

Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers**

Sumário: I – Fatos; II – Quesitos; III – Eixos temáticos desenvolvidos: A) Obrigatoriedade e eficácia da compra e venda: regras interpretativas para a compreensão sistemática do acordo de vontades. B) Princípios fundamentais do regime contratual. Cláusula geral da boa-fé objetiva e a função social do contrato. C) Abrangência da expressão “até onde saibam os vendedores”. D) Papel das cláusulas de garantias contratuais diante do dever de diligência (*due diligence*); IV – Conclusão.

Conceituado escritório de advocacia do Rio de Janeiro solicita

OPINIÃO DOUTRINÁRIA do Instituto de Direito Civil, com base nos seguintes fatos:

I – Fatos:

Em maio de 2000, a Empresa X (X ou compradora) e a Empresa Y (Y ou vendedora) celebraram Contrato de Compra e Venda (Contrato), por meio do qual a Empresa Y e outras empresas do grupo de que faz parte venderam para a Empresa X quotas e ações representativas do total do capital social de três empresas: Empresa Z (Z), Empresa Z1 (Z1) e Empresa Z2 (Z2).

A Empresa Z tem por objeto social a extração, a indústria e o comércio de substâncias minerais, inclusive importação e exportação.

A fixação do preço de compra foi feita com base nos documentos e informações sobre o “Negócio Adquirido” (definição no Contrato)

* O autor agradece vivamente às bolsistas de iniciação científica MILENA DONATO OLIVA e JULIANA CARDOSO DE LIMA (UERJ/FAPERJ) pela valiosa pesquisa empreendida para a elaboração do trabalho.

fornecidos pela Empresa Y, considerando-se que a Empresa X não teve oportunidade, diante das circunstâncias do negócio, de realizar uma detalhada auditoria no objeto do Contrato. Em virtude disso, a vendedora incluiu no pacto diversas declarações e garantias referentes ao objeto da compra e venda, por meio das quais assegurou à compradora a autenticidade e veracidade dos documentos e informações essenciais à celebração do negócio.

Tais declarações e garantias prestadas encontram-se Artigo III do Contrato, que se divide em (i) assuntos gerais; (ii) declarações e garantias específicas sobre a Empresa Z; e (iii) declarações e garantias específicas sobre as demais empresas adquiridas por meio do Contrato. Nas declarações contidas no item (ii) do Artigo III, verifica-se a expressão *to the best knowledge of the sellers* (até onde saibam os vendedores). Valendo-se desta previsão, a Empresa Y alega que esta cláusula visava a compensar sua hipossuficiência em face dos compradores, pois estes sim teriam conhecimento técnico sobre o ramo da mineração.

O Artigo IX do Contrato trata da indenização devida pelos vendedores (a Empresa Y representa todos os vendedores, nos termos do Contrato) em caso de violação das declarações e garantias prestadas, ou seja, nas hipóteses de inexatidão, inverdade, insuficiência dessas declarações ou garantias.

Após a celebração do negócio, constatou a Empresa X o inadimplemento contratual da Empresa Y em virtude da violação das cláusulas de garantia decorrente de omissões e inverdades quanto a informações essenciais à celebração da compra e venda.

A Empresa X aduz, como desrespeito às cláusulas contratuais, o que se segue: (i) o aproveitamento econômico de duas áreas de mineração mostra-se substancialmente inferior ao declarado no Contrato; (ii) os depósitos de minérios referentes a uma terceira área de mineração são inferiores ao previsto no Contrato, em função da realização de exploração clandestina iniciada antes do seu fechamento, sendo o acordo omissivo quanto a esta circunstância; (iii) a Empresa Z não possui licença ambiental para operação em uma determinada

área de mineração; (iv) a portaria de lavra referente a outra área encontra-se suspensa em função de acidente de trabalho ocorrido antes da conclusão do Contrato; (v) existência de passivo ambiental em relação a três áreas de mineração; (vi) a principal fábrica da Empresa Z não possui licença para operar; (vii) à Notificação Formal e Pedido de Pagamento enviada pela Empresa X não respondeu a vendedora.

Seguindo o procedimento contratual previsto, a Empresa X notificou a Y pleiteando indenização em decorrência da falsidade, incorreção e omissão das declarações e garantias prestadas, fornecendo documentos e laudos técnicos comprovando os pedidos de indenização e seus respectivos valores. No entanto, depois de quase um ano sem que a indenização requerida fosse paga, a Empresa X propôs ação judicial em face da Empresa Y por inadimplemento contratual, caracterizado pela falsidade e omissão das declarações e garantias, bem como pelo não pagamento da indenização prevista do Contrato.

II – Quesitos:

A. Considerando o disposto no artigo 82 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 104 do Novo Código Civil (“NCC”), o Contrato é um negócio jurídico válido? Em caso afirmativo, qual a eficácia das cláusulas do Contrato entre as partes e a exigibilidade das obrigações nelas contidas, considerando os princípios da obrigatoriedade, da autonomia da vontade e da intangibilidade dos contratos?

B. Considerado o previsto no Contrato e os princípios da boa-fé contratual, da confiança e da função social dos contratos, consagrados pela Constituição Federal, pelos artigos 113 e 422 do NCC, qual a extensão das declarações e garantias realizadas pelas partes no Contrato?

C. Considerando os princípios citados nos quesitos anteriores, como deve ser interpretada a expressão “até onde saibam os vendedores” presente em algumas cláusulas do Contrato? Essa expressão pode ser estendida às demais cláusulas do Contrato, tendo em vista sua interpretação como um todo?

D. Considerando as declarações e garantias realizadas pela vendedora no Contrato e os fatos apontados acima, houve imprecisão, inverdade, imperfeição ou violação de algumas dessas declarações e garantias? Em caso afirmativo, a indenização prevista no Contrato é devida pela vendedora a Empresa X?

III – Eixos Temáticos:

Para responder aos quesitos, torna-se oportuno analisar quatro eixos temáticos fundamentais, a seguir delineados, a partir dos quais se passará a responder, de forma objetiva, aos quesitos formulados.

A. Obrigatoriedade e eficácia da compra e venda: regras interpretativas para a compreensão sistemática do acordo de vontades;

B. Princípios fundamentais do regime contratual. Cláusula geral da boa-fé objetiva e a função social do contrato;

C. Abrangência da expressão “até onde saibam os vendedores”;

D. Papel das cláusulas de garantias contratuais diante do dever de diligência (*due diligence*).

Passa-se a responder a tais indagações centrais, nos termos adiante deduzidos, aos quais se seguirá uma conclusão com respostas específicas aos quesitos formulados.

A. Obrigatoriedade e eficácia da compra e venda: regras interpretativas para a compreensão sistemática do acordo de vontades

No ordenamento jurídico brasileiro, a análise do negócio jurídico há de se realizar em três planos distintos, investigando-se sua (i) existência; (ii) validade; e (iii) eficácia.

Para se reconhecer a existência de um negócio jurídico, o intérprete identificará os seus elementos essenciais, quais sejam, a declaração de vontade¹, a forma e o objeto. Superada esta primeira fase investigativa, passa-se à análise das qualidades de que devem ser dotados tais elementos, para que se tenha por válido o negócio. Segundo o

¹ Conforme destacado pelo Professor Pietro Perlingieri, “o sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tuteladas pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular. Tome-se, por exemplo, a doação a favor de nascituros ou dos não concebidos (...). A partir do momento do fato doação até o possível, futuro momento do nascimento do sujeito, existe já o interesse juridicamente tutelado, a situação da qual o donatário, ou de qualquer forma, o sujeito nascituro, será o titular; mas ainda não existe o sujeito titular do interesse” (*Perfil do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, trad. Maria Cristina De Cicco, 1999, pp. 107-108).

art. 104 do Código Civil², que corresponde ao artigo 82 do Código Civil de 1916³, constituem-se requisitos de validade do negócio jurídico: i) a capacidade do agente; ii) a possibilidade jurídica e material do objeto; e iii) a conformidade à forma prescrita em lei.

Em outras palavras, o controle de validade pressupõe a existência do negócio, com seus elementos essenciais, perscrutando-se a presença dos adjetivos que, qualificando tais elementos, tornam o negócio jurídico válido. Em doutrina, afirma-se: “Válido é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas”.⁴

Uma vez definidos os elementos e requisitos essenciais ao negócio, que indicam sua existência e validade no mundo jurídico, passa-se ao terceiro plano de análise, dirigido à verificação de sua eficácia *stricto sensu*. Cogitar-se da eficácia de um negócio pressupõe a superação dos primeiros planos investigativos, tendo-o por existente e válido. A eficácia revela a aptidão do negócio a produzir os efeitos pretendidos pela declaração de vontade. Elementos acidentais ao negócio, especialmente as modalidades de que tratam os arts. 121 e ss. do Código Civil (correspondentes aos arts. 114 e ss. do Código Civil de 1916), submeterão a produção de efeitos do negócio (existente e válido) a termo, condição ou encargo. Tais eventos, inseridos pela autonomia privada na declaração de vontade, incorporam-se ao seu conteúdo, vinculando o negócio, em seu plano de eficácia, à sua realização.

² Art. 104, CCB/2002: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

³ Art. 82, CCB/1916: “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”.

⁴ Antônio Junqueira Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, p. 42.

No caso concreto, não se tem notícia de qualquer fato ou imputação que iniquem os elementos ou requisitos essenciais do contrato de compra e venda, relativamente à capacidade das partes, à possibilidade de seu objeto e à forma adotada pelos contratantes.

Com efeito, as partes do Contrato são dotadas de capacidade, conforme declarado na seguinte cláusula:

“Cada um dos Vendedores possui plena capacidade legal para celebrar este Contrato Definitivo de Compra e Venda e para realizar, nas condições descritas, todos os atos previstos pelo presente”.

Além disso, o objeto do Contrato, consistente na compra e venda de quotas, atende ao requisito da possibilidade. Por fim, no que se refere à forma obedecida pelo Contrato, encontra previsão legal (instrumento particular).

Por outro lado, não se submetendo a compra e venda a qualquer uma das modalidades tipificadas pelo ordenamento jurídico, deflagram-se, com a sua celebração, de pleno direito, os efeitos a que se destina. Daqui decorre a sua imediata obrigatoriedade, nos termos do conteúdo da declaração de vontades.

A obrigatoriedade, contudo, não é suficiente a esclarecer os limites de eficácia da declaração, questão que se relaciona com a dogmática contratual, consagrada pelo sistema jurídico romano-germânico, bem como com as regras de hermenêutica predominantes no direito contemporâneo, que permitem a compreensão da força

vinculante das cláusulas contratuais, bem como o seu corolário lógico traduzido no princípio da intangibilidade.

Com relação à dogmática dos contratos prevalecem, nos ordenamentos codificados, as teorias da declaração⁵ e da confiança⁶, que privilegiam, na interpretação do negócio jurídico, a manifestação externa e objetiva da vontade, em detrimento da intenção do agente, cuja importância foi exasperada pelo voluntarismo do Século XIX, no âmbito do qual se forjou a chamada teoria da vontade. Segundo o artigo 112 do Código Civil, “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção *nelas consubstanciada* do que ao sentido literal da linguagem” (grifou-se). O dispositivo, mais claro que o correspondente artigo 85 do Código Civil de 1916⁷, adota a teoria da confiança, referindo-se à vontade consubstanciada nas declarações, ou seja, tal qual manifestada pelo declarante, de modo a relegar a segundo plano a literalidade do texto, mesmo que esta pudesse refletir a intenção real do agente.

Ainda na vigência do regime anterior, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro procurava conciliar a vontade interna do agente com a declaração externa de sua vontade. A propósito, lecionava o saudoso professor Caio Mário da Silva Pereira: “a vontade interna ou real é que traz a força jurídica, mas é a sua exteriorização, pela declaração, que a torna conhecida, o que permite dizer que a

⁵ Segundo tal teoria, somente a declaração de vontade importa considerar na interpretação do negócio jurídico, não já a vontade real do declarante. Sobre o tema, v., por todos, Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.

⁶ De acordo com a Teoria da Confiança, “prevalece a declaração sobre a vontade, pois o declarante tem de arcar com o ônus da confiança que desperta nos outros com a declaração, sendo que a má-fé do declarante outorga a excepcional predominância da vontade sobre a declaração”. (Rose Melo Vencelau, “O negócio jurídico e as suas modalidades”, in Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 189).

⁷ Art. 85, CCB/1916: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

produção de efeitos é um resultado da vontade mas que esta não basta sem a manifestação exterior”⁸.

Na página clássica de Carlos Maximiliano, a vontade que deve ser interpretada e convertida em realidade não consiste naquilo que uma pessoa quis e possivelmente deixou fora do alcance da percepção do coobrigado, mas no que aparece como aceito por uma das partes e pensado e proposto pela outra. “Pode-se alimentar, em silêncio, um desejo; daí não abroham deveres para o indivíduo, nem direitos para terceiros. Não se castigam intenções; a ninguém aproveita o intuito benéfico, porém reflu, não exteriorizado em ações. Logo a *declaração de vontade* é da *essência* do ato ou contrato; não constitui simples *meio de prova*”.⁹ Em suma: “Se há declaração negocial, o negócio existe; se não há, o negócio inexistente”.¹⁰

Consagrada no Código Civil de 2002 a teoria da confiança, pode-se afirmar, com renovado vigor, que, na interpretação das diversas cláusulas de um contrato, devem-se considerar vinculantes os deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas uma compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração.

Para a análise, no caso concreto, desta *vontade contratual consensualmente compreendida* mostram-se úteis as regras clássicas de hermenêutica que, lidas à luz dos princípios contemporâneos, preservam a sua atualidade e função elucidativa na interpretação sistemática do contrato.

Duas regras adquirem especial importância na interpretação do negócio jurídico realizado entre as Empresas X e Y. A primeira delas, na célebre lição de

⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, vol. I, p. 307.

⁹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, 19ª ed., p. 275.

¹⁰ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, 1986, p. 91.

Pothier¹¹, afirma que se deve buscar nas convenções a *intenção comum* das partes contratantes, e não o sentido gramatical dos termos. Esta regra coincide com o disposto no art. 112 do Código Civil. De acordo com a segunda regra, o sentido de uma cláusula deve ser extraído a partir do teor das demais cláusulas contidas no documento, a ela precedentes e subseqüentes.

Estabelecidas tais regras hermenêuticas, que concretizam a obrigatoriedade dos pactos na experiência jurídica brasileira, percebe-se, de fácil, a relevância, para a interpretação do negócio jurídico, do princípio da intangibilidade¹², e sua repercussão no âmbito contratual. Na medida em que o contrato vincula os contratantes, o acordo torna-se intangível, ou seja, insuscetível de modificação por vontade unilateral de uma das partes ou por interferência externa. Somente o consenso dos contratantes, mediante deliberação bilateral, poderia alterar o conteúdo contratual, a menos que se verifiquem as circunstâncias justificadoras da revisão ou da resolução contratual por excessiva onerosidade (arts. 317; 478 e ss. do Código Civil). Com efeito, o contrato obriga os contratantes e consubstancia, por conseguinte, regulamento intangível, eis a regra geral. A modificação de suas cláusulas, ou a sua extinção, somente será autorizada na presença de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis que

¹¹ Robert Joseph Pothier, *Tratado das Obrigações*, tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira, Ed. Servanda, Campinas, 2001, p. 96. Pothier exemplifica esta regra com o seguinte exemplo: “Eu lhe dei em aluguel uma pequena acomodação em uma casa cujo restante eu ocupo, e eu lhe renovo o aluguel nos seguintes termos: *Dou minha casa em aluguel a fulano por tantos anos, pelo preço do aluguel anterior*. Você teria motivos para entender que aquilo que eu lhe aluguei foi a casa toda? Não, pois ainda que por estes termos, minha casa, em seu sentido gramatical, signifique a casa inteira, e não uma simples acomodação, é visível entretanto que nossa intenção não foi outra senão a de renovar o aluguel de um quarto que eu já lhe tinha alugado antes, e essa intenção, da qual não se tem dúvidas, deve prevalecer sobre os termos do contrato”.

¹² Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 25^a ed., 2002, p. 165.

tornem a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, de modo a deflagrarem-se os mecanismos de re-equilíbrio contratual previstos pelo legislador.

Submete-se, pois, o contrato realizado entre a Empresa X e a Empresa Y aos princípios da obrigatoriedade e da intangibilidade, impedindo-se, conseqüentemente, a qualquer dos contratantes ou mesmo ao juiz a alteração das cláusulas livremente pactuadas. Daí não ser consentido ao magistrado a subtração de eficácia de parte do regulamento contratual, lendo-se o contrato de modo a que um dispositivo contido em uma cláusula possa anular o conteúdo de outra ou dela própria, mecanismo que acarretaria na violação dos princípios acima aludidos.

Diante de tais considerações, e descendo-se ao caso concreto, deve o intérprete sopesar as garantias prestadas pela Empresa Y com os riscos inerentes ao negócio assumidos pela Empresa X. Neste sentido, cuidando-se de cláusula de garantia, não se poderia atribuir um significado à expressão “até onde saibam os vendedores” que viesse a tornar a garantia ociosa ou inócua, uma vez que tal interpretação violaria frontalmente os princípios da obrigatoriedade e da intangibilidade.

B. Princípios fundamentais do regime contratual. Cláusula geral da boa-fé objetiva e a função social do contrato

O contexto axiológico no qual se insere o Código Civil, a partir da Constituição da República de 1988, altera, de forma radical, o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à teoria contratual.

Pode-se afirmar que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos.

A boa-fé objetiva¹³ atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, Código Civil), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, Código Civil). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros, ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato.

Compreende-se, assim, a dicção do art. 421 do Código Civil, segundo a qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Vale dizer, o sentido a ser atribuído à função social não pode se limitar a

¹³ O Código Comercial brasileiro, de 1859, em seu art. 131, referia-se à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, não teve aplicação significativa até o advento do Código de Defesa do Consumidor. A positivação da boa-fé como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, em 1990, deu fundamento legal à adoção, no Brasil, da noção de boa-fé objetiva conforme construída pelos tribunais alemães e italianos, a partir do § 242 do Código Civil alemão e do artigo 1.375 do Código Civil italiano. A boa-fé objetiva aparece, assim, a partir de então, como cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. Embora até o advento do Código Civil de 2002 fosse prevista apenas no Código Comercial e no Código de Defesa do Consumidor, sua ampla aplicação às relações empresariais, por obra da jurisprudência e da doutrina, revelou força expansiva capaz de permear toda a teoria contratual, conforme observado em outras sedes (Gustavo Tepedino, *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 3ª ed., p. 232; e *Crises de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*, in G. Tepedino (Coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª ed., 2003, p. XXX-XXI).

restrições pontuais e externas à atividade privada, inserindo-se no próprio fundamento da iniciativa econômica¹⁴. Assim como no direito de propriedade, quis o constituinte tornar a função social elemento interno dos institutos jurídicos de direito privado¹⁵.

O princípio da boa-fé funciona como o elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Atribuem-se-lhe, do ponto de vista técnico, três funções principais: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial¹⁶.

A primeira função exige que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes¹⁷. Tal perspectiva encontra-se positivada no art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹⁴ Deste modo, o fundamento de cada ato de autonomia negocial passa a depender de um exame de merecimento de tutela dos interesses concretamente perseguidos com os valores consagrados no texto constitucional. Esta a lição de Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 333: “(...) *l'individuazione del fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi per i quali essa è in concreto esplicata. Poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, l'analisi degli interessi consente d'individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela.*”

¹⁵ Ensina Maria Celina Bodin de Moraes que “a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação *infra*-constitucional. No sistema aberto, portanto, as funções atribuídas aos princípios não mais se compadecem com uma restrição à sua eficácia normativa, como aquela que os limitava a operar como fonte supletiva de integração do ordenamento (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil)” (*Prefácio a Teresa Negreiros, Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998).

¹⁶ V., sobre o tema, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; Antonio Junqueira de Azevedo, *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18, 1996, p. 23 e ss.

¹⁷ Gustavo Tepedino, *Crisis de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*, cit. p. XXXII.

Já a segunda função tem conotação negativa, estabelecendo limites para o exercício dos próprios direitos. Consiste, assim, em critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo de direitos. Tal função revela-se no art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.¹⁸

Por fim, a boa-fé exerce a função de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Trata-se dos deveres de informação, lealdade e transparência, que se agregam implicitamente ao regulamento de interesses.

Esta terceira função atribuída à boa-fé necessita, certamente, de definição interpretativa também associada aos objetivos do negócio, pois “seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar o comprador acerca dos defeitos do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos. Um dever de informação assim concebido mostrar-se-ia não apenas exagerado, mas também irreal,

¹⁸ Exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas também cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício (Heloísa Carpena, “Abuso do Direito no Código de 2002”. “Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”, in G. Tepedino (coord.), *A parte Geral do Novo Código Civil*, cit., p. 377 e ss.).

porque seu cumprimento seria, na prática, impossível tendo em vista a amplitude do campo de informações”.¹⁹

Pode-se afirmar, portanto, que seja em sua função interpretativa, seja na criação de deveres anexos, ou na restrição de condutas abusivas, a boa-fé objetiva diz sempre respeito à preservação do conteúdo econômico do negócio. Tais deveres não servem a tutelar o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente da avença.

No contrato passado em revista, tendo-se sempre em conta que a boa-fé objetiva se concretiza no âmbito específico da compra e venda, e que as partes se encontram em posição de paridade, já que inexistente hipossuficiência de qualquer dos contratantes, verifica-se que a conduta da Empresa Y violou a boa-fé objetiva. Isto porque, em primeiro lugar, não se mostraram corretas suas declarações quanto ao objeto da venda, e por cuja veracidade deu fé. Além disso, a Empresa Y pretende fazer prevalecer um único aspecto do regulamento contratual, atinente à expressão “até onde saibam os vendedores”, renegando todo o sistema de garantias contratuais, o que revela interpretação contrária à boa-fé objetiva.

Com efeito, uma vez que as Empresas X e Y decidiram afastar a diligência em prol do rápido fechamento do negócio, singular importância adquiriram as garantias e informações prestadas pela Empresa Y. O dever de informar, decorrência direta do princípio da boa-fé, recrudesce em face das circunstâncias do caso concreto.

¹⁹ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil”, in *Revista da EMERJ*, vol. 6, Rio de Janeiro, 2003. p. 146.

Por esta razão, mesmo quanto às informações que poderiam, em tese, ser colhidas pela Empresa X nos diversos órgãos públicos, acerca, por exemplo, de licenças e passivos ambientais, obrigou-se contratualmente a Empresa Y, em virtude do pouco tempo hábil para um exame mais cuidadoso, a garantir as referidas informações relevantes para o fechamento do contrato. Se ambas as partes auferiram vantagens com o rápido fechamento do negócio, é de repartirem igualmente os ônus de tal avença, não sendo lícito impor unicamente à compradora os riscos de tal operação – *qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*.

O reconhecimento pelas partes de tais circunstâncias, aliás, revela manifestação da cláusula de boa-fé objetiva, já que o interesse comum dos contratantes justifica e legitima a substituição dos procedimentos usuais de diligência pelo sistema de garantia oferecido pela vendedora à compradora. Não há que se falar, por isso mesmo, em interpretação restritiva das cláusulas de garantia, em virtude do papel essencial que desempenharam para o alcance das finalidades contratuais.

Por outro lado, não há regra de hermenêutica que, em se tratando de relação jurídica patrimonial e paritária, imponha ao comprador os ônus pelos vícios da coisa, sendo certo que o sistema de garantias constitui matéria dispositiva na dogmática contratual. Além disso, mesmo se não houvesse sido convencionalmente preteridos os mecanismos preliminares de diligência, o conhecimento pela Empresa X dos ativos da Empresa Z dependeria essencialmente da colaboração de Y, cuidando-se de universalidade composta em grande parte por bens intangíveis. Em razão disso, as cláusulas de garantia assumem especial importância, traduzindo, em última análise, a

palavra empenhada pela Empresa Y, em que se consubstanciam os deveres acessórios de lealdade, transparência e informação, concretizadores da boa-fé objetiva.

De mais a mais, na espécie, o próprio Contrato afasta expressamente a interpretação restritiva das garantias, a teor das cláusulas citadas abaixo:

“(...) Os Compradores reconhecem que o Negócio Adquirido está sujeito a diversos riscos e incertezas. Embora os Compradores tenham conduzido uma investigação do Negócio Adquirido, *as declarações e garantias no presente são relevantes para a decisão* dos Compradores de comprar o Negócio Adquirido *e não são alteradas ou dirimidas pela investigação dos Compradores*” (grifou-se).

“*Qualquer declaração, garantia e avença contida neste Contrato ou em qualquer certificado emitido com base neste Contrato sobreviverá ao Fechamento*, não obstante qualquer investigação conduzida com relação ao mesmo ou qualquer conhecimento adquirido quanto à precisão ou imprecisão de tais declarações ou garantias” (grifou-se).

Inferem-se, de imediato, duas conclusões dos trechos transcritos. Em primeiro lugar, a rejeição textual, inequívoca, expressa e reiterada da interpretação restritiva das cláusulas de garantia. Em seguida, e não menos importante: a convicção de que os riscos e incertezas a que estão sujeitos o negócio, nos termos da cláusula citada, não coincidem com o objeto das garantias, sob pena de se desvirilizá-las. Revelar-se-ia verdadeira *contraditio in terminis* a previsão de garantia mediante dispositivo que a excluísse, atribuindo candidamente a uma das partes os riscos que, com a garantia, se pretendia justamente debelar.

Por outro lado, e como decorrência da rejeição à interpretação restritiva das garantias prestadas pela Empresa Y, somente as cláusulas que contém a expressão "até onde saibam os vendedores" sujeitam-se às suas conseqüências, não se estendendo, sob qualquer pretexto, os efeitos de tal locução a cláusulas que não a prevejam expressamente.

C. Abrangência da expressão “até onde saibam os vendedores”

Tal expressão “até onde saibam os vendedores” traduz fórmula usualmente empregada na prática contratual norte-americana (*to the best knowledge of the seller*), a exigir do intérprete o exame de seu sentido técnico quando utilizada na realidade jurídica brasileira. Aliás, a adoção de modelos jurídicos estrangeiros, cada vez mais intensa com a globalização do mundo contemporâneo, se não for precedida de rigorosa metodologia comparatista, no sentido de se buscarem soluções de *equivalência funcional*²⁰ nos sistemas em cotejo, gerará resultados absurdos e, por vezes, aberrantes.

²⁰ O conceito de funcionalidade é explicado, mediante eloquente exemplo, por Zweigert e Kötz: “*Suppose that the question is how to enable persons incapable of acting for themselves (minor, lunatics, persons under interdict) to participate in legal affairs. For the European lawyer the notion of statutory representative provides the ideal, if not the only imaginable answer. The idea is so self-evident that he thinks nothing of it: every child from the day he is born is provided with a person – the local youth authority if all else fails – who is comprehensively empowered by statute to represent him. Yet the Common Law has got by quite satisfactory without any such legal institution. There the parents of a child are not automatically entitled or bound to represent him in legal affairs generally or in litigation in particular. When an infant is making a claim, he does so through a person appointed by the court for this purpose, called his ‘nest friend’. When an infant is being sued, the court similarly appoints a ‘guardian ad litem’. Should a minor become entitled to an estate, the court in certain circumstances appoints an ‘administrator durante minore aetate’. Furthermore a child may under certain circumstances be declared a ‘ward of court’ where-upon the courts itself assumes powers of representation which in the normal case it later transfers to others. In the Common Law ‘trustees’ have the duties in relation to a child’s property which on the Continent are performed by statutory representative, for it has long been the rule in Anglo-American*”

Ou seja, caso não se verifique, na cultura jurídica do país receptor de um determinado modelo jurídico, os expedientes técnicos que, a despeito da terminologia adotada pela língua oficial, possam oferecer soluções equivalentes às alcançadas pelo mesmo modelo no país de origem, jamais se conseguirá aquilatar a função de determinado instituto no contexto cultural em que foi engendrado.

A doutrina do direito comparado, a propósito, mostra-se unânime. Segundo Constantinesco²¹, o método comparativo se divide em três etapas: *Conhecimento, Compreensão e Comparação*. O conhecimento consiste em uma análise, incluindo atividades essenciais para que se tenha ciência dos elementos a serem comparados. No segundo momento, observa-se a aplicação de operações de metodologia objetivando-se compreender os elementos de cada sistema legal. E por fim, na terceira etapa faz-se uma síntese, buscando-se esclarecer as conexões existentes entre os elementos dos diferentes sistemas legais.

Segundo Zweigert e Kötz “se alguém aceita que a ciência jurídica inclui não somente técnicas de interpretação de textos, princípios, regras e *standards* de um sistema nacional, mas também a descoberta de modelos para se prevenir ou resolver conflitos sociais, então é claro que o método do direito comparado pode prover um âmbito muito mais amplo de soluções do que o sistema jurídico consagrado em uma única nação, simplesmente porque os diferentes sistemas do mundo podem oferecer uma

Law to transfer property not to the child himself but to a trustee to manage on the child's behalf. This example shows that what the Continental lawyer sees as being a single problem and solves with a single institution is seen by the common lawyer as being a bundle of more specific problems which he solves with a plurality of legal institutions, most of them of ancient pedigree”. (Konrad Zweigert e Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, 1998, p. 37).

²¹ Léontin-Jean Constantinesco, *Il Método Comparativo*, G. Giappichelli Editore, 2000.

grande gama de soluções do que poderia imaginar, ao longo de toda uma vida, um jurista, por mais imaginativo que fosse, que estivesse encurralado em seu próprio sistema”.²²

Sob a perspectiva funcional, o direito norte-americano não empresta à expressão *to the best knowledge of the seller* sentido diverso do que, no Brasil, poderia ser definido como uma *presunção relativa de boa-fé subjetiva*, ou seja, uma presunção relativa de desconhecimento, por parte do declarante, de determinado vício da coisa por ele não informado.

Dessa forma, estabelecido o sentido funcional da expressão importada do direito norte-americano, que se consubstancia, portanto, em uma presunção relativa de boa-fé subjetiva em favor da Empresa Y quanto ao desconhecimento da imprecisão de certas declarações, torna-se indispensável examinar as duas conseqüências interpretativas que resultam de sua inserção na disciplina contratual.

Em primeiro lugar, a inversão, em favor da Empresa Y, do ônus de provar a imprecisão das declarações por ela garantidas, cabendo à Empresa X comprovar a existência de fatos que, conhecidos pela vendedora, não foram devidamente informados no momento da compra e venda, comprometendo a integridade do seu objeto.

Em segundo lugar, a expressão “até onde saibam os vendedores” não tem incidência ilimitada, sob pena de fazer tábula rasa de todas as cláusulas de garantia e dos mecanismos legais de proteção do comprador. Para se alcançar uma compreensão sistemática do contrato, integralmente considerado, torna-se indispensável estabelecer critérios interpretativos para tal locução. Vê-se, então, que as cláusulas contratuais em

²² Konrad Zweigert e Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, 1998, p. 34 (tradução livre).

exame, que contém a expressão “até onde saibam os vendedores”, submetem-se a duas espécies de limites, um subjetivo e outro objetivo.

A cláusula tratada no item anterior estabelece a *limitação subjetiva*, associando à locução “até onde saibam os vendedores” a pessoas determinadas, nos seguintes termos:

“Sempre que se afirmar que uma declaração ou garantia é ‘até onde saibam os vendedores’ ou palavras neste sentido, o conhecimento inerente incluirá especificamente apenas o conhecimento dos principais executivos, gerentes e representantes legais dos Vendedores e da Empresa Z”.

Ao lado da limitação subjetiva, encontra a cláusula em análise um imprescindível *limite objetivo*, não sendo (i) jamais aposta a certas garantias que, segundo expressa deliberação contratual, sequer se sujeitam à presunção de boa-fé subjetiva dos vendedores; e tampouco (ii) capaz de incidir sobre fatos cujo desconhecimento, só por si, configura ato ilícito, hipótese em que as conseqüências legais do inadimplemento independem da prova da culpa do vendedor. Trata-se de aspectos que devem absolutamente ser conhecidos pelo titular da coisa vendida. Nestes casos, cabe ao vendedor pura e simplesmente garantir a veracidade de sua declaração, ainda que subjetivamente pudesse, por deficiências pessoais, desconhecer as peculiaridades da coisa vendida. Cuida-se, aqui, de matéria que, segundo expressão comumente utilizada pelos americanos do norte, deve o vendedor informar ou, se desconhece o objeto da venda, se

informar para informar, assumindo integralmente os riscos decorrentes da incorreção de suas declarações²³.

Examinem-se, no caso concreto, as cláusulas que contém a expressão “até onde saibam os vendedores”, para se aquilatar o seu impacto na conclusão da compra e venda.

A primeira referência à expressão encontra-se na cláusula que, como já visto, se limita a explicitar seus limites subjetivos.

A segunda incidência ocorre na cláusula atinente à matéria tributária:

“Assuntos Tributários. (i) Todas as Declarações de Impostos (conforme definido em (iv) abaixo) que devem ser entregues por ou em nome de Z foram oportunamente entregues com relação a todos os anos e exercícios a que se referiam tais Declarações de Impostos (considerando quaisquer prorrogações de prazos de entrega) e, na extensão exigida pelas leis aplicáveis, todos os Impostos (conforme definidos no item (iii) do presente) que deveriam ser pagos entre o período iniciado na data deste Contrato e encerrado na Data de Fechamento (discriminados ou não em uma Declaração de Imposto), foram pagos. Exceto conforme definido no Anexo, a partir de 31 de dezembro de 1999, até onde saibam os Vendedores, Z não contraiu nenhum passivo com relação a qualquer Imposto, fora do curso regular dos negócios. Exceto conforme definido no Anexo ao presente, não existe no momento qualquer reclamação por escrito por ou contra qualquer autoridade fiscal estrangeira, federal, estadual ou local, proposta pelo governo ou por Z, referentes a Z, qualquer

²³ Christoph Fabian, *O Dever de Informar no Direito Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 158. Leia-se: “O dever de se informar fundamenta-se no conceito da cooperação e, finalmente, na boa-fé. As partes devem ajudar-se na realização da obrigação. Assim, há situações em que o credor da informação deve buscar a informação devida para facilitar o processo obrigacional”.

bem pertencente a, usado ou alugado por Z ou quaisquer tais Declarações de Impostos”.

Também está presente na cláusula que trata da situação imobiliária:

“Imóveis. Z não recebeu notificação escrita de qualquer (i) processo de desapropriação ou outra benfeitoria pública pretendida ou zoneamento possível ou outras alterações que afetem os Imóveis ou qualquer parte dos mesmos ou (ii) venda ou outra forma de alienação dos Imóveis ou de qualquer parte dos mesmos em lugar de desapropriação, e não existe nenhum tal processo pendente ou, até onde saibam os Vendedores, iminente”.

Há também cláusula que, por sua vez, veicula a mesma locução relativamente à conformidade do objeto da compra e venda com a legislação em vigor, *in verbis*:

“Exceto conforme estabelecido em qualquer Anexo apenso ao Contrato Definitivo de Compra e Venda, com relação aos assuntos estabelecidos no referido contrato, até onde saibam os vendedores, Z não está em violação de ou inadimplente sob qualquer lei ou regulamento de qualquer natureza, qualquer alvará ou licença, ou qualquer decisão, mandado, sentença, edito ou decreto judicial proferido por qualquer tribunal de foro competente, ou emitido por qualquer autarquia, autoridade ou órgão governamental de foro competente, com relação a Z ou qualquer dos bens pertencentes a, alugados ou usados por Z”.

Em seguida, encontra-se cláusula que se vale da mesma expressão no que tange ao conhecimento de alvarás e licenças:

“Alvarás e Licenças. Os Vendedores declaram e garantem que obtiveram todos os consentimentos, aprovações, isenções, alvarás, licenças e outras autorizações governamentais (“Alvarás”), necessários e exigidos para uso por Z, ou que Z tenha solicitado e que sejam relevantes para a condução do Negócio Adquirido, conforme conduzido atualmente por Z. Os Vendedores entregarão aos Compradores todos os Alvarás até o Fechamento. Exceto conforme estabelecido, até onde saibam os Vendedores, a consumação das operações contempladas no presente, não resultará na violação ou invalidação de quaisquer tais consentimentos, aprovações, isenções, alvarás, licenças, franquias ou outras autorizações. Até onde saibam os Vendedores, Z obteve todos os consentimentos, aprovações, isenções, alvarás, licenças e outras autorizações governamentais necessárias para a condução do Negócio Adquirido, conforme conduzido atualmente por Z detém a propriedade de, alugam ou usam os bens relevantes atualmente pertencentes a, alugados ou usados por Z”.

A última menção ao dispositivo “até onde saibam os vendedores” verifica-se na cláusula referente às operações comerciais:

“Operações Comerciais. Até onde saibam os Vendedores, nenhum fornecedor ou cliente de Z notificou por escrito que cessará suas atividades junto a Z em decorrência das operações contempladas pelo presente”.

Como pode ser observado, há declarações que não se encontram contratualmente vinculadas à dicção “até onde saibam os vendedores”, precisamente para retirar a presunção de boa-fé subjetiva, tendo em conta a importância da informação nelas

contidas. Verifica-se, com isso, que os contratantes, em determinadas matérias, foram inflexíveis, atribuindo à vendedora integralmente o ônus de provar a veracidade das informações prestadas. Tanto isso é verdade que, nestas hipóteses, não incide a limitação de valores máximo e mínimo para o pedido de indenização prevista Artigo IX do Contrato.

Não se entenda com isso, entretanto, que as cláusulas que contêm a expressão “até onde saibam os vendedores” não se refiram a aspectos essenciais do negócio. Todas as cláusulas de garantia estabelecidas no Contrato possuem especial importância, já que foram o principal meio de estipulação do preço, tendo em vista o reduzido tempo de fechamento do negócio, em desfavor da *due diligence*. Entretanto, embora as cláusulas que contenham a expressão “até onde saibam os vendedores” se refiram a qualidades essenciais da coisa, aludem a fatos que poderiam fugir ao campo de conhecimento do vendedor, militando a seu favor, por este motivo, a presunção relativa de sua boa-fé subjetiva. Nestes casos, como já se veio de assinalar, estabeleceu-se uma presunção relativa, que não subsiste diante da comprovação de que o vendedor tinha ciência das inexatidões das informações prestadas.

Insista-se que a presunção de boa-fé subjetiva dos vendedores destina-se a regular o ônus da prova quanto a informações relativas a fatos cuja ciência, por parte da vendedora, não era inequívoca. Parece evidente, afinal, diante de todos os princípios contratuais acima invocados, não merecer tutela uma cláusula que autorizasse a malícia, isentando de responsabilidade o vendedor por afirmações capciosas, que soubesse inverídicas.

Igualmente se mostraria indigna de proteção cláusula contratual que legitimasse a conduta culposa da vendedora, pelo desconhecimento de fatos que não poderia ignorar. Neste caso, não há que se falar em presunção de boa-fé subjetiva da vendedora, uma vez que se configura o ilícito contratual *tout court*. Afinal, o mecanismo de presunções é superado pela caracterização do ilícito, inapto, a partir daí, a convalidá-lo, de modo a tornar a declaração de vontade insuscetível de impugnação. Vale dizer, os contratantes, com a expressão “até onde saibam os vendedores”, não pretenderam – e nem poderiam pretender – impedir a configuração de inadimplemento contratual. Seria impensável, em definitivo, cogitar-se, diante da configuração de um ato ilícito, da não aplicação de cláusula penal expressamente pactuada para hipóteses de imprecisões de informações, que deteriorem o valor do objeto. O mesmo ocorreria se houvesse, por exemplo, a violação de leis tributárias no que tange às declarações de impostos atinentes ao “curso regular do negócio”, embora presente a expressão “até onde saibam os vendedores”, restrita, evidentemente, a controvérsias tributárias que extrapolassem o “curso regular do negócio”.

A presença de tal expressão, desse modo, não poderia significar uma espécie de salvo-conduto da vendedora para a prática de ilícitos. Pelo contrário, o Contrato é vazado por um conjunto de declarações da vendedora quanto ao objeto da venda, ao lado de um amplo sistema de garantias legais e contratuais quanto a tais afirmações, de modo a que a compradora pudesse confiar nas declarações da vendedora, que assumiu os riscos de eventuais irregularidades.

Não se aplica, portanto, a presunção do não conhecimento tanto aos aspectos deliberadamente subtraídos pelos contratantes das cláusulas que contêm a

expressão “até onde saibam os vendedores”, quanto às omissões que, por se referirem à matéria cujo conhecimento, intrínseco ao objeto da venda, é atribuído ao vendedor, extrapolam ao âmbito de incidência de tal locução.

No direito brasileiro, com efeito, a boa-fé subjetiva não torna lícito o ilícito. Não é pela circunstância de o possuidor injusto apresentar boa-fé que sua posse deixará de ser viciosa. O ordenamento jurídico, nas hipóteses de boa-fé subjetiva, limita-se a mitigar, por vezes, as conseqüências jurídicas do ato antijurídico, especialmente em relação a terceiros, em face de sua boa-fé. Assim é que os terceiros de boa-fé encontram proteção na fraude contra credores (art. 161, Código Civil) e na aquisição a *non domino* (art. 1.268, Código Civil), o que nem por isso, repita-se à exaustão, deixará de impor aos atos fraudulentos e à posse viciosa as conseqüências legais cabíveis.

Na análise do caso concreto, observa-se que a Empresa X indica uma série de violações cometidas pela Empresa Y às disposições contratuais, em decorrência da incorreção de informações quanto ao objeto da venda. Primeiramente, afirma que o aproveitamento econômico de duas das áreas adquiridas, não corresponde aos limites previstos no contrato, uma vez que inexistente qualquer menção ao fato de que essas áreas são formadas por cavernas subterrâneas e possuem alto potencial espeleológico. Tal omissão pode ser constatada a partir da leitura do Anexo do Contrato. Nas informações referentes às duas áreas, os campos *outros* e *data limite* encontram-se em branco. Tal circunstância constitui violação à cláusula que assim dispõe: “(i) o Anexo lista todas e quaisquer portarias interministeriais, e as respectivas datas de publicação, que justificam os direitos minerários da Empresa Z, o respectivo minério, e o tamanho da respectiva área em hectares”. Contudo, as informações que tratam do tamanho da área, como visto no

respectivo Anexo, não refletem a realidade, omitindo o fato de que parte dessas áreas são inexploráveis, em razão da presença de cavernas subterrâneas, configurando, em consequência, violação à cláusula mencionada.

Outro fato que constitui violação a essa mesma cláusula refere-se à omissão da Empresa Y quanto à exploração clandestina, que vinha sendo realizada em determinada área. Comprovou-se a prévia ciência de tal gravíssima irregularidade desde novembro de 1995 (de quando datam sucessivas denúncias de invasão ao DNPM). Além disso, os depósitos de minérios dessa área são inferiores ao previsto no Contrato, justamente em função da exploração clandestina iniciada antes do seu fechamento. Deve-se registrar, ainda, a omissão acerca dos dados do projeto ambiental e de passivo ambiental, que correspondem a violações às cláusulas de direitos minerários, de conformidade com as leis e de condições ambientais. Os dados que constam no Anexo não mencionam a *situação* da área, o *projeto ambiental*, nem o *nº de controle do órgão ambiental*.

A área DNPM xxx não conta com licença ambiental para operação, contrariando o disposto nas cláusulas já abordadas. Destas, somente uma apresenta a expressão “até onde saibam os vendedores”, a aludir, evidentemente, às hipóteses de procedimento de fiscalização administrativa ou de ação judicial desconhecidos no momento da venda. A ausência de licença ambiental, contudo, por se tratar de regra fundamental para o funcionamento da atividade econômica, refoge à incidência da presunção. A exploração ilegal pela Empresa Y, não informada à Empresa X, deprecia o objeto da venda e representa, só por si, ilícito extracontratual e contratual, ao arrepio das garantias presentes no contrato.

A principal fábrica da Empresa Z não possui licença para operação, o que foi, mais uma vez, omitido pelos vendedores. Comprova-se, diante disso, o espectro de aplicação restrito da cláusula “até onde saibam os vendedores”. Afinal, o funcionamento ilegal desta fábrica representa, *de per si*, ato ilícito. Como se não bastasse, a Empresa Y declarou que a situação dos licenciamentos se encontrava em ordem, consubstanciando, de modo reiterado, a quebra contratual.

Da análise dos fatos acima expostos, verifica-se que houve inadimplemento contratual da Empresa Y, caracterizado pelo desrespeito a diversas cláusulas de garantia estipuladas no Contrato, suscitando, por esta razão, o dever de indenizar previsto no Contrato, em respeito aos princípios da obrigatoriedade, da intangibilidade e da boa-fé objetiva. Lê-se a cláusula do Contrato:

“Os Vendedores aceitam, de forma individual e coletiva, indenizar, defender e manter isentos de responsabilidade e danos os Compradores, e cada Comprador individualmente (e cada um de seus administradores, diretores, funcionários e agentes), de, contra, por e com relação a todas e quaisquer demandas, reivindicações, ações ou causas de pedir, autuações, perdas, reduções de valor, danos, obrigações, custos e despesas, além de honorários advocatícios e profissionais e despesas razoáveis, ajuizados contra ou impostas a, pagas ou incorridas pelos Compradores (ou o Negócio Adquirido) e por cada Comprador individualmente, e decorrente de, baseado em ou resultante de (a) inexatidão, inverdade, insuficiência ou violação de qualquer declaração ou garantia contida no presente ou efetuada com base neste Contrato pelos Vendedores; ou (b) violação ou não execução de qualquer avença ou acordo, por parte dos

Vendedores, estabelecido neste Contrato Definitivo de Compra e Venda”.

D. Papel das cláusulas de garantias contratuais diante do dever de diligência (*due diligence*)

Em tese, as garantias contratuais concernentes às informações prestadas pelo vendedor encontram limites na diligência realizada sobre o objeto da venda. Para que se possa determinar, portanto, a extensão das declarações e garantias presentes no Contrato em exame, há de se cotejar as cláusulas de garantia, nele inseridas, com o dever de diligência atribuído ao comprador.

O dever de diligência, utilizado comumente na designação norte-americana *due diligence*, tem origens que remontam ao direito romano²⁴. Por meio do conceito *diligentia quam suis rebus*, designava-se a diligência de um cidadão em gerenciar suas coisas²⁵. Importado para os países da *common law*, incorporou-se ao repertório de decisões desde as mais antigas. Inserida posteriormente na prática empresarial, a *due diligence* adquiriu os contornos atuais, configurando procedimento corriqueiro em todo o mundo ocidental. Na teoria dos contratos, apresenta-se como expressão do princípio da autonomia privada. Com efeito, mediante a estipulação do dever de diligência, as partes atribuem ao adquirente o ônus de examinar cuidadosamente a documentação relativa ao negócio, de tal sorte que assuma, em consequência de tal inspeção, os ônus dos vícios aparentes que caracterizam o objeto da coisa vendida.

²⁴ Alexandra Lajoux e Charles Elson, *The Art of M&A Due Diligence*, Ed. Mc. Graw Hill, 2000.

²⁵ Alexandra Lajoux e Charles Elson, *The Art of M&A Due Diligence*, Ed. Mc. Graw Hill, 2000.

Dito diversamente, a extensão do dever de diligência dependerá das circunstâncias e dos elementos do negócio jurídico em concreto, especialmente o seu objeto. O cenário em que se celebra o negócio, a maior ou menor sofisticação dos bens alienados, bem como a disponibilidade dos dados fornecidos pelo vendedor ao comprador determinarão a abrangência da diligência a este atribuída.

Assim é que, embora a expressão *due diligence* possa ser traduzida de maneira singela, como *devida cautela* ou *dever de diligência*, a delimitação dos seus contornos no contexto da chamada *due diligence* jurídica mostra-se nem sempre simples, dependendo justamente do panorama contratual.

No cenário brasileiro, a *due diligence* revela-se em instrumento de análise e revisão de documentos e informações²⁶ na aquisição de empresas, objetivando verificar determinados aspectos do negócio, notadamente: i) a situação dos ativos que compõem o fundo empresarial; ii) a documentação apresentada pelo vendedor quanto à regularidade formal; e iii) o passivo processual (trabalhista, cível, fiscal, falimentar, administrativo).

Assume, portanto, a *due diligence* um caráter preventivo, a ser realizada pelo comprador com a estreitíssima colaboração do vendedor, informada diretamente pela cláusula geral de boa-fé objetiva, já que o conhecimento pelo comprador do objeto a ser adquirido tem como fonte a apresentação dos dados a ele pertinentes por parte do vendedor.

²⁶ Alberto Mori, “Afiml o que é o *due diligence*?” In *Disclosure das Transações Financeiras*, outubro 2001.

Segundo especialistas²⁷, o procedimento da *due diligence* pode ser dividido em cinco etapas: i) declaração de intenção do comprador (*Engagement Letter*); ii) envio de *check list*; iii) fornecimento e obtenção de informações; iv) consolidação das informações; e v) a entrega de um relatório final.

Nem sempre, contudo, na realidade empresarial, os custos para tal procedimento e o tempo disponível permitem realizá-lo adequadamente. Diante de tais circunstâncias, as partes podem, como no caso em exame, ampliar as cláusulas de garantia, como forma de suprir a ausência ou insuficiência das diligências preliminares à aquisição.

Percebe-se, do exame do Contrato em referência, que as partes, em comum acordo, sacrificaram a *due diligence* em favor da estipulação pela Empresa Y de um rol de garantias contido no contrato.

Esta supressão convencional da diligência, que responde evidentemente aos interesses das partes nas circunstâncias do negócio, reforça a convicção de que o dever de diligência não é unilateral, exclusivamente do comprador, mas convoca ambos os contratantes, segundo os ditames da boa-fé objetiva, a assegurar a integridade do objeto da compra e venda.

Uma vez que as Empresas X e Y decidiram afastar a diligência, maior importância adquiriram as garantias prestadas quanto à veracidade das informações. O

²⁷ Dirceu P. de Santa Rosa, “A importância da “due diligence” de propriedade intelectual nas fusões e aquisições (Debaixo dos caracóis dos seus cabelos)”. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3006>. Acesso em: Jul. 2004.

cotejo entre diligência e garantia não pode ser interpretado de maneira abstrata ou, pior ainda, de modo a que um dos conceitos anule o outro, considerando que ambos constam do mesmo tecido contratual. Ao revés, a definição dos contornos dos deveres de diligência e garantia dependerá do caso concreto, de modo a harmonizá-los de acordo com o contexto negocial. Vê-se, dessa forma, que, na espécie, a realização da operação com base em exame perfunctório reforça a importância do mecanismo de garantias. Por esta razão, no que se refere à extensão das cláusulas de garantia, verifica-se que não se lhes poderia atribuir interpretação restritiva, sob pena de contrariar a própria vontade das partes no sentido da repartição dos ônus de um negócio em que se convencionou sacrificar a conferência prévia do patrimônio adquirido.

Cumprido analisar, ainda, o fato de a Empresa X possuir conhecimento especializado no mesmo ramo da Empresa Z. Poder-se-ia objetar, diante desta circunstância, como alega a Empresa Y em suas razões postas em juízo, que menor peso deveriam adquirir as cláusulas de garantia, tendo em vista encontrar-se a Empresa X particularmente apta a aferir a veracidade das declarações prestadas.

O argumento, entretanto, não colhe. As omissões e inverdades constatadas pela Empresa X referem-se a informações que lhe foram prestadas exclusivamente pela Empresa Y, com base nas quais a compradora valorou o ativo de direito mineral. Ou seja, o conhecimento especializado da Empresa X só se poderia fazer sentir caso tivesse prévia ciência dos fatos e informações essenciais sobre o objeto da venda.

Na espécie, verifica-se que a Empresa X, ao efetuar a operação confiando na palavra da Empresa Y, contou com as garantias que lhe foram prestadas.

Não tinha, pois, o dever de, por ser especialista na exploração mineral, duvidar da veracidade dos documentos que lhe foram exibidos. Pelo contrário, justamente por fechar o negócio nessas circunstâncias, valeu-se do sistema de garantias inserido no tecido contratual.

De mais a mais, o dever de informação imputado à Empresa Y mostra-se precedente indispensável à auditoria dos ativos atribuída à Empresa X e o dever de diligência uma vez consensualmente comprimido, deixa de ser mais intenso: faz-se perfeitamente lícito que as partes substituam esse tipo de diligência (controlar a veracidade da documentação e afirmações apresentadas) por um sistema de garantias pelo qual a Empresa Y se responsabilizasse inteiramente, como de fato se responsabilizou nos termos do contrato, pela qualidade das informações prestadas.

Compreende-se, neste cenário, o especial relevo adquirido em cláusula, deliberadamente inserida pelas partes, segundo a qual “as declarações e garantias contidas no presente são relevantes para a decisão dos compradores de comprar o Negócio Adquirido e não são alteradas ou dirimidas pela investigação dos compradores”.

Tal preceito pareceria, à primeira vista, supérfluo ou ocioso não fosse a intenção declarada pelas partes de reforçar e enaltecer a garantia afiançada pela Empresa Y à Empresa X quanto à veracidade das declarações que, posteriormente, se mostraram imprecisas, omissas e não verdadeiras. Daí a indiscutível responsabilidade civil de Y, nos termos previstos no Contrato.

IV. Conclusão:

À guisa de conclusão, reproduzem-se abaixo os quesitos formulados na consulta, acompanhados de respostas específicas, extraídas das considerações acima desenvolvidas.

I. Considerando o disposto no artigo 82 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 104 do Novo Código Civil (“NCC”), o Contrato é um negócio jurídico válido? Em caso afirmativo, qual a eficácia das cláusulas do Contrato entre as partes e a exigibilidade das obrigações nelas contidas, considerando os princípios da obrigatoriedade, da autonomia da vontade e da intangibilidade dos contratos?

Resposta: O Contrato celebrado entre as Empresas X e Y mostra-se existente, válido e eficaz. É existente porque se encontram presentes os elementos essenciais do negócio jurídico, quais sejam, vontade, objeto e forma; válido porque tais elementos revestem-se dos requisitos essenciais; e plenamente eficaz diante da ausência de modalidades do negócio jurídico decorrentes da vontade das partes. Daqui resulta a sua imediata obrigatoriedade, nos termos do conteúdo da declaração de vontades.

Na interpretação das diversas cláusulas contratuais, devem-se considerar vinculantes os deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas uma compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração.

Na medida em que o contrato obriga os contratantes, o acordo torna-se intangível, ou seja, insuscetível de alteração por vontade unilateral de uma das partes ou por interferência externa.

Submete-se, pois, o Contrato realizado entre as Empresas X e Y aos princípios da obrigatoriedade e da intangibilidade, impedindo-se, conseqüentemente, a qualquer dos contratantes, ou mesmo ao juiz a alteração das cláusulas livremente pactuadas. Daí não ser consentido ler-se o contrato de modo a que um dispositivo contido em uma cláusula possa anular o conteúdo de outra ou dela própria, mecanismo que acabaria por resultar na violação dos princípios acima aludidos.

II. Considerado o previsto no Contrato e os princípios da boa-fé contratual, da confiança e da função social dos contratos, consagrados pela Constituição Federal, pelos artigos 113 e 422 do NCC, qual a extensão das declarações e garantias realizadas pelas partes no Contrato?

Resposta: A autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional – três princípios cardinais do regime contratual –, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos.

A função social subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Aos contratantes impõe-se o dever de tutelar os interesses socialmente relevantes, mesmo se extracontratuais, atingidos pela disciplina contratual. Compreende-se, assim, a dicção do art. 421 do Código Civil, segundo a qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Vale dizer, o sentido a ser atribuído à função social não pode se limitar a restrições pontuais e externas à atividade

privada, inserindo-se no próprio fundamento da iniciativa econômica, de maneira a informar a interpretação de toda a disciplina contratual.

Tendo-se sempre em conta que a boa-fé objetiva se concretiza no âmbito específico da compra e venda, e que as partes se encontram em posição de paridade, já que inexistente hipossuficiência de qualquer dos contratantes, verifica-se que a conduta da Empresa Y violou a boa-fé objetiva.

Isto porque, em primeiro lugar, não se mostraram corretas suas declarações quanto ao objeto da venda, e por cuja veracidade deu fé.

Além disso, a Empresa Y pretende fazer prevalecer um único aspecto do regulamento contratual, atinente à expressão “até onde saibam os vendedores”, renegando todo o sistema de garantias contratuais, o que revela interpretação contrária à boa-fé objetiva.

Com efeito, uma vez que as Empresas X e Y decidiram afastar a diligência em prol do rápido fechamento do negócio, singular importância adquiriram as garantias e informações prestadas pela Empresa Y. O dever de informar, decorrência direta do princípio da boa-fé, recrudesce em face das circunstâncias do caso concreto.

Por esta razão, mesmo pelas informações que poderiam, em tese, ser colhidas pela Empresa X nos diversos órgãos públicos, obrigou-se contratualmente a Empresa Y, em virtude do pouco tempo hábil para um exame mais cuidadoso, pela compradora, acerca do objeto da compra e venda.

Se ambas as partes auferiram vantagens com o rápido fechamento do negócio, é de repartirem igualmente os ônus de tal avença, não sendo lícito impor unicamente à compradora os riscos de tal operação – *qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*.

Não há que se falar, por isso mesmo, em interpretação restritiva das cláusulas de garantia, já que inseridas em comum acordo para o alcance dos objetivos econômicos colimados pelos contratantes.

Por esta razão, somente as cláusulas que contém a expressão “até onde saibam os vendedores” sujeitam-se às suas conseqüências, não se estendendo, sob qualquer pretexto, os efeitos de tal locução a cláusulas que não a prevejam expressamente.

Não prospera, por fim, o argumento segundo o qual a Empresa X, por dispor de conhecimento especializado na atividade de mineração, não poderia considerar-se prejudicada pela imprecisão das declarações da Empresa Y.

Isto porque, em primeiro lugar, as partes convencionaram a substituição dos procedimentos de diligência pelo abrangente mecanismo de garantias acima aludido.

Além disso, as omissões e inverdades constatadas pela Empresa X referem-se a informações que lhe foram prestadas exclusivamente pela Empresa Y, com base nas quais a compradora valorou o ativo de direito minerário. Ou seja, o conhecimento especializado da Empresa X só se poderia fazer sentir caso tivesse prévia ciência dos fatos e informações essenciais sobre o objeto da venda.

Em razão disso, insista-se ainda uma vez: as cláusulas de garantia assumem especial importância, traduzindo, em última análise, a palavra empenhada pela Empresa Y, consubstanciando os deveres acessórios de lealdade, transparência e informação, concretizadores da boa-fé objetiva.

III. Considerando os princípios citados nos quesitos anteriores, como deve ser interpretada a expressão “até onde saibam os vendedores” presente em algumas cláusulas do Contrato? Essa expressão pode ser estendida às demais cláusulas do Contrato, tendo em vista sua interpretação como um todo?

Resposta: A expressão “até onde saibam os vendedores” deve ser entendida como *presunção relativa de boa-fé subjetiva* a favor da Empresa Y, quanto ao desconhecimento da imprecisão de certas declarações. Tal presunção, por ser relativa, não resiste à prova produzida pela Empresa X no sentido da existência de fatos que, conhecidos pela vendedora, não foram devidamente informados no momento da compra e venda, comprometendo a integridade do seu objeto.

Além disso, a expressão “até onde saibam os vendedores” não tem incidência ilimitada, sob pena de fazer tábula rasa de todas as cláusulas de garantias e dos mecanismos legais de proteção do comprador.

Ao lado da limitação subjetiva, impõe-se a tal expressão um imprescindível *limite objetivo*, não sendo (i) jamais aposta a certas garantias que, segundo expressa deliberação contratual, sequer se sujeitam à presunção de boa-fé subjetiva da vendedora; e nem tampouco (ii) capaz de incidir sobre fatos cujo

desconhecimento, só por si, configura ato ilícito, hipótese em que as conseqüências legais do inadimplemento independem da prova da culpa da vendedora. Trata-se de aspectos que devem absolutamente ser conhecidos pelo titular da coisa vendida. Nestes casos, cabe à vendedora pura e simplesmente garantir a veracidade de sua declaração, ainda que subjetivamente pudesse, por deficiências pessoais, desconhecer as peculiaridades da coisa vendida.

Da análise do Contrato, observa-se que há declarações que não se encontram contratualmente vinculadas à dicção “até onde saibam os vendedores”, precisamente para retirar a presunção de boa-fé subjetiva, tendo em conta a importância da informação nelas contidas. Verifica-se, com isso, que os contratantes, em determinadas matérias, foram inflexíveis, atribuindo à vendedora integralmente o ônus de provar a veracidade das informações prestadas.

Insista-se que a presunção de boa-fé subjetiva dos vendedores destina-se a regular o ônus da prova quanto a informações relativas a fatos cuja ciência, por parte do vendedor, não era inequívoca. Parece evidente, afinal, diante de todos os princípios contratuais acima invocados, não merecer tutela uma cláusula que autorizasse a malícia, isentando de responsabilidade o vendedor por afirmações capciosas, que soubesse inverídicas.

Igualmente se mostraria indigna de proteção cláusula contratual que legitimasse a conduta culposa da vendedora, pelo desconhecimento de fatos que não poderia ignorar. Neste caso, não há que se falar em presunção de boa-fé subjetiva da vendedora, uma vez que se configura o ilícito contratual *tout court*.

A presença da expressão “até onde saibam os vendedores”, desse modo, não poderia significar uma espécie de salvo-conduto da vendedora para a prática de ilícitos. Pelo contrário, o Contrato é vazado por um conjunto de declarações da vendedora quanto ao objeto da venda, ao lado de um amplo sistema de garantias legais e contratuais quanto a tais afirmações, de modo a que a compradora pudesse confiar nas declarações da vendedora, que assumiu os riscos de eventuais irregularidades.

Não se aplica, portanto, a presunção do não conhecimento tanto a aspectos deliberadamente subtraídos pelos contratantes das cláusulas que contêm a expressão “até onde saibam os vendedores”, quanto a omissões que, por se referirem à matéria cujo conhecimento, intrínseco ao objeto da venda, é atribuído ao vendedor, extrapolam ao âmbito de incidência de tal locução.

IV. Considerando as declarações e garantias realizadas pela vendedora no Contrato e os fatos apontados acima, houve imprecisão, inverdade, imperfeição ou violação de algumas dessas declarações e garantias? Em caso afirmativo, a indenização prevista no Contrato é devida pela vendedora à Empresa X?

Resposta: Diante das omissões e inverdades das informações prestadas pela vendedora, que configuraram violações a várias cláusulas contratuais, resta indubitável o dever de indenizar previsto no Contrato, em decorrência dos princípios da obrigatoriedade e da intangibilidade dos contratos.

Prof. Gustavo Tepedino
Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ
Presidente do Instituto de Direito Civil