

As cláusulas de representação e garantia e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos paritários

The representation and warranty clauses and the principle of objective good faith in parity contracts

Caitlin Sampaio Mulholland¹

Resumo: As cláusulas de representação e garantia são modalidade de disposições contratuais comuns no direito norte-americano, especialmente em contratos societários, em que as partes contratantes comprometem-se através de declarações verdadeiras de situações de fato a respeito das mais diversas ordens, mas que atendem de maneira primordial à alocação e distribuição de riscos entre os contratantes. Associada a estas declarações de riscos são realizadas disposições de garantias sobre a veracidade destas declarações, comprometendo-se as partes contratantes à plena consecução do resultado contratual. O fundamento jurídico que em nosso ordenamento para justificar a inserção de tais cláusulas em contratos paritários é o princípio da boa-fé objetiva que, por meio de suas funções interpretativa, supletiva e corretiva, permite que as partes de um contrato reforcem suas declarações de vontade por meio de uma adesão da confiança das partes na íntegra execução dos fins do contrato.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva; cláusula de representação e garantia; contratos paritários.

Abstract: The representation and warranty clauses are a common type of contractual provisions in American law, especially in corporate contracts, in which the contracting parties undertake through true statements of fact situations regarding various orders, but that meet the primary allocation and distribution of risks between the parties. Associated with these statements risk, provisions for guarantees about the veracity of these statements are made, in order to pledge the successful achievement of the contractual

¹ Doutora em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio.

result. The legal basis for our legal system to justify the inclusion of such clauses in contracts is the principle of objective good faith that, through its interpretative, supplementary and corrective functions, allows the parties to an agreement to strengthen their declarations of intent through a reinforcement of confidence of the parties in full implementation of the purposes of the contract.

Key-words: Objective good faith; representation and warranty clause; parity contracts.

Introdução.

As cláusulas de representação e garantia (*representations and warranties*) configuram declarações expressas emitidas pelas partes contratantes no corpo do contrato visando o esclarecimento de determinadas informações a respeito de condições essenciais para a formação e execução de um negócio jurídico.

Geralmente apostas em contratos de compra e venda de natureza societária, essas cláusulas foram importadas do Direito norte-americano para a teoria contratual brasileira que se apropriou do formalismo contratual inerente aos contratos daquele país e utiliza estas cláusulas como uma maneira de especificar os deveres decorrentes da boa-fé objetiva e de seu corolário, o dever anexo de informar. Considerando-se que os contratos societários firmados no Brasil têm como modelo os contratos norte-americanos, percebemos que “(...) o texto tem importância decisiva e (...) ao juiz é atribuída uma função meramente passiva diante do regulamento contratual expressamente acordado pelas partes” (NEGREIROS:2002, 155).

Por esta cláusula, as partes de um contrato de compra e venda – geralmente o vendedor – emitem declarações apostas em uma cláusula do contrato com o objetivo de informar a outra parte – geralmente o comprador – sobre o nível de segurança referente aos riscos próprios do negócio realizado.

Isto é, trata-se de cláusula que objetiva creditar às partes do contrato uma segurança a respeito das informações relevantes para a plena satisfação dos objetivos contratuais. Nesse contexto, a representação configura uma declaração por uma das partes do contrato a respeito de um fato específico que pode ser tomado como verdadeiro pela parte a quem é dirigida a declaração. A garantia é a complementação

desta declaração e se configura como um tipo de asseguramento a respeito daquela declaração.

No caso de descumprimento desta cláusula de representação e garantia, existem determinadas consequências jurídicas possíveis, dependendo do grau de informação prestado e da violação da confiança. Daí pode-se relacionar entre as consequências a possibilidade de indenização por perdas e danos, a revisão de cláusulas contratuais para reequilibrar os termos do contrato e até mesmo a resolução do contrato.

As cláusulas de representação e garantia possuem uma especial conotação de reforço jurídico, uma vez que as informações prestadas por meio delas se inserem no corpo contratual, adicionando-se à manifestação de vontade e tornando-se essencial para a celebração do contrato. Ou seja, elas aderem à manifestação de vontade tornando-se parte integrante e fundamental para a realização das finalidades do contrato.

Estas cláusulas determinam um dever de diligência máximo por parte dos contratantes que devem aderir ao conteúdo contratual levando em conta as informações prestadas como sendo verdadeiras.

Natureza jurídica da cláusula de representação e garantia.

A cláusula de representação e garantia é uma cláusula descritiva que não estabelece obrigações expressas, nem sanções em caso da existência de discrepância nas informações prestadas. Pode-se classificá-la como cláusula acessória ou elemento accidental do negócio jurídico, pois não é essencial para a existência do contrato (como o sujeito, objeto e forma), nem elemento natural, que se erija como requisito de validade do negócio.

Contudo, apesar de não existir sanção expressa pelo descumprimento da cláusula, as garantias prestadas são oponíveis às partes em decorrência dos riscos do negócio. Isto é, a partir do momento em que estas declarações são prestadas pelas partes contratantes, assegurando a realização do negócio nos termos do que foi pactuado, haverá a obrigação de cumprir rigorosamente o que foi pactuado, para além dos riscos próprios inerentes ao negócio realizado. Portanto, estas cláusulas têm a natureza típica de garantia a respeito do cumprimento e execução do contrato em consideração às declarações e informações prestadas pelas partes contratantes.

Percebe-se, dessa maneira, a especial relevância da aposição de tais cláusulas em contratos de compra e venda societários, qual seja, a efetivação do cálculo do risco do negócio (tendo em vista as informações prestadas) e a consequente estipulação do preço do objeto contratual, tendo como parâmetro estas informações prestadas.

Ressalte-se que a inserção de tal cláusula em contratos societários é discricionariiedade das partes, fruto de sua autonomia privada e, portanto, inexigível como condição de eficácia do próprio contrato. Mas uma vez aposta ao contrato, dele faz parte inerente e se junta ao arcabouço obrigacional tornando-se imperativa sua plena execução ou, se impossível a execução específica, a sua conversão em perdas e danos, pelo inadimplemento ou pela violação da boa-fé objetiva.

Trata-se, portanto, de cláusula de alocação de riscos. De acordo com Jeff Lipshaw, “sellers provide buyers an opportunity for due diligence; buyers undertake their own investigation apart from the resources made available by sellers; the parties adjust the price to reflect risks; and the parties use the language of contracts seemingly to provide a final statement of the rights and obligations of one to the other” (LIPSHAW, 2006:4).

Justifica-se a inserção da cláusula de representação e garantia em contratos de compra e venda de natureza societária por conta da precificação do objeto do contrato. Evidentemente, conforme afirmado por Lipshaw, “*valuation of companies for purposes of mergers and acquisition players is an art and science. Although finance theory says that the value of a company is always equal to the present value of its future cash streams, the fact that the exercise is a prediction*” (LIPSHAW, 2006:11).

Isto é, a cláusula de representação e garantia é, geralmente, o resultado da realização plena do dever de diligência (*due diligence*) realizado por qualquer uma das partes contratantes, com o objetivo de analisar os riscos do negócio e estabelecer um valor equitativo de acordo com este cálculo de riscos.

A questão é definir se existe a obrigatoriedade de realização de *due diligence* por parte do comprador. De acordo, novamente, com Lipshaw, a *due diligence* é atividade que deve ser realizada por quem tem a melhor capacidade de fazê-la, isto é, o vendedor. Isto porque, “*we reduce transaction costs by having the knowledgeable party to disclose rather than have the uninformed party investigate*” (LIPSHAW, 2006:20).

O dever de diligência, inerente a este tipo de cláusula, não é necessariamente um dever a ser imposto e realizado por parte do comprador, mas pode ser efetivado pelo vendedor que em verdadeiro exercício de lealdade contratual informa o comprador de seus resultados.

Entretanto, se este for o caso, observa Miguel Campoy: “(...) hasta el momento de adquirir la empresa, toda la información del comprador se basa en los datos que le facilita el vendedor, por lo que resulta imprescindible que este declare su responsabilidad (“warranties”, de ahí la expresión “Reps and Warrants”) con respecto a lo que hasta esse momento ha puesto de manifesto o ha declarado al comprador o lo que es lógico y lícito suponer de la empresa, aunque no haya sido objeto de específica información” (CAMPOY, 2002: 3).

Ao comprador não se determina a obrigação de realização de *due diligence* (a faculdade de realizá-la sempre existirá, por óbvio), por que as informações que dela se retirarem farão parte do arcabouço contratual, por meio da cláusula de representação e garantia, e simbolizarão a representação máxima do princípio da boa-fé objetiva, na medida em que estabelecerão informações relevantes para a consecução dos objetivos do contrato.

Da Boa-fé Objetiva nos contratos paritários.

De acordo com Miguel Reale e Judith Martins-Costa, “boa-fé é (...) uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversões, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes” (REALE e MARTINS-COSTA:2005, 241/242).

A boa-fé aos poucos ganhou *status* preponderante no ordenamento, culminando com sua disposição expressa no Código Civil de 2002 em diversos dispositivos; entretanto, ressalta-se o disposto no artigo 113, segundo o qual é fundamental proteger a legítima expectativa das partes e não perturbar a segurança. Ainda, nas palavras de Orlando Gomes, “deve-se investigar os possíveis sentidos da declaração e acolher o que o destinatário podia e devia atribuir-lhe com fundamento nas regras comuns da

linguagem e no particular modo de se comunicar e se entender com a outra parte” (*apud* BODIN DE MORAES:2004, 226).

Embora o Código Civil de 2002 tenha consolidado o uso da boa-fé no direito civil, a doutrina entende que as disposições trazidas neste código devem ser interpretadas de modo extensivo, vez que a boa-fé deve ser respeitada não apenas na contratação propriamente dita, como também em todas as etapas da negociação; isto é, desde a fase pré-negocial até mesmo à fase pós-contratual (AZEVEDO: 1999, 40/21). Inclusive findo o contrato, a boa-fé objetiva, serve de base à responsabilidade *post factum finitum*, como analisa Teresa Negreiros (*apud* BODIN DE MORAES:2006, 228)..

Para Cláudia Lima Marques, “boa-fé objetiva significa (...) uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e realização dos interesses das partes” (*apud* PERES:2005, 63).

Visando melhor dimensionar o escopo da boa-fé objetiva, torna-se importante entender sua aplicação prática, por meio da estipulação de três funções para este princípio. Orlando Gomes ao diferenciar as três funções da boa-fé, ensina que a função interpretativa determina a intenção comum atribuídas pelas partes à declaração contratual e, ainda, visa eliminar possíveis falhas da negociação. Enquanto isso, a função supletiva é referente aos deveres anexos que devem garantir o perfeito cumprimento e plena satisfação das partes, como o dever de informar – representada pelo art.422, CC. Já a função corretiva serve para controlar as cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas. Por fim, segue dizendo que “deve-se observar que a boa-fé incide sobre estes contratos predominantemente nas duas primeiras funções (interpretativa e supletiva). Isso porque estas funções representam, em última análise, um reforço à autonomia da vontade, ao contrário da função corretiva” (GOMES: 2008, 44/45).

Antonio Junqueira de Azevedo também sustenta a ideia das funções da boa-fé objetiva. Para o autor, “essa tríplice função existe na cláusula geral de boa-fé, porque

justamente a ideia dessa cláusula no contrato é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas das suas falhas, acrescentar o que nele não está incluído *supplendi* e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo *corrigendi*” (JUNQUEIRA:1999, 42). Ainda, vale observar o posicionamento de Karina Nunes Fritz para quem “a doutrina alemã, já há algum tempo, reconhece na boa-fé objetiva três funções básicas: criadora, limitadora e interpretativa-integrativa. (...) A primeira, relaciona-se com o tema da responsabilidade pré-contratual. A função limitadora diz respeito ao papel que a boa-fé objetiva tem desempenhado como limite ao exercício de direitos e posições jurídicas. Na interpretativa-integrativa, a boa-fé pode aparecer como norma flexibilizadora e integradora das disposições contratuais, mas principalmente como norma corretiva do contrato, inserindo no negócio jurídico direitos e deveres não decorrentes diretamente nem da lei, nem da vontade das partes.” (FRITZ:2007, 213/214).

É da função corretiva que se desenvolve o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, uma vez que “a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares” (BODIN DE MORAES:2006, 20). Não se pode lesar a confiança alheia mediante contradição a comportamento inicial, pois, de acordo com Anderson Schreiber, “a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, *por meio* da incoerência” (SCHREIBER: 2007, 101). Ainda, “na concepção vinculada à boa-fé, aqui adotada, o *nemo potest venire contra factum proprium* desempenha um papel mais amplo do que um princípio geral de direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral” (SCHREIBER: 2007, 103).

Por fim, a boa-fé objetiva é parâmetro de conduta para o homem médio, tanto que cabe revisão da cláusula que aparentemente viole este preceito, de tal modo que seja preservado o contrato e mantidos os objetivos iniciais das partes. Para tanto, “o intérprete deverá integrar ao regulamento contratual os deveres de lealdade, de transparência e de informação, bem como impor sacrifício a direitos subjetivos e potestativos dos contratantes, em favor do interesse comum perseguido pelo contrato, definidor de suas finalidades econômicas e sociais” (BODIN DE MORAES:2004, 228).

Limites ao dever de informar.

Questão relevante no estabelecimento das consequências jurídicas da aposição de cláusula de representação e garantia num contrato é referente aos limites do dever de informar. A partir do momento em que as partes contratantes concordam com a inclusão de cláusula de representação e garantia num contrato, as informações que são prestadas devem ser exaustivas, no sentido de abarcar todas as potenciais situações de risco inerentes à realização do negócio ou seria permitido ao vendedor, por exemplo, escolher não ser exaustivo nestas declarações por interesses de mercado?

A resposta deve ser no sentido de exigir, como resultado da imposição do dever de lealdade contratual, a obrigatoriedade de declarações exaustivas referentes aos riscos próprios do negócio que está sendo realizado. Tratando-se de cláusula acessória do negócio, sendo portanto não obrigatória, a sua inclusão significa, em última instância o asseguramento às partes contratantes de que o preço e condições de realização do contrato são coerentes ao que está disposto naquelas declarações. Daí a expressão garantia ser também avocada em tal cláusula.

A informação a ser prestada nesta cláusula é, portanto, aquela necessária para satisfazer as partes em relação aos riscos inerentes e próprios do negócio que está se realizando, minimizando estes riscos a partir da exaustiva declaração e informação a respeito deles.

Outra questão que se coloca é se há necessidade de aposição de tal cláusula em contratos de compra e venda de sociedades, por exemplo. Sustenta-se a sua desnecessidade, na medida em que a cláusula geral de boa-fé já protege os contratantes contra qualquer comportamento considerado desleal na contratação, dentre os quais podemos indicar aquele referente à omissão de informações relevantes para a realização do negócio, ou ainda a prestação de informações que o declarante sabe ser, deveria saber ou poderia saber como sendo inverídicas. Isto é, a inclusão de cláusula de representação e garantia em um contrato não é fundamental para a garantia da plena formação e execução do mesmo, tendo em vista que a contratação está protegida pelo manto da cláusula geral da boa-fé objetiva que já garante por si só a necessária lealdade que deve reger as condutas das partes na consecução dos objetivos do contrato. Contudo, uma vez inserido no contrato tal cláusula de declarações recíprocas, esta deve

ser a mais específica e exaustiva possível garantindo aos contratantes a veracidade das informações prestadas e os riscos que advém de tal relação contratual.

De um lado, a parte que declara determinado fato sabendo ser inverídico está agindo dolosamente, imputando à outra parte uma falsa percepção de realidade a respeito de determinada situação que teria um verdadeiro impacto nos termos contratuais, seja para anular o negócio jurídico realizado (art. 145 e 171, II, CC), se o comportamento doloso for a causa determinante da realização do negócio e atingir os seus elementos essenciais (sujeito, objeto e forma); seja para determinar a satisfação por perdas e danos, em se tratando de dolo accidental, isto é, situação que não afeta os elementos essenciais do negócio, mas somente os accidentais ou naturais (como o preço), levando à manutenção do negócio, com seu conseqüente reequilíbrio na satisfação das perdas e danos.

De acordo com Calixto Salomão Filho, neste caso, aplica-se o princípio da boa-fé objetiva como forma “(...) de garantir que o momento de conclusão contratual seja efetivamente cooperativo, não podendo qualquer das partes ser induzida a erro. Há o dever de colaborar para a correta elaboração do contrato. Daí porque uma consequência comum do princípio da boa-fé é o alargamento das hipóteses de erro como elemento caracterizador da invalidade do contrato. Serve então o princípio da boa-fé, nessa perspectiva cooperativa, para robustecer o consenso contratual” (SALOMÃO:2006, 21).

Se a parte contratante deve saber que determinada declaração por ela emitida é inverídica – ou incompleta, para este fim – estamos na seara da violação ou descumprimento do dever de diligência exigido às partes para a consecução das finalidades contratuais, isto é, violação da boa-fé objetiva e dos deveres anexos que são dela irradiados (art. 422, CC).

Destes deveres anexos “(...) decorrem deveres de informação objetivos, em especial com respeito a informações instrumentais a não persecução do objetivo comum das partes. Note-se que, por definição as informações relativas diretamente ao objeto do contrato serão não-confidenciais. Pois se a parte se dispôs a perseguir esse objetivo (a compra e venda, a troca, etc) juntamente com a outra então é porque a persecução desse objetivo econômico deve ser regida pela cooperação e não pela competição. Se assim é, informações sobre esse objetivo ainda que prestadas da maneira mais ampla possível,

não afetarão a posição competitiva das partes, não podendo ser confidenciais” (SALOMÃO:2006, 22).

A violação do princípio da boa-fé objetiva neste caso tem como possíveis consequências: (i) a satisfação de perdas e danos, com base na teoria do abuso do direito prevista no artigo 187, CC; ou (ii) a satisfação de perdas e danos, com base no inadimplemento das obrigações (art. 389, CC).

Quanto à primeira possível consequência necessário esclarecer que o abuso do direito se configura quando uma pessoa exercita um direito lícitamente a ela atribuído, mas de forma a violar os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, como o dever de diligência e o de informar adequadamente (violando-se as legítimas expectativas despertadas na outra parte). Tem-se daí a configuração desta conduta como sendo ilícita e aplicam-se a ela os ditames da obrigação de indenizar (art. 927, CC). Neste sentido, entende Teresa Negreiros: “diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nessa medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas” (NEGREIROS: 2002, 141).

Quanto à segunda consequência – inadimplemento de obrigação – o princípio da boa-fé produz, no âmbito de uma relação contratual, determinados deveres ou obrigações anexas ou implícitas, como o dever de diligenciar e informar adequadamente, que uma vez descumpridos, geram o inadimplemento e sua satisfação em perdas e danos.

A boa-fé, portanto, estabelece obrigações acessórias – tais como a de informar mencionada acima – em todo e qualquer contrato, seja ele realizado entre contratantes paritários, i.e. contratos societários, ou quando houver a hipossuficiência de uma das partes, i.e. contratos de consumo. Ao lado da satisfação por perdas e danos já destacada, podemos também vislumbrar a possibilidade de resolução contratual, que, contudo, somente caberia em hipóteses em que é impossível o cumprimento da prestação principal e a consecução dos objetivos do contrato (NEVES: 2000, 168). Assim, frente à violação da boa-fé objetiva, cabe não apenas a pretensão ressarcitória como também as consequências próprias do inadimplemento (BODIN DE MORAES: 2006, 28).

Se, por fim, a parte emissora de declaração poderia saber que determinada afirmação é inverídica ou incompleta, estamos, mais uma vez, na seara da diligência. Mas aqui, o “poder saber” não configuraria *de per se* um dever jurídico, na medida em que não seria exigível das partes de um contrato o conhecimento de determinadas situações para além do que razoavelmente se esperaria delas, tendo em conta sua posição contratual e as informações a que elas poderiam ter acesso normalmente. Isto é, o “poder saber” está intimamente ligado ao erro escusável, ou seja, àquela situação de fato que não poderia ser percebida em face das circunstâncias do negócio. Provando-se que uma das partes do contrato não poderia saber, em face das circunstâncias negociais, que determinada informação prestada é inverídica, pode-se falar em erro e anular o negócio jurídico. Ressalte-se que o erro (art. 138, CC), ou a falsa percepção da realidade, só teria o condão de anular determinado negócio se ele for qualificado como escusável. Contudo, quando estamos diante de partes com o mesmo nível de conhecimento especializado, falar em erro seria inadequado, na medida em que o “poder saber” se transforma em “dever saber”, portanto, obrigação a ser realizada pelas partes contratuais, inclusive a que alega ter incidido em erro.

Cada uma dessas situações expressa um nível distinto de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, de acordo com sua posição contratual, se paritária ou hipossuficiente, sendo certo que para esta última o princípio referido teria uma força integrativa de criação de deveres anexos mais manifesta.

Trata-se, portanto, de verificar se se deve aproveitar o princípio do *caveat emptor* (cuide-se o comprador) para partes paritárias ou se existe a hipossuficiência de uma das partes em relação ao conhecimento técnico necessário para a conclusão do contrato. Sabemos que entre partes iguais, paritárias, o arcabouço normativo que deve ser aplicado é aquele do Código Civil e de outras leis que tenham um sentido de proteção e tutela igualitária dos direitos e deveres das partes contratantes.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, é lei que tutela de forma desigual, partes substancialmente desiguais, reequilibrando esta situação através de uma especial proteção aquele que é considerado a “parte fraca” da relação de consumo, quem seja, o consumidor que, por não possuir os conhecimentos técnicos suficientes em relação ao negócio jurídico realizado, é resguardado em sua condição de hipossuficiência.

Apesar desta proteção e tutela preferencial ser específica do CDC e também de outras legislações protecionistas, como a CLT, podemos utilizar o conceito de hipossuficiência também para as relações jurídicas paritárias, em que exista uma incapacidade de uma das partes contratantes de ter o conhecimento técnico adequado para contestar afirmações ou declarações prestadas pela outra parte contratante.

O princípio da boa-fé objetiva ingressa nesse momento como o fiel da balança, protegendo a parte hipossuficiente de maneira a garanti-la pelas informações relevantes prestadas ou não pela outra parte.

Aqui, podemos utilizar os elementos do erro – vício do consentimento – como fonte para a análise do que deveria ser do conhecimento da parte. Se a parte contratante é técnica, não há que se falar em desconhecimento. Se ela é hipossuficiente, porque desconhece o mercado, a informação que deve ser considerada é aquela que o “homem médio” teria conhecimento. Todas as demais, especiais, devem ser prestadas.

Para Teresa Negreiros, “(...) nas relações paritárias e, em especial, nas mercantis e societárias, a atuação da boa-fé como fonte de deveres autônomos é atenuada pelo fato de que, neste âmbito, nenhuma das partes é vulnerável ou legalmente merecedora de tutela. Assim, a compra e venda de um automóvel, por exemplo, e a compra e venda de uma empresa são contratos que implicam deveres de informação com diferentes níveis de intensidade. No primeiro caso, o vendedor deverá fornecer ao comprador toda informação relevante acerca do veículo, ao passo que no segundo caso, tendo em vista que a empresa adquirente normalmente procede a uma avaliação de custos, riscos e passivos da sociedade objeto da operação, o dever de informar que se imputa ao vendedor ficaria (...) reduzido” (NEGREIROS: 2002, 154).

O problema, neste caso, é que “(...) o argumento de que a boa-fé comporta níveis diversos de intensidade corre o sério risco de tornar o domínio das relações mercantis – cuja importância, também simbólica, é central – num domínio imune, na prática, às inovações trazidas pelo conceito de que os contratantes (quaisquer contratantes) têm específicos deveres de lealdade um para com o outro” (NEGREIROS: 2002, 154/155).

Do venire contra factum proprium.

A alegação por parte do vendedor de que o comprador, mesmo diante das informações prestadas por ele na cláusula de representação e garantia, deveria ter tomado as precauções extraordinárias para se precaver dos riscos inerentes do negócio, riscos estes afastados pela declaração, configura um verdadeiro comportamento contraditório por parte do vendedor. Isto é, o vendedor argumenta que não é obrigado a indenizar por perdas e danos o comprador porque ainda que haja a cláusula de garantia, o comprador deveria ter usado de meios específicos para saber que essas declarações não eram de todo verdadeiras.

Para Teresa Ancona Lopez, “o *venire contra factum proprium*, que no direito espanhol se chama “teoria dos atos próprios”, é regra de direito que determina como inadmissível toda pretensão lícita, mas objetivamente contraditória com respeito ao comportamento anterior do sujeito. Há no *venire contra factum proprium* dois comportamentos lícitos diferidos no tempo. O primeiro, *factum proprium*, é contrariado pelo segundo” (ANCONA LOPEZ: 2007, 54).

Exige-se, portanto, a coerência de comportamento das partes contratuais, sendo certo que “(...) ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado anteriormente, desde que este tenha uma função orientativa, ou seja, na medida em que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisão por parte deles. Na exata proporção em que é informação relevante e necessária para o agir, o ato próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade” (PENTEADO: 2006, 259).

No direito anglo-saxônico, o *venire* confunde-se com a figura do *estoppel*. Explica Mota Pinto, que “na common Law, este princípio do estoppel - com carácter tradicionalmente defensivo (“*estoppel is only a shield, not a sword*”) – tem variadas aplicações, significando, nas palavras de Cheshire e Fifoot, que “se uma pessoa faz a outra uma representação de facto clara e não ambígua com a intenção que essa outra actue com base nela, e se tal declaração se revela falsa e o outro efectivamente actuou em seu prejuízo com base nela, o declarante é impedido ou ‘estopped’ de negar a sua verdade”. O estoppel é, também aí, um instituto que “impede uma pessoa de invocar a verdade em contradição com uma declaração (representation) de factos feita por ela, após outra pessoa ter confiado na declaração” (PINTO: 2003, 152). Daí a possibilidade

de se pensar em abuso do direito pela *misrepresentation*, e a satisfação por perdas e danos (arts. 187, 402, 403 e 927, CC).

Conclusão

Conclui-se do exposto que:

1) é válida a inserção de cláusulas de representação e garantia em contratos de compra e venda e outros de natureza societária, respaldada pelo princípio da autonomia privada;

2) não existe a obrigatoriedade de utilização destas cláusulas, que não são, de fato e originalmente, fruto da teoria contratual continental, mas de uma importação de instituto jurídico do direito anglo-saxão;

3) a não inclusão de cláusula de representação e garantia em contratos societários não diminui a proteção das partes contratuais, na medida em que são estas cláusulas a representação expressa e pormenorizada do dever de informação presente na cláusula geral da boa-fé objetiva que permeia todo arcabouço contratual. Isto é, as declarações constantes desta cláusula não necessitam vir expressas para serem oponíveis às partes contratantes;

4) o dever de informar possui níveis e limites distintos de acordo com a qualificação das partes contratantes. As informações absolutamente indispensáveis para a plena consecução das finalidades contratuais são aquelas que são do conhecimento e as que devam ser do conhecimento das partes contratantes, e que se refiram, necessariamente, aos elementos essenciais para a formação e execução do contrato, sob pena de anulação do negócio jurídico por erro ou dolo.

5) ainda que as partes sejam paritárias e tenham o mesmo nível de conhecimento técnico, o princípio da boa-fé está presente na relação jurídica travada e deve ser perseguido tanto na formação como na execução do contrato, no sentido de resguardar a lealdade e confiança despertadas no cumprimento das legítimas expectativas dos contratantes;

6) a omissão de informação relevante ou a declaração de informação inverídica quando é de conhecimento da parte declarante (por saber ou dever saber) gera a possibilidade de anulação de negócio jurídico por dolo, se provada a sua

essencialidade, ou a satisfação por perdas e danos, se o dolo for acidental e tenha somente influído no valor do objeto contratual.

7) a parte contratante que, por meio da cláusula de representação e garantia, deixa de prestar informação adequada para a plena consecução dos objetivos do contrato ou presta informação inverídica, e, posteriormente, quando questionada pela outra parte contratual, alega que era dever desta saber que as informações eram inverídicas ou inadequadas, contraria o princípio da boa-fé objetiva, devido a seu comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Bibliografia

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “O principio da boa-fé nos contratos”. In: Revista CEJ. Brasília. v.3. n.9. Dez. 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina e outros. Código Civil Interpretado. Vol.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina e outros. Código Civil Interpretado. Vol.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOY, Miguel Angel Albaladejo. “Compraventa de Empresas: Responsabilidad del vendedor”. In: Colégio Jurídico (http://colegio.juridico.ie.edu/comunidad/WF_comunidad_opinion.aspx?id=109). Acesso em 01/04/08.

FRITZ, Karina Nunes. “A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã”. In: Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 07, n. 29, jan./mar. 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LIPSHAW, J. “Of Fine Lines, Blunt Instruments, and Half-Truths: Business Acquisition Agreements and the Right to Lie”, *Tulane Public Law Research Paper No. 06-0000*. In: SSRN (www.ssrn.com/id900021.pdf). Acesso em 01/04/08.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPEZ, Teresa Ancona. “Princípios contratuais”. In: Fernandes, Wanderley (coord.), Fundamentos e princípios dos contratos empresariais. Série GVLAW, São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT.

Negreiros, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, José Roberto de Castro. “Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais”. In: Revista Forense. Rio de Janeiro. v.96. n.351. p.161-78. jul./set. 2000.

PENTEADO, Luciano de Camargo. “Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium”. In: Revista de Direito Privado, n. 27, jul./set. 2006.

PERES, Rodrigo Mizunski. “A boa-fé como paradigma contratual: uma limitação aos princípios clássicos”. In: Revista Jurídica. Porto Alegre. v.53. n.330. p.55-68. abr. 2005.

PINTO, Paulo Mota. “Sobre a proibição de comportamento contraditório (venire contra factum proprium) no direito civil”. In: Revista Trimestral de Direito Civil, n. 16, out./dez. 2003.

REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith. “Um Artigo-Chave do Código Civil” (p.240,ss) in Reale, Miguel e Martins-Costa, Judith (coords). História do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato”. In: Revista de Direito Mercantil, n. 141, jan./mar. 2006.

VIEIRA, Leonardo Monçores. “O princípio da boa-fé objetiva. Diretrizes teóricas e aplicabilidade”. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. n.63. p.29-40. abr./jun. 2005.