

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Patrick Menin Rebolho

***BEST KNOWLEDGE QUALIFIER* E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DA MODULADORA DO MELHOR
CONHECIMENTO NAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS**

Porto Alegre

2021

PATRICK MENIN REBOLHO

***BEST KNOWLEDGE QUALIFIER* E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DA MODULADORA DO MELHOR
CONHECIMENTO NAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva.

Porto Alegre

2021

PATRICK MENIN REBOLHO

***BEST KNOWLEDGE QUALIFIER* E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DA MODULADORA DO MELHOR
CONHECIMENTO NAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Direito Empresarial.

Monografia a ser apresentada em 13 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva (Orientador)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Fabiano Menke

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

O presente trabalho visa a delinear os efeitos da inserção da moduladora do melhor conhecimento quando aplicada em cláusulas de declarações e garantias no contexto jurídico brasileiro, cuja motivação se vincula à intensa utilização de tais mecanismos contratuais, sem que haja, muitas vezes, o devido cuidado. Assim, em primeiro momento busca-se averiguar a aplicação do *best knowledge qualifier* no sistema de *common law*, seu sistema de origem, destacando o pano de fundo jurídico de tais sistemas e os pontos necessários à melhor compreensão do tema e das controvérsias a ele relacionadas. Na sequência, investiga-se os resultados do transplante jurídico realizado ao direito brasileiro, abordando especificamente as questões relativas aos deveres informativos nacionais, assim como a disciplina geral das declarações e garantias. Sobre a aplicação da moduladora do melhor conhecimento em si, trata-se de ambos os efeitos por ela gerados, especificando os limites da responsabilidade e do dever de autoinformação do declarante que se utiliza da moduladora e a presunção gerada pela inserção do referido mecanismo contratual, atentando, ainda, para os aspectos probatórios vinculados à presunção.

Palavras-chave: *best-knowledge qualifier*; melhor conhecimento; limitação de responsabilidade; declarações e garantias; dever de se informar.

ABSTRACT

This paper discusses the effects generated by the inclusion of the best knowledge qualifier when applied to representations and warranties clauses in the Brazilian legal context, whose motivation is linked to the intense use of such contractual mechanisms without the due precaution. Thus, in the first instance, the paper investigates the application of the best knowledge qualifier in the common law, its original legal system, highlighting the legal context of such system and the necessary issues to better address the discussion and the linked controversies. Then, the paper describes the results of the legal transplant carried out to the Brazilian law, addressing specifically the issues related to the informational duties, as well as the general representations and warranties discipline. Regarding the application of the best knowledge qualifier in the Brazilian law, the paper analyses the two effects generated by it, specifying the limitation on the vendor's liability and on its duty to acknowledge once it includes the qualifier and the presumption generated by such contractual mechanism, addressing the evidential aspects linked to the presumption.

Keywords: best knowledge qualifier; best knowledge; limitation of liability; representations and warranties; duty to acknowledge.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em especial, à minha mãe Ana, pelo carinho incondicional e por todo o suporte dado, não apenas durante a elaboração desse trabalho, mas durante todo o caminho até aqui.

Agradeço aos familiares e amigos que ouviram exaustivamente os apontamentos trazidos neste trabalho.

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Luis Renato por todo o suporte dado durante esta trajetória e por seus valiosos ensinamentos, sendo exemplo de profissional que espero poder seguir.

Agradeço a todos os integrantes e *coaches* da Equipe de Arbitragem Empresarial da UFRGS pelo companheirismo, amizade e, sobretudo, pelos momentos de alegria e realização proporcionados, em especial a Giovana Etchverry e Leticia Sales, assim como agradeço à Professora Doutora Vera Maria Jacob de Fradera pela oportunidade e por todos os seus sábios ensinamentos, os quais certamente não serão esquecidos.

Agradeço aos queridos amigos que conheci na Faculdade de Direito, em especial aos “Aventureiros”, Eduardo Fries, Gabriel Hoff, Gilvar Paim, Johann Kraetzig, Marcos do Nascimento, Miguel Lopes e Vinicius Krey.

Agradeço, por fim, a todos os colegas e amigos do escritório TozziniFreire Advogados, em especial aos integrantes da equipe Corporate com os quais tenho o privilégio de conviver e aprender cada dia mais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. AS BEST KNOWLEDGE CLAUSES E O SISTEMA DE COMMON LAW	11
1.1. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS RELACIONADOS NA <i>COMMON LAW</i>	11
1.1.1. <i>A recepção da doutrina da boa-fé na common law</i>	11
1.1.2. <i>A aplicação do princípio do caveat emptor na common law</i>	17
1.2. AS CLÁUSULAS DE <i>REPRESENTATIONS AND WARRANTIES</i>	20
1.3. A APLICAÇÃO DO <i>BEST KNOWLEDGE QUALIFIER</i> NA <i>COMMON LAW</i>	24
1.3.1. <i>A natureza do best knowledge qualifier</i>	25
1.3.2. <i>A jurisprudência norte-americana e o best knowledge qualifier</i>	30
2. A MODULADORA DO MELHOR CONHECIMENTO NO BRASIL	34
2.1. A BOA-FÉ OBJETIVA E OS DEVERES INFORMATIVOS	35
2.1.1. <i>O princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro</i>	35
2.1.2. <i>Os deveres informativos oriundos da boa-fé objetiva</i>	41
2.1.3. <i>A ignorância do declaratório e o ônus de autoinformação</i>	49
2.2. AS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS	52
2.3. A MODULADORA DO MELHOR CONHECIMENTO E SEUS EFEITOS	58
2.3.1. <i>A limitação de responsabilidade do declarante</i>	60
2.3.1.1. <i>Vinculação ao conhecimento do declarante: conhecimento efetivo ou conhecimento diligente?</i>	60
2.3.1.2. <i>O dever de se informar para informar</i>	67
2.3.2. <i>Presunção de boa-fé subjetiva do declarante</i>	72
2.3.2.1. <i>Espécies de presunção no direito civil</i>	73
2.3.2.2. <i>A presunção gerada pelas declarações e garantias</i>	75
2.3.2.3. <i>A presunção de gerada pela moduladora do melhor conhecimento</i>	77
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

As operações de fusões e aquisições no Brasil tem despontado cada vez mais, prova disso é a série de recordes históricos alcançados no país com relação ao número de operações societárias relevantes realizadas. Conforme relatório emitido pela equipe de assessores da PWC, o país alcançou a marca histórica de 1.038 transações de fusões e aquisições durante ano de 2020¹, tendo sido o recorde anterior estabelecido ainda no ano de 2019, período no qual foram desenvolvidas 912 transações².

É neste cenário de expansão que devemos manter nossa atenção, principalmente diante do fato que grande parte das bases jurídicas contratuais aplicadas e adaptadas a tais cenários de crescimento exponencial são oriundas de sistemas jurídicos distintos do brasileiro, sobretudo em matéria de negócios jurídicos relacionados à alienação de participações societárias. Aqui, cabe atentar para a lição de Gabriel Buschinelli, quem descreve que “*uma transposição descuidada de determinados institutos de um sistema para o outro pode conduzir a equívocos relevantes à operação*” e, por vezes, deveras problemáticos aos contratantes³.

Como um destes mecanismos desenvolvidos no exterior e transplantados para o sistema jurídico brasileiro, temos as cláusulas de declarações e garantias, largamente utilizadas no âmbito de fusões e aquisições⁴. Sobre a criação de tais cláusulas, discorre Mariana Mendes Medeiros:

Para acompanhar o dinamismo e a criatividade do mundo empresarial, os advogados que atuam nessa área se deparam quotidianamente com as mais diversas situações cujas soluções não estão contempladas pelos institutos jurídicos tradicionais, ou, ainda que estejam, a proteção legal oferecida é insuficiente para a necessidade das partes. Partindo desta necessidade foram criados novos modelos de estipulações contratuais de garantias, as cláusulas de declarações e garantias, figuras atípicas muito utilizadas pelos advogados que trabalham com direito empresarial, mais especificamente na área denominada pelo mercado de “fusões e aquisições”, ou – na terminologia usual em inglês – “merges & acquisitions” (“M&A”).⁵

¹ PWC BRASIL, *Fusões e Aquisições no Brasil - Dezembro 2020*, Assessoria Tributária e Societária. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2020/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-dezembro-20.html>>. Acesso em 20 de abr. de 2021.

² PWC BRASIL, *Fusões e Aquisições no Brasil - Dezembro 2019*, Assessoria Tributária e Societária. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2019/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-dezembro.html>>. Acesso em 20 de abr. de 2021.

³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 323.

⁴ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 303.

⁵ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 9.

Tais mecanismos contratuais, porém, não vieram desacompanhados. Muito embora as declarações e garantias se tratem de dispositivos inovadores em relação às disposições típicas previstas pela lei, ainda assim, em alguns casos, o regime criado por tais cláusulas não se fazia suficiente para garantir o interesse pretendido pelas partes em determinado negócio⁶. Assim, os contratantes passaram a utilizar de moduladoras aplicáveis às declarações e garantias.

Tais moduladoras, ou qualificadoras, são expressões inseridas no contrato, ou na própria cláusula de declaração e garantia, a fim de, como o próprio nome faz crer, modular a responsabilidade prevista pelas partes naquele dispositivo, como é o caso do *best knowledge qualifier*, ou a moduladora do melhor conhecimento⁷.

No sistema de *common law*, conhecido pela forte influência do princípio do *caveat emptor*, isto é, de imposição de responsabilidade sobre a qualidade do bem ao comprador⁸, e pela diminuta presença do princípio da boa-fé⁹, o *best knowledge qualifier* é aplicado de forma a vincular a responsabilidade do declarante ao seu conhecimento. Contudo, mesmo nesse contexto de menor proteção do comprador, há um forte debate acerca do conceito de *melhor conhecimento*. Parte da doutrina e jurisprudência compreende que o melhor conhecimento deve englobar somente o conhecimento efetivo do declarante, enquanto outra corrente defende que deve haver uma vinculação ao conhecimento esperado a partir de uma conduta diligente, não tendo sido encontrada, até hoje, uma solução definitiva à discussão¹⁰.

No Brasil, tais moduladoras têm sido cada vez mais utilizadas, sem que, muitas vezes, sejam tomados os necessários cuidados para a elisão de discussões sobre o tema. A doutrina e a jurisprudência, aqui, se manifestaram em poucas oportunidades sobre o assunto e justamente por essa razão, tendo em vista a significativa diferença entre o sistema brasileiro e o de *common law*, podemos nos questionar acerca da natureza dos efeitos gerados pela moduladora do melhor conhecimento quando aplicada no Brasil, assim como acerca de seus respectivos limites e da vinculação gerada ao conhecimento do declarante.

⁶ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 188.

⁷ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984, p. 277.

⁸ WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 390.

⁹ PERRY, Christina. Good Faith in English and US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities. *Business Law International*, v. 17, n. 1, pp. 27-40, 2016, p. 29.

¹⁰ Conforme: *American Transtech Inc. v. US Trust Corp.*, (933 F. Supp. 1193 (S.D.N.Y. 1996)). (a favor da imposição de um *constructive knowledge*); e *Muskin, Trustee v. State Dept. of Assess. Tax.*, 422 Md. 544, 30 A.3d 962 (Md. 2011) (a favor da imposição de um *actual knowledge*).

É com foco nestes questionamentos, então, que foi elaborado o presente trabalho. Dessa forma, a fim de analisar a questão de maneira a possibilitar, senão a solução, ao menos a direção para tais debates, o presente trabalho será dividido em duas seções diferentes. A primeira delas tratará do *best knowledge qualifier* quando aplicado em seu sistema originário. Nesse ponto, a fim de possibilitar a melhor compreensão sobre o contexto jurídico de fundo e os fundamentos basilares que guiarão a aplicação da qualificadora, analisaremos, em um primeiro momento, o modo de aplicação e a aceitação do princípio da boa-fé em tais sistemas, tomando como base de investigação os sistemas norte-americano e inglês. Para além disso, trataremos do princípio do *caveat emptor* e discorreremos sobre sua aceitação nos referidos cenários jurídicos.

Uma vez tratados tais pontos, essenciais à compreensão dos ônus e deveres informacionais impostos aos contratantes, passaremos à análise das cláusulas de *representations and warranties*, buscando investigar sua natureza jurídica e as funções por elas desempenhadas nos contratos de compra e venda de participação societária. Após a análise de tais aspectos, a qual possibilitará compreender os mecanismos contratuais de compartilhamento de informações entre as partes e de alocação de suas respectivas responsabilidades, poderemos, então, passar a investigar a aplicação do *best knowledge qualifier* em seu “habitat natural”.

Neste tópico, buscaremos compreender o modo de aplicação de tal moduladora, identificando suas funções e os limites a ela impostos, sobretudo a respeito do conhecimento vinculado ao declarante, de forma que tratemos de seus fundamentos e do debate acerca do conceito de melhor conhecimento, isto é, se este se atrelaria ao conhecimento de fato do declarante, seu *actual knowledge*, ou se este exigiria do vendedor uma maior diligência, impondo-lhe a necessidade de um conhecimento qualificado, ou *constructive knowledge*.

Feitas tais ponderações, já com um maior suporte e compreensão sobre o assunto, passaremos à investigação dos efeitos da moduladora do melhor conhecimento quando inserida no direito brasileiro. Nesse ponto, a fim de traçar um paralelo com a análise anteriormente feita, e com vistas a melhor identificar as similitudes e diferenças do contexto informacional geral aplicável aos contratos, analisaremos o princípio da boa-fé objetiva e sua relação com os deveres informacionais. Em primeiro momento, então, buscaremos compreender o conceito de boa-fé objetiva, destacando as funções que assume no ordenamento jurídico e seu potencial gerador de deveres, dentre eles o dever de informar.

Diante disso, passaremos a analisar quais os limites e requisitos impostos ao referido princípio a fim de que crie um dever de informar aos contratantes, sendo apresentada também a relevância do desconhecimento legítimo por parte do credor da informação, se atrelando ao ônus autoinformacional das partes. Com tais bases estabelecidas, podemos passar à análise da

aplicação das cláusulas de declarações e garantias no Brasil, sobretudo tomando como foco suas funções, ponto intrinsecamente relacionado à aplicação da qualificadora do melhor conhecimento.

Por fim, e chegando ao objeto principal deste trabalho, abordaremos a aplicação da moduladora do melhor conhecimento no direito brasileiro, dividindo sua análise a partir dos dois efeitos por ela gerados. Com relação ao primeiro efeito, buscaremos compreender a limitação da responsabilidade do declarante, assim como identificar a extensão do conceito de melhor conhecimento, apontando as diferentes correntes doutrinárias existentes e endereçando as questões relacionadas à existência de um dever de se informar para informar.

Com relação ao segundo efeito gerado pela inserção da moduladora, analisaremos, de modo geral, as espécies de presunções existentes no direito civil e que são pertinentes à presente abordagem. Para além disso, trataremos das presunções geradas tão somente pela utilização das declarações e garantias, para, então, analisar as presunções e o ônus probatório relacionados à moduladora do melhor conhecimento, endereçando, assim como no ponto anterior, as diferentes correntes doutrinárias acerca do assunto, e buscando compreender qual delas parece ser mais correta para fins de uma aplicação nacional.

Ao fim deste trabalho, então, espera-se alcançar um nível suficiente de compreensão acerca da aplicação da moduladora do melhor conhecimento quando inserida no direito brasileiro, de modo que seja possível a identificação, mesmo que não de forma definitiva, das considerações que parecem mais adequadas ao sistema de fundo, assim como de seus respectivos efeitos e das limitações a eles impostas.

1. O *best knowledge qualifier* e o sistema de *common law*

Antes de iniciarmos a análise acerca da natureza e dos efeitos da aplicação da expressão “*no melhor conhecimento*” no contexto jurídico brasileiro, o que, como veremos mais à frente, não foi objeto de parcela significativa da doutrina, cabe traçarmos alguns apontamentos sobre o regime legal em que se originou tal moduladora.

Para tanto, analisaremos, em primeiro momento, algumas particularidades do regime contratual do sistema de *common law*¹¹ (1.1), análise que, embora não contemple a integralidade do funcionamento do sistema jurídico comentado, será capaz de fornecer os parâmetros necessários para a compreensão da aplicação do *best knowledge qualifier* no âmbito das operações de fusões e aquisições.

Apresentadas as bases teóricas envolvidas na *common law*, analisaremos, o regime de aplicação das *representations and warranties* (1.2), para, então, adentrar à análise da *best knowledge qualifier* e de sua aplicação no referido sistema (1.3).

1.1. Princípios contratuais relacionados na *common law*

Como ficará mais claro à frente, o contexto jurídico em que inserido o *best knowledge qualifier* foi um grande incentivador da sua aplicação e criação, sobretudo diante do seu regime de responsabilidade contratual e informacional. Por esta razão, faz-se relevante compreender, o contexto contratual e principiológico relacionado às *representations and warranties*, assim como ao *best knowledge qualifier*. Dessa forma, busca-se analisar, a aplicação e aceitação do princípio da boa-fé no sistema de *common law* (1.1.1), assim como a aplicação do princípio do *caveat emptor* no referido sistema (1.1.2).

1.1.1. A recepção da doutrina da boa-fé na *common law*

No Brasil, o princípio da boa-fé objetiva possui aplicação e amplitude consideráveis, principalmente no âmbito do direito privado¹². Diferentemente, na *common law*, de um modo

¹¹ Aqui, toma-se como base para análise de sistema de *common law* os sistemas jurídicos utilizados e aplicados nos Estados Unidos da América e na Inglaterra.

¹² Conforme melhor abordaremos no item 2.1.1 deste trabalho.

geral, não existe um dever genérico de informar, respeitar os interesses da contraparte ou agir de forma leal durante a negociação contratual¹³.

A inexistência deste dever, ou ao menos a dificuldade em sua aplicação, teria motivo em três pilares principais. Em primeiro lugar, os tribunais dos sistemas de *common law* possuem uma dificuldade mais elevada em generalizar princípios abstratos¹⁴, abstração bastante cara aos sistemas de *civil law*¹⁵, conforme Michael Bridge: “*a profound difference between the common law and civil law exists in the way that legal rules are conceived. The two systems pitch legal rules at different levels of abstraction, with the civil law taking the more abstract approach*”¹⁶.

Em segundo lugar, os julgadores possuem receio de ter por perdida a previsibilidade e a segurança jurídica acerca dos efeitos jurídicos sobre certos atos¹⁷. Esta questão, aliás, já foi apresentada como sendo um tópico caro à jurisprudência no julgamento do caso *Vallejo v. Wheeler*¹⁸. Não à toa, Ewan McKendrick, ao referenciar a posição adotada por juristas de *common law* acerca da aplicação de princípios gerais de direito, destaca que “*when confronted with a broad general principle their instinct is to object that it is too vague, too uncertain or, otherwise, unworkable*”¹⁹.

¹³ MACQUEEN, Hector L. Good Faith in the scots law of contract: an undisclosed principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in Contract and Property*, pp. 5-38. Hart Publishing: Oxford, 1999, p. 7; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 23.

¹⁴ MACQUEEN, Hector L. Good Faith in the scots law of contract: an undisclosed principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in Contract and Property*, pp. 5-38. Hart Publishing: Oxford, 1999, pp. 45-46; STYLES, Scott C. Good faith: a principled matter. In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in Contract and Property*, pp. 157-180. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 160.

¹⁵ BRIDGE, Michael. Good Faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, pp. 98-115, 2017, p. 100.

¹⁶ BRIDGE, Michael. Good Faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, pp. 98-115, 2017, p. 100.

¹⁷ STYLES, Scott C. Good faith: a principled matter. In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in Contract and Property*, pp. 157-180. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 161-168; MCCAMUS, John D. Abuse of Discretion, Failure to Cooperate and Evasion of Duty: Unpacking the Common Law Duty of Good Faith Contractual Performance. *The Advocates' Quarterly*, v. 29, n. 1, 2, pp. 72-101, 2004, p. 76; BRIDGE, Michael. Good Faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, pp. 98-115, 2017, p. 100.

¹⁸ Neste caso, Lord Mansfield se manifestou no sentido de que “*In all mercantile transactions the great object should be certainty: and therefore, it is of more consequence that a rule should be certain, than whether the rule is established one way or the other. Because speculators in trade then know what ground to go upon*”. In: *Vallejo v. Wheeler* (1774) 1 Cowp 143.

¹⁹ MCKENDRICK, Ewan. Good Faith: a matter of principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in contract and property*, pp. 39-62. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 42.

Em terceiro lugar, eventual aplicação mais abstrata de um princípio geral, poderia gerar atrito com relação à natural adversidade entre contratantes ao negociar determinado contrato²⁰, circunstância igualmente cara aos sistemas de *common law*²¹.

No direito inglês, mais especificamente, é sabido não haver um dever geral de boa-fé contratual, seja na negociação do instrumento contratual²², seja em seu cumprimento²³, embora se utilize de um conjunto de mecanismos que, por vezes, coincide naquilo que o princípio da boa-fé visa a coibir²⁴. Esta compreensão foi materializada no caso *Walford v. Miles*²⁵, o qual, até hoje, serve de base precedente para diversas decisões posteriores.

No referido precedente, os *Miles* receberam uma oferta dos *Walfords* para alienar sua sociedade, tendo as partes alcançado um acordo sobre a operação. Os *Miles* informaram estar negociando junto a um terceiro, mas que, caso recebida uma aprovação do banco dos *Walfords*, finalizariam tais negociações. Com a confirmação solicitada, os *Miles* informaram que venderiam a sociedade aos *Walfords*, mas, algumas semanas após, informaram ter optado, na verdade, por alienar a sociedade ao terceiro²⁶, motivo pelo qual os *Walfords* ingressaram com uma ação judicial, suscitando a ocorrência de quebra contratual²⁷.

Ao julgar o caso, a Corte Inglesa entendeu por não aceitar o pedido apresentado, uma vez que era impossível o reconhecimento da existência de um contrato para negociar um contrato, sendo entendido, ainda, inexistir a aplicação de um princípio geral de boa-fé nos contratos, o que, caso aplicado, violaria o pressuposto basilar da posição adversarial entre as partes, inerente aos contratos:

The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making

²⁰ CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*. 3 ed. Oxford: Bloomsbury, 2016, pp. 78-80; Como julgado no caso *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128.

²¹ BRIDGE, Michael. Good Faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, pp. 98-115, 2017, p. 105; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 23.

²² MCKENDRICK, Ewan. Good Faith: a matter of principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in contract and property*, pp. 39-62. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 49.

²³ PERRY, Christina. Good Faith in English and US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities. *Business Law International*, v. 17, n. 1, pp. 27-40, 2016, pp. 27-33.

²⁴ MCKENDRICK, Ewan. Good Faith: a matter of principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in contract and property*, pp. 39-62. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 42.

²⁵ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128; Conforme descrito por: CUMBERBATCH, Jeff. In *Freedom's Cause: The Contract to Negotiate*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 4, pp. 586-590, 1992, p. 586.

²⁶ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128; MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law: text, cases and materials*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 496-497; JAFFEY, Peter. Restitution, Reliance, and Quantum Meruit. *Restitution Law Review*, v. 8, n. 3, pp. 270-275, 2000, p. 271.

²⁷ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128; CAMPBELL, David. Adam Smith and the Social Foundation of Agreement: *Walford v. Miles* as relational contract. *Edinburgh Law Review*, v. 21, n. 3, pp. 376-404, 2017, p. 394-395.

misrepresentation (...) A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party.²⁸

A questão, por outro lado, parece ser mais favorável quando existe previsão expressa de que o contrato será objeto de aplicação da boa-fé²⁹, como nos casos *Petromec Inc. v. Petroleo Brasileiro SA Petrobras*³⁰ e *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd*³¹, nos quais a intenção das partes, provida da necessária *moldura contratual*, levou os julgadores a entender pela aplicação da boa-fé³². Contudo, mesmo nesses casos, os julgadores podem entender por uma aplicação bastante restrita de tal dever, como ocorreu no caso *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK & Ireland Ltd*³³.

Cabe destacar o reconhecimento eventual de dever de boa-fé implícito em certas relações contratuais, como nos contratos de natureza de cooperação³⁴, como julgado nos casos *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corpn*³⁵ e *Bristol Groundschool Limited v Intelligent Data Capture Limited*³⁶. Porém, de modo geral, continua-se a rejeitar a existência de um dever genérico de boa-fé nos contratos.

Neste ponto, embora não haja um regime geral aplicável de boa-fé na *common law* inglesa, a prática jurídica desenvolveu uma série de institutos, denominados de *piecemeal solutions* – como o *estoppel*, a *undue influence* e as *misrepresentations* –, que tratam de questões geralmente solucionadas pela boa-fé em sistemas mais amigáveis à tal doutrina³⁷. Especificamente com relação ao *estoppel*, a título explicativo, trata-se de um instituto que visa a manter o interesse comercial de negociação justa³⁸, impondo aos contratantes o dever de

²⁸ Walford v. Miles [1992] 2 AC 128.

²⁹ MCKENDRICK, Ewan. Good Faith: a matter of principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in contract and property*, pp. 39-62. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 50.

³⁰ Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras (No. 3) [2005] EWCA Civ 891.

³¹ Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd [2014] EWHC 2014 (Comm).

³² CHEN, Jason. Should English Contract Law adopt a general duty to negotiate in Good Faith? *Bristol Law Review*, v. 2017, pp. 18-27, 2017, pp. 20-21.

³³ Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK & Ireland Ltd (trading as Medirest) [2013] EWCA Civ 200.

³⁴ CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an Introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*. 3 ed. Oxford: Bloomsbury, 2016, p. 66.

³⁵ Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111.

³⁶ Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd [2014] EWHC 2145 (Ch).

³⁷ REINHOLD, Steven. Good Faith in International Law. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, n. 2, pp. 40-63, 2013, pp. 43-44; MCKENDRICK, Ewan. Good Faith: a matter of principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in contract and property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 39-62, p. 42; ANDREWS, Neil. *Arbitration and contract law: common law perspectives*. Cambridge: Springer, 2016, p. 171; HUTCHINSON, Allan C. *Evolution and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 137; BRIDGE, Michael. Good Faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, pp. 98-115, 2017, p. 100.

³⁸ ANDREWS, Neil. *Arbitration and contract law: common law perspectives*. Cambridge: Springer, 2016, p. 172; Conforme julgado em: Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd [1947] KB 130; Lyle-Meller v. A. Lewis & Co (Westminster) Ltd., [1956] 1 ALL E.R. 247.

respeitar a compreensão alcançada pela contraparte, de modo que aquele que induziu o cocontratante em determinada compreensão não pode mais abandoná-la³⁹, assim como deverá manter eventual declaração apresentada⁴⁰.

Para além da visão inglesa, cabe analisarmos a aplicação da boa-fé norte-americana, na qual, adianta-se, a rejeição à *good faith doctrine* parece ser menos intensa. Assim, embora existente um recente e significativo aumento da aproximação do direito norte-americano e do direito inglês no âmbito da aplicação da boa-fé contratual, ainda persistem algumas diferenças entre os referidos sistemas⁴¹.

Em tal sistema jurídico, então, há, ao menos, dois regramentos de caráter geral que trazem uma previsão expressa sobre a aplicação da boa-fé nos contratos⁴². Com relação ao primeiro deles, o *Restatement (Second) of Contracts* prevê que “*every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*”⁴³. Adicionalmente, o *Uniform Commercial Code* refere que “*every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement*”⁴⁴.

Embora não tenha sido alvo de expressa previsão no primeiro *Restatement of Contracts*, a disposição inovadora traz a aproximação do princípio da boa-fé à figura da legítima expectativa oriunda do contrato, assim como impõe o cumprimento de condutas externas ao previsto no instrumento⁴⁵. A permitir tal entendimento, os comentários acerca da normativa constante no *Restatement (Second) of Contracts* esclarecem que a “*good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and*

³⁹ ANDREWS, Neil. *Arbitration and contract law: common law perspectives*. Cambridge: Springer, 2016, p. 172; FRIDMAN, G. H. L. Promissory Estoppel. *Canadian Bar Review*, v. 35, n. 3, pp. 279-307, 1957, pp. 287-288; WANDLING, Jason. Estoppel. *Legal Studies Forum*, v. 25, n. 3, 4, pp. 343-352, 2001, p. 343.

⁴⁰ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 25.

⁴¹ PERRY, Christina. Good Faith in English and US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities. *Business Law International*, v. 17, n. 1, pp. 27-40, 2016, p. 27.

⁴² PERRY, Christina. Good Faith in English and US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities. *Business Law International*, v. 17, n. 1, pp. 27-40, 2016, p. 28; MACQUEEN, Hector L. Good faith in the scots law of contract: an undisclosed principle? In: FORTE, A.D.M. *Good faith in contract and property*, pp. 5-38. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 11; FORTE, A.D.M. Good faith and utmost good faith: insurance and cautionary obligations in scots law. In: FORTE, A.D.M. *Good faith in contract and property*, pp. 77-102. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 99.

⁴³ Restatement (Second) of Contracts, § 205 (1979).

⁴⁴ Uniform Commercial Code, § 1-304.

⁴⁵ FEINMAN, Jay M. Good Faith and Reasonable Expectations. *Arkansas Law Review*, v. 67, n. 525, pp. 525-570, 2014, p. 527.

consistency with the justified expectations of the other party”⁴⁶. Em mesmo sentido versam os comentários oficiais ao *Uniform Commercial Code*:

This section sets forth a basic principle running throughout the Uniform Commercial Code. The principle is that in commercial transactions good faith is required in the performance and enforcement of all agreements or duties. While this duty is explicitly stated in some provisions of the Uniform Commercial Code, the applicability of the duty is broader than merely these situations and applies generally, as stated in this section, to the performance or enforcement of every contract or duty within this Act. It is further implemented by Section 1-303 on course of dealing, course of performance, and usage of trade. This section does not support an independent cause of action for failure to perform or enforce in good faith. Rather, this section means that a failure to perform or enforce, in good faith, a specific duty or obligation under the contract, constitutes a breach of that contract or makes unavailable, under the particular circumstances, a remedial right or power. This distinction makes it clear that the doctrine of good faith merely directs a court towards interpreting contracts within the commercial context in which they are created, performed, and enforced, and does not create a separate duty of fairness and reasonableness which can be independently breached.⁴⁷

De toda sorte, embora haja previsão com relação a outros estágios da relação contratual, ainda inexistente, ao menos expressamente, previsão de aplicação geral da boa-fé contratual às negociações mantidas entre os contratantes⁴⁸. Nesse ponto, seguindo as razões já indicadas para uma menor aplicação do princípio da boa-fé na *common law*, a doutrina critica o excesso de vagueza acerca das disposições e da forma como seria aplicada a boa-fé nos contratos⁴⁹, o que também é alvo de críticas por parte da jurisprudência⁵⁰.

A vagueza das disposições, então, somada à existência de diferentes concepções de boa-fé na doutrina norte-americana, torna a aplicação do conceito por parte dos tribunais, em muitas oportunidades, não unânime⁵¹. Aliás, por vezes, tal problemática é capaz de atribuir à aplicação do princípio da boa-fé um contexto muito mais limitado do que seria o considerado correto por parte dos juristas locais⁵².

⁴⁶ Restatement (Second) of Contracts, § 205 (1979), official commentary. *Apud*: FEINMAN, Jay M. Good Faith and Reasonable Expectations. *Arkansas Law Review*, v. 67, n. 525, pp. 525-570, 2014, p. 527.

⁴⁷ Uniform Commercial Code: official text and comments. The American Law Institute. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Thomson Reuters, 2017, pp. 31-32.

⁴⁸ PERRY, Christina. Good Faith in English and US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities. *Business Law International*, v. 17, n. 1, pp. 27-40, 2016, p. 29.

⁴⁹ BURTON, Steven J. Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith. *Harvard Law Review*, v. 94, n. 2, pp. 369-404, 1980, p. 373.

⁵⁰ *Mkt. St. Assocs. v. Frey*, 941 F.2d 588, 595 (7th Cir. 1991)

⁵¹ FEINMAN, Jay M. Good Faith and Reasonable Expectations. *Arkansas Law Review*, v. 67, n. 525, pp. 525-570, 2014, p. 529; EISENBERG, Russell A. Commercial Law: Good faith under the Uniform Commercial Code – a new look at an old problem. *Marquette Law Review*, v. 54, n. 1, 1971, pp. 3-6.

⁵² Jay Feinman destaca que este foi o caso ocorrido no julgamento de *Burguer King Corp. v. Weaver* (*Burguer King Corp. v. Weaver* 169 F.3d 1310, 11th Cir. 1999), no qual a Corte entendeu por um escopo muito limitado do princípio da boa-fé, apenas tomando como base o expressamente disposto no contrato. In: FEINMAN, Jay M. Good Faith and Reasonable Expectations. *Arkansas Law Review*, v. 67, n. 525, pp. 525-570, 2014, p. 529.

Destaca-se que a referida limitação ocorrida na prática, refere-se à própria definição trazida no *Uniform Commercial Code*, que descreve a boa-fé como um parâmetro de práticas comerciais⁵³, veja-se: “*honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade*”⁵⁴.

Não à toa, em um caráter mais amplo, a previsão expressa nos contratos, no sentido de que aquele acordo será conduzido com base em práticas pautadas na boa-fé, ainda é bastante significativa aos julgadores quando questionados sobre a aplicabilidade de deveres ou direitos decorrentes de tal princípio, conforme julgado no caso *SIGA Technologies Inc. v. PharmAthene Inc.*⁵⁵, no qual foi identificado um dever oriundo da boa-fé diante da previsão contratual expressa de aplicação do princípio.

Cabe destacar, ainda, que no sistema norte-americano, embora haja previsão expressa da aplicação da boa-fé nos contratos, ainda assim se utiliza dos *piecemeals solutions* já referidos, sendo um exemplo desses instrumentos o chamado *promissory estoppel*⁵⁶, considerado uma versão anglo-saxônica da proibição ao comportamento contraditório, com instituto correspondente no Brasil na aplicação da boa-fé objetiva⁵⁷.

Assim, embora determinados casos sejam mais suscetíveis à aplicação das obrigações de boa-fé, ainda hoje, nos Estados Unidos e na Inglaterra há uma maior relutância na aplicação do referido princípio de modo geral⁵⁸. Tal conclusão, contudo, não pode nos levar a desconsiderar o fato de que, ainda assim, tais sistemas adotam mecanismos que, mesmo que de forma indireta, visam a solucionar questões que, em outros sistemas, seriam tratadas a partir da aplicação do princípio da boa-fé.

1.1.2. A aplicação do princípio do *caveat emptor* na *common law*

Abordado o princípio da boa-fé e sua aplicação na *common law* (1.1.1), cabe agora passarmos à análise da aplicação do princípio do *caveat emptor*, a fim de melhor compreender o “pano de fundo” jurídico vinculado ao *best knowledge qualifier*.

⁵³ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 27.

⁵⁴ Uniform Commercial Code, §2-103, (b).

⁵⁵ *SIGA Technologies, Inc. v. PharmAthene, Inc.*, 2015 Del. LEXIS 678 (Dec. 23, 2015) (SIGA II).

⁵⁶ FRIDMAN, G. H. L. Promissory Estoppel. *Canadian Bar Review*, v. 35, n. 3, pp. 279-307, 1957, pp. 280-283.

⁵⁷ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 25.

⁵⁸ PERRY, Christina. Good Faith in English and US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities. *Business Law International*, v. 17, n. 1, pp. 27-40, 2016, pp. 36-37.

Aqui, embora não haja uma definição exata acerca da origem do instituto do *caveat emptor*⁵⁹, parte da doutrina expõe que seu surgimento se deu no direito inglês, sendo, posteriormente, incluído no direito norte-americano⁶⁰. Trata-se de tema que, além de central, é desenvolvimento original da *common law*⁶¹.

De acordo com a regra do *caveat emptor*, aquele que ingressa em um contrato tem o dever de, invariavelmente, tomar as medidas que julgar necessárias para a correta investigação e diligência acerca do objeto do negócio, tudo diante da premissa que inexistente qualquer garantia implícita em tais contratos⁶². Nestes casos, haveria uma passagem de risco àquele que adquire o bem, cabendo ao alienante se responsabilizar somente quando em casos onde atue de má-fé⁶³.

Assim, a regra geral em tais sistemas jurídicos é a responsabilidade exclusiva do comprador acerca da análise da qualidade do bem transferido, o que se soma à ausência de princípio geral de boa-fé nas negociações do contrato e de um dever de informar em intensidade semelhante àquela apontada em regimes de *civil law*⁶⁴.

Essa é a mesma concepção exarada pelo *Black's Law Dictionary* acerca do instituto do *caveat emptor*: “*let the buyer take care. This maxim summarizes the rule that the purchaser of an article must examine, judge, and test it for himself, being bound to discover any obvious defects or imperfections*”⁶⁵. Por essa razão, então, que o princípio *caveat emptor* tem contribuído para uma maior proteção dos vendedores acerca de qualquer responsabilidade indicada após o fechamento do negócio⁶⁶.

A aplicação de tal instituto se baseia em uma dupla presunção. Em primeiro lugar, presume-se que tanto o vendedor quanto o comprador ocupam posições simétricas na relação negocial, isto é, possuem “*an equal opportunity to inspect the quality of property and discover*

⁵⁹ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 27.

⁶⁰ WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 391.

⁶¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 323.

⁶² MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, pp. 26-27.

⁶³ BRIDGE, Michael. *The sale of goods*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 341-342.

⁶⁴ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 323; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 26.

⁶⁵ Black's Law Dictionary (Online Dictionary), 2 ed. Disponível em: < <https://thelawdictionary.org/caveat-emptor/>>. Acesso em: 20 de fev. 2021.

⁶⁶ WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 388.

defective conditions before the transfer of title”⁶⁷. Em segundo lugar, presume-se que tanto o fabricante quanto o vendedor não estão vinculados ao fornecimento de informações sobre o objeto do negócio, de modo que toda e qualquer informação trazida em conjunto com o bem teria caráter somente incidental⁶⁸.

A origem do princípio, e o que explica grande parte da forma de sua aplicação e de suas presunções características, vincula-se a sociedades agrárias, nas quais as transações não possuíam caráter de maior complexidade, de modo que o bem poderia ser suficientemente inspecionado por ambas as partes no momento da contratação⁶⁹.

Na Inglaterra, o caso que pode ter inaugurado a aplicação do instituto é o *Chandelor v. Lopus*⁷⁰, no qual, demonstrando o contexto menos complexo envolvido ao *caveat emptor*, a discussão se deu acerca da qualidade de uma joia vendida, tendo a Corte entendido que questões relacionadas à qualidade do bem, que poderiam ser verificadas pelo comprador, deveriam ser resolvidas pelas partes quando da negociação, e não após a consumação do contrato⁷¹.

Posteriormente, tal instituto foi transportado ao sistema norte-americano, se tornando um dos princípios centrais em matéria de propriedades durante o século XIX⁷². Um exemplo da concepção da época pode ser tomado a partir de um trecho da decisão prolatada no caso *Barnard v. Kellogg*, no qual, ao se referir à aplicação do princípio do *caveat emptor*, foi compreendido que “*such a rule, requiring the purchaser to take care of his own interests, has been found best adapted to the wants of trade in the business transactions of life*”⁷³.

O referido princípio, contudo, sofreu um forte desgaste com o passar do tempo, levando a uma mudança significativa nesta estrutura padrão de responsabilidade do comprador com relação à qualidade da coisa objeto do negócio⁷⁴. Essa mudança pode ser explicada pela ausência contemporânea do contexto em que se originou o *caveat emptor*, não havendo mais

⁶⁷ WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 390.

⁶⁸ WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, pp. 390-391.

⁶⁹ LEVINNESS, Charles T. Caveat Emptor versus Caveat Venditor. *Maryland Law Review*, v. 7, n. 3, pp. 177-200, 1942, pp. 177-183; WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 392.

⁷⁰ *Chandelor v. Lopus* (1603) 79 Eng Rep 3; Cro Jac 4.

⁷¹ WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 393.

⁷² WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 393; LEVINNESS, Charles T. Caveat Emptor versus Caveat Venditor. *Maryland Law Review*, v. 7, n. 3, pp. 177-200, 1942, p. 184.

⁷³ *Barnard v. Kellogg* (1870) 77 U.S. 383

⁷⁴ LEVINNESS, Charles T. Caveat Emptor versus Caveat Venditor. *Maryland Law Review*, v. 7, n. 3, pp. 177-200, 1942, p. 198; WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 388.

um sistema agrário e simplificado, mas sim um contexto complexo no qual a verificação do objeto do negócio é cada vez mais dificultosa⁷⁵.

De todo modo, mesmo em face da recente mitigação do princípio do *caveat emptor* na *common law*, ainda assim o instituto continua a impor uma limitação ao dever de informar nos países em que aplicado tal sistema⁷⁶, agindo como instituto que impõe um ônus de investigação e diligência nos negócios jurídicos com relação à qualidade do objeto, aplicável àquela parte que receberá o bem.

1.2. As cláusulas de *representations and warranties*

Analizados institutos bastante caros aos sistemas de *common law* e igualmente relevantes à questão de existência de deveres informacionais (1.1), podemos passar a analisar o funcionamento das *representations and warranties* em tais sistemas jurídicos, para, na sequência, analisar o *best knowledge qualifier*.

As cláusulas de *representations and warranties*, ou também chamadas de cláusulas de declarações e garantias, remetem a um termo utilizado para descrever as afirmações apresentadas pelas e entre as partes, geralmente nos contratos de compra e venda de participações societárias ou ativos societários⁷⁷.

A criação da referida espécie jurídica se deu como consequência direta da estrutura de responsabilidade informacional anteriormente pontuada (1.1), de modo sua inserção nos contratos, pelo vendedor e comprador, visa a alcançar maior proteção às partes⁷⁸. Aliás, é por conta da ausência, de forma geral, de deveres implícitos de boa-fé, que tais disposições

⁷⁵ WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, p. 394.

⁷⁶ THOMSON, Joseph M. Good faith in contracting: a septical view. In: FORTE, A.D.M. *Good faith in contract and property*, pp. 63-76. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 74; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 323; WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, pp. 387-424, 1996, pp. 397-398; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 30.

⁷⁷ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 161.

⁷⁸ REED, Alexandra Lajoux. ELSON, Charles. *The Art of M&A: due diligence - navigating critical steps and uncovering crucial data*. 2 ed. New York: McGraw-Hill, 2010, p. 12.

necessitam estar expressamente inseridas no contrato, podendo constar, também, em documentos anexos ao instrumento⁷⁹.

As *representations and warranties*, então, serviriam para melhor refletir a situação do negócio pactuado⁸⁰, neste ponto específico se vinculando ao conceito de *representations*. Para além disso, tanto a veracidade quanto a precisão de tais declarações seriam garantidas pelas partes, o que, nesse ponto, se vincularia ao conceito de *warranties*⁸¹.

James Freund ensina que as *representations* seriam uma espécie de descrição ou apresentação da situação fática de determinado negócio em um “*particular moment in time*”, de modo que “*representations constitute essentially a static*”⁸². Assim, remete a um ponto anterior à conclusão do contrato, sendo voltado ao passado e servindo como motivação para eventual pedido de anulação, em caso de inveracidade⁸³.

É neste ponto, principalmente, que a *representation* toma distância da *warranty*. As *warranties*, diferentemente das *representations*, não possuem uma natureza retrospectiva, mas sim prospectiva, de modo a assegurar determinada circunstância para além do passado⁸⁴. Além disso, sua violação ensejaria o pagamento de indenização diante da inveracidade, e não a anulação do contrato⁸⁵.

De todo modo, a distinção entre as *representations* e as *warranties*, na prática, dificilmente é levada em conta pelas partes, não sendo compreendida como uma divisão realmente pertinente à das referidas cláusulas⁸⁶. Pelo contrário, em determinados casos, sua

⁷⁹ BROWN, Robert L. *The Concise Guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting tax and process aspects*. New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 189; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 148.

⁸⁰ REED, Stanley Foster; LAJOUX, Alexandra Reed; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 470.

⁸¹ REED, Stanley Foster; LAJOUX, Alexandra Reed; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 470; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 161.

⁸² FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), p. 153.

⁸³ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 166.

⁸⁴ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 166.

⁸⁵ Como tratado no caso Metropolitan Coal Co. v. Howard, 155 F.2d 780 (2d Cir. 1946)

⁸⁶ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, pp. 161-162.

separação é, inclusive, desaconselhada⁸⁷. Assim, em uma visão unificada dos conceitos, as *representations and warranties* teriam seu maior valor, como refere Donald DePamphilis, em suas seguintes características:

Reps and warranties give the buyer an opportunity to walk away from or renegotiate the deal if facts are discovered between signing and closing that are contrary to representations and warranties made by the seller. They also provide the basis for the seller's indemnification obligations to the acquirer following closing.⁸⁸

Uma análise mais específica acerca funções das *representations and warranties*, geralmente leva à indicação de, ao menos, três questões principais: (i) uma função de compartilhamento mútuo de informação, (ii) uma função de proteção e (iii) e uma função vinculada à alocação de riscos⁸⁹. Conforme Therese Maynard: “*the most important purposes served by the parties’ representations and warranties in the context of negotiating and documenting any acquisition are disclosure, termination rights, and indemnification rights*”⁹⁰.

Dessa forma, uma das funções atreladas a tais cláusulas é a função informativa, vinculada à maior abertura acerca de informações relacionadas ao negócio, assim como ao bem a ser transferido⁹¹. Diante de tal função, encontra-se uma finalidade de permitir às partes, para além do compartilhamento de informações sensíveis ao negócio, a identificação de eventuais questões problemáticas a serem, eventualmente, melhor investigadas em sede de *due*

⁸⁷ “*Appellees urge that we interpret the trial court's statement to mean that language contained in the contract of sale involved merely representations, not warranties. [...] Williston suggests that distinguishing between warranties and representations in this context is inappropriate. [...] We agree.*” In: *Reliance Finance Corp. v. Miller* (557 F.2d 674 - 9th Cir. 1977).

⁸⁸ DEPAMPHILIS, Donald. *Mergers and Acquisitions Basics: negotiation and deal structuring*. New York: Elsevier, 2011, p. 93.

⁸⁹ Embora nem todos os autores explicitem as funções com tais nomenclaturas, suas concepções funcionais são, praticamente, repartidas entre esses três desdobramentos. Nesse sentido: BROWN, Robert L. *The Concise guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting tax and process aspects*. New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 188; FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), pp. 230-234; MAYNARD, Therese H. *Mergers and Acquisitions Cases, Materials and Problems*. 4 ed. New York: Wolters Kluwer, 2017, pp. 402-404.

⁹⁰ MAYNARD, Therese H. *Mergers and Acquisitions Cases, Materials and Problems*. 4 ed. New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 403.

⁹¹ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 470; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 149; BROWN, Robert L. *The Concise guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting tax and process aspects*. New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 188; FREUND, James C. *Anatomy of a merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), p. 230.

*diligence*⁹². Há, então, um papel essencial de melhor elucidar as partes sobre a relação que se firma:

Em linhas gerais, as informações prestadas nas declarações e garantias, em nosso entendimento, são uma forma de evidenciar o que se contrata, ou seja, de retratar as características e qualidades do objeto do contrato. Será com base nestas informações, dentre outras, que o comprador decidirá sobre o interesse ou não de celebrar o negócio e principalmente, é com base nessas e em outras informações que as partes calcularão o preço dos ativos ou da sociedade e negociarão outros termos e condições do contrato.⁹³

Para além da função informativa, tais cláusulas teriam como função, também, a proteção⁹⁴ tanto do vendedor quanto do comprador⁹⁵. Como principais desdobramentos dessa função temos a cláusula de *representations and warranties* como uma saída para eventual problemática contratual, podendo dar azo ao encerramento das negociações e à não realização da conclusão da operação⁹⁶. Sobre tal ponto, já se manifestaram Stanley Reed, Alexandra Lajoux e H. Peter Nesvold:

⁹² MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: The Bulletin (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em <http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2021; De forma complementar, a *due diligence* teria função de indicar uma possível *representation and warranty* a ser solicitada ao vendedor, conforme: BROWN, Robert L. *The Concise guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting tax and process aspects*. New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 179.

⁹³ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 151; Tal ponto também é enfatizado por Donald M. DePamphilis (DEPAMPHILIS, Donald M. *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities*. 6ª ed. San Diego: Elsevier, 2012, p. 189), quem refere que “*the reps and warranties should provide for full disclosure of all information that is germane to the transaction, typically covering the areas of greatest concern to both parties. Areas commonly covered include financial statements, corporate organization and good standing, capitalization, absence of undisclosed liabilities, current litigation, contracts, title to assets, taxes and tax returns, no violation of laws or regulations, employee benefit plans, labor issues, and insurance coverage*”.

⁹⁴ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 151.

⁹⁵ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 470; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 151.

⁹⁶ BROWN, Robert L. *The Concise guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting tax and process aspects*. New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 188; FREUND, James C. *Anatomy of a merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), pp. 230-231; REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 472; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 151.

A buyer or seller will be able to back out of the agreement if it discovers that the representations or warranties of the other party are untrue to any material extent. Thus, the fewer the items represented to, the less is the risk that the other party will be able to back out of the agreement.⁹⁷

Para além disso, as *representations and warranties* desempenham uma função probatória⁹⁸. Nesse ponto, assim como em relação às demais funções, tais cláusulas serviriam para demonstrar a alocação de riscos pactuada entre as partes por meio do negócio, de forma a fornecer um parâmetro para identificação da responsabilidade dos contratantes, sobretudo para eventual pedido de indenização por algum dano sofrido após a realização do negócio⁹⁹.

Fica clara a grande relevância de tais cláusulas nos contratos de *mergers and acquisitions*, sendo por diversas vezes a ausência de *representations and warranties*, ou sua utilização de forma insuficiente, a própria causa, ou meio de fomento, de ruídos entre os contratantes¹⁰⁰. Assim, uma vez compreendida essa estrutura, podemos passar à análise específica do *best knowledge qualifier*, que guarda grande relação com tais cláusulas.

1.3. A aplicação do *best knowledge qualifier* na *common law*

Superados alguns dos pressupostos básicos relacionados à aplicação contratual dos sistemas jurídicos de *common law*, assim como apontada a forma de aplicação das *representations and warranties* em tais sistemas, podemos passar a tratar especificamente do instituto do melhor conhecimento na *common law*.

Para tanto, em primeiro momento analisaremos o modo como a doutrina e os juristas compreendem o funcionamento de tais cláusulas (1.3.1), passando a abordar, na sequência, a

⁹⁷ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 472.

⁹⁸ MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 154.

⁹⁹ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 472; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, pp. 154-155; BROWN, Robert L. *The Concise guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting tax and process aspects*. New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 188; DEPAMPHILIS, Donald. *Mergers and Acquisitions Basics: negotiation and deal structuring*. New York: Elsevier, 2011, p. 93; FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), pp. 231-232.

¹⁰⁰ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 470.

análise de alguns casos jurisprudenciais que chamam a atenção sobre o assunto e apresentam a compreensão dos tribunais acerca do tema (1.3.2).

1.3.1. A natureza do best knowledge qualifier

Existe uma gama de formas de buscar reduzir a responsabilidade ou modular os efeitos das *representations and warranties* apresentadas nos contratos para além das questões mais práticas de recusa de inserção de declarações, principalmente quando o objetivo é melhor distribuir o ônus informativo entre as partes¹⁰¹. Com tal intenção, e como exemplos de sua realização, é bastante comum a inserção de moduladoras nas cláusulas de *representations and warranties*, sobretudo as moduladoras de materialidade e, principalmente, as moduladoras conhecidas como *best knowledge qualifiers*¹⁰².

Referido por Stanley Reed, Alexandra Lajoux e H. Peter Nesvold como uma das formas de tornar o escopo de determinada cláusula de *representations and warranties* mais restrito e, então, menos arriscado ao declarante¹⁰³, o *best knowledge qualifier* é útil para fins de vinculação da responsabilidade do declarante somente àquilo que era de seu efetivo conhecimento à época da declaração¹⁰⁴, geralmente sendo utilizado conforme aplicado no *Share Purchase Agreement* pactuado entre *Sina.com*, *Memestar Limited* e *Memestar's Limited Shareholders*:

SECTION 3.10. COMPLIANCE WITH LAWS. (a) Except as set forth in Section 3.10 of the Company Disclosure Schedule, the Company, the Company Subsidiaries and the Related Entities have each conducted and continue to conduct the Business in accordance with all Laws and Governmental Orders applicable to the Company, any Company Subsidiary or any Related Entity, and none of the Company, any Company Subsidiary or any Related Entity is in violation of any such Law or Governmental Order. To the best knowledge of the Company and the Shareholders, none of the Company, any Company Subsidiary or any Related Entity is in violation of any non-

¹⁰¹ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984, p. 277; KLING, Lou R.; SIMON, Eileen Nugent; GOLDMAN, Michael. Summary of Acquisition Agreements. *University of Miami Law Review*, v. 51, n. 3, pp. 779-817, 1997, p. 789.

¹⁰² REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 475; GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984, p. 277; MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: The Bulletin (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em <http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em 27 de fev. 2021.

¹⁰³ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 472.

¹⁰⁴ FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), p. 247; REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, pp. 475-476; GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984, p. 278.

public or "internal" (NEIBU) policy, rule, order, guidance or administrative practice of, or applied by, any Governmental Authority in the PRC.¹⁰⁵

Ao tratar do assunto, James Freund traz um exemplo bastante cristalino sobre a função prática de tal moduladora:

For example, if the seller's prior management had given a mortgage on certain corporate property, but for some reason the instrument did not appear in the corporate records and the mortgage had never recorded the lien, seller would not be liable if he had represented that, to his knowledge, there were no such mortgages. Without the knowledge caveat, he would be stuck.¹⁰⁶

Justamente por ser uma limitação de responsabilidade bastante interessante ao declarante, o que se aconselha àqueles que recebem uma declaração no contrato é que evitem que tal moduladora será inserida, ou que somente a aceitem quando o vendedor, de fato, não possua a informação acerca do ponto declarado¹⁰⁷. Isso porque a referida moduladora não apenas limita a responsabilidade do declarante, como também serve à realização e comprovação da alocação de riscos do negócio acerca de circunstâncias desconhecidas pelas partes¹⁰⁸.

Além disso, ela é fonte de dificuldade bastante significativa ao declaratório, uma vez que diante do *best knowledge qualifier*, para que haja a responsabilização do declarante pela falsidade da declaração, não será necessária apenas a comprovação de falsidade de tal cláusula – o que em muitos casos, por si só, não é algo fácil de se comprovar -, como também deverá ser comprovado que aquela efetiva questão era de conhecimento do declarante¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Share Purchase Agreement, pactuado entre Sina.com, Memestar Limited e Memestar Limited's Shareholders em 03 de janeiro de 2003. Disponível em: <<https://contracts.onecle.com/sina/memestar.spa.2003.01.03.shtml>>. Acesso em 30 de abr. 2021.

¹⁰⁶ FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), p. 247.

¹⁰⁷ FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), p. 247; MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: The Bullet In (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em <http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em 27 de fev. 2021.

¹⁰⁸ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 476; KLING, Lou R.; SIMON, Eileen Nugent; GOLDMAN, Michael. Summary of Acquisition Agreements. *University of Miami Law Review*, v. 51, n. 3, pp. 779-817, 1997, p. 792; MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: The Bullet In (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em <http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em 27 de fev. 2021.

¹⁰⁹ KLING, Lou R.; SIMON, Eileen Nugent; GOLDMAN, Michael. Summary of Acquisition Agreements. *University of Miami Law Review*, v. 51, n. 3, pp. 779-817, 1997, p. 793; MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: The Bullet In (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em <http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em 27 de fev. 2021.

Um dos principais problemas, e talvez o que mais se aproxime ao foco de análise do presente trabalho quando adentrarmos a uma análise mais familiar ao direito brasileiro, é o efetivo limite do *best knowledge qualifier*, isto é, se a limitação de responsabilidade gerada pelo mecanismo se vincula às circunstâncias que eram de efetivo conhecimento do declarante, ou àqueles fatos ou atos que este poderia e deveria conhecer.

Nesse sentido, é válido o questionamento apresentado por Stanley Reed, Alexandra Lajoux e H. Peter Nesvold: “*whether the phrase best of knowledge implies any obligation of the seller to look into the matter; that is, does it assume that the knowledge is based upon a reasonable effort to ascertain the existence of any problems?*”¹¹⁰.

Em geral, a resposta para essa questão é que o declarante somente estaria vinculado à informação que efetivamente possuía à época da declaração¹¹¹, o que é a opinião apresentada, também, por James Freund, quem trata da limitação apresentada pela moduladora como atrelada à concepção do *actual knowledge* do declarante¹¹².

Sobre a atribuição de conceito ao *actual knowledge*, a Suprema Corte Norte-Americana indicou, no julgamento do caso *Intel Corporation Investment Policy Committee Et. Al. v. Christopher M. Sulyma*¹¹³, que a expressão *knowledge*, quando desacompanhada de demais expressões, pode dar azo a diversas formas de interpretação. Entretanto, quando unida à expressão *actual*, se refere a uma visão bastante limitada em comparação à original, passando a se referir ao conhecimento efetivamente possuído pelo sujeito à época da declaração, contrastado com aquele a ele imputado ou atribuído, se diferenciando, então, do conceito de *constructive knowledge*¹¹⁴.

Com relação a este segundo conceito, o *constructive knowledge*, a referida Corte proferiu entendimento igualmente solar:

Whereas actual knowledge must exist in fact, constructive knowledge may be “attributed by law.” Id. (emphasis added). Constructive knowledge has thus long been understood by courts as “a lesser standard meaning ‘knowledge that one using reasonable care or diligence should have’”—regardless of whether the person actually has such knowledge. *United States v. Myers*, 772 F.3d 213, 220 (5th Cir. 2014) (quoting Black’s Law Dictionary); see *Krys v. Pigott*, 749 F.3d 117, 127 (2d Cir.

¹¹⁰ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, pp. 476-477.

¹¹¹ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 477.

¹¹² FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted), p. 247.

¹¹³ *Intel Corporation Investment Policy Committee, et al., Petitioners v. Christopher M. Sulyma* (17-15864 - 9th Cir. 2018).

¹¹⁴ *Intel Corporation Investment Policy Committee, et al., Petitioners v. Christopher M. Sulyma* (17-15864 - 9th Cir. 2018).

2014); Colby, 92 F.2d at 194 (“[T]here is a marked distinction between actual knowledge and constructive or implied knowledge. The former consists in express information of a fact. The latter is in the nature of a legal inference.”).

In view of this distinction, the courts of appeals have recognized (and Intel does not dispute) that section 1113(2)’s “actual knowledge” requirement “must be distinguished from ‘constructive’ knowledge,” “inquiry notice,” or any other form of “imputed knowledge”—none of which “triggers the three-year limit of § 1113(2).” Fish v. GreatBanc Trust Co., 749 F.3d 671, 678–79, 683 (7th Cir. 2014); see, e.g., L.I Head Start Child Dev. Servs., Inc. v. Econ. Opportunity Comm’n, Inc., 710 F.3d 57, 67 (2d Cir. 2013); Gluck v. Unisys Corp., 960 F.2d 1168, 1176 (3d Cir. 1992); Brock v. Nellis, 809 F.2d 753, 754–55 (11th Cir. 1987). Because section 1113(2) “speaks solely in terms of actual, not constructive knowledge,” its use of that term is unambiguous: “only actual knowledge will do.” Radiology Ctr., S.C. v. Stifel, Nicolaus & Co., 919 F.2d 1216, 1222 (7th Cir. 1990).¹¹⁵

Especificamente com relação ao *best knowledge qualifier*, o entendimento parece ser o mesmo. Tem-se que a simples inserção da expressão *best knowledge* não faz com que se espere uma conduta mais prudente da parte declarante, como descrito por Edward Levin:

Many commercial lawyers believe that when a person makes a representation in a transactional document to that person’s “best knowledge,” the representation is based on more information than had that person used the phrase “the following is true to the knowledge of the undersigned.” Those lawyers believe that if the phrase “best knowledge” is used, it implies that the knowledge of the person making the representation is based on research, due diligence, or investigation done shortly before the time that the representation is made. But most reported cases about the meaning of “best knowledge” have reached the opposite conclusion and hold that if a person uses the term “best knowledge” in an affidavit, application, or representation the term embodies a level of uncertainty.¹¹⁶

No que tange à vinculação da limitação das *best knowledge clauses* ao conceito de *actual knowledge*, embora haja bastante discussão sobre o tema¹¹⁷, tal entendimento teria, para além do menor campo de proteção ao comprador analisado anteriormente, razão na ágil modificação de controle e administração das sociedades, de modo que, por muitas vezes, não se faz possível ao vendedor conhecer todos os aspectos e detalhes do negócio que naquele contrato

¹¹⁵ Intel Corporation Investment Policy Committee, et al., *Petitioners v. Christopher M. Sulyma* (17-15864 - 9th Cir. 2018).

¹¹⁶ LEVIN, Edward J. “Best” is not always best when it comes to knowledge. *American Bar Association, Probate & Property Magazine*, 2016. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/real_property_trust_estate/publications/probate-property-magazine/2016/january_february_2016/2016_aba_rpte_pp_v30_1_article_levin_best_is_not_always_best_when_it_comes_to_knowledge>. Acesso em 27 de fev. 2021.

¹¹⁷ Como descreve Michael Meaney, haveria uma competição entre o vendedor, que buscaria a vinculação ao seu *actual knowledge*, e o comprador, que buscaria uma vinculação maior aos deveres de diligência: “*Sellers will seek to define “knowledge” as actual awareness without any duty of inquiry or investigation. Buyers will seek to define it as knowledge after reasonable investigation and due diligence. Such a definition dilutes the strength of the knowledge qualifier, thus making the representation closer to an absolute representation*”. In: MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: *The Bulletin* (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em <http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em 27 de fev. 2021.

transaciona¹¹⁸. Além disso, leva-se em conta que, em diversos casos, o vendedor das participações societárias não é atuante direto na administração da sociedade¹¹⁹.

O ponto também é questionado Ronald Gilson, quem descreve a aparente existência de escalonamento de limitações entre as possíveis formas de limitação das *representations and warranties* pelo conhecimento do vendedor, o que, invariavelmente, dependerá do conteúdo do negócio para ser melhor compreendido:

Recognizing the function of the knowledge qualification also raises another question concerning the variation in form that the qualification takes in typical acquisition agreements. In fact, the knowledge qualification-the limit on how hard the seller must search for information-comes in a variety of forms. Often within the same agreement one will see all of the following variations:

"to seller's knowledge";

"to the best of seller's knowledge";

"to the best of seller's knowledge and after diligent investigation."

What seems to be at work, at least implicitly, is the creation of a hierarchy of search effort that must be undertaken with respect to information of different levels of importance.¹²⁰

Caso seja de interesse das partes que a limitação se dê sobre o que deveria ser de conhecimento do declarante a partir de uma conduta suficientemente diligente, aqui mais ligado ao conceito de *constructive knowledge*, se faria necessária, então, a inclusão da expressão “*after due inquiry*”, ou semelhante, à moduladora¹²¹, algo que teria uma tradução aproximada ao português em “*no melhor conhecimento do vendedor, após a realização das devidas verificações*”¹²², sempre buscando explicitar tal acordo no que tange a quão fundo deve-se buscar a informação¹²³. Como exemplo de tal aplicação, podemos citar o *Stock Purchase Agreement* firmado entre *Palisades Capital, Inc* e *Charles Beilman*:

¹¹⁸ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. McGraw-Hill: New York, 2007, p. 477.

¹¹⁹ CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. *A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 21.

¹²⁰ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984, p. 279.

¹²¹ REED, Stanley Foster; REED-LAJOUX, Alexandra; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: a Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. McGraw-Hill: New York, 2007, p. 477.

¹²² MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 191.

¹²³ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984, p. 279; MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: *The Bullet In* (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em < http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em 27 de fev. 2021.

3.06 Patents, Trademarks, Trade Names, Etc. All patents, trademarks, trade names and assumed names, copyrights or licenses therefor held by CD, all of which are set forth on Exhibit 12, are valid and in good standing and free and clear of all liens and encumbrances of any and every nature and are not involved in any pending or threatened interference proceeding; to the best knowledge of Seller, after reasonable inquiry, none of the products manufactured or sold by CD and none of the formulae, processes, know-how or designations used in the business of CD infringes on any patent, trade secret, trademark, trade name or copyright of any other person.¹²⁴

1.3.2. A jurisprudência norte-americana e o *best knowledge qualifier*

Para fins de alcançar uma análise mais completa sobre a aplicação das cláusulas de *best knowledge* no sistema de *common law*, sobretudo no sistema norte-americano, cabe analisar a posição exarada pelos tribunais à respeito do assunto, a qual, adianta-se, não é unânime.

Um primeiro grupo de casos, então, traz a expressão *best knowledge* como sendo dissociada de um conceito de *constructive knowledge* ou da necessidade de implementação de deveres de investigação. Essa foi a posição adotada no caso *Charles Muskin, Trustee v. State Department of Assessments and Taxation*¹²⁵.

No referido caso, embora a discussão principal não fosse a moduladora do melhor conhecimento, foi necessário à Corte de Apelações de Maryland estabelecer um parâmetro de rigorosidade acerca da questão, uma vez que tal expressão envolvia um dos aspectos debatidos.

Discutia-se, na verdade, a legalidade de um capítulo específico das leis da *Ground Rent Registry Statute*, e, como um dos argumentos acerca da invalidade da regra, *Charles Muskin*, o requerente do caso, indicou que o *standard* requerido pela normativa era demasiado exigente e desarrazoado, tendo em vista que demandaria um custo muito elevado àquele que pretendesse solicitar o *Ground Rent Registry*. Note-se, que o *standard* apresentado pela referida normativa era justamente baseado no *best knowledge*¹²⁶.

A Corte, ao julgar o caso, estabeleceu um parâmetro para averiguação do *standard* de responsabilidade em caso de ocorrência da moduladora do *best knowledge*, referindo que, nestes casos, não haveria motivo para buscar medidas que excedessem os custos razoáveis, uma vez

¹²⁴ Stock Purchase Agreement, pactuado entre Palisades Capital, Inc e Charles Beilman, em 01 de outubro de 1998. Disponível em <<https://contracts.onecle.com/intermix/beilman-spa-1998-10-01.shtml>>. Acesso em 30 de abr. de 2021.

¹²⁵ *Muskin, Trustee v. State Dept. of Assess. Tax.*, 422 Md. 544, 30 A.3d 962 (Md. 2011)

¹²⁶ Maryland Statute, Real Property Article, § 8-704: “§8-704. (a) A ground lease holder shall register a ground lease with the Department by submitting a registration form that the Department requires. (b) The registration form shall include: (1) The premise address and tax identification number of the property for which the ground lease was created; [...] (6) To the best of the ground lease holder’s knowledge, a statement of the range of years in which the ground lease was created; and [...]”

que a expressão *best knowledge* está relacionada a uma margem aceitável de erro por parte do declarante:

Muskin's assertion that he was obliged to conduct a title search in each or most of the trusts' ground rents is unfounded in light of the instruction on the registration form which directs the filer to complete this section merely "[t]o the best of the filer's knowledge ...". The phrase "to the best of my knowledge" implies an acceptable margin of error in the declarant's statement.¹²⁷

Para além disso, a questão também foi abordada no caso *Portee v. State of Georgia*¹²⁸ e no caso *Dearing v. State of Georgia*¹²⁹ julgados pela Corte de Apelação da Georgia. Nos referidos casos as decisões tomaram rumos semelhantes, entendendo por uma compreensão mais branda do conceito de *best knowledge*, de modo a referir que tal expressão "*contains a representation that is equivocal at best*"¹³⁰, isto é, que não leva a um conhecimento que seria efetivamente o "melhor".

Com relação a garantias, o caso *Hoffer v. Callister*¹³¹ alcançou uma decisão bastante semelhante. Naquele caso as partes contrataram a venda de um imóvel, tendo sido prestadas garantias no negócio. Uma destas garantias era referente à inexistência de violações a leis locais imobiliárias, a qual, contudo, foi prestada sob o melhor conhecimento do vendedor¹³².

Ao descobrir que havia, diferentemente do garantido pelo vendedor, uma violação às regulações aplicáveis ao imóvel, a compradora ingressou com uma ação solicitando indenização por perdas e danos decorrentes deste fato. Ao julgar o caso, a Suprema Corte de Idaho entendeu que não haveria violação em face da garantia prestada, tendo em vista que a expressão *best knowledge* estaria mais vinculada ao *actual knowledge* do vendedor do que a uma concepção de *constructive knowledge* pautada em investigação plena:

Based upon the record and the briefs, there is no dispute that Wilson did not have any actual knowledge of the alleged zoning violations. Hoffer argues that the inclusion of the language "to the best of her knowledge" makes the contract ambiguous, creating an issue of fact. Additionally, he argues that by using the language "to the best of her knowledge" Wilson warranted that she had checked the public record and that whatever appeared in the record did not indicate, to the best of her knowledge, any

¹²⁷ Muskin, *Trustee v. State Dept. of Assess. Tax.*, 422 Md. 544, 30 A.3d 962 (Md. 2011)

¹²⁸ *Portee v. State of Georgia* (627 S.E.2d 63 (2006), 277 Ga. App. 536 - No. A05A1937).

¹²⁹ *Dearing v. State of Georgia* (243 Ga. App. 198 (Ga. Ct. App. 2000)).

¹³⁰ *Portee v. State of Georgia* (627 S.E.2d 63 (2006), 277 Ga. App. 536 - No. A05A1937).

¹³¹ *Hoffer v. Callister*, 137 Idaho 291, 47 P.3d 1261 (2002).

¹³² "[B]uyer is acquiring the property "as is." To the best of her knowledge, Seller warrants as follows: 8.1 No violation exists with respect to the property of any . local law [or] ordinance. 8.2 There are no claims, causes of action, or other litigation or proceeding existing, pending, contemplated, threatened or anticipated". In: *Hoffer v. Callister*, 137 Idaho 291, 47 P.3d 1261 (2002).

violation. However, this is not a reasonable interpretation of the simple language at issue. The district court properly interpreted the contract language as follows: The language of the contract, however, is clear and unambiguous. It states that the warranties are made to the best of seller's knowledge. It does not say the seller has searched the public record, or that no actual violation exists, or that the buyer may rely on this warranty to stop researching on his own. In fact, the contract states that the buyer is taking the property "as is" and that there are no warranties that the property is fit for any particular purpose. Because of the clear language of the contract, I find Plaintiff has no claim for breach of contract based on these provisions. We agree. The warranties contained in paragraph 8 are not ambiguous and did not create a jury question as to their meaning. They clearly apply only to zoning violations or anticipated litigation that Wilson knew about, and they included no warranty that Wilson had checked all of the public records regarding the property. Because there are no allegations that Wilson actually knew of the zoning violations, there can be no breach. Therefore, the district court's decision to grant summary judgment in favor of the defendants on Hoffer's breach of contract claim is affirmed.¹³³

Por outro lado, a jurisprudência, por vezes, compreende a expressão *best knowledge* como atrelada à necessidade de uma maior diligência e investigação por parte daquele que a ela se vincula. Esse foi o entendimento apresentado no caso *Henry Grausz v. John Sampson*¹³⁴, julgado pela *District Court of Maryland*.

No referido caso, uma das partes declarou que listou todos os seus ativos de acordo com o seu melhor conhecimento, contudo, posteriormente, identificou-se a existência de ativos não listados pelo declarante. O ponto, então, foi compreender se estes itens não listados faziam parte do melhor conhecimento do declarante ou não. Diante disso, a decisão referiu que a moduladora do *best knowledge* não vincularia o declarante somente ao seu *actual knowledge*, mas sim pretenderia uma mínima atuação diligente por parte do declarante.

Veja-se que, embora neste caso, como reforçado pela decisão, existisse um compromisso de realização de melhores capacidades do declarante, foi exarado que o *best knowledge*, independentemente, traria uma carga de maior responsabilidade ao declarante, em vista da boa-fé aplicável aos contratos:

Moreover, to the extent that every contract contains an element of good faith performance, a party to a contract who undertakes to act "to the best of his knowledge" at a minimum implies that he will make a good faith effort to ascertain the true state of the facts. See Restatement (Second) of Contracts § 205 (1979) ("Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement"); *Foley v. Interactive Data Corp.*, 47 Cal. 3d 654, 683, 254 Cal. Rptr. 211, 765 P.2d 373 (1988) Here, of course, Debtor in no way undertook to ascertain the true facts, merely relying on his assistant across the continent to pack boxes containing many of his personal items and leaving it to her to arbitrarily assign a value to those items. It was therefore well within the discretion of the Bankruptcy Court to find that the Debtor acted with "wilful blindness" as to the state of his assets, an

¹³³ *Hoffer v. Callister* (137 Idaho 291, 47 P.3d 1261 (2002)).

¹³⁴ *Henry Grausz v. John Sampson* (302 B.R. 820 (D. Md. 2002)).

attitude sharply *826 inconsistent with his obligation under the settlement agreement.¹³⁵

Também estabelecem bases para o reconhecimento de uma vinculação para além do conhecimento meramente mantido pelo declarante os casos *Crofton Ventures Ltd. Partnership v. G & H Partnership*¹³⁶, julgado pela *District Court of Maryland*, e *American Transtech Inc. v. U. S. Trust Corp.*¹³⁷, julgado pela *District Court of New York, Southern District*.

No primeiro caso, o vendedor declarou contratualmente que, sob a égide de seu melhor conhecimento, o imóvel objeto do negócio não havia sido utilizado como depósito de material perigoso¹³⁸. Entretanto, posteriormente, descobriu-se uma circunstância capaz de suscitar a ocorrência de violação da referida declaração.

Após apresentadas as razões das partes, não ficou comprovada a violação das declarações prestadas, porém, a Corte não deixou de referir qual seria a base de eventual violação, tendo apresentado que não apenas bastaria que o declarante conhecesse efetivamente o fato em violação, mas que também seria possível responsabilizá-lo caso o fato devesse ser de seu conhecimento:

The breach of contract claim is subject to the same analysis and disposition as the fraudulent misrepresentation claim. The Plaintiff has not proven by a preponderance of the evidence that G & H knew, or should have known, of the hazardous waste on the Site.¹³⁹

No segundo caso, este especificamente vinculado ao contexto de uma operação de compra e venda de participação societária, a *U. S. Trust Corp.* apresentou algumas declarações no contrato relativas à inexistência de ações, processos, ou de causa possível para tanto, todas limitadas ao seu melhor conhecimento¹⁴⁰.

¹³⁵ Henry Grausz v. John Sampson (302 B.R. 820 (D. Md. 2002)).

¹³⁶ Crofton Ventures Ltd. Partnership v. G & H PARTNERSHIP, (116 F. Supp. 2d 633 (D. Md. 2000)).

¹³⁷ American Transtech Inc. v. US Trust Corp., (933 F. Supp. 1193 (S.D.N.Y. 1996)).

¹³⁸ “636 to the best of Seller's knowledge, and while the [Site] was in Seller's possession, the [Site] has not been used for hazardous waste disposal, and no party has transported, caused to be transported, stored or caused to be stored on the [Site] [any hazardous waste]”. In: *Crofton Ventures Ltd. Partnership v. G & H PARTNERSHIP*, (116 F. Supp. 2d 633 (D. Md. 2000)).

¹³⁹ Crofton Ventures Ltd. Partnership v. G & H PARTNERSHIP, (116 F. Supp. 2d 633 (D. Md. 2000)).

¹⁴⁰ “[e]xcept as set forth in Schedule 2.17: (a) there are no actions, suits, proceedings ... pending, or, to the best of [U.S. Trust's] knowledge, threatened, in law or in equity ... which materially adversely affects or may materially adversely affect [AIM] ... (b) to the best of [U.S. Trust's] knowledge, there is no reasonable basis for any as yet unasserted claim or action against [U.S. Trust] or [AIM] which might have a material adverse effect on [AIM] or its assets.... None of the items set forth in Schedule 2.17 other than Item 6 of said Schedule, individually or in the aggregate, if adversely determined, would materially and adversely affect [AIM]”. In: *American Transtech Inc. v. US Trust Corp.*, (933 F. Supp. 1193 (S.D.N.Y. 1996)).

Em discussão acerca da responsabilidade do declarante por inveracidade das declarações e garantias, assim como no caso anteriormente apresentado, a Corte esboçou um *standard* de responsabilidade aplicável à moduladora do *best knowledge* pautando-se tanto naquilo que o declarante efetivamente sabia à época da declaração quanto naquilo que ele deveria saber:

From the terms of the Lease, AIM knew it was liable for the entire Lease. Furthermore, AIM entered the Stipulation with Equitable Trust. As between U.S. Trust and Transtech, U.S. Trust had access to the documents and should have known about the Stipulation and the terms of the Lease. Hence, the Court finds that U.S. Trust breached its warranties in Section 2.17 and Schedule 2.17.¹⁴¹

Para além dos casos citados acima, a jurisprudência norte-americana, diferentemente da jurisprudência brasileira, é bastante envolvida em discussões relacionadas à limitação da responsabilidade pela moduladora do *best knowledge*. Contudo, como demonstrado, a opinião jurisprudencial ainda hoje se divide com relação à forma correta a ser tratada a questão, o que demonstra o quão debatíveis são as posições adotadas por cada uma das correntes, de forma a tornar o debate ainda mais interessante quando transportado ao cenário brasileiro, como passaremos a tratar a seguir.

2. A moduladora do melhor conhecimento no Brasil

As bases práticas e as fórmulas contratuais utilizadas no direito anglo-saxão, principalmente em matéria de alienação de participações societárias, serviram de base ao desenvolvimento jurídico brasileiro da matéria. Uma transposição desse estilo, contudo, caso realizada de forma descuidada, pode levar a uma série de equívocos jurídicos que refletirão nos negócios que dependem desses institutos¹⁴².

Por essa razão que neste trabalho se busca compreender o modo de aplicação da moduladora do melhor conhecimento especificamente no sistema legal brasileiro, de modo que possamos compreender seu funcionamento, percebendo suas semelhanças e diferenças com relação ao aplicado direito de origem.

¹⁴¹ American Transtech Inc. v. US Trust Corp., (933 F. Supp. 1193 (S.D.N.Y. 1996)).

¹⁴² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 323.

Assim, em primeiro momento, apresentaremos alguns apontamentos acerca do regime basilar aplicável ao direito contratual, assim como o funcionamento dos deveres informativos dele decorrentes (2.1), de modo a destacar as peculiaridades do sistema nacional.

Na sequência, trataremos de algumas questões específicas acerca da aplicação das cláusulas de declarações e garantias no Brasil, uma vez que estritamente vinculadas ao regime do melhor conhecimento (2.2). Por fim, analisaremos o regime da moduladora do melhor conhecimento no direito brasileiro, destacando sua conceituação e os efeitos por ela gerados (2.3).

2.1. A boa-fé objetiva e os deveres informativos

Antes de adentrarmos à análise específica das cláusulas de declarações e garantias e da aplicação da moduladora do melhor conhecimento, cabe abordarmos o pano de fundo jurídico aplicável aos contratos no Brasil, como exposto com o sistema originário da referida moduladora. Dessa forma, trataremos da aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro (2.1.1), abordando, também, as questões relativas aos deveres informativos a ele atrelados (2.1.2) e ao ônus de diligência e informação da parte em favor da qual seriam impostos tais deveres (2.1.3).

2.1.1. O princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro

O regime contratual brasileiro, além de ser regido pelos princípios da autonomia privada, do consensualismo e da força obrigatória, passou a respeitar o que foi chamado por Orlando Gomes de *novos princípios contratuais*, isto é, o princípio da boa-fé, o princípio da função social e o princípio do equilíbrio econômico¹⁴³.

Com relação à boa-fé objetiva, embora não prevista expressamente em matéria contratual no Brasil até o século XX, o instituto foi alvo de intenso estudo e aplicação pela doutrina, sobretudo diante das bases fornecidas para pela Constituição Federal de 1988¹⁴⁴,

¹⁴³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 25. No mesmo sentido: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120; THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 9.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 87, pp. 79-90, 1992, p. 81; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58.

sendo igualmente abordado tal instituto pela jurisprudência, como no famoso *Caso dos Tomates*¹⁴⁵.

Foi somente a partir da promulgação do Código Civil de 2002 que o princípio se viu positivado no ordenamento jurídico contratual¹⁴⁶. Entretanto, mesmo após quase vinte anos da positivação do princípio, ainda hoje persiste uma série de dúvidas acerca de sua aplicação e extensão, geradas não pela ausência de estudo, mas sim pelo intenso aprofundamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

Na verdade, e o que talvez contribua para tamanha discussão, o próprio termo boa-fé é carregado de diversos significados históricos e culturais, muitas vezes individuais a cada país¹⁴⁷. É com base neste caráter polissêmico do instituto, e na natureza extremamente dinâmica de sua aplicação¹⁴⁸, que Judith Martin-Costa indica, nesse ponto, ser “*impossível - tecnicamente - definir a boa-fé objetiva*”¹⁴⁹.

De todo modo, pode-se considerar que o princípio da boa-fé objetiva é uma representação jurídica de valores éticos de lealdade, de correção e de veracidade¹⁵⁰, contribuindo, como ensinado por Clovis do Couto e Silva, não apenas “*para determinar o que e o como da prestação*”, mas também para estabelecer que “*ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação*”¹⁵¹.

Mesmo possuindo o princípio da boa-fé objetiva um caráter multifacetário, algo que todas as diversas ramificações do princípio compartilham é tanto um sentido como um fim éticos, “*segundo os quais a relação contratual deve ser compreendida como uma relação de*

¹⁴⁵ O referido caso, envolveu uma empresa que fornecia conservas de alimentos e que, por muitos anos, distribuía entre os produtores rurais da região as sementes de tomates para posterior compra de molho de tomate, contudo, em um ano específico, a referida empresa não comprou os produtos, mesmo tendo, anteriormente, distribuído as sementes aos agricultores. O Tribunal e Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela violação da confiança dos agricultores por parte da empresa, compreendendo pela existência de responsabilidade pré-contratual (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. *Apelação Cível* n. 591.028.2915. Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, Julgado em 06/06/1991).

¹⁴⁶ CANTALI, Rodrigo Ustároz. *A responsabilidade civil pré-contratual e a proteção da confiança: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano*. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 44.

¹⁴⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*. v. 6, n. 20, pp. 24-46, 2003, p. 29.

¹⁴⁸ Nesse sentido, Clóvis do Couto e Silva referiu que a natureza dinâmica do conceito do princípio da boa-fé objetiva, leva à necessidade de análise de eventual adequação ou inadequação de determinada conduta por parte dos contratantes a uma análise tendo como base efetivamente o caso concreto. In: SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016, p. 34.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 44-45.

¹⁵⁰ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116.

¹⁵¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016, p. 34.

cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato”¹⁵².

Outro apontamento pertinente a ser feito é relacionado à dicotomia do princípio da boa-fé entre sua ótica subjetiva e sua ótica objetiva, o que igualmente nos servirá mais à frente ao tratarmos das presunções geradas pela moduladora do melhor conhecimento¹⁵³. Sob sua perspectiva subjetiva, a boa-fé pode ser considerada como uma circunstância de caráter predominantemente psicológico, vinculada ao estado de consciência do sujeito com relação a um comportamento por ele praticado¹⁵⁴ - geralmente aplicada ao direito das coisas¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ -, sendo somente sob essa ótica possível a referência, em caráter diametralmente oposto, a uma conduta de *má-fé*¹⁵⁷.

Por outro lado, ao analisarmos a boa-fé sob sua ótica objetiva, o que alcançamos é algo muito distinto do estado subjetivo de um determinado indivíduo¹⁵⁸. A boa-fé objetiva acaba por tomar o sujeito não mais como objeto psicológico, mas sim como um objetivo normativo, de modo que “*impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta*”¹⁵⁹. Nesse

¹⁵² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130. No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé como Modelo: uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 2, n. 4, pp. 347-379, 2004, pp. 355-357.

¹⁵³ Conforme debatido no tópico 2.3.2.3 deste trabalho.

¹⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. (5ª Reimpressão) Coimbra: Almedina, 2013, pp. 23-24; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279; THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 10.

¹⁵⁵ ZANNETI, Cristiano de Sousa. Comentários aos Arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 696-780. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 700; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43; Tal ponto também é reiterado pela doutrina de *common law*, vide: MACQUEEN, Hector L. Good faith in the scots law of contract: an undisclosed principle? In: FORTE, A.D.M. *Good faith in contract and property*, pp. 5-38. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 7.

¹⁵⁶ Como é o caso, por exemplo, do descrito nos Artigos 1.201 e 1.202 do Código Civil de 2002: BRASIL. Lei 10.406/2002: Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa; Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

¹⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. (5ª Reimpressão) Coimbra: Almedina, 2013, p. 407; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279.

¹⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120; NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

¹⁵⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120. No mesmo sentido: ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 270; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 87, pp. 79-90, 1992, p. 83; LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

ponto, pode ser reconhecida pela união de três naturezas: de modelo jurídico, de *standard* comportamental e de princípio jurídico¹⁶⁰. Na lição de Teresa Negreiros:

Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa.¹⁶¹

É diante de tal natureza normativa, e com interesse em melhor compreender o âmbito do instituto, que se faz indispensável a análise de seus desdobramentos, quase que unissonamente descritos pela doutrina em três aspectos, isto é, como:

- (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*, copartícipe da relação obrigacional;
- (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais.¹⁶²

Não obstante previstas de maneira mais dispersa em determinados setores específicos do Código Civil de 2002¹⁶³, tais funções da boa-fé objetiva possuem disposição pontual correspondente no ordenamento, positivando sua normatividade. Com relação à atuação como cânone hermenêutico, ou a função interpretativa¹⁶⁴, a boa-fé objetiva possuiria sua

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279.

¹⁶¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 136-137.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 44-45. Em sentido semelhante: GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43-46; ZANNETI, Cristiano de Sousa. Comentários aos Arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 696-780. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 700.

¹⁶³ Judith Martins-Costa traz como exemplo a indicação com relação ao modo de proceder a interpretação moduladora da eficácia de condição resolutiva, contida no art. 128 do Código Civil de 2002, os limites para o exercício da denúncia prevista no art. 473, parágrafo único, do Código Civil de 2002, a imposição de deveres especiais de conduta nos contratos de seguros, conforme artigos 765 e 769 do Código Civil de 2002, dentre outros. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45; NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152.

correspondência positivada no Artigo 113¹⁶⁵⁻¹⁶⁶ do Código Civil de 2002, dispositivo compreendido por Miguel Reale como um “*artigo-chave*”¹⁶⁷. Sobre o referido desdobramento da boa-fé objetiva, tem-se que:

A função interpretativa da boa-fé está prevista no art. 113 do Código Civil. A interpretação dos contratos pode se desenrolar em duas fases. A primeira tem por objetivo a determinação da intenção ou sentido comum atribuído pelas partes à declaração contratual. Contudo, a declaração contratual freqüentemente apresenta deficiências (lacunas, ambigüidades ou obscuridades) insanáveis mediante a busca da intenção dos contratantes. Entra em jogo, então, a segunda fase da interpretação, cujo fim é eliminar as falhas da declaração negocial. Tendo em vista que todo contrato implica conflito de interesses, essa segunda etapa interpretativa segue critérios objetivos, notadamente a boa-fé e os usos em função interpretativa. Interpretar conforme a boa-fé é substituir o ponto de vista relevante, posicionando no contexto do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência.¹⁶⁸

No que tange ao desdobramento como critério de correção de condutas, a positivação da boa-fé objetiva se deu no Artigo 187¹⁶⁹⁻¹⁷⁰ do Código Civil de 2002, a partir da imposição da boa-fé objetiva como um limitador da licitude de atos praticados pelos sujeitos¹⁷¹. Nesse sentido, cabe destacar que a referida norma visa a combater a “*ilicitude no modo de exercício de posições jurídico-subjetivas*”, servindo, dessa forma, não apenas como uma combativa ao abuso de direito, mas também ao exercício contraditório, ao exercício disfuncional e ao exercício desarrazoado de “*direito subjetivo, potestativo ou faculdade*”¹⁷².

¹⁶⁵ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (...) III - corresponder à boa-fé.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45; MENKE, Fabiano. Comentários aos Arts. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 181-294. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 197.

¹⁶⁷ REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. In: REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 75-80.

¹⁶⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 29.

¹⁶⁹ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 187. 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.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45; MELO, Diogo Leonardo Machado de Melo. Comentários aos Arts. 186 a 188. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 295-310. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 306; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45.

¹⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 3. Tomo II. Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 110-113; NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 669.

Por fim, talvez a função mais expoente do instituto, a função integradora, isto é, a função criadora de deveres às partes, é prevista no Artigo 422¹⁷³⁻¹⁷⁴ do Código Civil de 2002. Tem-se que a função integradora – neste ponto reiterando os ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva acerca do tratamento da obrigação como um verdadeiro processo¹⁷⁵ – não se limita à fase puramente contratual, mas também se aplica às fases pré-contratual e pós-contratual da relação:

Não obstante o dispositivo mencionar apenas a conclusão e a execução do contrato, é certo que a boa-fé cria deveres anexos também na fase pré-contratual, isto é, naquele período de negociações preliminares e tratativas que antecedem a conclusão do contrato, bem como na fase pós-contratual (boa-fé *post pactum finitum*). Exemplo da incidência da boa-fé na fase pré-contratual é encontrado nos casos de ruptura injustificada das negociações, em que há violação de deveres de colaboração e muitas vezes de informação, ensejando a responsabilidade pré-contratual da parte que rompe as tratativas. Por sua vez, mesmo após a extinção do contrato exige-se que o contratante não adote comportamento capaz de frustrar ou diminuir a vantagem almejada pela outra parte com o negócio (praticando concorrência ou negando-se a fornecer peças de reposição, v.g.), o que evidencia a boa-fé *post pactum finitum*.¹⁷⁶

Para além das fases às quais se aplica, a boa-fé objetiva em sua função integradora leva à criação de deveres que, embora não sejam os deveres principais do contrato, visam a assegurar o melhor cumprimento da obrigação¹⁷⁷. A lição de Judith Martins-Costa deixa bastante compreensível a forma de criação dos deveres:

Assim, a boa-fé poderá estar na origem (i) tanto dos deveres instrumentais, ditos deveres anexos aos interesses à prestação, quanto (ii) dos deveres de proteção contra danos que poderiam advir da relação obrigacional, reportando-se, então, aos interesses à proteção. Os primeiros estão inseridos aos interesses de prestação; os segundos, aos

¹⁷³ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 9; LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 568.

¹⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016. O seu caráter de aplicação em todas as fases do contrato, da formação até após sua conclusão, foi reiterado pelo Enunciado n.º 25 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “25 – Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual” (BRASIL, Conselho de Justiça Federal, Enunciado n. 25, I Jornada de Direito Civil).

¹⁷⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45. Em sentido semelhante: THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 11; ZANNETTI, Cristiano de Sousa. Comentários aos Arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo, pp. 696-780. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 700.

¹⁷⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45. Segundo o Enunciado n.º 26 da I Jornada de Direito Civil, ao comentar sobre a aplicação do art. 422 do Código Civil de 2002: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes” (BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 26, I Jornada de Direito Civil).

interesses de proteção. Ambos constituem, fundamentalmente, deveres de cooperação (em sentido amplo) e proteção dos recíprocos interesses dos contraentes.¹⁷⁸

Aqui, a criação de deveres se daria nas mais diversas naturezas, podendo, inclusive, gerar deveres informacionais a serem impostos às partes¹⁷⁹, como analisaremos na sequência.

2.1.2. Os deveres informativos oriundos da boa-fé objetiva

Como referido anteriormente, a boa-fé objetiva é capaz, além de servir como cânone hermenêutico e limitador à conduta irregular das partes, de gerar deveres informativos entre os contratantes¹⁸⁰, se relacionando, nesse ponto, à pactuação pautada em informações corretas e suficientes para um *consentimento informado*¹⁸¹.

Embora eventualmente possa soar de forma diversa à primeira vista, a aplicação do dever de informar serviria à proteção da relação estabelecida entre as partes, sendo um protetor da correta concreção do princípio da autonomia privada¹⁸² e dos interesses jurídicos a ele relacionados, sobretudo à liberdade de decisão das partes de efetivamente ingressar em determinado negócio¹⁸³.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 573.

¹⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 87, pp. 79-90, 1992, p. 83.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45; NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165; GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 356.

¹⁸¹ “O processo de Consentimento Informado visa, fundamentalmente, resguardar a autonomia do indivíduo, no sentido de garantir a sua livre escolha após ter sido convenientemente esclarecido sobre todas as questões pertinentes. Um pressuposto deste processo é o de que o indivíduo tenha capacidade para tomar decisões que resultem no seu melhor interesse desta forma, um procedimento mais abrangente do que a simples obtenção de uma assinatura em um documento”. In: GOLDIM, José Roberto. *O Consentimento Informado e a Adequação de seu Uso na Pesquisa com Seres Humanos*. Tese (Doutorado em Medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1999, pp. 50-52; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 572; MARTINS-COSTA, Judith. Os Regimes do Dolo Civil no Direito Brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, v. 923, 2012, pp. 115-144.

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. Os Regimes do Dolo Civil no Direito Brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, v. 923, 2012, pp. 115-144.

¹⁸³ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 125.

Destaca-se que os deveres informacionais, de modo geral, podem se apresentar de diversas formas, podendo consistir em dever anexo ao principal, em dever legal, em ônus de autoinformação¹⁸⁴, ou até mesmo como a própria obrigação principal do negócio jurídico¹⁸⁵.

Segundo Judith Martin-Costa, aliás, sendo as informações relacionadas muitas vezes aos interesses de proteção e de prestação, estas podem tanto se apresentar como uma faceta dos deveres de cooperação, como também por ser o deslinde de um dever de proteção vinculado ao próprio contrato. Nesse sentido, seria considerada a informação como um dever anexo “*quando se informa para obter determinado resultado visado pela obrigação principal ou por dever de prestação secundário*”, assim como seria considerada como um “*dever de informar correspondente a interesse de proteção quando, por exemplo, estiver alocado na fase pré-contratual (...) ou quando suscitado na fase pós-contratual*”¹⁸⁶.

Especificamente com relação ao dever de informar inserido na fase pré-contratual, como ensinado por Iñigo Gazmuri, é possível distinguir a existência de planos dos deveres informativos entre os deveres informativos típicos, aqueles previstos em lei, e os deveres informativos atípicos, aqueles não apresentados expressamente pelo legislador¹⁸⁷, ao que se adiciona aqueles deveres informativos previstos pelo próprio contrato já na fase contratual¹⁸⁸.

Como um exemplo de deveres informativos pré-contratuais típicos, o autor cita os regimes de evicção e de vícios redibitórios, sabidamente relacionados ao âmbito informacional¹⁸⁹. Embora em análise ao direito espanhol, mesmo entendimento também poderia ser relacionado ao direito brasileiro, principalmente com relação ao instituto da evicção, uma vez que, ambas as matérias são reguladas tipicamente no Código Civil de 2002¹⁹⁰.

¹⁸⁴ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 224.

¹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 247.

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 580.

¹⁸⁷ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 75. Como reforça: GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 246.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 247.

¹⁸⁹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 75.

¹⁹⁰ Veja-se o dispositivo transcrito no art. 443 “*se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato*” (BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 443). Apoiando a possibilidade da comparação: GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 247.

O tópico, contudo, que demanda maior profundidade é justamente aquele atinente à aplicação do dever informativo quando não previamente regulado pela legislação, caso em que sua origem atribuível é a aplicação do princípio da boa-fé¹⁹¹. Mais peculiar ainda é a questão quando inserida no contexto interempresarial¹⁹², situação na qual os níveis de profissionalismo e complexidade da relação atingem níveis mais elevados.

Este ponto é apresentado por Ricardo Lupion, quem entende que, diante do caráter de competição no ambiente empresarial, os deveres de cooperação devem ser relativizados, valendo “*a máxima de que o vendedor quer vender a mercadoria pelo maior preço, e o comprador pretende compra-la pelo menor*”¹⁹³. Com relação especificamente aos deveres de informação, descreve o autor:

O dever de informação também deve ser relativizado pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que cabe a cada empresa. Isto quer dizer que os padrões de cuidado e diligência dos administradores da empresa no momento da celebração do contrato representam um ônus para a empresa, considerando os elevados níveis de informações que possuem (ou deveriam possuir) para a adequada avaliação das condições do contrato. [...]

Já os deveres de informação, cuidado e proteção deverão ter uma aplicação específica nos contratos de aquisição de empresas em razão do procedimento de due diligence, pois, no início das tratativas as empresas envolvidas – compradora e vendedora – firmam uma carta de intenções ou memorando de entendimentos para manifestar interesse na companhia. [...] Essa praxis empresarial da due diligence, além de atenuar o dever de proteção e cuidado com a pessoa e com patrimônio da contraparte na medida em que impõe ao comprador o ônus de investigar os dados relevantes da operação, também mitiga o dever de cooperação da empresa vendedora, que apenas fornece as informações do negócio e, durante a realização do procedimento de due diligence, presta as informações, dados, documentos solicitados pela empresa compradora. Todavia, aqui o dever de informação impõe à empresa vendedora fornecer as informações na maior amplitude possível, adotando padrão de conduta leal, correto e honesto na revelação das informações preliminares ao procedimento de due diligence.¹⁹⁴

Em sentido semelhante se manifesta Fabiano Menke, quem, se apoiando no expressado pelo autor anteriormente citado, entende que, em virtude o caráter de profissionalismo, diligência e rivalidade das relações empresariais, haveria, de fato, uma mitigação da aplicação

¹⁹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 87, pp. 79-90, 1992, p. 83; FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 231-254, pp. 238-239.

¹⁹² GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 247.

¹⁹³ GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 192.

¹⁹⁴ GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 193.

da boa-fé objetiva¹⁹⁵. De todo modo, ambos os autores compreendem que, em havendo desigualdade significativa entre as partes, ou assimetria de informações, “a boa-fé incide de forma plena”¹⁹⁶.

De toda sorte, é necessário destacar que não se compreende a existência, independente do meio em que inserido o contrato, de um dever genérico de compartilhamento de informações para com a contraparte¹⁹⁷. Nesse ponto, conforme destaca Eva Sónia Moreira da Silva, ao se referir a inexistência de deveres genéricos de informação não se nega a existência de deveres informacionais, mas sim se corrobora a existência limitação naquilo que deve ser informado à contraparte¹⁹⁸.

Assim, uma das principais questões é definir quando existirá o dever de informar, com relação a quais fatos ele será aplicável e, ainda, qual a extensão de sua aplicação em determinada relação. Para tanto, não obstante a grande dificuldade de sua definição, tem-se como cediço que a análise deve ocorrer de maneira casuística, sempre levando em conta as peculiaridades de cada caso¹⁹⁹. Afinal, de acordo Giovana Benetti, “não há uma fórmula matemática para resolver a questão”²⁰⁰.

Para que seja possível a análise a luz do caso concreto, então, a doutrina elenca algumas modalidades de averiguação, as quais, em geral, acabam convergindo para as mesmas figuras basilares. Segundo Iñigo Gazmuri, de forma sintética, a existência do pressuposto fático para a ocorrência do dever de informar envolveria três aspectos primordiais: a ignorância, o conhecimento e a reticência²⁰¹.

A ignorância estaria atrelada ao desconhecimento de uma das partes acerca de um aspecto relevante do contrato; o conhecimento, por sua vez, seria o conhecimento, ou sua

¹⁹⁵ MENKE, Fabiano. Comentários aos Arts. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 181-294. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 200-201.

¹⁹⁶ MENKE, Fabiano. Comentários aos Arts. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 181-294. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 200-201; GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 193-194.

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 867, 2008, p. 42; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 246.

¹⁹⁸ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 78-79.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 587.

²⁰⁰ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 221.

²⁰¹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 63

imputação, à outra parte acerca da circunstância relevante²⁰²; a reticência, por fim, seria o elo entre as demais, sendo pressuposto de que a parte que conhecia a circunstância relevante não a revelou à parte em ignorância²⁰³, isto é, a existência de um desnível informacional entre os contratantes.

Nessa mesma linha, mas apresentando critérios mais específicos, Giovana Benetti, apresenta como necessária à existência de um dever de informar a desigualdade informativa entre as partes²⁰⁴⁻²⁰⁵. Uma vez constatada tal assimetria informacional, então, poderíamos analisar os demais critérios:

Constatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá, quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com o seu ônus de auto informação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente receber as informações da contraparte.²⁰⁶

A referida assimetria, constituiria um dos elementos fundamentais à identificação do dever de informação. Neste ponto, destaca-se que as operações de alienação de participação societária, são especialmente afetadas pelos diferentes níveis informacionais detidos pelas partes, sendo tal assimetria um aspecto praticamente inerente a esses negócios²⁰⁷. Justamente por isso que no contexto empresarial, sobretudo, “*a informação tem peso de ouro*”²⁰⁸.

Conforme descrito por Fernanda Martins-Costa:

²⁰² GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, pp. 93-98.

²⁰³ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 63.

²⁰⁴ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 231.

²⁰⁵ Destaca-se que a assimetria informacional entre as partes da relação seria materialmente o fundamento para o surgimento do dever de informar, estritamente vinculado, neste ponto, ao princípio da boa-fé objetiva, conforme: SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 360.

²⁰⁶ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 231.

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento diferido. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coordenadoras). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Vol. I, pp. 741-762. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, pp. 741-742.

²⁰⁸ ROCHA, Dinir Salvador Rios da Rocha. Visão geral de due diligence: breves aspectos teóricos e práticos. In: ROCHA, Dinir Salvador Rios da Rocha; QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Direito societário: fusões aquisições, reorganizações societárias e due diligence*, pp. 39-78. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

Com efeito, é natural que o vendedor detenha mais informações sobre a sociedade a ser adquirida do que o comprador. As razões lógica e econômica da existência da assimetria decorrem do fato de a sobrevivência e a eficiência da atividade empresarial dependerem, dentre outros aspectos, da tutela da confidencialidade interna da sociedade, de sorte que uma empresa de cujas informações o mercado tenha total conhecimento estará destinada a sucumbir na batalha concorrencial.²⁰⁹

Veja-se que não é raro que nas operações de alienação de participação societária, mesmo que prestadas diversas declarações e garantias acerca do negócio e seu respectivo objeto e realizadas as negociações e auditorias de estilo, “*é comum que o comprador, uma vez concluído o negócio, venha a ter conhecimento de novos fatos que não lhe foram informados ou até que eram desconhecidos das partes*”²¹⁰.

Aliás, a existência dessa assimetria informacional é a própria razão da inserção das cláusulas de declarações e garantias, típicas aos contratos de fusões e aquisições, tendo por objetivo combater a disparidade informacional entre as partes²¹¹, como melhor abordaremos na sequência²¹².

Para além da questão da existência de assimetria informacional entre as partes, faz-se necessário analisar o nível de relevância da informação a ser apresentada. Neste ponto, havendo uma informação detida por uma das partes e desconhecida pela outra, ainda como um requisito para a existência do dever de informar, é necessário que tal informação seja relevante ou pertinente ao negócio²¹³.

Como já referido, inexistente dever de informar de cunho ilimitado²¹⁴, razão pela qual soaria desarrazoado exigir que o vendedor fornecesse ao comprador informações estranhas ao

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento diferido. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coordenadoras). Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios. Vol. I, pp. 741-762. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 742.

²¹⁰ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 155.

²¹¹ “*Isso porque tais cláusulas passaram a ser inseridas no contrato justamente com o objetivo de diminuir a assimetria de informações entre o vendedor e o comprador a respeito do objeto do negócio – que se deve, em parte, à inexistência de um dever legal de informar imposto ao vendedor –, de forma que o preço possa refletir a realidade do valor da empresa da melhor maneira possível e no interesse de ambas as partes*”. In: WALD, Arnaldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, v. 949, pp. 95-103, 2014, p. 98.

²¹² A análise das cláusulas de declarações e garantias vai realizada no tópico 2.2 deste trabalho.

²¹³ FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, pp. 231-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 239; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 593. Ponto igualmente identificado pela jurisprudência: ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Apelação Cível* n. 1066058-37.2015.8.26.0100, Relator Des. Hamid Bdine. Julgado em 15/03/2017, DJ de 25/09/2017.

²¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 587.

núcleo do negócio ou alheias a ele²¹⁵. Entretanto, podemos falar, principalmente no contexto empresarial, em um núcleo de informações a serem prestadas e que usualmente se relacionam ao objeto do negócio, como as informações relativas à qualidade das próprias participações societárias alienadas.

Ao analisar tal ponto, Gabriel Buschinelli destacou a relevância, não apenas das informações atreladas às participações societárias, mas também de demais aspectos relacionados ao negócio:

A compra e venda de participações societárias tem por objeto ações ou quotas, e não o patrimônio societário. Não há dúvida, porém, de que a boa-fé na fase negocial impõe ao vendedor o dever de informar não apenas circunstâncias relativas às próprias participações societárias, mas ao patrimônio societário, e a todas as circunstâncias a ele relativas. A falha ao dever de informar, dessa forma, pode-se relacionar a aspectos fáticos, jurídicos, econômicos ou sociais pertinentes tanto aos próprios títulos quanto ao acervo de bens e direitos de sociedade.²¹⁶

Para além desse centro informacional nuclear usualmente relacionado ao objeto do negócio, é necessário que busquemos uma forma de determinar quais informações merecem ser, efetivamente, apresentadas pelos contratantes. Aqui, tem-se que o campo de possibilidade de apresentação de informações é praticamente infinito, somente sendo possível a verificação de fato *in casu*²¹⁷.

Nesse sentido, Eva Sônia Moreira da Silva entende que a informação com relevância suficiente para divulgação à contraparte, não seria aquela que meramente viesse a interessá-la, mas sim somente aquela informação que “*seja tão importante que o seu conhecimento pela contraparte seja susceptível de a fazer modificar o seu comportamento: ou renunciar à conclusão do contrato ou reapreciar as condições sob as quais nele entraria*”²¹⁸.

Em compreensão semelhante, Menezes Cordeiro refere que seria considerado violado o dever à informação quando o detentor da informação, por ação, indicações vagas, omissão, ou manutenção de silêncio acerca de informações que possuíssem natureza de “*elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer*”²¹⁹.

²¹⁵ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 268; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 593.

²¹⁶ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 328.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 587.

²¹⁸ SILVA, Eva Sônia Moreira da. *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 131.

²¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. (5ª Reimpressão) Coimbra: Almedina, 2013, pp. 23-24, p. 583.

Giovana Benetti, em adição, estabelece como premissas para análise da relevância da informação a vantagem, ou oportunidade, originada a partir daquele contrato, os defeitos relacionados ao bem e a notoriedade da circunstância²²⁰. Sobre esse ponto, Judith Martins-Costa refere haver, para fins de identificação da relevância de determinada informação, a necessidade de uma análise pautada em três pontos principais, o que serviria igualmente para a determinação da extensão do dever de informar de uma maneira geral, conforme ensina:

O conteúdo e a extensão da informação devida são determináveis apenas em vista de um compósito de elementos contextualmente enquadrados. Por essa razão, no exame do caso concreto, devem ser averiguados e entrecruzados (i) elementos fáticos subjetivos (ligados à pessoa dos envolvidos, tais como a sua possibilidade de acesso à informação; bem como à presunção, ou não, de assimetria informacional entre as partes); (ii) elementos normativos (tais como os usos do tráfico jurídico, a presença, ou não, de um dever legal e/ou contratual de informar) e elementos fáticos objetivos (v.g., a aceitabilidade, conforme a relação, de assumir-se o risco de «jogadas equivocadas», como é próprio das relações interempresariais, o cuidado prévio revelado pela realização de due diligence, ou a sua negligência, etc.).²²¹

Pautado no critério de análise pressuposto pela autora, seria necessário realizar uma investigação acerca das condições de pactuação do contrato no que tange, principalmente, à paridade ou assimetria entre as partes e à existência de eventual dever legal de diligência com relação aos interesses por elas buscados. Isso porque, no caso de relações contratuais paritárias há a imposição em maior medida de um ônus de autoinformação às partes²²², o qual será analisado na sequência.

Nesse sentido, vale destacar a relação entre relevância da informação e o ônus informacional exposto por Giovana Benetti:

(...) quanto maior é o ônus de uma parte de se informar em razão dos conhecimentos obtidos por meio de sua profissão (v.g., um fazendeiro deve conhecer dados relativos à raça de gado que costuma adquirir), menor (ou até inexistente) será o dever da contraparte de prestar informações – relevantes e úteis a consentimento (seguindo no exemplo do fazendeiro, pode-se pensar na desnecessidade de a contraparte informá-lo acerca das características gerais da raça de gado, como o tamanho médio dos animais, a progressiva aquisição de peso de um novilho, a idade mais apropriada para o abate etc.).²²³

²²⁰ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 252.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 587.

²²² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 588-589.

²²³ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 247.

2.1.3. A ignorância do declaratório e o ônus de autoinformação

Como referido acima, tratada como elemento essencial à análise da existência de um dever de informar, temos a existência da efetiva ignorância da parte que receberia a informação²²⁴. Nesse ponto, a regra geral é que “*não há, em linha de princípio, o dever de informar concernente (...) a dados que o lesado conhecia*”²²⁵. Dada tal regra geral, a questão-chave acerca deste requisito é, para além da ausência de notoriedade da informação e de conhecimento efetivo sobre tal, identificar se a informação deveria ser razoavelmente conhecida pela parte em ignorância²²⁶.

Nesse ponto, conforme explicitado por Vera Fradera, inclusive suscitando instituto caro à *common law*, já analisado neste trabalho, alcança-se a seguinte compreensão:

Não obstante serem as partes integrantes de determinada relação contratual reputadas como iguais, poderá surgir entre elas uma desigualdade, pelo fato de uma delas ser mais informada, de modo a desencadear para esta, um dever de informar a outra. Contudo, é preciso não esquecer jamais que, se por um lado o dever de informar pode resultar evidente, dependendo das circunstâncias, por outro lado, a mesma regra quer que cada um vele sobre seus interesses, cada um procure se informar, sem ficar totalmente à espera da atuação da outra parte. Esse dever de se informar tem suas origens na moral geral, válida para todos, sendo também um dos alicerces do liberalismo econômico e jurídico, traduzido na máxima *caveat emptor*.²²⁷

Em mesmo sentido, expõe Eva Sónia Moreira da Silva:

Deste modo, podemos afirmar que só poderá nascer um dever de informação na esfera jurídica da contraparte nas negociações quando a parte que poderia ser credora da prestação da informação cumpriu o seu ônus de auto-informação, ou seja, fez tudo o que se encontrava razoavelmente ao seu alcance para se auto-informar.²²⁸

²²⁴ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 63; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 251.

²²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 592.

²²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 592-593; GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 96.

²²⁷ FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil*: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva, pp. 231-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 237.

²²⁸ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122.

O cumprimento dessa conduta buscadora de informação teria sua relevância justamente na identificação de uma ignorância legítima pelo credor da informação, capaz de autorizar a existência do dever informacional²²⁹. Por esta razão, que se faz necessário distinguir o conceito de ônus de se informar e de dever de se informar.

O ônus de se informar “*relaciona-se aos interesses do próprio agente*”, não sendo mandatória a adoção de uma determinada conduta, tendo em vista que o resultado a ser gerado pelo ônus possuiria caráter facultativo²³⁰. O dever de se informar, por sua vez, seria um dever relacionado à contraparte²³¹. Motivado por tal distinção que, ao tratar de ignorância legítima do credor da informação, compreende-se a aplicação do conceito de ônus jurídico²³², uma vez que a ausência de cumprimento de tal ônus não seria uma violação, mas sim a perda de um benefício facultativo ao credor da informação.

Especificamente sobre o ônus informacional, tem-se que “*o comportamento esperado do credor da informação compreende a adoção de atos que estiverem razoavelmente a seu alcance, a fim de obter informações úteis (e a custos razoáveis) para sua tomada de decisão*”²³³. Tal comportamento esperado, embora não esteja previsto expressa e individualmente, possuiria a análise acerca de seu cumprimento pautada em uma verificação casuística e na aplicação de critérios subjetivos relacionados, como *standards* de conduta aplicáveis às partes²³⁴.

Os referidos *standards* de conduta estariam diretamente vinculados, sobretudo nas relações comerciais, aos deveres de diligência impostos aos sujeitos do negócio²³⁵, de tal modo

²²⁹ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 96; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 593.

²³⁰ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 237.

²³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 591; BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 232.

²³² SILVA, Eva Sônia Moreira da. *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122; BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 233.

²³³ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 248.

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 593; BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 249-250.

²³⁵ FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, pp. 231-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 237; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 593.

que a simples inércia do credor da informação não seria capaz de deslocar a responsabilidade acerca da não transmissão da informação à contraparte²³⁶.

Entretanto, destaca-se que tal ônus não é ilimitado, de modo que em face de uma impossibilidade, mesmo que não de caráter absoluto, ou de uma “*dificuldade séria*” em obter a informação por si próprio, o credor ainda poderá suscitar a existência do dever de informar²³⁷, caso, é claro, preenchidos os demais requisitos para tanto. Dessa forma, Judith Martins-Costa apresenta exemplo de ignorância legítima em relação contratual entre profissionais:

Quando a relação é estabelecida entre profissionais, uma vez demonstrado que o agente buscou a informação, fazendo perguntas à contraparte, mas ela lhe foi negada, porque havia dever de confidencialidade, ou outra escusa crível e justificável, cessa a exigência do dever de se informar: *ad impossibilia nemo tenetur*.²³⁸

Sobre o tema, a jurisprudência já se manifestou em algumas oportunidades, entendendo pela necessidade, sobretudo em contextos empresariais, de existência de um ônus de buscar informações e adotar as medidas suficientes para averiguar a correta situação do objeto e do negócio jurídico, mesmo que entendido pela inaplicabilidade dessa regra geral excepcionalmente²³⁹.

Nesse ponto, destaca-se a decisão apresentada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, ao analisar a ocorrência de dolo em relação “*entre empresários, em igualdade de condições técnica e financeira*”, entendeu por seu esperada uma postura precavida, tendo em vista que, mesmo que omitidas as informações, “*tal fato não desincumbiria os apelados de atuarem com cuidado, diligência e interesse, buscando conhecer a priori a realidade da sociedade da qual estavam adquirindo*”²⁴⁰.

Diante da referida análise, então, parece haver uma aproximação acerca dos ônus autoinformativos, mesmo que em menor intensidade com os regimes de *common law* já

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 593.

²³⁷ SILVA, Eva Sônia Moreira da. *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 124.

²³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 592.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.862.508-SP. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 24/11/2020, DJ de 18/12/2020; ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível n. 1015045-26.2015.8.26.0576. Relator Des. Teixeira Leite. Julgado em 29/03/2017, DJ de 30/03/2017; ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível n. 1066058-37.2015.8.26.0100. Relator Des. Hamid Bdine. Julgado em 15/03/2017, DJ de 16/03/2017.

²⁴⁰ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. *Apelação Cível* n. 0083459-69.2012.8.19.0002, Relator Des. André Ribeiro. Julgado em 07/03/2017, DJ de 09/03/2017.

estudados²⁴¹, o que permite uma identificação mais clara do regime da moduladora do melhor conhecimento quando aplicada no Brasil.

2.2. As cláusulas de declarações e garantias

Analisado um dos princípios balizadores do direito privado, assim como os deveres informativos a ele relacionados (2.1), cabe partir, então, à análise mais específica dos temas atinentes às operações de alienação de participação societária. Neste ponto, contudo, antes de adentrarmos à análise da moduladora do melhor conhecimento, é necessário abordarmos um tema praticamente indissociável do foco principal deste trabalho: as cláusulas de declarações e garantias.

No passado era praticamente inexistente a utilização de declarações e garantias na *civil law*, ao menos em sua forma de cláusula contratual atualmente utilizada, o que encontrava exceções em determinados casos de apresentação, por parte do vendedor, de declarações acerca da titularidade do bem objeto do negócio²⁴².

Entretanto, na prática jurídica mais recente, tal espécie de cláusula passou a ser largamente utilizada, sobretudo no Brasil, o que pode ser explicado tanto pelo aumento de contato com juristas oriundos dos sistemas de *common law* quanto pelo maior número de negócios internacionais²⁴³. De qualquer sorte, a cláusula de declarações e garantias se tornou algo bastante recorrente nos casos em que se busca “*garantir maior proteção às partes em relação às características do negócio a ser celebrado e alocar os riscos derivados de eventuais contingências passadas ou futuras descobertas após o fechamento*”²⁴⁴.

A expressão utilizada no Brasil *declarações e garantias* reflete bem o modo de importação das *representations and warranties*, sendo uma tradução quase que literal do termo originalmente empregado no sistema de *common law*²⁴⁵. A maior diferença de significação, contudo, se deu a partir da inadequação da utilização da expressão *representação*, substituída

²⁴¹ Conforme tratado no tópico 1.1.2 deste trabalho.

²⁴² MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 147.

²⁴³ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 303; MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, pp. 147-148.

²⁴⁴ WALD, Arnoldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, v. 949, pp. 95-103, 2014, p. 95.

²⁴⁵ PONTES, Evandro de. *Representations & Warranties no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 15.

pela expressão *declaração*, realizada a fim de permitir uma aplicação mais parecida àquela da *common law*²⁴⁶.

Para melhor compreensão do tema, é possível a separação da referida cláusula entre o termo *declaração* e o termo *garantia*²⁴⁷. Com relação à expressão *declaração*, tem-se que serviria aos casos em que o declarante buscar refletir no contrato determinada circunstância acerca do estado fático da companhia objeto do negócio jurídico, podendo ser de caráter pretérito ou presente²⁴⁸. Conforme Guilherme Cunha Pereira expõe ao comentar especificamente sobre as declarações no contexto de alienação de participação societária:

Essas declarações devem na sua maior parte ser analisadas como elementos que completam a descrição do bem objeto do contrato. São, por assim dizer, qualidades prometidas do bem. Ainda que não se venha a estabelecer expressamente responsabilidade do cedente pela veracidade de suas declarações, a presença destas permite apreciar com mais facilidade a existência, por exemplo, de dolo ou erro essencial, ou ainda, de vícios redibitórios, e a ocorrência ou não de adimplemento bom.²⁴⁹

Por sua vez, o termo *garantias* vincularia a cláusula à própria qualidade do bem adquirido, de modo que se uma qualidade fosse apresentada como um elemento intrínseco à estipulação do preço, a cláusula apresentaria a natureza de uma garantia de qualidade²⁵⁰, podendo ser entendida como uma promessa que determinado fato corresponde à verdade²⁵¹, ou como objeto de criação de obrigações recíprocas²⁵². Conforme referido por Arnaldo Wald, tem-se que:

A inserção de disposições contratuais contendo declarações referentes às características e à situação do objeto do negócio constitui, portanto, verdadeira garantia, prestada pela parte declarante – o vendedor – quanto à veracidade e exatidão

²⁴⁶ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 170.

²⁴⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 64; PONTES, Evandro de. *Representations & Warranties no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 15-16.

²⁴⁸ DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. Lezioni di diritto civile. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 151.

²⁴⁹ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 105.

²⁵⁰ WALD, Arnaldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, v. 949, pp. 95-103, 2014, p. 97.

²⁵¹ DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. Lezioni di diritto civile. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 152.

²⁵² PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 64

das afirmações ali contidas. Assim sendo, sua violação gera a responsabilidade contratual da parte inadimplente pelos prejuízos daí decorrentes.²⁵³

Neste ponto, as garantias independem se o fato que torna inverídica a declaração era de conhecimento do declarante, ou caso não o fosse, se poderia por ele ser alcançada²⁵⁴. De todo modo, o grande problema com relação às garantias é a dificuldade de identifica-las naquela relação contratual efetivamente como uma garantia e não como uma mera apresentação de informação acerca do objeto²⁵⁵.

Justamente com foco em compreender a natureza pretendida pelas partes para a cláusula de declaração e garantia, temos a identificação, tal qual no âmbito da *common law*²⁵⁶, de funções às cláusulas de declarações e garantias. A doutrina sobre o assunto, embora traga concepções igualmente válidas e próprias, compartilha um núcleo específico acerca das funções do instituto.

Para Evandro de Pontes, de modo geral, e pautado em uma concepção mais prática, as cláusulas de declarações e garantias possuiriam um caráter central de transferência de informações entre as partes e de enunciação de circunstâncias relativas ao negócio, podendo se apresentar em diferentes grupamentos. Desta forma, as declarações e garantias, também chamadas pelo autor de cláusulas enunciativas, poderiam se vincular, primeiramente, a questões relativas aos sujeitos relacionados ao negócio jurídico, servindo para esclarecer ou afirmar eventual questão de capacidade jurídica, outorga de poderes, legitimidade, etc.²⁵⁷.

Para além disso, tais cláusulas podem se vincular a questões atinentes a terceiros, geralmente servindo para explicitar a inexistência de circunstâncias de terceiros capazes de influenciar no negócio, como eventuais garantias ou ônus impostos sobre determinadas participações ou bens²⁵⁸. Em uma terceira colocação podem se referir ao “*objeto do instrumento*”, conforme descreve:

Enuncia-se que os bens que compõem o negócio instrumentalizado, a saber, as ações, são bens regularmente desembaraçados, legitimamente detidos pelo vendedor e objetivamente passíveis de uma transferência regular e voluntária. A regularidade da formulação e declaração negocial, aqui, se completa com o enunciado de que aquelas ações são precisamente o instrumento que transferirá ao adquirente o objeto do negócio pretendido, sem qualquer condição, ônus ou requisito adicional além

²⁵³ WALD, Arnaldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, v. 949, pp. 95-103, 2014, p. 98.

²⁵⁴ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 102.

²⁵⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 64.

²⁵⁶ Conforme tratado no tópico 1.2 deste trabalho.

²⁵⁷ PONTES, Evandro de. *Representations & Warranties no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 61-63.

²⁵⁸ PONTES, Evandro de. *Representations & Warranties no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 62.

daqueles previstos na lei para a regular transferência dos valores mobiliários. Qual seja, o objeto do instrumento contém o objeto do negócio e aquele, juntamente com este, transfere-se para o adquirente num único ato e sem a superveniência de outros ônus que não aqueles declarados no contrato ou expressos na lei.²⁵⁹

Um quarto possível desdobramento da função compreendida por Evandro de Pontes seria a abordagem não do objeto do instrumento, referido acima, mas do objeto do negócio, entendido como o controle da sociedade. Neste ponto, teríamos enunciações acerca do estado social não propriamente relacionadas ao estado da participação societária, nesta hipótese se enquadrando, por exemplo, eventuais declarações e garantias acerca das demonstrações financeiras da sociedade²⁶⁰.

De forma complementar à tal visão podemos referir a compreensão exposta por Mariana Mendes Medeiros sobre o assunto. Para a autora, haveria três funções a serem pontuadas, em moldes semelhantes aos aplicados na *common law*²⁶¹:

Quanto à função das declarações e garantias utilizadas no sistema da família romano-germânica, entendemos serem as mesmas identificadas na Common Law, já especificadas (...). Ou seja, têm a função de informar o vendedor sobre os elementos relevantes do negócio que se pretende adquirir; têm a função de proteger as partes, na medida em que definem critérios, delimitam e atribuem os riscos que cada parte assume e fixam também os critérios a serem utilizados na interpretação dessas regras. Criam ainda parâmetros e servem para retratar a alocação de risco entre comprador e vendedor, ou seja, têm uma função probatória.²⁶²

Com relação à função informativa das cláusulas de declarações e garantias defendida pela autora, tais dispositivos contratuais serviriam como fonte de revelação de informações atinentes ao negócio jurídico, assim como um centro de construção do conhecimento do declaratório acerca do objeto da alienação. Para além disso, a função protetora das referidas cláusulas se vincularia à apresentação de um cenário possível de ruptura das negociações, permitindo ao declaratório o acesso a uma saída do negócio diante de eventual inveracidade da cláusula²⁶³.

²⁵⁹ PONTES, Evandro de. *Representations & Warranties no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 63.

²⁶⁰ PONTES, Evandro de. *Representations & Warranties no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 63-64.

²⁶¹ Conforme tratado no tópico 1.2 deste trabalho.

²⁶² MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 158-159.

²⁶³ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 149-152.

A função probatória, por sua vez, se vincularia ao estabelecimento de “*parâmetros para fins de apuração da responsabilidade do vendedor, perante o comprador, no tocante a passivos da empresa adquirida, especialmente aqueles não declarados ou desconhecidos*”. A máxima de tal função, então, é a retratação da alocação de riscos pactuada entre comprador e vendedor, sobretudo no que tange às responsabilidades relacionadas ao negócio firmado²⁶⁴.

Divisão semelhante é adotada por Maristela Sabbag Abla, quem, embora não traga expressamente a nomeação de cada uma das principais funções das cláusulas, identifica seus respectivos desdobramentos da seguinte forma:

As declarações e garantias prestadas pelo vendedor visam principalmente: (i) servir como um meio para persuadir o vendedor a divulgar e tornar disponível ao comprador a maior quantidade possível de informações sobre o negócio a ser adquirido, anteriormente à conclusão da operação; (ii) conforme o desenrolar das informações reveladas pelo vendedor e sua importância para a continuidade dos negócios a serem adquiridos, pode servir como argumento ao comprador para desistir do negócio diante da relevância e gravidade destas informações; (iii) servir como base para fixação de significativa indenização na hipótese de quaisquer destas declarações e garantias virem a ser declaradas inverídicas e omissas após o comprador tomar controle do negócio com o fechamento da operação. Inclusive, a fixação de uma vultuosa indenização serve ainda como meio de assegurar a exatidão e veracidade das informações reveladas pelo vendedor com relação à situação do negócio objeto do contrato.²⁶⁵

Em sentido similar, Arnaldo Wald apresenta as funções de tais cláusulas, embora as estruture entre função informativa, protetora e responsabilizadora:

6. Tais cláusulas assumem, portanto, uma função tripla:
 (i) a função informativa em relação às características do negócio alienado;
 (ii) a função protetora em relação às informações ali descritas e quanto a eventuais contingências já existentes, mas descobertas apenas após o fechamento; e
 (iii) a função responsabilizadora, delineando o escopo da responsabilidade das partes uma em relação à outra (o que se dá, no contrato de compra e venda, sobretudo do vendedor em relação ao comprador).
 7. Nos contratos de alienação de ativos ou de partes sociais, essa proteção é especialmente justificada. Neles, assumem relevância ainda maior as informações relativas à identidade e situação da empresa cujas partes estão sendo alienadas, no que concerne ao seu ativo e passivo, à exatidão de seus registros contábeis e financeiros, à sua situação trabalhista e fiscal, dentre outros, que influem diretamente no valor a ser pago pelas partes sociais.²⁶⁶

²⁶⁴ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 154.

²⁶⁵ ABLA, Maristela Sabbag. Sucessão Empresarial – Declarações e Garantias – o Papel da Legal Due Diligence. In: Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão (Coords.). Reorganização Societária, pp. 99-121. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 109-110.

²⁶⁶ WALD, Arnaldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, v. 949, pp. 95-103, 2014, p. 96.

Cabe destacar, também a posição adotada por Giacomo Grezzana, quem compreende não a existência de três, mas sim quatro funções. Para tanto, refere que, embora concorde com a divisão proposta do Mariana Mendes Medeiros, referida acima, sobretudo com relação à função informativa e probatória, acredita que a função protetora poderia ser desdobrada em duas outras funções²⁶⁷.

A primeira delas seria a função assecuratória, aplicável nos casos em que as declarações e garantias são “*associadas à assunção de uma obrigação de garantia pelo declarante, apartada da obrigação principal de entrega das ações ou quotas, mas que a ela se liga em relação de acessoriedade*”. Com relação ao segundo desdobramento, teríamos a função conformativa das declarações e garantias, a qual serviria para demonstrar “*a capacidade das declarações e garantias de conformar a obrigação do declarante, especificando as qualidades da participação societária que o declarante se obriga a entregar*”, gerando, então, a definição do “*próprio conteúdo da prestação devida*”²⁶⁸.

Ainda segundo o autor, a depender da função adotada pela cláusula, o regime de responsabilidade ao qual se submeteria o declarante poderia variar, tendo em vista que as funções assecuratória e conformativa se vinculariam a obrigações de garantia e de dar, respectivamente, vinculadas a elemento volitivo do negócio, o que não ocorreria com as funções informativa e probatória²⁶⁹.

De todo modo, conforme podemos perceber, de modo praticamente geral, as cláusulas de declarações e garantias são mecanismos extremamente úteis à proteção das partes, sendo, muitas vezes, utilizadas como medidas complementares aos deveres de informação e revelação à contraparte diante da aplicação da boa-fé objetiva²⁷⁰. E justamente por essa característica de tráfego de informações e de alocação de risco entre as partes que são tão essenciais ao regime de aplicação da moduladora do melhor conhecimento a ser estudada especificamente na sequência.

²⁶⁷ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 70.

²⁶⁸ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 71-72.

²⁶⁹ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 71.

²⁷⁰ MEDEIROS, Mariana Mendes. *Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 160.

2.3. A moduladora do melhor conhecimento e seus efeitos

Abordada a aplicação do princípio da boa-fé no direito brasileiro (2.1) e pontuada, também, a discussão acerca das cláusulas de declarações e garantias no direito brasileiro (2.2), cabe, então, partirmos ao foco da análise do presente trabalho: a aplicação da moduladora do melhor conhecimento no Brasil.

Assim como ocorre no direito norte-americano, tratado anteriormente²⁷¹, as declarações e garantias quando aplicadas ao sistema jurídico brasileiro também podem ser alvos de inserções de moduladoras de seus efeitos²⁷². Na verdade, é bastante comum que as partes utilizem de qualificadoras vinculadas às suas responsabilidades, servindo tanto para potencializar o alcance da obrigação contida na referida cláusula quanto para atenuá-lo²⁷³.

Para além de outras espécies de moduladoras como a moduladora de materialidade, ou *materiality qualifiers*²⁷⁴, podemos destacar como objeto de modulação de responsabilidades, principalmente, as qualificadoras do melhor conhecimento, rotineiramente utilizadas nos contratos de alienação de participações societárias²⁷⁵, as quais guardam sua origem no *best knowledge qualifier* aplicados nos sistemas jurídicos de *common law*²⁷⁶.

A inclusão de tal moduladora seria autorizada a partir da aplicação do princípio da liberdade contratual, dada a possibilidade de criação de direitos e de estabelecimento de vínculos jurídicos, os quais serão disciplinados pelas partes desta relação, desde que não haja violação de demais princípios aplicáveis, como o princípio da boa-fé objetiva²⁷⁷. Para além disso, cabe destacar que, embora não haja uma única estrutura possível, a moduladora do melhor conhecimento é geralmente inserida em cláusulas de declarações e garantias da seguinte forma:

²⁷¹ Ponto tratado no tópico 1.3.1 deste trabalho.

²⁷² BOTREL, Sérgio. Fusões e Aquisições. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 303; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 330.

²⁷³ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 188.

²⁷⁴ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 330.

²⁷⁵ PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, p. 19. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

²⁷⁶ Moduladora já analisada no tópico 1.3 deste trabalho.

²⁷⁷ CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. *A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016, pp. 52-59.

Propriedade intelectual. Todas as patentes, marcas, nomes comerciais, licenças, marcas de serviço, domínios de internet, direitos autorais e suas aplicações e demais direitos de propriedade intelectual de propriedade da Sociedade assim como aqueles cujo uso ou licença foi outorgado à sociedade (“propriedade intelectual”) (i) encontram-se livres de todo tipo de gravame e representam todos os direitos utilizados e/ou necessários para a condução das atividades da sociedade no Brasil ou no exterior; (ii) não estão sujeitos a nenhum processo e não há, no melhor conhecimento dos vendedores, nenhuma ameaça a respeito da validade da propriedade intelectual, os quais não estão sujeitos a nenhuma impugnação ou oposição com relação a seu uso.²⁷⁸

Sobre a qualificadora do melhor conhecimento, o tema ainda não foi tratado com profundidade na doutrina brasileira. Entretanto, diante da reiterada prática societária no sentido de aplicar tais moduladoras às cláusulas de declarações e garantias, Sérgio Botrel identificou que a aplicação de tais expressões (“*no melhor conhecimento do declarante*”) seria capaz de tornar as declarações e garantias, “*mais brandas*” àqueles que as apresentam²⁷⁹.

Adicionalmente, a inserção da moduladora do melhor conhecimento traz uma função central de alocação de riscos entre as partes, de modo a melhor distribuir a responsabilidade vinculada ao conhecimento de determinados fatos entre os contratantes²⁸⁰, tendo em vista principalmente a característica assimetria informacional nas operações de alienação de participação societária²⁸¹.

De todo modo, para compreendermos o modo de atuação da referida moduladora quando aplicada no contexto empresarial, é impositivo analisarmos os seus respectivos efeitos de maneira específica. Assim, e como foco em tornar a discussão mais organizada, faremos uma análise acerca dos desdobramentos da moduladora em duas etapas, suscitando as questões mais relevantes geradas pela aplicação da moduladora compreendidas pela doutrina, haja vista a inexistência de jurisprudência consolidada nesse sentido.

Em primeiro momento, abordaremos a limitação de responsabilidade do declarante trazida pela moduladora, a fim de identificar se no Brasil haveria uma vinculação ao

²⁷⁸ CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. *A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016, p. 46.

²⁷⁹ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 304.

²⁸⁰ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 188; CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. *A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016, pp. 60-61.

²⁸¹ Conforme já abordado no tópico 2.1.1 deste trabalho; MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento diferido. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coordenadoras). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Vol. I, pp. 741-762. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, pp. 741-742; MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 155.

conhecimento de fato do declarante, ou ao seu conhecimento qualificado (2.3.1), aqui buscando apresentar eventual diferença ou semelhança ao sistema originário do mecanismo contratual estudado. Por fim, analisaremos a presunção criada pela inserção da moduladora (2.3.2), ponto que, como não podia deixar de ser, é intrinsecamente relacionado ao limite da responsabilidade do declarante.

2.3.1. A limitação de responsabilidade do declarante

Como primeiro efeito gerado pela moduladora do melhor conhecimento a ser analisado neste trabalho, temos a limitação de responsabilidade atribuída ao declarante. Para melhor tratar da questão, abordaremos, em primeiro momento, a posição apresentada no direito brasileiro acerca da extensão da limitação de responsabilidade, buscando definir se, ao inserir a moduladora do melhor conhecimento, o declarante fica vinculado ao seu conhecimento efetivo, ou ao conhecimento que dele seria esperado diante de uma conduta diligente (2.3.1.1), aqui retomando a discussão existente na *common law*²⁸², mas no contexto canarinho. Na sequência, analisaremos a existência e os critérios do dever de se informar para informar, a fim de clarificar a extensão da limitação da responsabilidade analisada no tópico anterior (2.3.1.2).

2.3.1.1. Vinculação ao conhecimento do declarante: conhecimento efetivo ou conhecimento diligente?

Tendo em vista as possíveis discussões que a aplicação irrestrita de tal moduladora pode causar, sobretudo em contratos de alienação de participação societária, onde o profissionalismo e os deveres de diligência imperam entre as partes, a recomendação é que se utilize, no próprio contrato, de cláusulas que definam o conceito de *melhor conhecimento* adotado no negócio²⁸³.

Dessa forma, determinadas redações, não taxativas, são utilizadas nos contratos a fim de pré-estabelecer o limite da responsabilidade informacional nesses casos, qualificando o nível do conhecimento exigido do declarante, e, conseqüentemente, minimizando os debates gerais sobre o assunto, por exemplo:

²⁸² Debate que fora tratado no tópico 1.3 deste trabalho, esclarecendo a inexistência de um consenso jurisprudencial e doutrinário, mesmo no direito originário do *best knowledge qualifier*.

²⁸³ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984, p. 279; MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: The Bulletin (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em < http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em 27 de fev. 2021.

Exemplo 1 – ‘Nas hipóteses de declarações e garantias que se referem ao conhecimento de uma pessoa: (i) uma pessoa natural será considerada como ciente do fato ou assunto se aquela pessoa tiver o real conhecimento do fato ou assunto e (ii) uma pessoa jurídica será considerada como ciente de certo fato ou assunto se quaisquer das pessoas listadas no Anexo A tiver ou tenha tido conhecimento, a qualquer momento, do assunto ou fato.’

Exemplo 2 – ‘Conhecimento (i) quando usado com referência ao vendedor significa o real conhecimento de qualquer fato, circunstância ou condição, de quaisquer dos diretores ou conselheiros do vendedor ou da sociedade alvo listados no Anexo A ou o conhecimento que quaisquer desses diretores ou conselheiros deveriam ter após a devida diligência; e (ii) quando usado com referência ao comprador o real conhecimento de qualquer fato, circunstância ou condição, de quaisquer dos diretores ou conselheiros do comprador listados no Anexo B ou o conhecimento que quaisquer desses diretores ou conselheiros deveriam ter após a devida diligência.’

Exemplo 3 – ‘O conhecimento do vendedor significa o conhecimento real pessoal de um ou mais dos seguintes empregados da sociedade-alvo: [lista de nomes].’²⁸⁴

De toda forma, para casos em que as partes não apresentaram previamente uma definição à expressão *melhor conhecimento* no contrato, é necessário identificar como se compreende tal conceito quando aplicado no sistema jurídico brasileiro e sistemas familiares.

Em Portugal, embora não de maneira extensa, a matéria do melhor conhecimento já foi abordada pela doutrina, tendo sido estabelecidas algumas conclusões específicas. Conforme Catarina Monteiro Pires, é comum na prática contratual lusitana a aplicação das cláusulas de melhor conhecimento quando da modulação de garantias prestadas nos contratos²⁸⁵.

Ainda segundo a autora, assim como no Brasil, trata-se de um instituto jurídico importado ao direito português e que necessitou ser adaptado àquele novo sistema. Neste ponto, destaca que, embora a correta apreciação do significado de melhor conhecimento ainda necessite ser confirmada por apreciação judicial, seria considerada razoável a compreensão de que “*a alusão ao princípio do ‘melhor conhecimento’ parece exigir do vendedor mais do que o mero conhecimento efetivo*”²⁸⁶.

Desse modo, haveria uma distinção entre as expressões *conhecimento atual do vendedor* e *melhor conhecimento do vendedor*. Isto é, com relação à primeira redação citada, seria possível a exclusão de um dever mais amplo, não abrangendo aquilo englobado pelo desconhecimento negligente. Por outro lado, com a utilização da segunda redação – inserção

²⁸⁴ CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. *A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016, pp. 44-45.

²⁸⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 77.

²⁸⁶ PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 78.

efetiva do melhor conhecimento – haveria uma vinculação não apenas ao conhecimento efetivo do declarante, de modo que tal utilização “*parece responsabilizar o vendedor também pelo desconhecimento negligente*”²⁸⁷.

Aqui, outro ponto de discussão tratado pela autora seria o objeto da diligência requerida pela moduladora, sobre o qual discorre:

Em termos teóricos, a medida da diligência (e o juízo de censura traduzido na culpa) pode ser estabelecida tendo em vista a diligência que o devedor põe habitualmente nos seus próprios negócios, de que ele é capaz (*diligentia quam in suis*) ou a diligência padrão do homem médio. [...] Se a medida da diligência falhar no caso concreto, e o vendedor não tiver certo conhecimento, podendo tê-lo, responderá perante o comprador. Mas se já se tiver usado da diligência de que normalmente faz uso e não tiver conhecimento da circunstância em apreço, fica excluída a responsabilidade, apesar da ‘garantia.’²⁸⁸

No direito italiano, a questão igualmente é suscitada. Conforme leciona Giorgio de Nova, assim como nos demais ordenamentos, a inserção da moduladora do *best knowledge* nas cláusulas de declarações e garantias é utilizada como meio de limitar a responsabilidade do vendedor ao seu conhecimento ao garantir determinado aspecto do negócio²⁸⁹.

A discussão acerca do conceito de melhor conhecimento também surge nesse cenário, contudo, o autor parece compreender a questão de forma diferente daquela compreendida por Catarina Monteiro Pires. Na verdade, para o autor, tem-se que a inserção da moduladora do melhor conhecimento se vincularia somente ao *conhecimento efetivo* do declarante, como normalmente pretendido pelos vendedores²⁹⁰.

De toda sorte, ainda conforme o autor, seria possível que a moduladora do melhor conhecimento se atrelasse não apenas ao que o vendedor sabia de fato, mas sim ao que ele conheceria diante de uma conduta diligente, aqui se vinculando ao que geralmente é a pretensão do comprador. Contudo, para tal abrangência, seria necessária a utilização de expressões adicionais que reiterassem o caráter diligente²⁹¹, como é compreendido, ao menos em parte, no sistema de *common law*²⁹².

²⁸⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 78.

²⁸⁸ PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 79.

²⁸⁹ DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. Lezioni di diritto civile. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 152.

²⁹⁰ DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. Lezioni di diritto civile. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 152.

²⁹¹ DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. Lezioni di diritto civile. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 152-153.

²⁹² Conforme tratado no tópico 1.3 deste trabalho.

No Brasil, conforme abordado anteriormente neste trabalho e assim como ocorre nos regimes jurídicos analisados, é bastante frequente a utilização da moduladora do melhor conhecimento nas cláusulas de declarações e garantias. Contudo, aqui, embora não seja extensa a lista de estudos que versaram sobre o assunto, a discussão entre vinculação ao conhecimento de fato e ao conhecimento esperado por uma conduta diligente é dividida.

Com relação a uma primeira corrente, entende-se que a correta aplicação da moduladora surtiria efeitos semelhantes àqueles perpetuados no cenário jurídico originário da *best knowledge qualifier*, isto é, daqueles apresentados no sistema de *common law*²⁹³. Nestes casos, o efeito a ser apresentado pela moduladora seria o de limitar a responsabilidade do declarante somente àqueles fatos que eram de seu *conhecimento efetivo* à época da declaração²⁹⁴ – conhecimento este que, nestes casos, se aproximaria do instituto do *actual knowledge*, já analisado anteriormente²⁹⁵.

A posição referida é defendida por Maria Mendes Medeiros, quem entende que, a partir da inserção da moduladora do melhor conhecimento, “o vendedor poderá ter sua responsabilidade limitada àqueles fatos que eram de seu conhecimento ao tempo da declaração”. Para além disso, é apresentado pela referida autora que, uma vez inserida a moduladora do melhor conhecimento, ocorreria uma atenuação das obrigações impostas ao declarante pela atuação do princípio da boa-fé objetiva, o qual, mesmo tendo apresentado declaração específica acerca de determinado ato ou fato vinculado ao negócio, poderia ser liberado do *dever de se informar para informar*²⁹⁶.

Em concordância a tal posição se manifestam Mariana Pargendler e Carlos Portugal, autores que defenderam que, em cenários de inserção de moduladoras do melhor conhecimento em contratos de compra e venda de participação societária, haveria uma limitação da responsabilidade do declarante somente ao seu conhecimento de fato, sendo desnecessária, por

²⁹³ PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, p. 19. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

²⁹⁴ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 190.

²⁹⁵ Definição tratada no tópico 1.3.1 deste trabalho.

²⁹⁶ MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 190

parte deste, a realização de uma investigação diligente acerca do objeto do negócio, ao menos para fins de tal declaração²⁹⁷.

A motivação para a ocorrência de limitação de responsabilidade em tais moldes, então, parece se dar, em primeiro lugar, pela maior influência da aplicação do *best knowledge* nos sistemas de *common law*. Veja-se que, com relação a esta posição mais restritiva, ambas as análises no que tange à limitação da informação a partir da moduladora do melhor conhecimento são pautadas na compreensão exarada pelos ensinamentos, por exemplo, de James Freund²⁹⁸ e Ronald Gilson²⁹⁹, assim como no caso *Hoffer v. Callister*³⁰⁰, todos já abordados no presente trabalho e vinculados ao ambiente jurídico norte-americano³⁰¹.

Aqui, cabe destacar que nos próprios sistemas de *common law* a questão debatida não é tomada como certa, havendo decisões que reiteram o ponto da limitação como o caso *Charles Muskin, Trustee v. State Department of Assessments and Taxation*³⁰², mas havendo aquelas que reiteram a necessidade de um comportamento diligente, como foi o caso *American Transtech Inc. v. U. S. Trust Corp.*³⁰³.

Em segundo lugar, tal forma de aplicação parece ter motivação na existência de sofisticação, experiência e assessoria entre as partes, em paridade de armas, o que diminuiria a álea de responsabilidade da contraparte e aumentaria os deveres de diligência daquele que recebe a declaração. Nesses casos, a escolha por deliberadamente não inserir expressões que exigissem a realização de investigações ou requisitassem certo nível de diligência por parte do declarante seria decisiva³⁰⁴.

Como uma segunda corrente apresentada no direito brasileiro, e em sentido contrário à corrente apresentada acima, tem-se que a limitação imposta pela moduladora do melhor conhecimento não permitiria uma liberação dos deveres de autoinformação do declarante impostos pela lei ou, quando for o caso, pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

²⁹⁷ PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, pp. 21-22. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

²⁹⁸ FREUND, James C. *Anatomy of a merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted).

²⁹⁹ GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, pp. 244-313, 1984.

³⁰⁰ *Hoffer v. Callister*, 137 Idaho 291, 47 P.3d 1261 (2002).

³⁰¹ Conforme tratado no tópico 1.3 deste trabalho.

³⁰² *Muskin, Trustee v. State Dept. of Assess. Tax.*, 422 Md. 544, 30 A.3d 962 (Md. 2011)

³⁰³ *American Transtech Inc. v. US Trust Corp.*, (933 F. Supp. 1193 (S.D.N.Y. 1996)).

³⁰⁴ PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, pp. 21-22. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.; MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 191.

Tal posição foi a exarada por Giacomo Grezzana, quem se manifestou adepto ao entendimento de que o âmbito de abrangência da responsabilidade do declarante ao modular a cláusula de declaração e garantia ao seu melhor conhecimento não ficaria adstrito a, tão somente, o que o declarante efetivamente sabia à época da declaração – seu *actual knowledge* -, mas sim se vincularia a todas as circunstâncias que ele poderia conhecer a partir de uma conduta diligente:

No caso da cláusula de melhores conhecimentos, deve-se entender que quem presta as declarações e garantias assume responsabilidade pela veracidade das mesmas apenas quanto àquilo que poderia ter conhecimento mediante uso de diligência ordinária.³⁰⁵

Posição semelhante é a assumida por Gustavo Tepedino, autor que, ao versar sobre a aplicação da moduladora do melhor conhecimento em cláusulas de declarações e garantias, identifica uma limitação em seus efeitos em dois aspectos diferentes. No primeiro aspecto, o qual refere como um *limite subjetivo*, teríamos a limitação com relação aos sujeitos vinculados à declaração e garantia (isto é, a discussão: *o melhor conhecimento de quem?*). No segundo aspecto de tal limitação, então, teríamos o *limite objetivo*, o qual se desdobra em duas facetas³⁰⁶.

Com relação à primeira das facetas, esclarece o autor, a moduladora do melhor conhecimento somente poderia ser aplicada àquelas cláusulas de declarações e garantias às quais a moduladora foi expressamente atrelada, de modo que tal adição contratual jamais poderá ser “*aposta a certas garantias que, segundo expressa deliberação contratual, sequer se sujeitam à presunção de boa-fé subjetiva dos vendedores*”³⁰⁷.

No que tange à segunda faceta do *limite objetivo* aplicado ao instituto analisado, tem-se que a limitação sobre a informação gerada pela inserção da moduladora do melhor conhecimento jamais poderia se fazer aplicável àqueles “*fatos cujo desconhecimento, só por si, configura ato ilícito, hipótese em que as conseqüências legais do inadimplemento independem da prova da culpa do vendedor*”³⁰⁸.

³⁰⁵ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 330.

³⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 430-432.

³⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 431.

³⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 431.

Conforme Gustavo Tepedino:

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.³⁰⁹

Aqui, para que a aplicação da moduladora do melhor conhecimento não permita limitação com relação aos fatos que eram desconhecidos pelo declarante, deve-se estar diante de dados que “*devem absolutamente ser conhecidos pelo titular da coisa vendida*”, independentemente de seu efetivo conhecimento. Nesses casos, então, haveria a necessidade de um “*dever de se informar para informar*” do declarante com relação à informação discutida³¹⁰.

De todo modo, uma questão relevante a ser levantada é que, embora aparentemente os dois posicionamentos adotados no direito brasileiro estejam, de certo modo, em discordância, parece ser possível alcançar uma posição que satisfaça ambas as correntes.

Isso porque, o segundo posicionamento apontado não busca aplicar um regime de irrestrita responsabilidade por parte do declarante, mas sim, busca vinculá-lo, para além do seu conhecimento concreto, àquilo que, caso desconhecesse constituiria ato ilícito. Neste ponto, embora o primeiro posicionamento acredite na vinculação do declarante somente ao seu conhecimento concreto nestes casos, não faz qualquer referência a um permissivo para o cometimento de ilegalidades³¹¹, aliás, pauta-se na existência de profissionalismo entre as partes, o que, como veremos à frente, é um dos aspectos essenciais à existência de um dever autoinformativo³¹².

Afinal de contas, caso aplicada a moduladora do melhor conhecimento como um salvo conduto para a prática de ilícitos, a própria possibilidade de utilização desse mecanismo estaria prejudicada:

³⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 432.

³¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 431-432.

³¹¹ PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, pp. 21-22. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.; MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 191.

³¹² Conforme tratado no tópico 2.3.1.2 deste trabalho.

Conclui-se que a autonomia privada é o balizador jurídico para a decisão das partes de negociar a inserção da qualificadora “no melhor conhecimento” em determinadas declarações e garantias. O fato de a qualificadora ser inserida em decorrência desta autonomia privada não pode, entretanto, ser usado de justificativa para que essa inclusão se sobreponha a princípios gerais e seja usado como um subterfúgio ou mecanismo para suplantar a observância da boa-fé objetiva em todas as fases da formação do contrato, não podendo ser assim, uma espécie de licença para a prática de ilícitos.³¹³

Dessa forma, o que parece ser o ponto-chave para a resolução desta questão é compreender as hipóteses em que haveria um efetivo dever de se informar por parte do declarante, casos nos quais, então, a moduladora do melhor conhecimento não se atrelaria ao conhecimento concreto do declarante.

2.3.1.2. O dever de se informar para informar

Como referido anteriormente, para que possamos delimitar os casos em que a moduladora do melhor conhecimento irá vincular a responsabilidade do declarante para hipóteses além daquilo que ele efetivamente conhecia, necessitamos identificar os casos em que haverá um efetivo dever de se informar por parte do declarante.

Nesse ponto, de um modo geral, o que temos no regime contratual é que cada parte deve procurar se informar da maneira necessária para obter seu consentimento informado³¹⁴, seja o credor da informação, por aquilo que esteja a seu alcance, desincumbindo seu ônus autoinformativo³¹⁵, seja o devedor da informação, por aquilo que a ele incumba conhecer.

Importante destacar que, especificamente com relação ao dever de autoinformação do declarante, sua conduta de busca por conhecimento não se vincularia a um simples ônus informacional, como é o caso do ônus de autoinformação aplicável ao comprador³¹⁶. Na verdade, por não se tratar de uma opção de atuação que resultaria tão somente em benefício próprio, mas sim de uma conduta efetivamente necessária em face de um *alter*, estar-se-ia, de

³¹³ CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. *A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016, p. 60.

³¹⁴ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los límites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, p. 488.

³¹⁵ Conforme tratado no tópico 2.1.3 deste trabalho.

³¹⁶ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 237.

fato, diante de um *dever* imposto ao vendedor³¹⁷. É, então, a partir de tal concepção acerca das responsabilidades informativas que surge o *dever de se informar para informar*³¹⁸.

Assim, tendo em vista que a moduladora do melhor conhecimento é aplicada geralmente em cláusulas de declarações e garantias em contratos de compra e venda de participação societária, isto é, em âmbito de maior complexidade e profissionalismo, cabe analisar os deveres de autoinformação originados, principalmente, de duas formas: (i) a partir de dispositivo legal que determine tal dever, e (ii) a partir da aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Com relação às hipóteses legais de deveres autoinformativos, podemos destacar os deveres dos administradores das sociedades, os quais, embora geralmente não atuem como contratantes do negócio pactuado, podem, eventualmente, participar como representantes da sociedade na contratação³¹⁹. Neste ponto, destaca-se que a Lei das Sociedades por Anônimas e o Código Civil Brasileiro preveem aos administradores o dever de diligência³²⁰, do qual desdobra-se o dever de se informar de tais agentes³²¹. Tal dever, então, impõe ao administrador a obrigação de diligenciar na obtenção daquelas informações consideradas necessárias ao desenvolvimento regular das atividades da sociedade³²².

O ponto, aqui, é a necessidade imposta ao administrador de agir de maneira instruída, servindo o dever autoinformativo a tal propósito³²³, isto é, “o *dever de diligência exige que o administrador deva estar munido das informações necessárias*”³²⁴. Otavio Yazbek, ao tratar

³¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 591; BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 232.

³¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 430-431.

³¹⁹ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 234-235.

³²⁰ BRASIL, Lei 6.404/1976, Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios; BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 119-120; REBELO, Nikolai Sosa. *Os deveres fiduciários dos administradores de S.A.: em operações de fusões e aquisições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 46-47; EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 549-550.

³²¹ SANSEVERINO, Gustavo Stenzel. *A caracterização normativa do dever de diligência dos administradores das sociedades anônimas*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2015, pp. 59-60; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

³²² EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 558.

³²³ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

³²⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 226-227.

sobre o assunto, descreve que: “o ‘*dever de se informar*’ seria o *dever de buscar informações capazes de suportar as decisões negociais, o que, aliás, é um dos elementos capazes de excluir a responsabilidade do administrador no já referido teste da business judgment rule*”.³²⁵

Embora a matéria pareça ter origem no caso *Smith v. Van Gorkom*³²⁶, no qual, ao abordar a regularidade de uma operação de fusão e aquisição, a Suprema Corte de Delaware entendeu que os administradores agiram de forma negligente por não terem buscado se informar da maneira acerca das circunstâncias que envolviam a operação³²⁷, a jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM já se manifestou sobre o assunto no Caso Bombril.

Neste julgamento, foi analisada a regularidade da venda de uma sociedade sob avaliações insuficientes acerca do valor da sociedade vendida, tendo a decisão compreendido pela violação do dever de diligência dos administradores, dado que estes não teriam avaliado as circunstâncias do negócio com a profundidade necessária³²⁸. Para além desse caso, a Comissão de Valores Mobiliários já se manifestou a favor da existência de um dever de se informar por parte dos administradores, como um desdobramento de seu dever de diligência.³²⁹

O referido dever de se informar, então, teria sua extensão em dois desdobramentos distintos. Em primeiro lugar, se manifestaria em uma característica estrutural da sociedade, se relacionando ao conhecimento que o administrador é compelido a possuir acerca do regular andamento das atividades da sociedade. Complementarmente, como um segundo desdobramento, o dever de se informar do administrador abrangeria as “*operações concretas em que a companhia se envolve, que não se inserem no curso da gestão ordinária*”³³⁰.

De toda forma, cabe destacar que tal dever não é de cunho ilimitado, conforme referido por Nelson Eizirik, Ariádna Gaal, Flávia Parente e Marcus Henriques:

³²⁵ YAZBEK, Otavio. Representações do Dever de Diligência na doutrina jurídica brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Coord.). *Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*, pp. 940-961. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 951.

³²⁶ KIRCHHOF, Luísa. *A business judgment rule e o direito brasileiro: recepção, aplicabilidade e aplicação*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2017, p. 26.

³²⁷ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (1985); SHARFMAN, Bernard S. The Enduring Legacy of *Smith v. Van Gorkom*. *Delaware Journal of Corporate Law*, v. 33, 2008, pp. 287-309.

³²⁸ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Inquérito Administrativo n. 04/99*. Relatora Dir. Norma Parente, Julgado em 17/04/2002.

³²⁹ “*Em apertada síntese, o dever de se informar exige que o administrador procure se informar sobre os negócios da companhia de uma maneira geral. Em certos casos, o administrador deve, inclusive, atuar para que lhe sejam fornecidas as informações necessárias para poder decidir de maneira adequada acerca dos fatos que lhe são submetidos*”. In: BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Processo Administrativo Sancionador n. RJ2016/8914*. Relator Dir. Gustavo Machado Gonzalez, Julgado em 11/12/2017.

³³⁰ EIZERIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. 2 – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 353-354. Em mesmo sentido, e com o apoio de Nelson Eizirik, Gustavo Sanseverino trata do assunto (SANSEVERINO, Gustavo Stenzel. *A caracterização normativa do dever de diligência dos administradores das sociedades anônimas*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2015, p. 61).

Evidentemente, não se pode exigir que os administradores obtenham, quando da tomada de uma decisão, todas as informações a respeito das operações que serão implementadas, sob pena de a decisão ser adiada a ponto de a companhia poder perder uma oportunidade de negócio. Assim, o conteúdo do dever de buscar informações imposto aos administradores deve ser limitado de modo que as informações exigidas sejam razoáveis e não excessivas.³³¹

Para além dos casos legais, a existência de deveres de autoinformação pode ocorrer a partir da aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Com relação a este ponto, a doutrina estabelece bases gerais para a identificação do dever de conhecer.

Fabre-Magnan expõe que o referido *dever de se informar*, para que seja considerado efetivamente aplicável ao caso concreto, necessitaria ser atribuído a um contratante atrelado a uma posição profissional³³². Isso porque seria diante desta natureza profissional que se faria crível supor a necessidade de conhecimento acerca da informação por parte da declarante³³³. Em mesmo sentido, Iñigo Gazmuri refere que, com relação aos contratantes empresários há um dever informacional não mais relacionado somente ao que efetivamente se conhece, mas sim a imposição de um *dever de se informar para informar*³³⁴.

Mesmo em casos em que a parte à qual se busca vincular tal dever não atue de forma profissional, ainda assim, o dever de conhecimento poderia ser exigido do contratante, desde que a informação discutida possua vinculação direta à qualidade do objeto e da prestação constantes no contrato³³⁵.

Neste ponto, conforme descreve Giovana Benetti, com apoio na obra de Ruben Stiglitz³³⁶, tem-se que as partes que figuram na relação contratual devem buscar conhecer as informações atinentes às “*qualidades essenciais*” do objeto do negócio, assim como do próprio objeto de suas promessas. Caso os contratantes desconheçam algum dos aspectos relacionados

³³¹ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 560.

³³² FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992, p. 167-179 *Apud*: BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 233.

³³³ FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992, pp. 193-194, *Apud*: BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 233.

³³⁴ GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009, pp. 181-182.

³³⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992, pp. 167-179, *Apud*: BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 233.

³³⁶ STIGLITZ, Rubén S. La Obligación Precontractual y Contractual de Información. El Deber de Consejo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, 1997.

a suas prestações “*devem se informar para poder informar a contraparte a respeito de algum elemento que esta tenha interesse em saber*”³³⁷.

Cabe destacar, contudo, que, assim como nas demais hipóteses de aplicação da boa-fé objetiva já estudadas neste trabalho, a verificação do dever de se informar somente pode ser realizada de forma casuística³³⁸. Além disso, o dever de se autoinformar não possuiria caráter ilimitado, de modo que, conforme descreve Gabriel Buschinelli, não caberia “*ao vendedor esclarecer circunstâncias que não conhece e que não pode fornecer, por dizerem respeito à sociedade, na hipótese de a administração negar-se a permitir a auditoria da companhia*”³³⁹.

Sobre a possibilidade de não entrega da informação ao declarante por parte da administração, é relevante referir que tal limitação poderia decorrer da lei, do contrato ou até mesmo de negócios firmados junto a terceiros, como os acordos de confidencialidade³⁴⁰. Veja-se que o ambiente empresarial, sobretudo no que tange às normas de direito societário, faz parte, como designa Vera Fradera, dos “*setores pródigos*” na criação de deveres de sigilo³⁴¹.

É possível a identificação de deveres de sigilo às informações confidenciais da sociedade, tanto no regime das sociedades anônimas quanto no regime das sociedades limitadas³⁴², o que poderia se vincular, inclusive, aos casos nos quais a informação fosse considerada de cunho estratégico ao desenvolvimento da atividade da sociedade³⁴³. O referido dever de sigilo teria uma vinculação mais direta aos deveres sociais e aos deveres impostos aos administradores pelas legislações de cunho societário³⁴⁴, mesmo que, em determinados casos,

³³⁷ BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 251-252.

³³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 593.

³³⁹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 341.

³⁴⁰ FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, pp. 231-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 240-245.

³⁴¹ FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, pp. 231-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 240-243.

³⁴² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 324.

³⁴³ BRASIL, Conselho da Justiça Federal, Enunciado n.º 27, 1ª Jornada de Direito Comercial; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 341.

³⁴⁴ FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, pp. 231-254. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 242-243; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 333.

como em sociedades de único sócio, tais deveres atuem de forma mais branda, tendo em vista a difícil dissociação entre interesse social e interesse do sócio em si³⁴⁵.

É sob tal premissa que se entende que, mesmo no âmbito das sociedades anônimas de capital aberto, no qual se aplica o princípio do *full disclosure*, ou “*da transparência das informações acerca das companhias que oferecem publicamente seus títulos aos investidores*”, em casos onde a informação possa implicar risco ao interesse social, a administração teria o sigilo sobre tais como legítimo³⁴⁶. Para além disso, são justamente os deveres a eles impostos de “*servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre seus negócios*” que permitiriam rejeitar eventual solicitação de realização de auditoria prévia na sociedade³⁴⁷.

Contudo, por não haver uma definição expressa sobre o assunto, acaba-se valendo da *business judgment rule* para compreender quais informações poderiam ser apresentadas³⁴⁸, o que influenciaria diretamente a possibilidade de conhecimento do vendedor e, portanto, o cumprimento de seu dever de se desincumbir na busca por informações³⁴⁹.

Dessa forma, e concluindo este ponto, havendo dever de autoinformação por parte do declarante – pautando-se na possibilidade e na necessidade de alcance a tal informação –, dever que pode ser gerado por dispositivo legal nesse sentido ou pela aplicação da boa-fé objetiva, haverá, então, circunstância que, independentemente da moduladora do melhor conhecimento, se vinculará à responsabilidade do declarante.

2.3.2. Presunção de boa-fé subjetiva do declarante

Analisado o limite da responsabilidade do declarante que se utiliza da moduladora do melhor conhecimento, cabe analisar as presunções geradas por tal inclusão. Dessa forma, em primeiro momento analisaremos o instituto das presunções, apresentando brevemente as

³⁴⁵ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 333.

³⁴⁶ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 622-631. Em mesmo sentido: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*: artigos 138 a 205. Vol. 3, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 345.

³⁴⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 333.

³⁴⁸ REBELO, Nikolai Sosa. *Os deveres fiduciários dos administradores de S.A.: em operações de fusões e aquisições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 123; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 335. Nesse mesmo sentido: PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Comentários aos Arts. 997 a 1.092*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 1.371-1.481. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.394; EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 581.

³⁴⁹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 341.

espécies relacionadas (2.3.2.1). Na sequência, adentrando ao âmbito de análise do melhor conhecimento, analisaremos as presunções decorrentes das declarações e garantias em geral (2.3.2.2), para, então, analisar a presunção gerada a partir da inserção da referida moduladora, identificando, igualmente, as questões atinentes ao ônus probatório dela decorrente (2.3.2.3).

2.3.2.1. Espécies de presunção no direito civil

Antes de adentrarmos à análise específica da presunção gerada pela moduladora do melhor conhecimento, cabe analisarmos, preliminarmente, as espécies e as noções que atingem, de modo geral, as presunções no direito civil, de modo a melhor compreendermos a questão.

Nesse sentido, tem-se que uma presunção pode ser compreendida como um fato imputado a determinado sujeito a partir de outro fato pré-constituído, mesmo que tal fato imputado seja tão somente plausível ou esperado, de modo que, em regra, subsistiria até a apresentação de bases concretas que demonstram o desdobramento dos fatos em sentido diverso daquele presumido³⁵⁰. Assim, no que tange à relação da presunção com as provas, pode-se compreender que “*apoiano-se num fato conhecido, a presunção supõe necessariamente a prova direta deste fato, de que ela resulta como prova indireta*”³⁵¹.

A presunção, então, uma vez compreendida, pode se apresentar em diferentes maneiras, geralmente individualizada em (i) presunções de caráter comum, judicial, ou do homem, ou (ii) presunções legais, ou de direito³⁵². Com relação à presunção *hominis*, não há, a princípio, uma previsão legal que a anteveja³⁵³, de modo que possui como núcleo gerador “*uma evidência e com base naquilo que ordinariamente acontece*”³⁵⁴, se tratando de assunções criadas pelo julgador a partir dos fatos que verifica em sua experiência³⁵⁵.

³⁵⁰ RESCHER, Nicholas. *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 2-4; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, p. 69.

³⁵¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 79, pp. 192-223, 1984, p. 203.

³⁵² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 330.

³⁵³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 79, pp. 192-223, 1984, p. 207.

³⁵⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 330. Nesse mesmo sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 79, pp. 192-223, 1984, p. 207.

³⁵⁵ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 380.

De forma distinta, as presunções legais advêm de uma expressão normativa³⁵⁶. Aqui, conforme refere Pontes de Miranda, podemos distingui-las em duas formas básicas: as presunções relativas e as presunções absolutas³⁵⁷. Com relação às presunções absolutas, também chamadas de presunções *iuris et de iure*, não é cabível qualquer espécie de prova em contrário, isto é, mesmo que as circunstâncias fáticas efetivas não reflitam tal presunção, ainda assim, esta não poderia ser afastada³⁵⁸. Desse modo, em um sentido lógico, não haveria uma presunção propriamente dita, mas sim uma decisão imperativa da lei acerca da compreensão de determinada circunstância fática³⁵⁹.

Por outro lado, com relação às presunções relativas, conhecidas como presunções *iuris tantum*, estas não apresentam uma presunção insuperável, de modo que podem deixar de ser aplicadas em caso de apresentação de prova em contrário³⁶⁰. Aqui, destaca-se: tem-se, como regra geral, que toda presunção aceita prova em contrário, de modo que, somente será considerada como uma presunção absoluta, e, assim, insuperável, quando a legislação confirmar tal natureza³⁶¹. Aliás, tem-se que as presunções poderiam ser criadas, não somente pela lei, mas também por negócio jurídico firmado entre as partes, hipótese na qual estas *presunções negociais relativas* configurariam “*espécies de convenção sobre ônus da prova*”³⁶².

³⁵⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, pp. 69-70.

³⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Atualizadores: MELLO, Marcos Bernardes de; EHRARDT JUNIOR, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 581. Em mesmo sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, pp. 69-72.

³⁵⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 79, pp. 192-223, 1984, p. 204; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Atualizadores: MELLO, Marcos Bernardes de; EHRARDT JUNIOR, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 581.

³⁵⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e a relativa na teoria das provas: sua natureza jurídica e sua eficácia. *Revista Forense*, v. 74, n. 262, pp. 89-100, 1978, p. 92.

³⁶⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, p. 72; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Atualizadores: MELLO, Marcos Bernardes de; EHRARDT JUNIOR, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 583; MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 79, pp. 192-223, 1984, pp. 204-205.

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Atualizadores: MELLO, Marcos Bernardes de; EHRARDT JUNIOR, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 583.

³⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, pp. 76-77.

Feitas tais considerações acerca da natureza das presunções jurídicas, então, podemos passar à análise específica das presunções a serem aplicadas quando da inserção da moduladora do melhor conhecimento.

2.3.2.2. A presunção gerada pelas declarações e garantias

Conforme apresentado anteriormente, as cláusulas de declarações e garantias possuem diferentes funções e podem gerar diferentes efeitos em cada contrato. Contudo, com relação à função probatória de tais cláusulas tem-se que “*a aposição de declarações e garantias em um contrato de alienação de participação societária serve ao propósito de fazer prova de que determinada informação foi repassada*”, de tal forma que “*as declarações e garantias põem a limpo que determinada informação foi fornecida por uma parte a outra*”³⁶³.

Aqui, a aplicação principal da função probatória da declaração e garantia seria convocar a aplicação do Artigo 219³⁶⁴ do Código Civil Brasileiro³⁶⁵. O referido dispositivo, observadas as naturezas abordadas no tópico anterior, contempla uma presunção relativa acerca da veracidade de seu conteúdo, o qual se aplica às declarações inseridas em documentos particulares que estejam devidamente assinados³⁶⁶.

Sobre os enunciados de fato, já se manifestou Pontes de Miranda no que tange à sua natureza relativa quando vinculado ao objeto do negócio, tendo como base o Artigo 131³⁶⁷ do Código Civil de 1916, com redação idêntica ao Artigo 219 do Código Civil de 2002:

O ato jurídico pode – e há de conter – algum enunciado de fato, ainda que implícito. Não se venda alguma coisa sem se dizer o que é que se vende, qualidade e quantidade. Se a verificação é da presença dos figurantes, ou por eles feita, há simultaneidade ou imediatidade do enunciado de fato e da afirmação da verdade [...] Se um só dos figurantes afirma e o outro admite, crendo na afirmação, não se retira a essoutro o verificar, depois, se a afirmação foi verdadeira, ou falsa. Uma vez, porém, que não houve, houve, desde logo, afirmação contrária, tem-se de partir da presunção de que o enunciado do fato que se inseriu no ato jurídico, ou o que o ato jurídico supõe seja verdadeiro. Daí a regra jurídica do art. 131: ‘As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários’. A presunção de

³⁶³ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 78.

³⁶⁴ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

³⁶⁵ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 78.

³⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 455.

³⁶⁷ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 131. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

verdade é *iuris tantum*; o que recebeu o enunciado de verdade pode elidi-la com prova contrária; e só opera entre os que figuram no ato; contra os terceiros não há presunção. (...) Pode dar-se, porém, que o enunciado de fato não se refira ao figurante, nem que tenha relação direta com o objeto do ato jurídico. Então não há presunção *iuris tantum*: o que o afirmou tem o ônus de prova-lo.³⁶⁸

Tal presunção, em primeiro ponto, serviria para que fosse vedada a atuação do declarante de modo a refutar aquilo que declarou anteriormente, ficando “*clara a manifestação do princípio da autorresponsabilidade*”³⁶⁹. Em um segundo ponto, por outro lado, tal presunção não teria o condão apenas de auxiliar o adquirente, de modo que as cláusulas de declarações e garantias nesses casos “*criam a presunção, também praticamente inafastável, de que o adquirente tomou conhecimento das informações ali divulgadas, obstaculizando o acesso a determinados remédios jurídicos*”³⁷⁰.

Entretanto, vale destacar que a presunção prevista no Artigo 219 do Código Civil Brasileiro não pode ser aplicada de forma irrestrita, uma vez que seu parágrafo único contém uma exceção vinculada às declarações enunciativas³⁷¹. Tais *declarações enunciativas* são enunciados que se vinculam a aspetos distantes da legitimidade das partes e das disposições principais do negócio jurídico, não havendo, nestes casos, a referida presunção de veracidade³⁷².

Se tratando de uma *declaração enunciativa*, então, tais declarações não desonerarão o declarante do ônus de prová-las³⁷³. De todo modo, uma vez que aplicada presunção do Artigo 219 às cláusulas declarações e garantias, tem-se que “*os enunciados de fato constantes das declarações e garantias eximem o declaratório da necessidade de provar o fluxo de informações ou a sua veracidade*”³⁷⁴.

³⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Atualizadores: MELLO, Marcos Bernardes de; EHRARDT JUNIOR, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 525-526.

³⁶⁹ MENKE, Fabiano. Comentários aos Arts. 189 a 232. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 311-376. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 359.

³⁷⁰ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 79.

³⁷¹ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 219, Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

³⁷² MENKE, Fabiano. Comentários aos Arts. 189 a 232. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 311-376. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 362; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 79;

³⁷³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 457-458.

³⁷⁴ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 79.

2.3.2.3. A presunção de gerada pela moduladora do melhor conhecimento

Agregando ao abordado no ponto anterior, a moduladora do melhor conhecimento quando aplicada às cláusulas de declarações e garantias apresentará uma presunção vinculada não apenas à veracidade da declaração, mas também ao conhecimento do declarante, ponto com relação ao qual não parece haver maiores divergências por parte da doutrina³⁷⁵.

O ponto de divergência, contudo, é na forma de aplicação dessa presunção. Em um primeiro posicionamento doutrinário, defendido por Gustavo Tepedino, entende-se que a moduladora do melhor conhecimento criaria uma presunção de boa-fé subjetiva no sentido de que o declarante que apresentou uma declaração pautada em seu melhor conhecimento desconhecia a imprecisão da referida declaração e garantia³⁷⁶, isto é, presume-se que o fato discutido não era de conhecimento do declarante.

Tal presunção possuiria natureza relativa, sendo possível sua desconstituição diante de apresentação de prova em contrário³⁷⁷, aqui atrelando-se ao conceito já estudado acima³⁷⁸. Além disso, sua aplicação se daria com base nos limites a ela impostos, *subjetivos e objetivos*³⁷⁹, tratados anteriormente e extremamente vinculados aos limites da própria responsabilidade pelo conhecimento do declarante³⁸⁰.

Nesse ponto, a aplicação da presunção geraria uma inversão no ônus da prova, de modo que ocorreria um duplo efeito, não apenas transportando o ônus de comprovação do fato que gera a inveracidade da declaração àquele sujeito que recebeu a declaração – ônus geral aplicado por força do art. 219 do Código Civil –, mas também impondo a ele o ônus de comprovação do

³⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 430; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 330; PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, p. 20. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

³⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 430; PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, p. 20. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

³⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 430.

³⁷⁸ Distinção realizada no tópico 2.3.2.1 deste trabalho.

³⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 431-432.

³⁸⁰ Limites abordados com maior atenção no tópico 2.3.1 deste trabalho.

efetivo conhecimento do declarante acerca daquela determinada circunstância questionada³⁸¹, o que, invariavelmente, geraria maiores dificuldades ao declaratório, tendo em vista a complexidade na demonstração de conhecimento, ou desconhecimento, alheio.

Assim, com relação a tal vertente doutrinária, a aplicação da moduladora do melhor conhecimento teria forte semelhança à aplicação da *best knowledge qualifier* no sistema de *common law*, o qual, igualmente, busca uma dupla transferência de ônus probatório ao declaratório³⁸². O ponto de atenção, e que nos faz questionar a forma correta de se considerar a concreção de tal presunção, contudo, é que os moldes de sua aplicação parecem se vincular ao regime de responsabilidade extracontratual aplicado no Brasil.

Nesse ponto, destaca-se haver uma dicotomia aplicada aos regimes de responsabilidade no direito civil, a qual, embora debatida por parte da doutrina, foi reiterada pela letra da lei³⁸³. Há no sistema jurídico brasileiro, então, ao menos com relação a esse aspecto, dois regimes distintos de responsabilidade: o regime extracontratual e o regime contratual. De modo geral, em ambos os regimes o que há é a vinculação a um “*dever jurídico preexistente*”³⁸⁴, se estabelecendo sua principal distinção, contudo, na origem do dever violado.

O regime de responsabilidade civil extracontratual, estabelecido pelos Artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002³⁸⁵, se apoia não em uma violação contratual, mas sim em “*virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite*”³⁸⁶, isto é, “*origina-se da infração à lei ou a princípio geral de direito*”³⁸⁷. Como elemento chave para o estabelecimento da responsabilidade do ofensor,

³⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 430; PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, p. 20. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

³⁸² Conforme tratado no tópico 1.3.1 deste trabalho.

³⁸³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 696.

³⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

³⁸⁵ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 187. 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; BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30. No mesmo sentido: ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 467.

³⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 696. No mesmo sentido: LOBO, Paulo. *Direito Civil: obrigações*. Vol. 2. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 335.

em regra, tem-se a existência de culpa ou dolo, não bastando a mera efetivação da conduta e a geração do dano para tanto³⁸⁸.

O ponto, contudo, é que o ônus de prova nesses casos é imposto ao ofendido, o qual deverá comprovar a existência de culpa ou dolo por parte do ofensor³⁸⁹. Veja-se que tal ônus é praticamente o mesmo previsto pela primeira corrente doutrinária quando da aplicação da moduladora do melhor conhecimento, a qual transportaria ao declaratório o ônus de comprovação do conhecimento do declarante acerca da circunstância que gera a inveracidade da declaração e garantia³⁹⁰.

Destaca-se, no entanto, que as cláusulas de declarações e garantias, justamente por serem dispositivos inseridos em negócios jurídicos, mesmo que possam vincular suas funcionalidades a mais de uma dimensão do processo obrigacional, somente podem ser consideradas como submetidas à responsabilidade contratual, “*devendo seguir o regime próprio dos contratos*”, e não ao regime extracontratual³⁹¹, do qual muito se aproxima a corrente referida.

O regime de responsabilidade contratual, diferente do regime referido acima, e razão pela qual se vincula às declarações e garantias, “*nasce da violação de um dever preexistente específico, estipulado por convenção entre as partes*”³⁹², tendo como base legal o Artigo 389 do Código Civil de 2002³⁹³. Embora, assim como no regime de responsabilidade extracontratual a existência de culpa do ofensor seja necessária, mais uma diferença se impõe entre os regimes, sendo que no regime contratual, uma vez apresentada a violação contratual ou o inadimplemento, é gerada uma presunção de que o devedor da obrigação agiu com culpa³⁹⁴.

³⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Vol. III. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 407.

³⁸⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Comentários aos Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 377-698. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 616.

³⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II, pp. 425-450, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 430; PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020, p. 20. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

³⁹¹ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 245.

³⁹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 696. No mesmo sentido: ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 467.

³⁹³ BRASIL, Lei 10.406/2002, Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

³⁹⁴ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 470.

Dessa maneira, aqui, não será o credor da obrigação, mas sim o seu devedor o responsável por comprovar que não agiu com culpa, conforme destaca Giovanni Ettore Nanni:

Cabe, portanto, ao devedor demonstrar que não teve culpa na violação do vínculo obrigacional, ou seja, que não lhe possa ser pessoalmente censurável o fato de não ter adotado o comportamento devido, o que sucederá sempre que o não cumprimento seja devido a fato do credor, ou de terceiro ou a caso fortuito ou de força maior.³⁹⁵

Diante dessa constatação, então, parece ser mais corretamente aplicável a opinião exarada por uma segunda corrente da doutrina no que tange aos efeitos da presunção gerada pela moduladora do melhor conhecimento. Aqui, conforme defende Giacomo Grezzana, não haveria uma presunção de desconhecimento do declarante acerca de qualquer fato questionado. Na verdade, haveria a presunção de conhecimento do erro por parte do declarante somente com relação àquilo que ele poderia conhecer diante de uma conduta diligente³⁹⁶.

Assim, a moduladora do melhor conhecimento atuaria limitando a presunção de conhecimento do declarante acerca do erro, que em sua ausência seria ilimitada, somente àquilo que deveria ser de conhecimento do declarante diante de uma conduta de diligência ordinária³⁹⁷, o que é intrinsecamente vinculado ao limite de responsabilidade tratado, também, como efeito da moduladora do melhor conhecimento³⁹⁸.

Nesse ponto, não haveria uma inversão no ônus da prova, mas sim o estabelecimento de que, caso desconhecida determinada circunstância por parte do declarante, esta não estaria adstrita àquilo que ele poderia conhecer diante de uma conduta suficientemente diligente, de tal modo que caberia a ele demonstrar que a informação não alcançada não fazia partes daquelas circunstâncias que deveriam fazer parte de seu conhecimento. Aqui, então, haveria uma correspondência bem mais direta ao regime de responsabilidade contratual, o qual descreve, como visto acima, que cabe ao agente em violação comprovar a inexistência de culpa em sua conduta³⁹⁹.

³⁹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. Comentários aos Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 377-698. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 616.

³⁹⁶ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 330.

³⁹⁷ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 330.

³⁹⁸ Desdobramento da inserção da moduladora do melhor conhecimento tratado no tópico 2.3.1 deste trabalho.

³⁹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Comentários aos Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, pp. 377-698. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 616.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o funcionamento da moduladora do melhor conhecimento quando aplicada no direito brasileiro tendo por foco os efeitos e as limitações por ela apresentadas, principalmente tomando em consideração o fato de que, na maior parte das vezes, tal mecanismo é aplicado em contratos de cunho empresarial, pautados pela maior formalidade e profissionalismo. Assim, a fim de compreender um estudo suficientemente explicativo da questão, a análise se pautou em uma investigação em duas etapas, iniciando pela abordagem do tema sob a ótica de seu direito originário, o direito norte-americano, e, posteriormente, passando a uma análise do mecanismo contratual sob a ótica do direito brasileiro.

Observa-se, inicialmente que o sistema de *comon law*, no qual germinou o mecanismo chamado de *best knowledge qualifier*, não possui uma aceitação tão ampla acerca da aplicação do princípio da boa-fé nos contratos, nem dos deveres decorrentes de tal princípio, muito embora disponha de mecanismos diversos e que se assemelham em seus efeitos. Na verdade, a regra do *caveat emptor*, que determina uma maior responsabilidade ao comprador no que tange à investigação do objeto e, portanto, uma mitigação ao dever de informar, ainda parece ser aplicável de um modo geral, mesmo que recentemente tenha sido relativizada.

Sobre este pressuposto, então, e somado ao fato de que as cláusulas de *representations and warranties* atuam, dentre outras questões, na distribuição de responsabilidades entre as partes, grande parte da doutrina se vincula à posição de que a inserção do *best knowledge qualifier* atua de forma a limitar a responsabilidade do declarante somente àquilo que ele efetivamente conhecia, vinculando-se ao conceito de *actual knowledge* do sujeito. Para além disso, contribuiria a este entendimento a compreensão de que a não inserção de necessidade de maior investigação para a qualificação do conhecimento configuraria verdadeira deliberação de não atrelar uma conduta diligente à declaração.

De todo modo, como visto, não há unanimidade nessa posição, sendo igualmente aplicada pelos tribunais a compreensão de que o conceito de *best knowledge* se vincula, na verdade, a um *constructive knowlegde*, pautado na investigação e diligência esperada das partes, limitando sua responsabilidade, então, não ao que conhecia de fato o declarante, mas sim ao que deveria conhecer.

Feitas tais ponderações, passou-se à análise da moduladora do melhor conhecimento quando aplicada ao Brasil. Nesse ponto, diferentemente do sistema originário da moduladora, identificou-se que o papel do princípio da boa-fé objetiva é bastante central no âmbito do direito

contratual, sendo capaz de gerar deveres informacionais às partes. Tais deveres informacionais se pautariam na existência de uma assimetria de informações entre os contratantes, sendo necessário, ainda, que a informação que deve ser relevada, se mostre relevante e passível de compartilhamento pela devedora da informação, ambas questões que necessitam de análise casuística para sua efetiva verificação. Não obstante, seria necessário o cumprimento do ônus autoinformacional do credor da informação, quem deve buscar, tanto quanto estiver ao seu alcance, se informar para pactuar o negócio jurídico.

A distribuição informacional entre as partes poderia, então, se perpetrar diante das cláusulas de declarações e garantias, as quais, para além da função de informação mútua, serviria, conforme reiterado pela doutrina, para alocar os riscos da operação, garantindo determinadas circunstâncias e permitindo aos contratantes a utilização de mecanismo para eventual retirada do negócio em face de inveracidade das informações apresentadas. Seria por meio destas cláusulas que haveria a utilização da moduladora do melhor conhecimento.

Neste ponto, não havendo maiores discussões acerca da possibilidade de inserção de moduladoras de responsabilidade nas declarações e garantias, identificou-se a existência de, ao menos, dois efeitos uma vez que atrelada a responsabilidade do declarante ao seu melhor conhecimento. Em primeiro lugar, haveria uma limitação de sua responsabilidade, a qual, diferentemente do método utilizado na *common law*, pareceria melhor vincular-se ao conceito de um conhecimento diligente. Trata-se, na verdade, embora exista discussão doutrinária neste ponto, de uma decorrência da aplicação do princípio da boa-fé, unida a deveres de diligência expressamente previstos em lei, gerando um dever de se informar para informar por parte do declarante, o qual é principalmente exigido nas relações interempresariais. O pressuposto é que, eventual desconhecimento do declarante em violação aos referidos deveres autoinformacionais constituiria ato ilícito não passível de salvaguarda pela inserção da moduladora do melhor conhecimento, sob pena de ter sua juridicidade questionada.

Como um segundo efeito, a inserção da moduladora levaria a uma presunção vinculada ao conhecimento do declarante. Neste ponto, para além da presunção gerada pelas declarações e garantias em si, que levariam ao entendimento rebatível por prova em contrário de que a declaração é verídica, haveria a presunção de que o erro do declarante, ao invés de possuir caráter ilimitado, se vincularia somente àquilo que ele poderia conhecer diante de uma conduta diligente, cabendo a ele demonstrar que o fato ignorado não fazia parte desse núcleo informacional de necessário conhecimento. Essa foi a posição que melhor pareceu aplicável, tendo em vista sua correspondência direta ao regime de responsabilidade contratual aplicável às cláusulas de declarações e garantias, característica não compartilhada pela corrente

doutrinária dissidente que entende pela presunção de boa-fé subjetiva do devedor da informação, com relação à qual caberia ao declaratório comprovar a culpa ou dolo por parte do declarante, vinculando-se, em sentido oposto, ao regime de responsabilidade extracontratual.

De toda sorte, não obstante os apontamentos e estudos realizados neste trabalho é importante destacar que a matéria ainda é recente no contexto jurídico brasileiro e que, até o momento, somente houve uma abordagem diminuta do assunto pela doutrina e jurisprudência, de modo que há muito a evoluir no referido debate. Destaca-se, aliás, que o potencial extensivo de tais reflexões é observável na própria análise do direito originário do *best knowledge qualifier*, o qual, ainda hoje, enfrenta fervorosa disputa entre posições opostas e igualmente defendidas pela doutrina e jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABLA, Maristela Sabbag. Sucessão Empresarial – Declarações e Garantias – o Papel da Legal Due Diligence. In: Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão (Coords.). Reorganização Societária. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 99-121.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

American Transtech Inc. v. US Trust Corp., (933 F. Supp. 1193 (S.D.N.Y. 1996)).

ANDREWS, Neil. *Arbitration and contract law: common law perspectives*. Cambridge: Springer, 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 87, 1992, pp. 79-90.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*. v. 6, n. 20, 2003, pp. 24-46.

Barnard v. Kellogg (1870) 77 U.S. 383

BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Black's Law Dictionary (Online Dictionary), 2 ed. Disponível em: <<https://thelawdictionary.org/caveat-emptor/>>. Acesso em: 20 de fev. 2021.

BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Inquérito Administrativo n. 04/99*. Relatora Dir. Norma Parente, Julgado em 17/04/2002.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Processo Administrativo Sancionador n. RJ2016/8914*. Relator Dir. Gustavo Machado Gonzalez, Julgado em 11/12/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.862.508-SP. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 24/11/2020, DJ de 18/12/2020.

BRIDGE, Michael. Good Faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, 2017, pp. 98-115.

BRIDGE, Michael. *The sale of goods*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd [2014] EWHC 2145 (Ch).

BROWN, Robert L. *The Concise Guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures: business, legal, finance, accounting tax and process aspects*. New York: Palgrave MacMillan, 2007.

Burguer King Corp. v. Weaver 169 F.3d 1310, 11th Cir. 1999

BURTON, Steven J. Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith. *Harvard Law Review*, v. 94, n. 2, 1980, pp. 369-404.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CAMPBELL, David. Adam Smith and the Social Foundation of Agreement: Walford v. Miles as relational contract. *Edinburgh Law Review*, v. 21, n. 3, 2017, pp. 376-404.

CANTALI, Rodrigo Ustároz. *A responsabilidade civil pré-contratual e a proteção da confiança: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano*. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

CARTWRIGHT, John. *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the civil lawyer*. 3 ed. Oxford: Bloomsbury, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas: artigos 138 a 205*. Vol. 3, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd [1947] KB 130.

Chandelor v. Lopus (1603) 79 Eng Rep 3; Cro Jac 4.

CHEN, Jason. Should English Contract Law adopt a general duty to negotiate in Good Faith? *Bristol Law Review*, v. 2017, 2017, pp. 18-27.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Crofton Ventures Ltd. Partnership v. G & H PARTNERSHIP, (116 F. Supp. 2d 633 (D. Md. 2000)).

CUMBERBATCH, Jeff. In Freedom's Cause: The Contract to Negotiate. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 4, 1992, pp. 586-590.

CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. *A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. Lezioni di diritto civile. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

Dearing v. State of Georgia (243 Ga. App. 198 (Ga. Ct. App. 2000)).

DEPAMPHILIS, Donald M. *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities*. 6ª ed. San Diego: Elsevier, 2012.

DEPAMPHILIS, Donald. *Mergers and Acquisitions Basics: negotiation and deal structuring*. New York: Elsevier, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

EISENBERG, Russell A. Commercial Law: Good faith under the Uniform Commercial Code – a new look at an old problem. *Marquette Law Review*, v. 54, n. 1, 1971, pp. 3-6.

EIZERIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. 2 – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd [2014] EWHC 2014 (Comm).

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Apelação Cível* n. 1066058-37.2015.8.26.0100, Relator Des. Hamid Bdine. Julgado em 15/03/2017, DJ de 25/09/2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Apelação Cível* n. 1015045-26.2015.8.26.0576. Relator Des. Teixeira Leite. Julgado em 29/03/2017, DJ de 30/03/2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Apelação Cível* n. 1066058-37.2015.8.26.0100. Relator Des. Hamid Bdine. Julgado em 15/03/2017, DJ de 16/03/2017.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. *Apelação Cível* n. 0083459-69.2012.8.19.0002, Relator Des. André Ribeiro. Julgado em 07/03/2017, DJ de 09/03/2017.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992.

FEINMAN, Jay M. Good Faith and Reasonable Expectations. *Arkansas Law Review*, v. 67, n. 525, 2014, pp. 525-570.

FORTE, A.D.M. Good faith and utmost good faith: insurance and cautionary obligations in scots law. In: FORTE, A.D.M. *Good faith in contract and property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 77-102.

FRADERA, Vera Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Coord.). *Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 231-254.

FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions*. New York: Law Journal Press, 2004 (reprinted).

FRIDMAN, G. H. L. Promissory Estoppel. *Canadian Bar Review*, v. 35, n. 3, 1957, pp. 279-307.

GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAZMURI, Iñigo de la Maza. *Los limites del deber precontractual de información*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2009.

GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. *Yale Law Journal*, v. 94, 1984, pp. 244-313.

GOLDIM, José Roberto. *O Consentimento Informado e a Adequação de seu Uso na Pesquisa com Seres Humanos*. Tese (Doutorado em Medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1999.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Henry Grausz v. John Sampson (302 B.R. 820 (D. Md. 2002))

Hoffer v. Callister, 137 Idaho 291, 47 P.3d 1261 (2002).

HUTCHINSON, Allan C. *Evolution and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 137; BRIDGE, Michael. Good Faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, 2017, pp. 98-115.

Intel Corporation Investment Policy Committee, et al., Petitioners v. Christopher M. Sulyma (17-15864 - 9th Cir. 2018).

JAFFEY, Peter. Restitution, Reliance, and Quantum Meruit. *Restitution Law Review*, v. 8, n. 3, 2000, pp. 270-275.

KIRCHHOF, Luísa. *A business judgment rule e o direito brasileiro: recepção, aplicabilidade e aplicação*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2017.

KLING, Lou R.; SIMON, Eileen Nugent; GOLDMAN, Michael. Summary of Acquisition Agreements. *University of Miami Law Review*, v. 51, n. 3, 1997, pp. 779-817.

LEVIN, Edward J. “Best” is not always best when it comes to knowledge. *American Bar Association, Probate & Property Magazine*, 2016. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/real_property_trust_estate/publications/probate-property-magazine/2016/january_february_2016/2016_aba_rpte_pp_v30_1_article_levin_best_is_not_always_best_when_it_comes_to_knowledge>. Acesso em 27 de fev. 2021.

LEVINESS, Charles T. Caveat Emptor versus Caveat Venditor. *Maryland Law Review*, v. 7, n. 3, 1942, pp. 177-200.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Lyle-Meller v. A. Lewis & Co (Westminster) Ltd., [1956] 1 ALL E.R. 247.

MACQUEEN, Hector L. Good faith in the scots law of contract: an undisclosed principle? In: FORTE, A.D.M. *Good faith in contract and property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 5-38.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e a relativa na teoria das provas: sua natureza jurídica e sua eficácia. *Revista Forense*, v. 74, n. 262, 1978, pp. 89-100.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 79, 1984, pp. 192-223.

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento diferido. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coordenadoras). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, pp. 741-762.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé como Modelo: uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 2, n. 4, 2004, pp. 347-379.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Regimes do Dolo Civil no Direito Brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, v. 923, 2012, pp. 115-144.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 867, 2008.

MAYNARD, Therese H. *Mergers and Acquisitions Cases, Materials and Problems*. 4 ed. New York: Wolters Kluwer, 2017.

MCCAMUS, John D. Abuse of Discretion, Failure to Cooperate and Evasion of Duty: Unpacking the Common Law Duty of Good Faith Contractual Performance. *The Advocates' Quarterly*, v. 29, n. 1, 2, 2004, pp. 72-101.

MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law: text, cases and materials*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MCKENDRICK, Ewan. Good Faith: a matter of principle? In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in contract and property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 39-62.

MEANEY, Michael J. *Contract Issues in Asset and Stock Acquisition Agreements: Warranties, Indemnities, Baskets, Caps, Materiality and Knowledge*. In: The Bullet In (International Lawyers Network), v. 2, n. 5, 2003. Disponível em <http://www.iln.com/bullet_iln_two_five/mcdonald_articles.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2021.

MELO, Diogo Leonardo Machado de Melo. Comentários aos Arts. 186 a 188. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 295-310.

MENDES-MEDEIROS, Mariana. *Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos Internacionais de Aquisição de Empresas ou de Ativos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. (5ª Reimpressão) Coimbra: Almedina, 2013.

MENKE, Fabiano. Comentários aos Arts. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 181-294.

MENKE, Fabiano. Comentários aos Arts. 189 a 232. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 311-376.

Metropolitan Coal Co. v. Howard, 155 F.2d 780 (2d Cir. 1946)

Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK & Ireland Ltd (trading as Medirest) [2013] EWCA Civ 200.

Mkt. St. Assocs. v. Frey, 941 F.2d 588, 595 (7th Cir. 1991)

MUNIZ, Ian de Porto Alegre. *Fusões e Aquisições: aspectos fiscais e societários*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Muskin, Trustee v. State Dept. of Assess. Tax., 422 Md. 544, 30 A.3d 962 (Md. 2011)

NANNI, Giovanni Ettore. Comentários aos Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 377-698.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: saraiva, 1994.

PARGENDLER, Mariana. GOUVÊA, Carlos Portugal. As Diferenças entre Declarações e Garantias e os Efeitos do Conhecimento. *Revista de Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Direito-SP*, 2020. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3668391>>. Acesso em 15 de mar. de 2021.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Comentários aos Arts. 997 a 1.092. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 1.371-1.481.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Vol. III. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

PERRY, Christina. Good Faith in English and US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities. *Business Law International*, v. 17, n. 1, 2016, pp. 27-40.

Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras (No. 3) [2005] EWCA Civ 891.

PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*. Lisboa: Almedina, 2019

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Atualizadores: MELLO, Marcos Bernardes de; EHRARDT JUNIOR, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES, Evandro de. *Representations & Warranties no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2014.

Portee v. State of Georgia (627 S.E.2d 63 (2006), 277 Ga. App. 536 - No. A05A1937).

PWC BRASIL, *Fusões e Aquisições no Brasil - Dezembro 2020*, Assessoria Tributária e Societária. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2020/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-dezembro-20.html>>. Acesso em 20 de abr. de 2021.

PWC BRASIL, *Fusões e Aquisições no Brasil - Dezembro 2019*, Assessoria Tributária e Societária. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2019/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-dezembro.html>>. Acesso em 20 de abr. de 2021.

REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. In: REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

REBELO, Nikolai Sosa. *Os deveres fiduciários dos administradores de S.A.: em operações de fusões e aquisições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

REED, Alexandra Lajoux. ELSON, Charles. *The Art of M&A: due diligence - navigating critical steps and uncovering crucial data*. 2 ed. New York: McGraw-Hill, 2010.

REED, Stanley Foster; LAJOUX, Alexandra Reed; NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide*. 4 ed. New York: McGraw-Hill, 2007.

REINHOLD, Steven. Good Faith in International Law. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, n. 2, 2013, pp. 40-63.

Reliance Finance Corp. v. Miller (557 F.2d 674 - 9th Cir. 1977).

RESCHER, Nicholas. *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. *Apelação Cível* n. 591.028.2915. Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, Julgado em 06/06/1991.

ROCHA, Dinir Salvador Rios da Rocha. Visão geral de due diligence: breves aspectos teóricos e práticos. In: ROCHA, Dinir Salvador Rios da Rocha; QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Direito societário: fusões aquisições, reorganizações societárias e due diligence*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 39-78.

SANSEVERINO, Gustavo Stenzel. *A caracterização normativa do dever de diligência dos administradores das sociedades anônimas*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2015,

SIGA Technologies, Inc. v. PharmAthene, Inc., 2015 Del. LEXIS 678 (Dec. 23, 2015) (SIGA II).

SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (1985); SHARFMAN, Bernard S. The Enduring Legacy of Smith v. Van Gorkom. *Delaware Journal of Corporate Law*, v. 33, 2008, pp. 287-309.

STIGLITZ, Rubén S. La Obligación Precontractual y Contractual de Información. El Deber de Consejo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, 1997.

STYLES, Scott C. Good faith: a principled matter. In: FORTE, A.D.M. *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 157-180.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Coleção soluções práticas de direito: pareceres - Relações Obrigacionais e Contratos*. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 425-450.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. Uniform Commercial Code: official text and comments. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Thomson Reuters, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 3. Tomo II. Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 9; LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

THOMSON, Joseph M. Good faith in contracting: a septical view. In: FORTE, A.D.M. *Good faith in contract and property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 63-76.

Vallejo v. Wheeler (1774) 1 Cowp 143.

WALD, Arnoldo. Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. *Revista dos Tribunais*, v. 949, 2014, pp. 95-103.

Walford v. Miles [1992] 2 AC 128.

WANDLING, Jason. Estoppel. *Legal Studies Forum*, v. 25, n. 3, 4, 2001, pp. 343-352.

WEINBERGER, Alan M. Let the Buyer Be Well Informed: doubting the Demise of Caveat Emptor. *Maryland Law Review*, v. 55, n. 2, 1996, pp. 387-424.

Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111.

YAZBEK, Otavio. Representações do Dever de Diligência na doutrina jurídica brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Coord.). *Temas essenciais*

de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 940-961.

ZANNETI, Cristiano de Sousa. Comentários aos Arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 696-780.