

GIACOMO GREZZANA

A CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E
GARANTIAS EM ALIENAÇÃO DE
PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

QUARTIER LATIN

GIACOMO GREZZANA

Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação do Prof. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado em São Paulo

A CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2019
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

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

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

-
- 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; DENOVA, 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).
- 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

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 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

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 DENOVA, 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.
- 600 TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 244.
- 601 GALGANO, Francesco. *Tratatto 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. *Tratatto di diritto civile*. Volume secondo. 3ª ed. atual. (atualizadora Nadia Zorzi Galgano). Pádua: CEDAM: Wolters Kluwer, 2015, p. 416.

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 *deceptor* 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

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.

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.

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.

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 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

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.

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 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 formatação 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 previs-

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).

to 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 as-

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 andar e 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

sume 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 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 con-

aconteça. Neste caso, estará inadimplente perante o credor, que poderá resolver o contrato e buscar outra 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.

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, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Vol. II. Milão: Giuffrè, 1953, p. 82-83.

trato 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 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

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.

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).

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 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 detido 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.*

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.

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.

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 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, acoplado 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 in-

627 VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 47.

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.

cêndio 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

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,

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.

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

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 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 se-

Sergio Ferrarini.

- 637 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993, p. 40.
- 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.

gurado, 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, 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

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.

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.

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 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

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.

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.

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 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 con-

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.

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.

creto.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 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

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.

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 DENOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2ª ed atual. Turim: Giappichelli, 2016, p. 182.

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 “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

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.

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 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

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.

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 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.

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 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.

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 obri-

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.

gação 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 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 fal-

668 TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 314-316.

sidades 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

-
- 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 existe 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

prazo definido para exercício de um direito, sob pena de extinção do mesmo; o prazo de garantia é aquele 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

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. 1. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 427.

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. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.2.2017; STJ, AgRg no AREsp 507.061/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 5.8.2014.

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 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.

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.

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.

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

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.

qualidades prometidas, enquanto o terceiro que presta as declarações e garantias conjuntamente 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

680 PAILLUSSEAU, Jean; CAUSSAIN, Jean-Jacques; LAZARSKY, Henri; PEYRAMAURE, Philippe. *Cession d'entreprise*. 4ª 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 contrôle. *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 - néf'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 contrôle. *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.

pela sociedade-alvo ou pelo terceiro, configura-se uma estipulação em favor de terceiro.⁶⁸⁵⁻⁶⁸⁶ Tanto a sociedade quanto o terceiro credor podem exigir os meios 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

-
- 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. 95-1819, 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).

garantias.⁶⁸⁸ O mesmo raciocínio 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

- 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. 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*. 4ª 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*

da participação 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

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.

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.

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 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

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 percuente 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.

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, 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

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. *Managementklärungen 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 - né/université, 1992, p. 183-185.

soma em dinheiro), mas essa estipulação não pode ser estendida automaticamente ao descumprimento da obrigação ulterior. Do 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 resolutorio.

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 depender 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

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 Entrepise 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.

meio da cláusula de declarações e garantias. Portanto não é correto dizer que a ocorrência do 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 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: EGEE, 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*. Zuidpooslingel: Wolters Kluwer, 2013, p. 40.

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

sempre 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

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.

de a parte garantida ser perdedora na demanda ou efetivamente ter de pagar alguma soma ao terceiro. Por isso, a obrigação de 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 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

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.

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,

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 no balanço que serve de base à formação do preço original podem justificar uma redução do preço.⁷²⁴

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.

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).

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

-
- 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 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).

Valor reduzido		=	Patrimônio líquido considerando a falsidade das declarações e garantias
Valor original			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 técnica de valor da

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.

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 interesse do

-
- 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.

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 modificações introduzidas na empresa pelo adquirente enquanto esteve na condução da mesma. Mas é preciso identificar até que ponto o risco

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 di 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.

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. CONSEQUÊNCIAS EM ESPÉCIE DA FALSIDADE DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS: SANAÇÃO *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.

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 redi-

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*).

bitórios 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 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.

741 BEISEL, Wilhelm; KLUMPP, Hans-Hermann; *Der Unternehmenskauf*. 7^a ed. Munique: C.H. Beck, 2015, p. 568.

742 Parte III *supra*, n. 1.4.

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,