

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**A cláusula de declarações e garantias como mecanismo de prevenção de litígios
em contratos de empreitada**

Thiago Soares Sbrano

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.
Orientadora: Profa. Dra. Lie Uema do Carmo

Versão de 13.10.2020

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

O problema a ser explorado no trabalho de conclusão se refere à análise de como o tratamento contratual das cláusulas de declarações e garantias em contratos de empreitada pode servir como mecanismo de prevenção de litígios, de modo a conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos contratantes.

As declarações e garantias¹, cláusulas derivadas de instituto habitualmente utilizado em países que adotam o sistema jurídico do *Common Law* (nos quais tais disposições contratuais são denominadas de *representations and warranties*), foram incorporadas à prática jurídica brasileira e, a despeito de sua presença marcante em contratos de M&A, são utilizadas nos mais variados contratos, como o de empreitada, podendo assumir diversas funções, dada a sua elasticidade, como, por exemplo, a redução da assimetria de informações e a prevenção de vícios de consentimento.

Todavia, a depender do regramento contratual adotado, as declarações e garantias, associadas às disposições referentes ao seu descumprimento², podem servir de gatilhos para comportamentos oportunistas do empreiteiro ou do dono da obra, com o objetivo velado de impor alterações nos termos comerciais do negócio, fabricar pleitos ou mesmo de se desvincular do contrato sem maiores custos³.

¹ Também denominadas representações e garantias, cláusulas enunciativas etc.

² *E.g.*, condições suspensiva e resolutive, cláusula penal, cláusula limitação de responsabilidade, cláusula de revisão contratual, cláusula resolutive expressa, cláusula de resolução de conflitos.

³ “Although business lawyers frequently incorporate well-defined liability limitations in the written agreements that they negotiate and draft on behalf of their corporate clients, contracting parties that are dissatisfied with the deal embodied in that written agreement often attempt to circumvent those limitations by premising tort-based fraud and negligent misrepresentation claims on the alleged inaccuracy of both purported pre-contractual representations and express, contractual warranties. The mere threat of a fraud or negligent misrepresentation claim can be used as a bargaining chip by a counterparty attempting to avoid the contractual deal that it made. Indeed, fraud and negligent misrepresentation claims have proven to be tough to define, easy to allege, hard to dismiss on a pre-discovery motion, difficult to disprove without expensive and lengthy litigation, and highly susceptible to the erroneous conclusions of judges and juries”. WEST, G. D.; LEWIS, JR., W. B. Contracting to Avoid Extra-Contractual Liability - Can Your Contractual Deal Ever Really Be the “Entire” Deal? **The Business Lawyer**, v. 64, ago/2009, p. 999.

Some-se a isso o fato de que (i) ordinariamente, a empreitada se desenvolve um ambiente acentuado de litígios, especialmente no setor da construção civil⁴; e (ii) a morosidade⁵ e a imprevisibilidade⁶ inerentes ao sistema judiciário brasileiro contribuem para tornar o processo judicial uma alternativa extremamente ineficiente para a resolução de disputas no âmbito dos contratos de empreitada, especialmente nos casos de obras tecnicamente complexas, que demandam a produção de prova pericial.

Nesse contexto, e diante do entendimento jurisprudencial sobre a disciplina do contrato típico de empreitada⁷, a autonomia privada e a disciplina das declarações e garantias no contrato de empreitada ganham especial relevo na (i) gestão, positiva ou negativa, dos riscos do negócio⁸; (ii) prevenção de litígios; e, por conseguinte (iii) indução do comportamento das partes visando ao fim do processo obrigacional animado pela boa-fé objetiva – o que, no caso dos contratos de empreitada, consiste, de um modo geral, na conclusão da obra “de acordo com o ajuste” (artigo 615 do Código Civil).

O modelo de pesquisa predominante será a resolução de problema.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Quesito 1: Com que frequência as cláusulas de declarações e garantias são inseridas em contratos de empreitada? Quais as previsões usualmente estabelecidas nessas cláusulas, inclusive no tocante ao seu descumprimento? As declarações e garantias são normalmente precedidas de algum esforço das partes para obtenção de informações?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: consulta a contratos de empreitada objeto de litígios judiciais e de clientes (observada eventual confidencialidade), experiência profissional própria e entrevistas com especialistas do setor de construção civil.

⁴ A relevância social e econômica dos litígios na construção civil desborda as fronteiras nacionais. Há três décadas, o *International Council for Research and Innovation in Building and Construction – CIB*, uma associação criada para facilitar a cooperação internacional entre pesquisas governamentais e o setor da construção, promove estudos, eventos e publicações sobre formas de gerenciamento, prevenção e resolução dos conflitos e disputas no setor da construção civil – o que, cabe ressaltar, tem inspirado a produção de trabalhos acadêmicos na área de engenharia com forte interseção do campo jurídico. Nesse sentido, ver: BUCKER, Maurício Brun. **Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2010.

⁵ Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ na publicação “Justiça em Números” de 2020, o tempo médio de duração de um processo na justiça estadual, desde a fase de conhecimento até o término da fase de execução, é de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 13.10.2020.

⁶ Notadamente em razão do ainda embrionário sistema de precedentes obrigatórios instituído pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

⁷ Para o desenvolvimento do trabalho de conclusão, pretende-se realizar pesquisa jurisprudencial para identificar as principais controvérsias relativas ao contrato de empreitada submetidas ao Poder Judiciário (e.g., a garantia quinquenal prevista no artigo 618 do Código Civil) e, a partir da análise do entendimento dos principais tribunais brasileiros, fazer recomendações práticas sobre como prevenir litígios.

⁸ A depender dos custos de transação associados à operação pretendida, os contratantes optarão por alocar os riscos ordinários e extraordinários *ex ante* (i.e., no momento da contratação, com regramento expresso no contrato de empreitada) ou *ex post*, caso em que as partes voluntariamente postergam a repartição dos riscos para o futuro, dando ensejo ao fenômeno da incompletude contratual. Nesta hipótese, mesmo diante da opção pelo contrato incompleto, as partes podem definir vetores interpretativos e critérios para o preenchimento das lacunas pelo juiz ou pelo árbitro – e, nessa hipótese, as declarações e garantias podem servir a esse papel.

Quesito 2: Quais são os objetivos das partes contratantes com a inserção de cláusulas de declarações e garantias em contratos de empreitada?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: consulta a contratos de empreitada objeto de litígios judiciais e de clientes (observada eventual confidencialidade), experiência profissional própria e entrevistas com especialistas do setor de construção civil.

Quesito 3: Quais são e como são resolvidos os conflitos e as disputas que normalmente resultam da execução de contratos de empreitada?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: pesquisa doutrinária, pesquisa jurisprudencial, experiência própria e entrevistas com especialistas do setor de construção civil.

Quesito 4: Qual é o tratamento conferido pelo Código Civil em matéria de declarações e garantias?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Código Civil, pesquisa doutrinária, pesquisa jurisprudencial e a ementários de sentenças arbitrais.

Quesito 5: De acordo com a legislação brasileira, quais são as possíveis consequências jurídicas da omissão, inexatidão ou falsidade da declaração prestada por alguma das partes contratantes?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: Código Civil, pesquisa doutrinária, pesquisa jurisprudencial e a ementários de sentenças arbitrais.

Quesito 6: Qual é a extensão do dever de informar das partes em contratos de empreitada à luz do seu regramento legal e da boa-fé objetiva? A diligência do declaratório na busca pela informação é um elemento a ser considerado?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: pesquisa doutrinária e pesquisa jurisprudencial.

Quesito 7: Quais são as possíveis funções das declarações e garantias em contratos de empreitada? O seu regramento contratual pode servir como mecanismo de prevenção de litígios e de incentivo ao cumprimento do contrato?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: pesquisa doutrinária e pesquisa jurisprudencial.

Quesito 8: Como as declarações e garantias podem funcionar como de prevenção de litígios e de incentivo ao cumprimento do contrato de empreitada? É possível associá-las à métodos alternativos de resolução de disputas?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência própria, pesquisa doutrinária e pesquisa jurisprudencial.

Quesito 9: Quais são as cautelas que as partes contratantes devem adotar no regramento das declarações e garantias em contratos de empreitada?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência própria, pesquisa doutrinária e pesquisa jurisprudencial.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A relevância prática do tema objeto de pesquisa pode ser compreendida à luz de seu principal objetivo: oferecer, aos profissionais do direito, recomendações práticas sobre o tratamento das declarações e garantias com vistas a prevenir litígios e, ao fim e ao cabo, conferir maior segurança e previsibilidade⁹ às partes em contratos de empreitada, que, como se sabe, são instrumentos para a consecução de relevantes operações econômicas, que movimentam bilhões de reais todos os anos¹⁰.

O caráter inovador da pesquisa decorre do seu direcionamento. Há relevante bibliografia sobre declarações e garantias, sobretudo no que tange às consequências da falsidade, inexatidão ou omissão de declarações previstas em contratos de M&A. Contudo, o olhar da pesquisa se volta ao modo pelo qual o regramento contratual das declarações e garantias em contratos típicos de empreitada pode evitar conflitos dispendiosos e demorados, para, enfim, servir de incentivo à conclusão da obra pretendida no momento da contratação, a tempo e a contento.

O potencial de impacto do trabalho de conclusão consiste na produção de recomendações de tratamento contratual das declarações e garantias, de modo a contribuir para o desenvolvimento de empreitadas em ambiente mais seguro, previsível e menos conflituoso do ponto de vista jurídico.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

Atuo há mais de sete anos na área de contencioso estratégico, especialmente em conflitos de direito privado. Durante esse período, tive a oportunidade de participar de diversos litígios judiciais e arbitrais envolvendo contratos de empreitada no setor da construção civil.

⁹ Como bem destaca a doutrina: “[q]uanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por WEBER e base do pensamento de juristas modernos, é a razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores de funcionamento dos contratos empresariais”. FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 119.

¹⁰ A título exemplificativo – e embora o potencial de utilização contrato de empreitada não se esgote em obras de construção civil –, segundo os dados divulgados pelo “Observatório da Construção”, organizado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, “[a]s despesas com obras e serviços realizadas de janeiro a junho de 2020 totalizaram R\$ 273,5 bilhões, o que equivaleu a 7,9% do PIB do país”. Disponível em <https://www.fiesp.com.br/observatoriodaconstrucao/noticias/13517/>. Acesso em 13.10.2020.

Pude notar que o litígio muitas vezes nasce do texto contratual, seja pela omissão (muitas vezes intencional) sobre determinada questão ou contingência, seja pela textura aberta dos termos utilizados no contrato, que acabam servindo de incentivos a comportamentos oportunistas, abusivos e contrários à boa-fé.

Além disso, percebo, na prática, como o litígio pode gerar custos altíssimos aos contratantes, especialmente quando submetem questões tecnicamente complexas ao Poder Judiciário, assoberbado, lento e, não raras vezes, tecnicamente incapaz de compreender intrincadas discussões de engenharia – o que é pressuposto para a adequada pacificação das disputas.

Essa percepção, fruto da prática profissional, foi o que motivou a escolha do tema.

Portanto, tenho familiaridade com o objeto de pesquisa em razão de minha atividade profissional, o que não obsta a futura coleta de informações sobre o tema mediante entrevistas de especialistas do setor de construção civil.

5. Bibliografia preliminar

BENETTI, Giovanna. **Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BENVENUTI, Ronaldo. **Utilização da arbitragem como forma de solução de disputas por empresas construtoras**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2010.

BUCKER, Maurício Brun. **Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2010.

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de construção de grandes obras**. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CUNHA, Juliana Bonazza Teixeira da. **A Qualificadora “No Melhor Conhecimento” em Contratos de Compra e Venda de Participação Societária**. Dissertação (Mestrado Profissional). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2019.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação (Mestrado), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil, 2019.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GILSON, Ronald J. **Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing**. The Yale Law Journal, vol. 94, n. 2, dez. 1984.

GREZZANA, Giacomo. **A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

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**. In: Revista dos Tribunais. Vol. 923/2012, set. 2012.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Importação de Modelos Contratuais**. Valor Econômico, 27 set. 2013.

PONTES, Evandro Fernandes. **Representations & Warranties no Direito Brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2014.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SABADIN, Mariana Guerra. **Autonomia Privada e Licença para Mentir – Uma Investigação Sobre a Possibilidade de Limitação Contratual da Responsabilidade por Dolo**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2015.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. **Anticipating Litigation in Contract Design**. The Yale Law Journal, vol. 115, n. 4, jan. 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. **A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos**. In: Revista Brasileira de Direito Civil, v.6. out/dez. 2015.

WALD, Arnoldo. **Dolo Acidental do Vendedor e Violação das Garantias Prestadas**. Revista dos Tribunais, Vol. 949/2017.

6. Sumário Preliminar

Introdução

1. Regime jurídico do contrato de empreitada.
2. A cláusula de declarações e garantias à luz do direito brasileiro
3. Tratamento contratual das declarações e garantias como meio de prevenção de litígios nos contratos de empreitada.

Conclusões

Referências bibliográficas

7. Cronograma de execução

Atividade	2020			2021												Horas
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
Levantamento de fontes bibliográficas	■	■														30h
Leitura, análise e fichamento da bibliografia		■	■	■												100h
Entrevistas com atores relevantes				■												20h
Redação e entrega da versão preliminar				■	■											100h
Desenvolvimento do trabalho após versão preliminar					■	■	■	■	■							50h
Entrega da versão intermediária										■						---
Revisão e aprimoramento da versão intermediária										■	■	■	■			80h
Entrega da versão provisória do TC														■		---
	TOTAL DE HORAS ESTIMADAS															380h