 63, mai./2008.

_____.; SHAH, Kim M. Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to anti-sandbagging clauses, who is sandbagging whom? *The M&A lawyer*, vol.11, n. 1, 2007.

WESTERMANN, Harm-Peter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534. 7^a ed. Munique: C.H. Beck, 2016.

_____. Das neue Kaufrecht. *Neue juristische Wochenschrift*, 2002, p. 241.

_____. Due Diligence beim Unternehmenskauf. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 169, 2005, p. 248-273.

WHITE, James; SUMMERS, Robert. Uniform commercial code. 6^a ed. Saint Paul: West Publishing, 2010

WHITEHEAD, Charles K. Sandbagging: default rules and acquisition agreements. *Delaware journal of corporate law*, 2011, vol. 36, p. 1081-1115.

WIEDEMANN, Herbert. Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965.

_____. Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens. in: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (orgs.), Festchrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965 – Band I. Munique e Berlim: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, p. 815-836.

_____. Gesellschaftsrecht. Vol. I: Grundlagen. Munique: C. H. Beck, 1980

_____. Gesellschaftsrecht. Vol. II: Recht der Personengesellschaften. Munique: C. H. Beck, 2004

WILLISTON, Samuel. A treatise on the law of contracts. vol. 11. 4^a ed atualizada por Richard Lord. Danvers: West Group, 1999

YOUNGBLOOD JR., D. Hull; FLOCOS, Peter N. Drafting and enforcing complex indemnification provisions. *The practical lawyer*, ago./2010.

ZUCKERMAN, Tod; MOTZER, William; LEONARD, Alfred; SOLOMON, Hayden. Representing buyers, sellers and lenders in transferring contaminated property: a primer for real estate practitioners. Part I. *Real estate, probate and trust journal*, vol. 35, n. 2, summer 2000.

JURISPRUDÊNCIA PESQUISADA

ALEMANHA

BGH DB, 1980, 679

BGH NJW, 1969, 184

BGH NJW, 1976, 236

BGH NJW 1977, 1536

BGH NJW 1979, 160

BGH NJW, 1980, 2408

BGH, NJW 1990, 1658

BGH, NJW 1995, 1547

BGH NJW, 1998, 302

BGH NJW 1999, 1404

BGH NJW 2002, 2774

BGH NJW-RR 1996, 429

BGH NJW-RR 2002, 308

BGH WM, 1969, 67

BGH WM 1970, 819

BGH WM 1980, 1006

BGH ZIP 1980, 549

BGHZ 13, 179

BGHZ 16, 54

BGHZ 34, 32

BGHZ 63, 369

BGHZ 65, 246

BGHZ 78, 216

BGHZ 109, 327, 332

BGHZ 132, 30, 36

BGHZ 65, 246

OLG Hamburg WM 1994, 1378

OLG Munique, Decisão de 26.7.2006, 7 U 2128/06

BRASIL

STJ, REsp 161.351/SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.8.1998

STJ, REsp 215.832/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 6.3.2003

STJ, EREsp n. 213.828/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 7.5.2003

STJ, REsp 1.033.241/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.10.2008

STJ, REsp 616.069/MA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.02.2008

STJ, REsp 1.121.243/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25.08.2009

STJ, REsp 744311/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.8.2010

STJ, AgRg no REsp 1.101.196/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.11.2010

STJ, REsp 903.771/SE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.4.2011

STJ, REsp 1.222.423/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.09.2011

STJ, REsp 1.276.311/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.09.2011

STJ, REsp 1.150.711/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.12.2011

STJ, Ag no REsp 1.057.248/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.04.2011

STJ, Ag no AREsp 14.637/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.09.2011

STJ, AgRg no Ag 1.401.863/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12.11.2013

STJ, AgRg no AREsp 426.951/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03.12.2013

STJ, REsp 1.326.445/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 04.02.2014

STJ, REsp 1.159.317/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.03.2014

STJ, AgRg no AREsp 477.387/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 21.10.2014

STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.436.833/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02.12.2014

STJ, AgRg no REsp 1.485.344/SP, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, j. 05.02.15

STJ, AgRg no REsp 1.516.891/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 28.04.2015

STJ, AgRg no Ag 1.327.784/ES, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.08.2013

STJ, AgRg no AREsp 431.493/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.3.2014

STJ, AgRg no REsp 1.317.745/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06.05.2014

STJ, AgRg no AREsp 507.061/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 5.8.2014

STJ, AgRg no REsp 1.411.828/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07.08.2014

STJ, REsp 1.296.849/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.2.2017

TJDFT, Embargos Infringentes na apelação cível n. 42.630-97, Rel. Desa. Vera Lúcia Andrichi, j. 4.3.1998

TJDFT, apelação cível n. 20060910157468, Des. Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, j. 1.6.2009

TJDFT na apelação n. 0120673-43.2006.8.07.0001, Rel. Desa. Nídia Corrêa Lima, j. 12.5.2010

TJMG, apelação cível n. 1.0024.02.884407-4/001, Des. Rel. Antônio Bispo, j. 11.4.2013

TJPR, apelação n. 65244-0, Rel. Des. Accácio Cambi, j. 2.9.1998

TJPR, apelação n. 163145-6, Rel. Des. Jurandyr Souza Junior, j. 23.5.2001

TJPR, apelação n. 145468-6, Rel. Des. Celso Rotoli de Macedo, j. 22.10.2003

TJPR, apelação n. 481728-9, Rel. Des. Ruy Francisco Thomaz, j. 8.7.2008

TJPR, apelação n. 740451-3, Rel. Des. Jucimar Novochadlo, j. 16.2.2011

TJPR, apelação n. 1307727-1, Rel. Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 11.8.2015

TJPR, apelação n. 1439144-1, Rel. Des. Victor Martim Batschke, j. 15.3.2016

TJRJ, apelação cível n. 0076149-06.1998.8.19.0001, Des. Rel. Mauro Fonseca Pinto Nogueira, j. 3.10.2000

TJRJ, apelação n. 0421912-05.2008.8.19.0001, Rel. Desa. Nanci Mahfuz, j. 30.6.2011

TJRJ, apelação n. 0094454-18.2010.8.19.0001, Rel. Des. Juarez Fernandes Folhez, j. 13.5.2015

TJRJ, apelação n. 0083459-69.2012.8.19.0002, Rel. Des. André Ribeiro, j. 7.3.2017

TJRS, apelação n. 500400502, Rel. Des. Arnaldo Rizzardo, j. 13.9.1989

TJRS, Apelação n. 70022049811, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. 27.3.2008

TJRS apelação n. 0281253-65.2013.8.21.700, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 30.10.2013

TJRS, apelação n. 70061122438, Rel. Desa. Isabel Dias Almeida, j. 27.8.2014

TJRS, apelação n. 0310950-29.2016.8.21.70000, Rel. Des. Alex Gonzaga Custodio, j. 26.10.2017

TJSC, apelação n. 1988.092116-3, Rel. Des. Newton Janke, j. 21.11.2002

TJSC, apelação n. 2005.026559-1, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 29.9.2009

TJSC, apelação n. 2007.041682-6, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 13.12.2011

TJSC, apelação n. 2013.033641-7, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 20.3.2014

TJSP, agravo de instrumento n. 9093373-40.1997.8.26.0000, Rel. Des. Cunha Cintra, j. 5.2.1999

TJSP, agravo de instrumento n. 9112921-80.1999.8.26.0000, Rel. Des. Jacobina Rabello, j. 9.5.2002

TJSP, agravo de instrumento 9084320-30.2000.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Maria, j. 25.4.2006

TJSP, agravo de instrumento n. 9098263-17.2000.8.26.0000, Rel. Des. Magno Araújo, j. 11.5.2006

TJSP, agravo de instrumento n. 9166110-60.2005.8.26.0000, Rel. Desa. Cristina Zucchi, j. 14.2.2007

TJSP, apelação n. 994.03.101754-7, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.4.2010

TJSP, apelação n. 9095804-71.2002.8.26.0000, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.9.2011

TJSP, apelação n. 0114695-80.2008.8.26.0003-00, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 26.10.2011

TJSP, apelação n. 0265801-26.2007.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 10.4.2012

TJSP, apelação n. 0015939-21.2009.8.26.0223, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 31.7.2012

TJSP, apelação n. 0341976-02.2009.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 5.9.2012

TJSP, apelação n. 0005976-32.2003.8.26.0309, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 16.10.2012

TJSP, apelação n. 0007092-28.2006.8.26.0581, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 30.10.2012

TJSP, apelação cível n.0000111-94.2009.8.26.0025, Rel. Des. Helio Faria, j. 30.1.2013

TJSP, apelação n. 0000108-24.1998.8.26.0091, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 12.3.2013

TJSP, apelação n. 0279546-14.2009.8.26.0000, Rel. Des. Fábio Quadros, j. 16.5.2013

TJSP, apelação n. 0009169-58.2008.8.26.0510, Rel. Des. Miguel Brandi, j. 11.9.2013

TJSP, apelação n. 9103353-25.2008.8.26.0000, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 26.11.2013

TJSP, apelação n. 0106819-35.2012.8.26.0100, Rel. Des. Mario Chiuvite Junior, j. 9.4.2014

TJSP, apelação n. 0185809-45.2009.8.26.0100, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 11.9.2014

TJSP, apelação n. 0013989-08.2012.8.26.0114, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 4.11.2014

TJSP, apelação n. 1000413-90.2014.8.26.0006, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 4.11.2014

TJSP, apelação n. 1001884-69.2014.8.26.0224, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 11.2.2015

TJSP, apelação n. 1000310-46.2014.8.26.0568 Rel. Des. Thiago de Siqueira, j. 25.2.2015

TJSP, apelação n. 9000018-10.2010.8.26.0003, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 8.4.2015

TJSP, apelação n. 0010774-27.2010.8.26.0362, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 9.4.2015

TJSP, apelação n. 0100281-14.2007.8.26.0003, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 14.4.2015

TJSP, apelação n. 0035752-36.2010.8.26.0114, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 6.5.2015

TJSP, apelação n. 0028127.-04.2010.8.26.0161, Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 22.5.2015

TJSP, apelação n. 0003116-89.2009.8.26.0360, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 29.7.2015

TJSP, apelação n. 0005025-55.2010.8.26.0224, Rel. Des. Pereira Calças, j. 29.7.2015

TJSP, apelação n. 1008341-73.2014.8.26.0562, Rel. Des. Pereira Calças, j. 30.9.2015

TJSP, apelação n. 0018750-35.2009.8.26.0099, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 6.4.2016

TJSP, apelação n. 1011488-72.2013.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 14.6.2016

TJSP, apelação n. 0010622-35.2010.8.26.0020, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 22.6.2016

TJSP, apelação n. 0040958-31.2010.8.26.0114, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 27.6.2016

TJSP, apelação cível n. 0020052-53.2013.8.26.0554, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 22.2.2017

TJSP, apelação n. 1066058-37.2015.8.26.0100, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 15.3.2017

TJSP, apelação n. 1015045-26.2015.8.26.0576, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 29.3.2017

TJSP, apelação n. 1004049-78.2016.8.26.0011, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 4.10.2017

ESTADOS UNIDOS

Ainger v. Mich. Gen. Corp., 476 F. Supp. 1209, 1225 (S.D.N.Y. 1979)

American Transtech Inc. v. U.S. Trust Corp., 933 F. Supp. 1193 (S.D.N.Y. 1996)

Bahre v. Pearl, 595 A.2d 1027, 16 U.C.C. Rep. Serv. 2d 780 (Me. 1991)

Blasingame v. American Materials, Inc., 654 S.W.2d 659, 35 U.C.C. Rep. Serv., 1610 (Tenn. 1983)

Cambron v. Moyer, 519, N.W.2d 381, 25 U.C.C. Rep. Serv. 2d 218 (Iowa 1994)

CBS v. Ziff-Davis Publishing g Co., 553 N.E.2d 997, 1001 (N.Y. 1990)

Consult Urban Renewal Dev. Corp. v. T.R. Arnold & Assoc., Inc., CIV A 06-1684 WJM, 2007 WL 1175742 (D.N.J. Apr. 19, 2007)

Crofton ventures Ltd. Partnership v. G&H Partnership, 116 F. Supp. 2d 633 (D. Md. 2000)

DCV Holdings, Inc. v. ConAgra, Inc. 889 A.2d 954 (Del. 2005)

Edwin Bender & Sons v. Ericson Livestock Commission Co., 421 N.W.2d 766 (Neb. 1988)

Gloucester Holding Corp. v. US Tape & Sticky Products, LLC, 832 A2d 116 (Del. Ch. 2003)

Great Lakes Chemical Corp. v. Pharmacia Corp. 788 A.2d, 544 (Del. Ch. 2001)

Grupo Condumex, SA v. SPX Corporation unpublished opinion and order of the US District Court for the ND of Ohio, issued September 19, 2008 (Docket No. 3:99CV7316) (aplicando a lei do estado de Michigan)

Gusmao v GMT Group, Inc., 06 Civ. 5113 (GEL) (S.D.N.Y. Aug. 1, 2008)

Hecht v. Components Int'l, Inc., 867 N.Y.S.2d 889, 895–96 (Sup. Ct. 2008)

Hoffer v. Callister, 47 P.3d 1261 (Idaho 2002)

IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc. 789 A.2d 14 (Del. Ch. 2001)

In re Marriage of Ginsberg, 750 N.W.2d 520, 522 (Iowa 2008)

Interim Healthcare, Inc. v. Spherion Corporation 884 A.2d 513 (Del. Super. Ct. 2005)

Jackson v. Russell, 498 N.E.2d 22 (Ind. Ct. App. 1986)

Jennison v. Jennison, 346 Pa. Super. 47, 99 A.2d 302, 41 U.C.C. Rep. Serv. 585 (1985)

Kazerouni v. De Satnick, 279 Cal. Rptr. 74, 75-76 (Cal. Ct. App. 1991)

Lightning Litho, Inc. v. Danka Indus., Inc., 776 N.E.2d 1238, 1241-1242 (Ind. Ct. App. 2002)

Majkowski v. American Imaging Management, LLC, 913 A.2d 572, 588–89 (Del. Ch. 2006)

Ferd S. Meyer and Hoke T. Maroon v. Seaboard Finance Company, 309 F.2d 741 (5th Circ. 1962)

Newman v. Kendall 103 Vt 421 (Vt. 1931)

Paniaguas v. Aldon Companies, Inc., 2:04-CV-468-PRC, 2006 WL 2788585 (N.D. Ind. Sept. 26, 2006)

Pegasus Management Co., Inc. v. Lyssa, Inc., 995 F. Supp. 29 (D. Mass. 1998)

Queen Villas Homeowners Association v. TCB Property Management, 56 Cal. Rptr. 3d 528, 534 (Cal. Ct. App. 2007)

Reno v. Bull, 124 N.E. 144, 146 (N.Y. 1919)

Rhode Island Hosp. v. Collins, 117 R.I. 535, 368 A.2d 1225, 21 U.C.C. Rep. Serv. 619 (1977)

Rocky Mountain Helicopters, Inc. v. Air Freight, Inc., 773, P.2d 911 (Wyo. 1989)

SEC vs. Texas Gulf Sulfur Co., 401 F.2d 833 (2d Cir. 1968)

Shippen v. Bowen, 122 U.S. 575, 581, 7 S. Ct. 1283, 30 L. Ed. 1171 (1887)

Smith v. Tennessee Furniture Industries, Inc., 212, Tenn. 291, 369 S.W.2d 721 (Tenn. 1963)

Specialized Tours, Inc. v. Hagen 392 N.W.2d 520 (Minn. 1986)

SpinCycle, Inc. v. Kalender, 186 F. Supp. 2d 585, 588-89 (D. Md. 2002)

Stevenson v. B.B. Kirkland Seed Co., 180 S.E. 197, 200 (S.C. 1935)

Telephia, Inc. v. Cuppy, 411 F. Supp. 2d 1178, 1188 (N.D. Cal. 2006)

United Ind. Ins. Agencies Inc. v. Bank of Honolulu, 6 Hawaii App. 222, 718 P.2d 1097, 1 U.C.C. Rep. Serv. 2d 866 (1986)

FRANÇA

Cass. com. 12 décembre 1972, pourvoi n. 71-11080

Cass. Com. 20 février 1979, Gaz. Pal. 1979-1, I pan. 246

Cass. Com. 3 avril 1979, *Revue des Sociétés*, 1980, p. 723

Cass. com. 25 janvier 1983, pourvoi n. 81-13085

Cass. com. 21 mars 1983, Bull. Joly 1983, § 213, p. 510

Cass. Civ. 3eme, 25 janvier 1989, Bull. III, n. 20

Cass. Com. 19 déc. 1989, pourvoi n. 88-15335

Cass. com. 23 janvier 1990, pourvoi n. 87-17521

Cass. Civ. 27 mars 1991, Bull. III, n. 107

Cass. Com. 1er octobre 1991, pourvoi 89-13967

Cass. Civ. 23 octobre 1991, Bull. III, n. 249

Cass. com. 5 juillet 1994, Bull. Joly 1994, p. 1222

Cass. Com. 17 octobre 1995, pourvoi 93-20523

Cass. Com. 12 décembre 1995, pourvoi n. 91-21304

Cass. Com. 18 février 1997, pourvoi n. 95-12617

Cass. Com. 21 oct. 1997, pourvoi n. 95-18077

Cass. Com. 7 oct. 1997, pourvoi n. 95-18119

Cass. Com. 3 février 2015, pourvoi n. 13-12483

Montpellier, 24 oct. 1981, JCP (E) 1991.112, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, n. 12

INGLATERRA

Anderson & Sons Ltd. v. Rhodes (Liverpool) Ltd. [1967] 2 All E.R. 850

Bunge Corp v. Tradax Export SA [1981] 1 W. L. R. 711

Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd. [1947] KB 130

Derry v. Peek (1889) 14 App Cas 337

Dick Bentley Productions Ltd. v. Harold Smith (Motors) Ltd. [1965] 1 WLR 623

Esso Petroleum Co Ltd. v. Mardon [1976] Q. B. 801

Eurocopy v. Teesdale [1992] BCLC 1067, CA

Hedley Byrne & Co Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] A. C. 465

Hongkong Fir Shipping Co Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1962] 2 Q. B. 26

Infiniteland Ltd. v. Artisan Contracting Ltd. [2004] EWHC 955 (Ch)

Jacobs v. Batavia [1924] 1 Ch 287

Jorden v. Money [1854] 5 HL Cas 185

Lombard North Central plc v. Butterworth [1987] Q. B. 527

Oscar Chess Ltd. v. Williams [1957] 1 WLR 370

United Scientific Holdings v. Burnley BC [1978] A. C. 904

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

ITÁLIA

App. Milano, 13 aprile 1951

App. Roma, 21 luglio 1933

Cass. 28 agosto 1952, n. 2784

Cass., 10 febbraio 1967, n. 338 (62)

Cass. 10 febbraio 1987, n. 721

Cass. 29 agosto 1991 n. 9227

Cass. 19 luglio 2007, n. 16031

Cass. 26 luglio 2014, n. 16963