

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais

Fernando Araújo de Souza

**A cláusula de remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de
participação societária de controle**
Noção e limites à luz do direito brasileiro

Porto Alegre

2024

Fernando Araújo de Souza

**A cláusula de remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de
participação societária de controle**

Noção e limites à luz do direito brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dra. Giovana Valentiniano
Benetti

Porto Alegre

2024

CIP - Catalogação na Publicação

de Souza, Fernando Araújo

A cláusula de remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participação societária de controle: Noção e limites à luz do direito brasileiro / Fernando Araújo de Souza. -- 2024.

74 f.

Orientadora: Giovana Valentiniano Benetti.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2024.

1. Cláusula de Remédio Exclusivo. 2. Fusões e Aquisições. 3. Contratos. 4. Autonomia Privada. 5. Ordem Pública. I. Benetti, Giovana Valentiniano, orient. II. Título.

Fernando Araújo de Souza

**A cláusula de remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de
participação societária de controle**

Noção e limites à luz do direito brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dra. Giovana Valetiniano
Benetti

Aprovado em: Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2024.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dra. Giovana Valetiniano Benetti
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Lucas Gravonski

RESUMO

As operações de fusões e aquisições entre empresas estrangeiras e brasileiras têm se disseminado, trazendo efeitos diretos nas relações entre privados no Brasil. Nesse sentido, os contratos de compra e venda de participação societária, oriundos dessas transações, acarretam a inserção de cláusulas e estruturas contratuais estranhas ao direito brasileiro. Um desses elementos importados é a cláusula de remédio exclusivo, cuja verificação entre a compatibilidade de seus efeitos e o ordenamento jurídico brasileiro é o objetivo desta monografia. Tal cláusula é pactuada com a intenção de eleger um único remédio a ser aplicado em casos de violações contratuais, afastando convencionalmente qualquer outro remédio legal disponível. Para verificar a recepção dessa pactuação pelo ordenamento pátrio, é necessário observar o caráter cogente ou dispositivo dos remédios legais que serão afastados por essa cláusula. Por essa razão, analisou-se o funcionamento da autonomia privada, no Brasil, bem como seus limitadores. Além disso, discorreu-se acerca da possibilidade de afastamento, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, da resolução contratual por inadimplemento, do cumprimento específico da obrigação e da invalidade do negócio jurídico. Por fim, constatou-se que a cláusula de remédio exclusivo pode ter sua pactuação recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que sua utilização observe as suas normas e princípios cogentes, manifestados legalmente e nos preceitos de ordem pública que sustentam este ordenamento.

Palavras-chave: Cláusula de Remédio Exclusivo. Fusões e Aquisições. Contratos. Autonomia Privada. Ordem Pública. Boa-fé Objetiva.

ABSTRACT

Mergers and Acquisitions transactions between foreign and Brazilian companies have been increasing and spreading in Brazilian territory, causing direct impacts on private relations in Brazil. In this regard, Shareholder Purchase Agreements, a kind of agreement originated from these transactions, have been contributing for the insertion of clauses and contractual structure that are foreign to Brazilian law. In this connection, the Exclusive Remedy provision is one of these imported clauses, being the verification about the compatibility between its effects and the Brazilian legal system the main goal of this monograph. This clause is agreed between parties that aim to choose the sole and exclusive remedy to be applied in cases of contractual breaches, jointly and expressly acting to avoid the occurrence of any other legal remedies that could be available in such relation. In order to verify the acceptance of such provision by the Brazilian legal system, it is necessary to observe the mandatory or dispositive nature of the avoided legal remedies in Brazilian law. With this in mind, the functioning of private autonomy in Brazil was analyzed, as well as its limitations. In addition, examinations were made in order to verify the possibility of ruling out, in the Brazilian legal system, the legal remedies of termination for contractual breaches, specific performance and the invalidity of the contract. As a result, it was possible to realize that the exclusive remedy provision can be accepted by the Brazilian legal system, as long as its use complies with mandatory legal rules and public policy precepts that hold such legal system together.

Keywords: Exclusive Remedy Clause. Mergers and Acquisitions. Contracts. Private Autonomy. Public Policy. Objective Good Faith.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE CONTROLE E A CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO COMO MELHOR REMÉDIO	11
2.1	PECULIARIDADES DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE CONTROLE	12
2.2	A CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO: CONCEITO E FUNÇÃO	23
3	A RECEPÇÃO DA CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO NO DIREITO BRASILEIRO E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À SUA UTILIZAÇÃO	31
3.1	A AUTONOMIA PRIVADA E A LIBERDADE NEGOCIAL EM FACE DA POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO CONVENCIONAL DE NORMAS COGENTES 35	
3.2	A COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO COM O AFASTAMENTO CONVENCIONAL DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL E DO CUMPRIMENTO ESPECÍFICO.....	47
3.3	A INCOMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO COM O AFASTAMENTO CONVENCIONAL DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO EM DECORRÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VONTADE VICIADA POR DOLO 52	
4	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada, entre outras questões, pelo caráter de extrema globalização e pela existência de uma economia mundial, que evolui de maneira orgânica, dinâmica e integrada, de maneira a tornar comum e essencial que as inúmeras empresas deste mercado global interajam e negociem entre si de modo cada vez mais frequente. Tal fato reflete diretamente no mundo dos negócios e, conseqüentemente, no Direito Privado.

Neste contexto, as negociações envolvendo aquisições empresariais têm se desenvolvido em ritmo acelerado principalmente a partir da década de 1980, conhecida como “*The Deal Decade*”, momento em que se diversificaram os modos pelos quais essas se concretizam¹. A essas operações, que identificam “o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação”², dá-se o nome, originário do direito anglo-saxão, de *Mergers & Acquisitions* (“*M&A*”) ou, em tradução utilizada pela doutrina brasileira, de Fusões e Aquisições.

Sergio Botrel³ atribui à operação de fusões e aquisições a qualidade de ser o instrumento por meio do qual a empresa consegue efetivar e acelerar o seu crescimento de maneira inorgânica, ou seja, por meio de uma atuação ativa para o aumento de seu poder comercial e mercadológico. Tal mecanismo traz à empresa a possibilidade de ampliação de sua posição de mercado, superação de barreiras de entrada, principalmente no que toca ao acesso a mercados estrangeiros, obtenção de maior e mais barata escala de produção, aquisição de ativos estratégicos e apropriação de novas tecnologias de forma mais célere em comparação com os resultados que poderia obter a partir de seu crescimento orgânico e natural⁴.

Para a finalidade desta monografia, caberá a análise de uma das espécies de operações de fusões e aquisições comumente utilizadas pelas organizações para atingir os objetivos acima retratados, a aquisição secundária de sociedades⁵. Tal transação ocorre por intermédio da realização de um contrato de compra e venda de participações societárias de titularidade de sócio controlador da empresa da qual se pretende explorar os negócios, e, muito sinteticamente, tem como objetivo transmitir,

¹CÂMARA, P.; BASTOS, M.B. **O direito da aquisição de empresas**: uma introdução. In:CÂMARA, Paulo (Coord.). Coimbra Editora, 2011, p. 14.

²COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 23.

³COUTINHO, loc. cit.

⁴WAINSTEIN, S.V.; SILVA, S.B. **Fusões e aquisições como um feixe de contratos**. Revista de Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis. v. 7. n.1. p. 104. Jan/Jul. 2021.

⁵COUTINHO, op. cit., p. 164.

através da cessão de quotas ou ações, a operação de determinada sociedade para o comprador que busca, por intermédio dessa transação, assumir a gestão da sociedade adquirida.

Neste âmbito, o Brasil tem se destacado como um mercado atrativo e com um grande potencial de desenvolvimento para as empresas que buscam operacionalizar tais transações⁶. Como expressão dessa realidade, os números atuais relativos às operações de fusões e aquisições efetuadas no país demonstram uma movimentação de mais de 145 bilhões de reais, ocorrida apenas nos três primeiros trimestres de 2023, distribuídos em mais de mil transações de *M&A* concretizadas nesse mesmo período⁷, números que colocam o Brasil como o país mais ativo da América Latina no mercado de fusões e aquisições⁸.

Além disso, o cenário atual demonstra que as principais e mais vultosas operações de fusões e aquisições, no Brasil, envolvem empresas estrangeiras que desejam entrar ou consolidar posição no mercado brasileiro. Nesse sentido, dados divulgados pela KPMG⁹ demonstram que empresas localizadas nos Estados Unidos, Reino Unido e Alemanha estão entre as que mais investem em empresas brasileiras através dessas operações.

Como consequência disso, os negócios formalizados entre empresas brasileiras e empresas pertencentes a países de *Common Law*, como os Estados Unidos e o Reino Unido, têm se tornado frequentes. Esse fato faz com que haja uma disseminação, no Brasil, de contratos de compra e venda de participações societárias baseados em estruturas e cláusulas originadas e desenvolvidas no âmbito do direito comum, trazendo à realidade brasileira a presença de institutos e conceitos que podem não ser compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio.

Sobre isso, observar-se-á que esses contratos, em razão da complexidade inerente a essas transações, possuem estrutura e cláusulas padronizadas, as quais a utilização costuma ser imprescindível para as partes que buscam garantir segurança jurídica e previsibilidade ao negócio jurídico celebrado, principalmente em contextos de *Common Law*. Uma dessas cláusulas, cuja compatibilidade com o

⁶BRAGANÇA, Heder. **Fusões e aquisições, uma mina de ouro para o Brasil**. Poder 360. Brasília. 13 ago. 2023.

⁷RIGAMONTI, Stéfanie. **Perfil das fusões e aquisições no Brasil indica melhora no mercado**. Folha de São Paulo. São Paulo, 08 out. 2023.

⁸VSH PARTNERS. **Brasil está no topo do ranking dos países mais ativos em fusões e aquisições**. G1. Rio de Janeiro. 09 out. 2023.

⁹KPMG CORPORATE FINANCE LTDA. **Relatório de Fusões e Aquisições 2023 – 2º Trimestre**. KPMG. São Paulo. Jul. 2023.

ordenamento jurídico brasileiro será o objeto de estudo desta monografia, é a cláusula de remédio exclusivo (“*Exclusive Remedy Clause*”).

Presente em grande parte dos contratos de fusões e aquisições¹⁰, a cláusula de remédio exclusivo é utilizada, conforme definição de Catarina Monteiro Pires¹¹, como mecanismo de delimitação dos meios de reação das partes a uma perturbação contratual. Nesse sentido, tal cláusula visa prever o único remédio que poderá ser utilizado pelos contratantes em caso de inadimplemento ou violação de algum dos termos do contrato, afastando a possibilidade de aplicação de qualquer outra solução legalmente prevista para esses casos.

Tendo em vista o acima exposto, esta monografia terá como objetivo, portanto, verificar a compatibilidade entre a cláusula de remédio exclusivo, quando pactuada nos contratos de compra e venda de participações societárias ocorridas no Brasil, e o ordenamento jurídico brasileiro. Buscar-se-á encontrar tal resposta por meio da análise acerca da possibilidade de afastamento convencional, promovido pela cláusula de remédio exclusivo, dos remédios legalmente previstos pelo ordenamento jurídico pátrio para os casos de inadimplemento ou de violações contratuais. Nesse âmbito, partir-se-á da hipótese, a ser, ou não, comprovada, de que os remédios fornecidos pelo direito privado brasileiro, pautado, como será observado, na autonomia privada e na liberdade contratual, podem ser, especificamente nesses contratos, livremente renunciados pelos contratantes, desde que esses elejam convencionalmente um remédio substitutivo, o que será efetivado através da cláusula de remédio exclusivo.

Para se chegar à justa conclusão acerca do examinado, esta monografia, valendo-se de extensa pesquisa doutrinária e da análise de diferentes legislações, buscará conceituar e explicar o processo de formação dos contratos de compra e venda de participações societárias, a função da cláusula de remédio exclusivo nesses contratos e os limites da autonomia privada e da liberdade contratual no direito brasileiro. Tendo esses tópicos em consideração, o presente trabalho será dividido em dois capítulos.

¹⁰Uma pesquisa realizada pela *American Bar Association* sobre os contratos de *M&A* firmados no contexto norte americano, entre 2005 e 2021, revelou que a cláusula de remédio exclusivo chegou a estar presente em 97% dos contratos analisados. (AVERY, Daniel. **2021 Trends in Private Target M&A: Indemnification as an Exclusive Remedy**. Bloomberg Law. Arlington. Jun. 2022.).

¹¹PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 900-901.

O primeiro capítulo terá como objetivo definir o que é o contrato de compra e venda de participações societárias e o conceito e função da cláusula de remédio exclusivo nesses contratos. Para isso, far-se-á uma análise sobre a natureza jurídica das participações societárias, sobre o tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro dá à forma desses contratos, bem como sobre os pontos que integram todo o processo negocial necessário para a celebração desses contratos. Além disso, buscar-se-á explicar, de modo detalhado, através de contribuições doutrinárias de autores de diferentes países e culturas jurídicas, o conceito da cláusula de remédio exclusivo e as finalidades buscadas pelas partes no momento de sua pactuação.

Com o avanço da pesquisa, o segundo capítulo discorrerá, concretamente, sobre a possibilidade do afastamento convencional de normas cogentes para que seja possível verificar a existência de limites à aplicação da cláusula de remédio exclusivo no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, trará investigações acerca dos conceitos e da aplicação dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual no direito brasileiro, analisando seus limites, principalmente, em face dos institutos jurídicos cogentes da ordem pública, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

Ainda nesse capítulo, tratar-se-á da possibilidade de afastamento convencional dos principais remédios legalmente previstos para os casos de inadimplemento. Sendo assim, essa seção buscará uma resposta acerca da possibilidade das partes afastarem, por intermédio da cláusula de remédio exclusivo, a incidência da resolução contratual e do cumprimento específico, analisando o caráter dispositivo dessas normas e os aspectos que podem fazer com que os contratantes busquem evitar a aplicação de tais remédios na concretização desses negócios.

Haverá, por fim, a análise da compatibilidade entre a cláusula de remédio exclusivo e o afastamento convencional da invalidade do contrato por defeitos do negócio jurídico. Para se chegar a uma conclusão, serão apresentados os planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico, analisando-se, com ênfase, os pontos que maculam a validade do negócio celebrado e, conseqüentemente, seus efeitos. Nesse sentido, será analisada a figura do dolo enquanto instituto que age fora dos limites da autonomia privada e da liberdade contratual, correlacionando-o com institutos violadores de ordem pública.

Ao final, espera-se conseguir responder, com clareza, acerca da possibilidade de partes empresárias, em contratos de compra e venda de participações societárias, pactuarem a cláusula de remédio exclusivo, sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a possibilidade do afastamento convencional dos remédios legalmente previstos pelo direito privado brasileiro, especificamente se analisando a possibilidade de renúncia aos direitos de exigir a resolução contratual por inadimplemento¹², o cumprimento específico da obrigação inadimplida¹³ e a invalidade do negócio jurídico por defeitos em sua formação¹⁴.

¹² Vide artigo 475 do Código Civil Brasileiro.

¹³ Vide artigo 499 do Código de Processo Civil Brasileiro.

¹⁴ Vide artigo 138 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

2 O CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE CONTROLE E A CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO COMO MELHOR REMÉDIO

Em vista do melhor entendimento acerca das peculiaridades e características comuns aos contratos de compra e venda de participação societária, faz-se cabível a elucidação de alguns conceitos introdutórios. Nessa linha, antes de se adentrar a figura contratual, é importante trazer o conceito de participação societária e o modo de sua transferência.

Gabriel Buschinelli define a participação societária, valendo-se de conceitos consolidados pela doutrina italiana e interiorizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como “o conjunto de direitos e obrigações da posição jurídica de sócio”¹⁵, funcionando como um mecanismo pelo qual ocorre a mobilização da posição de sócio¹⁶, aqui devendo ser compreendida pela universalidade dos direitos e encargos legais atrelados a esse *status* jurídico, como, por exemplo, no caso brasileiro, as responsabilidades de integralização de capital, o dever de diligência e de probidade na gestão empresarial, bem como os direitos de voto e de participação nos resultados da empresa¹⁷.

Quanto à natureza jurídica da participação societária, não há um consenso doutrinário sobre o tema¹⁸. Contudo, há de considerar apropriado o entendimento segundo o qual a participação societária consiste em um objeto de direito, ao qual se

¹⁵BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Compra e venda de participações societárias de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.p.89.

¹⁶ Ibidem. p. 93.

¹⁷ Vide, neste sentido, arts. 981, 1.005, 1.025, 1.052, 1.071, 1.085, 1.088, 1.116 e 1.119 do Código Civil e arts. 109, 116 e 117 da Lei nº 6.404/76.

¹⁸ A este respeito, Gabriel Buschinelli indica diferentes posicionamentos doutrinários: “Na concepção clássica da doutrina francesa, considerava-se inconcebível que um direito não fosse nem um direito de propriedade, nem um direito de crédito. As participações societárias, por conseguinte, deveriam se enquadrar em alguma das categorias. Por não estar na base da condição de sócio um direito sobre um bem, admitia-se que os sócios seriam credores. Na síntese de RIPERT e ROBLOT, os sócios, em virtude do aporte que realizam, tornar-se-iam titulares de crédito eventual, condicionado à verificação de dividendos e à permanência de saldo líquido positivo na hipótese de liquidação. [...] Uma segunda possibilidade seria compreender a participação societária como direito subjetivo. A dificuldade desse enquadramento, porém, é que hoje se admite que a parte relevante da posição de sócio é composta por deveres e não somente por direitos. [...] Em atenção à circunstância de que as participações societárias encerram também deveres, há quem proponha que ela constituiria uma *relação jurídica*. Fruto da autonomia das partes, a participação societária seria a representação do complexo de direitos e deveres do sócio na sociedade. [...] A quarta análise da participação societária deriva de seu caráter de objeto de direito. Todos os direitos e deveres inerentes à condição de sócio são resumidos em uma unidade passível de transmissão a terceiros ou de ser gravada por direitos reais como o usufruto e o penhor. [...] Percebe-se com isso, que a participação societária funciona como um mecanismo para mobilizar a posição de sócio.” (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Compra e venda de participações societárias de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 72 et seq.)

atribuem todos os direitos e deveres inerentes à condição de sócio em uma unidade passível de transmissão a terceiros¹⁹.

Tecidas essas breves considerações sobre a operação, é possível, agora, discorrer sobre o contrato nela envolvido. Isso é o que será feito a partir da próxima seção.

2.1 PECULIARIDADES DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE CONTROLE

O contrato de compra e venda de participação societária é um negócio jurídico de direito privado, de caráter consensual, pautado na autorregulação privada de interesses e nos princípios da autonomia privada e da autorresponsabilidade dos sujeitos²⁰. Tal negócio jurídico visa à transferência, mediante recebimento de preço, de quotas ou ações que representem o controle de uma sociedade ao comprador.

Além disso, importante ressaltar que, de uma maneira geral, o instrumento é firmado entre partes empresárias, sofisticadas e especializadas, após exaustivas, extensas e detalhadas negociações e da realização de estudos e análises internas profundas acerca dos impactos financeiros, contábeis e mercadológicos da operação. Nesse âmbito, faz-se produtiva a análise do caráter paritário desses contratos, principalmente para o entendimento correto acerca da possibilidade de pactuação e de produção dos efeitos da cláusula de remédio exclusivo, que será posteriormente analisada.

Nesse âmbito, Francisco Paulo de Crescenzo Marino²¹, ao discutir as alterações ocasionadas pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) sobre o art. 421-A²² do Código Civil, que trouxe a presunção²³ das características de

¹⁹BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Compra e venda de participações societárias de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2018 p. 341.

²⁰PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2.. p. 895.

²¹MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Comentário ao artigo 421-A do Código Civil**: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: Comentários. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 511-527.

²² Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser

paridade e simetria aos contratos civis e empresariais, expõe a movimentação do legislador brasileiro no sentido de reforçar a “liberdade dos contratantes frente à intervenção estatal”²⁴. A respeito da conceituação de contratos paritários, o mesmo autor revela que essa circunstância se manifesta em todos os contratos negociados, ou seja, está presente em todos aqueles contratos nos quais as partes puderam livremente eleger e ponderar os riscos aos quais se submeterão com a celebração do negócio jurídico, nos quais inexistente relação de consumo ou imposição de termos previamente prescritos por apenas uma das partes sobre a outra, como nos casos de contratos considerados assimétricos, como os consumeristas ou os firmados por adesão²⁵.

Ademais, Paula A. Forgioni²⁶ lança atenção ao fato de que a atribuição do aspecto paritário e simétrico aos contratos empresariais não pode ser confundida com a ideia de presunção de igualdade ou de equilíbrio entre as partes negociantes, sendo ambos os pontos independentes. Nesse sentido, revela que a paridade atribuída não quer referir que as partes contratantes estejam em perfeita posição de igualdade e equilíbrio, o que, de fato, muitas vezes não ocorre no mundo empresarial, mas, sim, que aquele contrato foi celebrado entre “empresas que

respeitada e observada; e, III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (BRASIL. **Código Civil**.)

²³ O autor defende que essa presunção seria *juris tantum*, ou seja, admitindo que poderia ser afastada caso comprovada a vulnerabilidade técnica, econômica, jurídica ou científica de uma das partes. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 519.).

²⁴ Nesse sentido, Judith Martins-Costa expõe a intenção do legislador do seguinte modo: “As alterações que atingiam as relações privadas visavam, declaradamente, diminuir a intervenção estatal nas atividades econômicas e, em especial, no campo contratual, em intenção de poda dos dois galhos do dirigismo estatal: via Estado-juiz, por reiterada declaração de que a intervenção em contratos e sua revisão serão sempre excepcionais; e via Estado-lei, por tentativa que tornaria dispositivas todas as regras legais cogentes de direito contratual. Entendia-se, por exemplo, que, com os dispositivos insertos, mitigar-se-ia a “discricionariedade” do juiz “para interpretar contratos e negócios jurídicos privados””. (MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 28.).

²⁵ Sobre esses contratos assimétricos, cabe ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece proteções específicas para dirimir tais desequilíbrios, como as expressamente previstas no Código de Defesa do Consumidor, cujas normas possuem caráter de ordem pública, bem como aquelas que tratam especificamente dos contratos de adesão, observadas nos art. 423 e 424 do Código Civil. Tais disposições, entretanto, não serão aplicáveis aos contratos de compra e venda de participação societária, tendo em vista que esse negócio é firmado entre partes empresárias, o que afasta o consumerismo, e tem seus pontos minuciosamente negociados entre as partes, não havendo falar em predisposição de cláusulas ou imposição de termos a qualquer dos contratantes.

²⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 288.

analisaram o negócio e decidiram contratar, avaliando que as vantagens trazidas pela operação superam as desvantagens.”²⁷.

Além disso, na ordem negocial, tal contratação, considerando a sua complexidade, costuma trazer, para ambas as partes, compromissos obrigacionais, que serão de suma importância para a conclusão da operação e que poderão estar presentes, inclusive, em acordos prévios que instituem deveres, como de sigilo, de correta divulgação da escrituração contábil da sociedade-alvo, de veracidade das informações e declarações e garantias prestadas e, de modo não exaustivo, de administração proba e no melhor interesse da sociedade durante a negociação²⁸.

Quanto à forma de realização do contrato, o ordenamento jurídico brasileiro assegura, para os contratos empresariais, a facilitação da mobilização de riquezas, a busca pela desburocratização e o princípio da liberdade de forma²⁹. Ademais, a legislação brasileira recentemente buscou reforçar, por intermédio da Lei nº 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), o princípio da intervenção mínima³⁰ e da excepcionalidade da revisão estatal³¹ sobre os contratos entre privados,

²⁷ Nesse âmbito, Francisco Paulo de Crescenzo Marino rechaça a possibilidade de afastamento da consideração paritária dos contratos em virtude de eventuais situações de dependência econômica, pois entende que a utilização de tal conceito é “desprovida de base legal e caracterizada por contornos imprecisos”, além de que a sua existência, por si só, não representaria uma perda da paridade, sendo necessário que existissem os critérios de imposição de termos contratuais ou vulnerabilidades consumeristas para a constatação do desequilíbrio. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Comentário ao artigo 421-A do Código Civil**: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: Comentários. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 524-526.).

²⁸ LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 40.

²⁹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Compra e venda de participações societárias de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 265 et seq.

³⁰ Nesse âmbito, cabe referir que o Estado brasileiro, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, possui um papel de garantidor da ordem econômica, admitindo-se a sua intervenção sobre a economia, desde que, e exclusivamente, com a finalidade de proteção do mercado e da livre iniciativa. (FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Comentário ao artigo 2º, inciso I**: a presunção de liberdade como princípio norteador do exercício das atividades econômicas na lei da liberdade econômica, resultante da medida provisória 881/19. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: Comentários. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 65)

³¹ Em que pese a manifesta intenção do legislador de dirimir ao máximo as possibilidades de intervenção estatal sobre os contratos empresariais, Gerson Luiz Carlos Branco atenta para o risco criado pela redação da Lei da Liberdade Econômica que acabou trazendo a possibilidade da revisão excepcional dos contratos privados, ampliando o que apenas era possível mediante expressa previsão legal, e abrindo portas para a possibilidade de utilização de fundamentos abertos, como a função social dos contratos, para a efetivação dessas indesejadas intervenções. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Comentário ao artigo 421 do Código Civil**: a função social do contrato na Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.).

procurando assegurar o respeito pela alocação dos riscos realizada pelos contratantes, assim como a possibilidade do estabelecimento de parâmetros objetivos para a interpretação dos termos contratuais, este último de fundamental importância nos contratos de fusões e aquisições, dada a relevância mercadológica e financeira da transação.

Cabe observar, entretanto, que não há, no Brasil, legislação específica que regule as operações de fusões e aquisições, inexistindo, portanto, um procedimento cogente a ser observado pelas partes, que podem conduzir a negociação da forma que considerarem mais adequada³², adaptando o contrato às circunstâncias e às necessidades concretas do negócio³³. Basta que sejam observadas, em prol da validade e da eficácia do negócio jurídico, as normas e preceitos gerais do Código Civil Brasileiro e a legislação aplicável ao caso concreto, cabendo, nos casos de transferência de ações de sociedades anônimas, citação especial às resoluções, instruções e aprovações emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e à Lei nº 6.404/76, bem como a necessidade de averbação do registro da operação no Registro Público de Empresas Mercantis³⁴ e nos livros da sociedade, em vista da eficácia da transação perante terceiros.

Diante da elevada complexidade desses contratos, os quais são compostos por temáticas de diferentes ramos e fontes jurídicas, citando-se aqui, de maneira não taxativa, a presença de elementos de direito societário, de direito contratual, de direito do trabalho, de direito da concorrência, de direito fiscal, dentre outros campos jurídicos aplicáveis a cada caso específico³⁵, tornou-se essencial que as partes negociem acompanhadas por equipes multidisciplinares de profissionais, inclusive de advogados especializados na matéria de fusões e aquisições, de modo que a utilização de contratos com estruturas e cláusulas padronizadas se tornou comum para essas transações. Alinhado a esse fato, é correto afirmar, ainda, que o mercado brasileiro se encontra em um grau de maturidade e profissionalismo que comporta a

Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 478.)

³² COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 53.

³³ CÂMARA, P.; BASTOS, M.B. **O direito da aquisição de empresas:** uma introdução. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). **Aquisição de empresas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 19.

³⁴ Art. 1057. Parágrafo Único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes. (BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm . Acesso em: 13 fev. 2024.)

³⁵ CÂMARA, P.; BASTOS, M.B. **O direito da aquisição de empresas:** uma introdução. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). **Aquisição de empresas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 15.

existência dessas equipes especializadas nessas operações, o que contribui, também, para a efetivação dessa padronização³⁶.

Nessa linha, em virtude de serem contratos pautados em práticas comerciais que nasceram e se desenvolveram primeiramente em países de *Common Law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos, e do fato de essas negociações ocorrerem, com frequência, entre sociedades oriundas de diferentes localidades e jurisdições, é comum a observância de um “estrangeirismo contratual” em suas cláusulas e estrutura. Por essa razão, os contratos de compra e venda de participação societária se organizam de forma analítica, ou seja, de modo detalhado, extenso e descritivo, contendo cláusulas e disposições que visam à autorregulação contratual³⁷, de modo a fazer com que as partes tratem muito cuidadosamente dos termos utilizados e das hipóteses previstas na redação da minuta contratual, em busca de transcrever a exatidão das normas, responsabilizações, declarações e garantias tratadas no negócio. Ao assim agir, as partes objetivam evitar que o negócio entre elas celebrado seja prejudicado por elementos que não estejam expressamente previstos no contrato, inclusive sendo comum buscarem estabelecer previsões que substituam e afastem a incidência da legislação ordinária³⁸, de modo a limitar ao máximo as possibilidades de interpretações divergentes, complementações ou distorções que alterem quaisquer dos pontos regulados pelo instrumento contratual³⁹.

Ademais, cumpre ressaltar que é de suma importância para os contratantes, considerando principalmente a magnitude financeira dessas operações, que estejam minuciosamente previstos os riscos do negócio e a real situação dos objetos contratados. Afinal, trata-se de contrato por meio do qual as Partes buscam atingir resultados⁴⁰: o comprador, de um lado, objetiva a aquisição de uma empresa lucrativa e cujos resultados sejam condizentes com o declarado nas negociações; o vendedor, de outro lado, deseja a consecução de um justo preço pelo ativo negociado e a garantia de que não responderá futuramente por passivos da

³⁶ COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 243.

³⁷ LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020.p. 10 et seq.

³⁸ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d'actions**: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 562.

³⁹ GRAVIO, Valerio di. **Clausola di unico rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali**: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1605.

⁴⁰ LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 27.

sociedade⁴¹. Por isso, as Partes precisam discriminar ao máximo a situação real da sociedade-alvo, em vista de lograrem atingir integralmente os objetivos perseguidos por ambas.

Nesse sentido, surge como mais um elemento importante para essa busca pela autorregulação, a necessidade de as partes terem estabelecido muito claramente não apenas os riscos aos quais se submetem e as prestações assumidas, mas também os remédios aos quais terão direito em caso de eventuais inadimplementos ou violações praticadas pela contraparte, muitas vezes buscando prever, inclusive, a sua forma e modo de incidência⁴², sendo estes usualmente utilizados para limitarem a possibilidade de utilização de remédios legalmente previstos⁴³.

Além disso, os contratos de compra e venda de participações societárias são frutos de importantes e estratégicas decisões de gestão das sociedades adquirentes⁴⁴, que, em ordem de viabilizar a operação, e, tendo em vista a magnitude da transação, necessitam estruturar o negócio de maneira adequada e racional, bem como explorar as condições de financiamento e assessoria que necessitam para que seja possível a viabilização e a efetivação da operação. Além disso, a assinatura do contrato de compra e venda de participações societárias de controle sucede um extenso processo de negociação e discussão entre os envolvidos, que, muitas vezes, conforme já referido, contarão com o auxílio de equipes de apoio especializadas em temas jurídicos, financeiros, contábeis e fiscais, visando a assegurar um ambiente negocial em que suas tomadas de decisão ocorram livre e analiticamente, de modo a preservar seus interesses na negociação e a alcançar todos os objetivos buscados pela operação⁴⁵.

Quanto ao texto do contrato e as fases da negociação, considerando-se a citada padronização existente em sua elaboração, faz-se necessário, em vista de se

⁴¹ Interessante, sob a ótica da legislação brasileira, observar que tanto o Código Civil Brasileiro, no parágrafo único de seu artigo de número 1.003, quanto a Lei nº 6.404/1976, em seu art. 108, estabelecem a sobrevivência, por dois anos, da responsabilidade, ainda que de forma solidária, do sócio ou acionista cedente por obrigações contraídas antes da transferência da posição jurídica de sócio.

⁴² GRAVIO, Valerio di. **Clausola di unico rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1606 et seq.

⁴³ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d'actions: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction**. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 562-563.

⁴⁴ CÂMARA, P.; BASTOS, M.B. **O direito da aquisição de empresas: uma introdução**. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). **Aquisição de empresas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 17-18.

⁴⁵ COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 310.

apresentar uma melhor compreensão e dimensão dos pontos aqui elucidados e desse longo processo negocial, descrever os principais elementos jurídicos que permeiam tal contratação.

O processo de contratação se inicia com a elaboração de acordos iniciais e preparatórios que visam estabelecer os termos da negociação e a base do negócio⁴⁶. Dentre esses documentos preliminares, poderão estar presentes, como antes relatado, em uma fase considerada pré-contratual⁴⁷, acordos iniciais para estabelecer os objetivos que serão buscados com o negócio, assim como acordos de confidencialidade, que se fazem cruciais, tendo em vista a necessidade de divulgação de informações sobre a sociedade-alvo e a relevância mercadológica da operação. Podem ser pactuados, ainda, contratos prévios de exclusividade, que poderão estar sujeitos a determinado ramo comercial ou a determinada localização geográfica, servindo para evitar a busca da outra parte por mais de uma negociação ao mesmo tempo.

A fase negocial é inaugurada por meio da formalização de propostas, frequentemente ditas não-vinculantes (*“non-biding offers”*)⁴⁸, que dão início à negociação do preço e da estrutura da transação. Esses aspectos poderão, ainda, estar presentes nas figuras do memorando de entendimentos ou da carta de intenções, que formalizam os consensos existentes e as intenções com as quais o negócio será celebrado.

Cumprir explorar, também, um elemento muito recorrente e imprescindível nesses contratos, o qual é utilizado em vista de se ter o maior conhecimento possível e disponível sobre a sociedade-alvo e sobre os riscos do negócio, que é a realização da *“due diligence”*, também conhecida como “auditoria”. Esta pode ocorrer em todas as fases da negociação, operacionalizando-se por meio da realização de processos aprofundados de auditoria e verificação de informações contábeis, patrimoniais, jurídicas e financeiras da sociedade-alvo⁴⁹. É por meio desse processo que o comprador adquire uma maior base para negociação dos preços da transação e obtém conhecimentos mais detalhados acerca dos riscos da operação e de todos

⁴⁶ CÂMARA, P.; BASTOS, M.B. **O direito da aquisição de empresas**: uma introdução. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 20.

⁴⁷ CAMARA, P; BASTOS, M.B. loc. cit.

⁴⁸ COUTINHO, op. cit., p. 273 et seq.

⁴⁹ COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 21.

os outros pontos cuja consideração se fará importante, no caso concreto, para a conclusão do contrato⁵⁰.

Importante destacar que, mesmo no momento da elaboração do contrato de compra e venda de participações societárias, a produção de todos os seus efeitos pode ocorrer em momento distinto da sua celebração. Devido a sua complexidade, os contratos de fusões e aquisições costumam ser celebrados em um modelo de dois passos, ou “*Two-Step Model*”⁵¹, que divide seus efeitos em duas etapas. O primeiro momento, chamado pela doutrina de “*signing*”, ocorre na assinatura do contrato de compra e venda de participação societária e assegura que o negócio será, de fato, concretizado pelas partes, definindo, entretanto, as condições precedentes que necessitarão ser cumpridas para a efetiva transferência das quotas ou ações e a conclusão da transação. Essas condições podem aparecer na forma de declarações e garantias fornecidas pelo vendedor acerca da sociedade-alvo, como forma de dirimir a assimetria informacional do comprador sobre a real situação financeira, patrimonial, contábil e operacional da empresa objeto da transação, e pelo comprometimento, do vendedor, em garantir a regularização das aprovações e registros necessários para a efetivação da operação.

O adimplemento das obrigações estabelecidas no *signing* levará à segunda etapa do contrato, conhecida como “*closing*”. Esse é o momento de fechamento e representará a integral conclusão do negócio e o início dos efeitos da contratação, concluindo-se o complexo processo negocial efetuado entre as partes.

Cumprido ressaltar, ainda, que, como anteriormente observado, o processo de aquisição empresarial acarreta influências diretas na gestão e no modo de funcionamento da sociedade-alvo, trazendo impactos na cultura e na governança da sociedade, assim como nas suas políticas comerciais, operacionais e mercadológicas. Em virtude disso e da vasta gama de atos que ambas as partes necessitam praticar para assegurar a estruturação e a viabilidade da contratação, é muito importante que os contratos prevejam detalhadamente as hipóteses de responsabilização de cada parte por eventuais inadimplementos contratuais que possam ocorrer no curso da contratação, principalmente quanto àqueles que possam comprometer a perfeita execução do negócio.

⁵⁰ COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 63.

⁵¹ CÂMARA, P.; BASTOS, M.B. **O direito da aquisição de empresas: uma introdução**. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). **Aquisição de empresas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 22.

Nessa linha, as partes costumam utilizar essas regras sobre responsabilidade desde o momento pré-contratual, visto que a própria preparação para as negociações já enseja um elevado investimento dos contratantes. Por essa razão, é comum a pactuação, nos acordos preliminares, de taxas de rescisão (“*termination fees*”)⁵², que serão devidas, basicamente, quando alguma das partes frustrar a conclusão da operação após a abertura das negociações, assim como a previsão de cláusulas que prevejam o dever de o vendedor manter a administração no melhor interesse da sociedade, entre o *signing* e o *closing*, ou, ainda, que versem sobre a possibilidade de encerramento da transação caso sobrevenha algum fato ou situação que provoque uma alteração substancial nas condições operacionais da sociedade-alvo (“*material adverse change clauses*”)⁵³.

Além disso, grande parte dos conflitos no âmbito dos contratos de fusões e aquisições surge a partir da violação das declarações e garantias fornecidas principalmente pelo vendedor, durante a negociação, acerca das condições econômicas, financeiras, contábeis, patrimoniais e até gerenciais da sociedade-alvo⁵⁴. Os conflitos oriundos da violação das declarações e garantias são originados principalmente no momento “pós-*closing*”⁵⁵, em virtude da tomada de controle da organização pelo comprador e da possibilidade, a partir desse momento, de conferência, por este, do real estado patrimonial e operacional da sociedade adquirida. O instituto das declarações e garantias é fundamental durante a negociação do contrato, pois, juntamente com a *due dilligence*, formam os mais importantes mecanismos informacionais para definição de preço e para alocação dos riscos do negócio⁵⁶.

Relevante, sobre essa matéria, ressaltar a importância de se prever expressamente, no instrumento contratual, as declarações e garantias sobre as quais as partes se basearam para o estabelecimento dos termos principais da contratação. Tal previsão terá grande utilidade para avaliar se os termos estabelecidos no contrato serão seguidos e para fundamentar o caráter contratual -

⁵² PERELMAN, Murray. **Model Stock**: purchase agreement with comentary. 2 ed. Chicago: American Bar Association, 2010. Vol.1. p. 286.

⁵³ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d’actions**: analysejuridique et conseils pratiques de rédaction. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 147-148.

⁵⁴ PIRES, Catarina Monteiro. **Aquisições de empresas e de participaçõesacionistas**: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2018. p. 14.

⁵⁵ PERELMAN,loc. cit.

⁵⁶ GRAVIO, Valerio di. **Clausola di unico rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali**: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche. Torino: UTET Giuridica, 2017. p.1609.

a despeito de, em algumas hipóteses, se verificar a responsabilidade extracontratual e os remédios daí decorrentes - do inadimplemento e a consequente aplicação dos remédios convencionalmente estabelecidos⁵⁷.

Nessa linha, Sergio Botrel⁵⁸ evidencia três modos diferentes para definição e limitação das hipóteses de responsabilização por descumprimentos contratuais. O primeiro seria o modelo da “*full liability*”, isto é, responsabilidade total. O vendedor assume a integral responsabilidade pelos atos por ele praticados, na administração da sociedade-alvo, até a data do *closing*, podendo se comprometer a responder, inclusive, pelos passivos por ele gerados até a data do fechamento. Sobre isso, as cláusulas de declarações e garantias poderão ser utilizadas para repassar ao comprador a responsabilidade por todos os passivos que já haviam sido a ele expressamente divulgados na data da contratação.

De outro modo, há o método da limitação total da responsabilidade do vendedor pelos passivos da sociedade alienada. Ou seja, o comprador, assume, nestes casos, a integral responsabilidade pelos débitos e pelas pendências fiscais, contábeis ou jurídicas da sociedade a partir do fechamento da operação.

Por fim, é comum que os contratantes estabeleçam modelos intermediários⁵⁹ de responsabilização, em que esta poderá ser limitada por diferentes indicadores convencionalmente previstos, como, por exemplo, a determinado e fixado valor

⁵⁷ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d'actions**: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 148-150.

⁵⁸ Sergio Botrel descreve os diferentes modos de alocação de responsabilidade nos seguintes termos: “Os modelos extremos são da (i) responsabilidade total (*full liability*), em que o vendedor assume responsabilidade plena pelos atos e fatos ocorridos até a data do fechamento, e o da (ii) total exclusão de responsabilidade, também conhecido como regime de “porteira fechada”, por meio do qual o comprador assume o risco de ser surpreendido com dívidas e contingências desconhecidas sem que tenha direito de obter indenização do vendedor. [...] Daí a importância dos modelos intermediários, os quais variam de acordo com a criatividade e interesse das partes, destacando-se aqueles noticiados por Luiz Fernando Amaral Halembeck: a) a responsabilidade do vendedor cinge-se às perdas que forem cobradas da sociedade adquirida até o final de um prazo determinado; b) o vendedor responde apenas pelas perdas que gerem a necessidade de desembolso pela sociedade até determinada data pré-acordada; c) a responsabilidade do vendedor estará limitada a um valor máximo, ou a determinado percentual do valor do negócio; d) o vendedor responde apenas no caso de processos que venham a ser promovidos por terceiros (fisco, empregados etc.); e) o vendedor responde apenas quando o valor das contingências sob sua responsabilidade atingir determinado valor mínimopré-estipulado (identificadas no jargão de F&A como *basket*); f) o vendedor responsabiliza-se apenas pelos problemas que tenham sido identificados na auditoria (contingências “carimbadas”); g) o vendedor responde por todas as contingências de sua gestão, exceto pelas reclamações trabalhistas propostas por empregados que venham a ser demitidos pela nova administração; h) o vendedor exime-se de responsabilidade quando o ato que precipitar o surgimento da contingência tiver sido praticado pelo comprador; i) o vendedor não se responsabiliza por perdas oriundas de alterações nas práticas usuais da empresa.” (COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 312-313. E-book. ISBN 9788547222253. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547222253/>. Acesso em: 13 fev. 2024.).

⁵⁹ COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 313.

indenizatório, a um valor mínimo indenizatório para incidência de responsabilidade, a específico tipo de passivo identificado ou, inclusive, sujeitando a incidência da cláusula indenizatória a um determinado período.

Além disso, considerando o fato de os contratos de compra e venda de participação societária serem, frequentemente, celebrados entre entes de diferentes jurisdições⁶⁰ e que, por essa razão, há uma preocupação dos envolvidos em dirimir a insegurança jurídica que poderia ser causada pela incidência de lei estranha a qualquer das partes, é comum que os contratantes procurem estabelecer um sistema autônomo de remédios contratuais disponíveis e utilizáveis em caso de inadimplemento⁶¹. Ademais, esses negócios jurídicos apresentam diversas cláusulas originadas de diferentes culturas jurídicas, principalmente da *Common Law*, cuja recepção poderá ou não estar de acordo com a legislação nacional dos contraentes.⁶²

Desta forma, é cabível uma análise dos principais remédios legais previstos pelo ordenamento brasileiro em caso de inadimplemento contratual e da adequabilidade destes aos conflitos oriundos dos negócios de fusões e aquisições empresariais. Para isso, far-se-á necessário, ao longo desta monografia, encarar os mais comuns meios de reparação diante do inadimplemento do contrato à luz da legislação brasileira, aqui elencados na possibilidade de exigir o cumprimento específico da obrigação, na resolução contratual com o ressarcimento integral das perdas e danos sofridos e na invalidade do negócio jurídico motivada por vício de consentimento em sua celebração, que serão mais à frente estudados.

Por fim, tendo em vista essa diversidade de remédios legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a origem de *Common Law* desses modelos contratuais, em que se estabelece uma maior necessidade de autorregulação do negócio privado, além da técnica contratual utilizada para a padronização dos contratos de compra e venda de participações societárias de controle, observa-se, com frequência, a inclusão, nesses contratos, de cláusulas denominadas como

⁶⁰ GRAVIO, Valerio di. **Clausoladiunicorimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausolenegoziali: profiliteorici e applicatividiclausoletipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1605.

⁶¹ PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 897.

⁶² LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p.11-12.

“remédio exclusivo” ou “remédio único”. Muito sinteticamente, tais cláusulas visam a conferir maior segurança às partes quanto aos riscos assumidos, prevendo que a violação das obrigações contratualmente assumidas acarretará a possibilidade de invocação de apenas um remédio, conforme o pactuado⁶³⁻⁶⁴. Neste contexto, o presente trabalho objetiva investigar a possibilidade de as partes, contratualmente, afastarem os remédios legalmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro nos casos de inadimplemento contratual ou de vício de consentimento por meio da pactuação dessa cláusula.

Apresentadas as peculiaridades do contrato de compra e venda de participações societárias, é necessário focar a cláusula de remédio exclusivo, o que será realizado na seção 2.2 abaixo.

2.2 A CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO: CONCEITO E FUNÇÃO

Como observado no tópico anterior, a operação de aquisição de participações societárias de controle causa profundos impactos tanto nas sociedades contratantes, quanto na sociedade-alvo. Para o vendedor, representa a vinculação a diferentes deveres, assim como a cessão de dívidas, direitos e posições contratuais a outrem, enquanto que para o comprador, significa a assunção do controle de uma nova pessoa jurídica e de todos os elementos que a compõe, incluindo-se suas obrigações, funcionários, passivos judiciais, e todo o direcionamento de gestão, o que, por consequência, acarretará grandes impactos sobre a organização adquirida e, inclusive, sobre a comunidade na qual a sociedade-alvo está inserida.

Ademais, há de se considerar que o negócio jurídico que trata de fusões e aquisições empresariais, apesar de almejar um resultado em concreto, isto é, a transferência de participações societárias, ocorre por intermédio de negociações que se estendem por um período considerável e que discorrem sobre um objeto que está

⁶³ Valerio di Gravo ressalta a função da cláusula de remédio exclusivo enquanto mecanismo que reforça a segurança e a previsibilidade na relação contratual e referencia a comum utilização da indenização como remédio único. O autor define a finalidade desta cláusula nas seguintes palavras: *“dare certezza e prevedibilità ai rischi assunti dalle parti, prevedendo che la violazione delle previsioni contrattuali abbia come unica conseguenza all’obbligo di pagare un certo indennizzo, prefissato dalle parti riguardo al tempo, all’quantità e alle modalità di adempimento.”* (GRAVIO, Valerio di.

Clausoladiunicorimedio. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausolenegoziali:** profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1603.).

⁶⁴ Catarina Monteiro Pires, como referenciado na introdução desta monografia, contribui com uma definição mais ampla da cláusula de remédio exclusivo, evidenciando o seu funcionamento como mecanismo utilizado pelas contratantes para “demarcar os meios de reação das partes a uma perturbação contratual”.

submetido e inserido em um extremamente dinâmico mundo corporativo, sujeito e maleável às mudanças impostas pelo mercado. Dessa forma, urge afirmar a importância não só das declarações e garantias como mecanismo que reitera e estatui os termos e condições essenciais para o racional exercício da escolha de contratar⁶⁵, mas da correta e delimitada previsão dos remédios aos quais as partes terão direito em caso de eventual inadimplemento contratual, uma vez que os remédios legais disponíveis podem não se mostrar adequados ou eficientes aos objetivos do negócio.

Além disso, como visto na seção anterior, é comum, nos contratos de compra e venda de participações societárias, considerando suas características de ligar empresas pertencentes, ou, ao menos, atuantes em diferentes jurisdições, que as partes busquem, inclusive através de institutos oriundos de outras culturas jurídicas, cláusulas de responsabilização que tornem o negócio mais sofisticado e adequado às suas vontades e necessidades. É neste contexto que surge a cláusula de remédio exclusivo.

Frequentemente utilizada nos contratos de compra e venda de participação societária, essa cláusula é utilizada por partes que visam pactuar um único remédio para ser aplicado em caso de ocorrência de inadimplementos contratuais ou de violações ao negócio jurídico celebrado⁶⁶. Além disso, ao convencionar tal cláusula, as partes costumam detalhadamente prever as suas condições e os seus procedimentos de utilização, excluindo, consensual e antecipadamente, quaisquer outros remédios legais que considerarem inadequados às circunstâncias do caso. Em vista de elucidar e colocar em termos práticos a utilização da cláusula de remédio exclusivo, faz-se cabível a demonstração de exemplos de como essa cláusula costuma ser contratualmente redigida:

The remedies provided in this Article XII shall be deemed the sole and exclusive remedies of the Indemnified Party, from and after the Closing Date, with respect to any and all claims arising out of or related to this Agreement or in connection with the transactions contemplated hereby.⁶⁷

As Partes reconhecem e concordam que seu único e exclusivo remédio com relação a toda e qualquer Reivindicação (exceto reivindicações decorrentes de fraude, atividade criminosa ou dolo por parte de uma Parte em conexão com as transações contempladas por este Contrato) para qualquer violação de qualquer Representação, Garantia, acordo ou obrigação estabelecida

⁶⁵ COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 303.

⁶⁶ RENNA, Luca. **Compravenditadipartecipazionisociali: dallaletteradiintenti al closing**. Bologna: Zanichelli Editore, 2015. p. 312.

⁶⁷ LAW INSIDER. **Sole and exclusive remedy sample clauses**.

neste Contrato ou de outra forma relacionada ao objeto deste Contrato, deve estar de acordo com as disposições de indenização estabelecidas nesta Cláusula []. Em conformidade com o acima exposto, cada uma das Partes renuncia, na medida do permitido pela Lei, a todos e quaisquer direitos, reivindicações, reclamações ou pleitos por qualquer violação de qualquer Representação, Garantia, acordo ou obrigação estabelecida aqui ou de outra forma relacionada ao objeto deste Contrato que possa ter contra as outras partes deste e seus Afiliados e cada um de seus respectivos Representantes decorrentes de ou com base em qualquer lei, exceto conforme as disposições de indenização estabelecidas nesta Cláusula []. Nada nesta Seção [] limitará o direito de qualquer Parte de buscar e obter qualquer remédio equitativo a que qualquer Parte tenha direito por conta de conduta dolosa, criminal ou intencional de qualquer outra Parte.⁶⁸

Em concreto, as partes, por meio da cláusula de remédio exclusivo, visam eleger o único remédio, geralmente indenizatório⁶⁹, aplicável em caso de descumprimento das obrigações pactuadas. Isto é, os contratantes afastam a incidência de outros remédios previstos na legislação para as hipóteses de descumprimento obrigacional ou, até mesmo, de defeitos ocorridos ao negócio jurídico, podendo buscar impossibilitar, inclusive, a aplicação dos que versam sobre a (in)validade do contrato⁷⁰, da resolução deste ou, ainda, da possibilidade de reparação *in natura*. Assim sendo, as partes renunciavam expressamente aos remédios legais aos quais teriam direito em razão de inadimplementos contratuais sofridos ou da constatação de defeitos na validade do negócio, reconhecendo a solução convencionalizada como o único meio legítimo de reação para o descumprimento das obrigações definidas em contrato⁷¹.

Catarina Monteiro Pires⁷² divide os efeitos da cláusula de remédio exclusivo sob dois vieses, um de caráter positivo (propositivo) e outro de caráter negativo (renunciatório). Nesse âmbito, com efeitos positivos, a cláusula de remédio exclusivo é utilizada para delimitar e definir expressamente o remédio que poderá ser utilizado

⁶⁸ Exemplo de cláusula extraído, em sua integralidade, da dissertação: LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 25-26.

⁶⁹ Muito importante frisar que, apesar de a doutrina tratar principalmente acerca dos casos em que a indenização é imposta como remédio exclusivo, as partes poderão buscar eleger qualquer outra solução como único remédio, desde que em conformidade com a legislação e com o ordenamento jurídico local.

⁷⁰ GRAVIO, Valerio di. **Clausola di unico rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1608.

⁷¹ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d'actions: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction**. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 562.

⁷² PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de "Remédio" Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 901.

pelas partes em caso de descumprimentos contratuais, sendo, como já mencionado, frequente, apesar de não unânime, a pactuação de uma tutela indenizatória. Outrossim, com efeito negativo, a cláusula de remédio exclusivo é utilizada para retirada, pelas partes, da possibilidade de aplicação de remédios legalmente previstos e cuja aplicação seja compreendida como prejudicial ou inadequada às especificidades do negócio.

Ademais, importante que se tome em consideração a função protetiva da cláusula de remédio exclusivo como instrumento de resguardo dos riscos alocados entre as partes na fase de negociação e por elas assumidos com a conclusão do contrato de compra e venda de participações societárias. Nessa linha, defende-se a utilização dessa cláusula como algo fundamental para que as definições feitas nas negociações sejam preservadas, sem a interferência de regras constantes da legislação ordinária. Nessa linha, Valerio di Gravio, ao conceituar a cláusula de remédio exclusivo, aponta como sua principal finalidade, o fornecimento de segurança, certeza e previsibilidade aos riscos assumidos pelos contratantes no negócio, de modo a delimitar da maneira mais extensa possível a intervenção da legislação aplicável sobre a operação⁷³.

Nesse contexto, é importante se ter a percepção de que as partes de um contrato de fusões e aquisições podem entender, e de maneira muito usual o fazem, que os remédios legais possíveis e previstos pelo ordenamento jurídico ao qual estão inseridas, principalmente quando influenciam na conclusão do negócio e na produção e manutenção de seus efeitos, constituem verdadeiros riscos à transação, representando ameaças não apenas à conveniência econômica da relação, mas ao negócio como um todo. Com relação a isso, deve-se ter em mente o caráter analítico deste contrato e as extensas negociações que o antecedem, de forma que pode se tornar prejudicial à vontade das partes, e ao trabalho por elas tomado na fase negocial, que o instrumento contratual seja maculado de interpretações, complementações ou deturpações que possam prejudicar a viabilidade dos pontos expressamente contratados, principalmente quando tais distorções, mesmo que legais, influenciem diretamente nos riscos da operação⁷⁴.

⁷³ GRAVIO, Valerio di. **Clausola di unico rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1603.

⁷⁴ Ibidem, p. 1604-1606.

Ainda no âmbito doutrinário, Daniel Pinheiro Longa, ao tratar sobre a cláusula de remédio exclusivo, estabelece como fator preponderante para a sua estipulação o fato de a negociação, a elaboração e o cumprimento dos contratos de compra e venda de participação societária ensejarem relevantes movimentações de trabalho e de dinheiro pelas partes, de modo que estas preferem prever expressamente as consequências ocasionadas por eventuais inadimplementos, com o intuito de, como acima colocado, garantir segurança na alocação dos riscos e evitar a incidência de remédios que acarretem deveres legais que possam trazer consequências consideradas inadequadas ou descabidas pelas partes, como, por exemplo, a possibilidade de dispor, caso a indenização seja o único remédio eleito, de um montante indenizatório maior do que o convencionalmente previsto para os casos de inadimplemento ou, até mesmo, de terem que promover o desfazimento do negócio⁷⁵.

Ademais, é possível verificar uma importante função de eficiência econômica na cláusula de remédio exclusivo, o que pode, inclusive, elucidar a importância de sua previsão para os cálculos do risco do negócio. Isto porque ela possibilita às partes, como acima aventado, uma maior segurança jurídica ao estabelecer expressamente as consequências que surgirão com eventuais inadimplementos, inclusive, no caso de o remédio exclusivo ser indenizatório, com a previsão dos modos de operacionalização desse remédio, bem como de suas formas de cálculo. No âmbito dos negócios realizados no Brasil, a persecução por remédios convencionais que detenham critérios objetivos, como oportunizado pela cláusula de remédio exclusivo, apresenta-se, em concreto, como mecanismo de defesa contra a considerável insegurança jurídica que opera no país, sendo um meio de superar

⁷⁵ Daniel Pinheiro Longa ao se referir à cláusula de remédio exclusivo: “A motivação por trás do uso dessa cláusula é o fato de que a elaboração e cumprimento desses contratos de fusões e aquisições movimenta grande quantidade de trabalho e de dinheiro e, uma vez celebrados, as partes querem fazer alocações de riscos de maneira previsível, evitando a resolução do contrato e o desfazimento do negócio. Em certos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, a resolução ou anulação do negócio jurídico pode resultar na restituição das partes ao status quo anterior à celebração do negócio. Acontece que, na hipótese de uma discussão envolvendo a anulação de um contrato de compra e venda de ações, o decurso do tempo pode inviabilizar o retorno das partes ao estado que se encontravam antes da assinatura do acordo [...] a empresa que foi vendida dificilmente será a mesma que será encontrada ao final do processo, gerando uma situação de insegurança jurídica e econômica entre as partes.”. (LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 12.)

esse que é um dos principais obstáculos para o desenvolvimento empresarial e econômico brasileiro⁷⁶.

Quanto à sua formulação, as partes de um contrato de compra e venda de participação societária costumam utilizar a cláusula de remédio exclusivo para estabelecer extensa e exaustivamente como deverá ocorrer o procedimento de reparação do inadimplemento⁷⁷. Nesse sentido, é de praxe que essas cláusulas tragam expressamente não apenas a eleição do único remédio disponível, mas, também, os critérios objetivos que devem ser observados na sua aplicação, além da descrição de suas hipóteses de incidência que, como já visto anteriormente, poderá ser limitada por diferentes fatores, conforme previamente negociado pelas partes. Como exemplo prático disso, pensando-se na hipótese, mais comum, de eleição de um remédio único indenizatório, seria importante, em vista da correta previsão e alocação dos riscos assumidos no negócio, que as partes, já na redação da cláusula de remédio único, estabelecessem minuciosamente os mecanismos de quantificação dessa indenização, ou, que, ao menos, remetessem a sua aplicação a uma cláusula de indenização que preveja tais mecanismos, trazendo disposições acerca da demarcação dos seus critérios quantitativos ou cronológicos⁷⁸⁻⁷⁹ de aplicação, de modo a pautar sua incidência de acordo com um número fixo e determinado ou sob índices e algoritmos calculáveis de acordo com modos contratualmente previstos, podendo, inclusive, serem variáveis de acordo com a gravidade da violação sofrida.

Ademais, corroborando o caráter analítico de redação desses contratos, é usual que as partes prevejam, também, detalhadamente, as hipóteses em que a cláusula de remédio exclusivo não poderá ser aplicada. Uma redação que deixe seus efeitos muito amplos e aplicáveis a todas as hipóteses de inadimplemento ou de invalidade poderá privar as partes de recursos legais que poderiam ser úteis em casos de circunstâncias não previstas contratualmente⁸⁰. Nesse sentido, é comum,

⁷⁶ GORGA, Érica. **Direito e economia na Lei da Liberdade Econômica**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 45.

⁷⁷ AVERY, Daniel. **2021 Trends in Private Target M&A: Indemnification as an Exclusive Remedy**. Bloomberg Law. Arlington. Jun. 2022. p. 291.

⁷⁸ GRAVIO, Valerio di. **Clausola di unico rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1606-1607.

⁷⁹ Nessa seara, poderão ser utilizadas cláusulas auxiliares para a garantia desse valor, a exemplo da cláusula ou acordo de *escrow*, segundo a qual os contratantes podem negociar o depósito de parte do preço negociado para ser utilizado pelo comprador em demandas contra o vendedor.

⁸⁰ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d'actions: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction**. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 563.

seguindo-se a ideia, que será, na seção 3.3, aprofundada, de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e tendo em vista a boa-fé objetiva, inerente às relações contratuais⁸¹, que as cláusulas de remédio exclusivo sejam redigidas de maneira a prever que a sua eficácia não atingirá violações ocasionadas por dolo⁸² ou fraude da parte infratora. Nesse sentido, consolida-se⁸³ a prática de que a própria redação da cláusula preveja a sua não incidência nesses casos, como no exemplo abaixo⁸⁴:

Except for the assertion of any claim based on fraud or willful misconduct, the remedies provided in this Article VIII shall be the sole and exclusive legal remedies of the parties, from and after the Closing, with respect to this Agreement and the transactions contemplated hereby.

Evidencia-se, portanto, a importância de uma redação analítica e bem redigida na constituição da cláusula de remédio exclusivo, devendo-se prever, em prol da maior segurança jurídica possível, as circunstâncias que ensejarão a aplicação do remédio escolhido, quais os remédios legais afastados, quais os procedimentos de incidência, e as hipóteses em que tal cláusula não deverá ser aplicada. Alinhado a isso, cumpre-se lembrar que o contrato de compra e venda de participações societárias é usualmente firmado entre partes sofisticadas, em posição de simetria negocial, as quais, geralmente, contam com uma qualificada equipe de suporte jurídico em sua elaboração, de modo que, em condições normais, não há falar em qualquer desequilíbrio ou vício na autonomia da vontade das partes contratantes.

Contextualizada a noção e as funções buscadas pelas partes ao pactuarem uma cláusula de remédio exclusivo, caberá compreender, com o objetivo de analisar a compatibilidade da pactuação da cláusula de remédio exclusivo com o

⁸¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. **Código Civil.**)

⁸² “Em um contrato de M&A, um exemplo claro de inadimplemento doloso, pelo qual seria possível uma indenização sem limitação em razão da cláusula limitativa, é a do vendedor que entrega ao comprador livros contábeis e relação de passivos que refletem uma situação inverídica, e que acabam levando o comprador a precificar a empresa com premissas que o vendedor sabe serem falsas. Nesse caso, a cláusula de indenização como remédio exclusivo não poderia ser utilizada para limitar a indenização.”(LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias.** 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 53.)

⁸³ Uma pesquisa realizada pela *American Bar Association*, que analisou o cenário dos contratos de M&A em âmbito estadunidense entre os anos de 2005 e 2021, verificou que 90% dos contratos previam a hipótese de dolo como exceção à aplicação da cláusula de remédio exclusivo, sendo esse instituto comumente descrito como “*fraud*”, “*intentionalfraud*”, “*actualknowledgeofbreachwhenmade*”, “*Express intentiontodeceive*”, “*common lawfraud*”, “*intentionalmisrepresentations*”. (AVERY, Daniel. **2021 Trends in Private Target M&A: Indemnification as an Exclusive Remedy.** Bloomberg Law. Arlington. Jun. 2022.).

⁸⁴ LAW INSIDER. **Sole and exclusive remedy sample clauses.**

ordenamento jurídico brasileiro, os principais remédios legais que podem ser utilizados, os quais as partes poderão buscar afastar por essa cláusula, em caso de inadimplemento contratual, sendo necessário, para isso, verificar o caráter cogente ou dispositivo dessas normas legais, em vista de verificar a receptividade do seu afastamento convencional pelo ordenamento jurídico brasileiro. É o que se fará ao longo da seção 3 desta monografia.

3 A RECEPÇÃO DA CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO NO DIREITO BRASILEIRO E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À SUA UTILIZAÇÃO

Como observado nos tópicos anteriores, os negócios entre sociedades brasileiras e empresas de diferentes localidades ocorrem de maneira cada vez mais constante, tendo se disseminado, no direito privado brasileiro, a utilização crescente de figuras contratuais importadas principalmente de países anglo-saxões, como Estados Unidos e Inglaterra, regidos pelo sistema da *Common Law*⁸⁵. Com o contrato de compra e venda de participações societárias de controle não é diferente, este negócio jurídico é um produto de contribuições doutrinárias trazidas e desenvolvidas principalmente por institutos jurídicos próprios do direito comum. Ademais, considerando-se a complexidade da operação negociada e as especificidades que podem surgir nos casos concretos, a utilização de cláusulas e institutos oriundos de outros sistemas jurídicos coloca-se, portanto, como uma opção considerável para as partes que buscam ampliar ao máximo a utilidade e a eficiência de seus negócios.

Alinhado a isso, é possível observar uma alta padronização do conteúdo dos contratos de compra e venda de participação societária, como já referido na seção 2.1. Essa padronização é ocasionada, dentre outras razões, pela atuação das grandes e especializadas boutiques de advocacia⁸⁶, muitas vezes com prática em âmbito internacional, que produzem, utilizam e, assim, disseminam uma gama de cláusulas aplicáveis em grande parte dos contratos de *M&A*. Ademais, por se tratar de negócio jurídico desenvolvido majoritariamente entre partes inseridas, pelo menos economicamente, em países que possuem a *Common Law* como cultura jurídica, ou seja, onde não há uma codificação extensa do direito privado em comparação aos países do sistema romano-germânico, contribui, também, para essa padronização a necessidade de utilização das cláusulas contratuais como mecanismo de compensação da ausência de regulação estatal codificada das relações jurídicas privadas⁸⁷.

Contudo, essa “importação” de institutos estrangeiros muitas vezes pode representar a inserção, no ordenamento brasileiro, de cláusulas cujos efeitos sejam

⁸⁵ JÚNIOR, Mario Engler P. **Importação de modelos contratuais**. Valor. Rio de Janeiro. 27 set. 2013

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ PARGENDLER, Mariana. **O direito contratual comparado em nova perspectiva**: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. Revista Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 796-826, set/dez 2017

incompatíveis com a legislação pátria. Afinal, como colocado por Mario Engler Pinto Júnior⁸⁸, a codificação do direito privado brasileiro foi feita sob princípios basilares, como o da função social do contrato⁸⁹ e o da boa-fé objetiva⁹⁰, que são estranhos aos sistemas jurídicos de *Common Law*, e que sempre deverão ser exigidos e observados pelo ordenamento brasileiro quando se analisar o alcance de incidência da cláusula de remédio exclusivo.

Nesse sentido, é interessante se ter noção das diferenças, no âmbito do direito privado e contratual, que permeiam os dois sistemas jurídicos envolvidos nessa comparação, de um lado a cultura da *Common Law* ou direito comum, fonte típica dos contratos de compra e venda de participação societária, e, de outro lado, a cultura do *Civil Law* ou direito romano-germânico, de predominante influência no ordenamento jurídico brasileiro.

Mariana Pargendler⁹¹ elucida, dentre os principais pontos de diferenciação entre os dois sistemas jurídicos, o forte papel exercido pela boa-fé contratual na tradição do *Civil Law*, e o maior número de normas cogentes, entendidas como aquelas que não podem ser afastadas convencionalmente, nessa cultura jurídica. Tais características do Civil Law, enquanto sistema que atribui ao Estado um dever de garantidor de funções e valores sociais amplos⁹², cuja incidência deve ser essencialmente observada inclusive nas relações jurídicas de âmbito privado, serão importantes para avaliar a possibilidade da aplicação da cláusula de remédio exclusivo dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Tomando-se em consideração os fatores que motivam a inclusão da cláusula de remédio exclusivo nos contratos, conforme observado na seção anterior, deve-se compreender que as negociações para a conclusão desses negócios ocorrem, em sua maioria, sobre minutas-base preparadas pela parte interessada em comprar a sociedade-alvo, em virtude da natural assimetria informacional que existe nessas

⁸⁸ JÚNIOR, Mario Engler P. **Importação de modelos contratuais**. Valor. Rio de Janeiro. 27 set. 2013.

⁸⁹ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (BRASIL. **Código Civil**.)

⁹⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. **Código Civil**.)

⁹¹ Além dos descritos, Mariana Pargendler evidencia a “maior exigibilidade das cláusulas penais na tradição romano-germânica”, a “maior disponibilidade da execução específica na tradição romano-germânica”, e a “maior disponibilidade da extinção contratual por meio de um “novo começo” (*fresh start*) no “direito anglo-saxônico da insolvência.” (PARGENDLER, Mariana. **O direito contratual comparado em nova perspectiva**: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. Revista Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, set/dez 2017. p. 798.)

⁹² PARGENDLER, op. cit., p. 799.

relações e que submete o comprador a mais riscos no negócio, principalmente quanto a possibilidade de se aferir a real situação patrimonial e operacional da sociedade-alvo⁹³, e que, além disso, os remédios legais disponíveis em casos de inadimplemento são muito mais rigorosos e extensos na *Civil Law*⁹⁴ em comparação com o direito comum.

Quanto a isso, cumpre registrar que a *Common Law* não deixa de apresentar soluções legais⁹⁵ para serem aplicadas aos casos de inadimplemento ou violações contratuais, principalmente na figura de institutos consagrados pelo direito estadunidense, porém cuja aplicação ocorre apenas de maneira subsidiária ao estipulado contratualmente, ou seja, há uma primazia do que foi expressamente disposto pelas partes no contrato⁹⁶, sendo, muitas vezes, necessário, para o afastamento do convencido, a comprovação de que a parte inadimplente agiu conscientemente com dolo ou mediante fraude⁹⁷. Por outro lado, o direito romano-germânico tem como característica a força de suas disposições legais que asseguram um leque de remédios legais à parte inocente caso sofra algum inadimplemento contratual⁹⁸ ou tenha sido enganada, sendo marcado, ainda, por uma atuação mais ativa do judiciário na aplicação, principalmente, do princípio da boa-fé⁹⁹.

Sobre isso, Rodrigo Fernandes Rebouças evidencia o papel exercido pelo Código Civil Brasileiro de 2002 ao substituir uma visão individualista sobre o direito privado e incluir deveres e compromissos éticos, de modo a reconhecer a importância e a capacidade de influência do negócio jurídico privado não apenas entre os contratantes, mas em relação a toda coletividade que poderá ser afetada

⁹³ COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 285.

⁹⁴ PARGENDLER, Mariana. **O direito contratual comparado em nova perspectiva**: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. Revista Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, set/dez 2017. p. 799.

⁹⁵ Cabe a citação, dentre esses remédios, de alguns institutos legais oriundos da *Common Law*, como os *equitable damages*, aqui entendidos como as práticas determinadas judicialmente para resolução da controvérsia, usadas quando os remédios legais ou a compensação monetária não são suficientes para satisfazer o inadimplemento sofrido, e que podem se efetivar através (i) da rescisão contratual, com a restituição das partes ao status quo, (ii) da reforma de cláusula negociadas com vício de consentimento, em vista de restabelecer o equilíbrio contratual, (iii) do cumprimento específico, ou ainda através de (iv) *injunctive reliefs*, em que a parte infratora recebe ordem judicial para praticar ou se abster de praticar determinado ato em vista do adimplemento contratual.

⁹⁶ PARGENDLER, loc. cit.

⁹⁷ AVERY, Daniel. **2021 Trends in Private Target M&A**: Indemnification as an Exclusive Remedy. Bloomberg Law. Arlington. Jun. 2022. p. 291-293.

⁹⁸ PARGENDLER, loc. cit.

⁹⁹ PARGENDLER, op. cit., p. 801-804.

pelo negócio¹⁰⁰. Nessa linha, o referido autor coloca luz sobre os três princípios que fundamentam a codificação do direito privado brasileiro e que servem para reforçar esse caráter ético e social que deve ser observado pelos contratos celebrados sob a jurisdição do país, sendo esses o da eticidade, o da solidariedade e o da operabilidade. Tais princípios voltarão a ser observados mais a frente nessa monografia ao se discutir o instituto da função social do contrato enquanto limitador da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro.

Voltando-se ao comparativo entre as culturas jurídicas envolvidas na formação de um contrato de compra e venda de participações societárias de controle, Mariana Pargendler evidencia que uma aplicação mais incisiva de princípios sociais, principalmente quando codificados em cláusulas gerais, conforme ocorre no direito brasileiro, propicia uma maior intervenção do Estado sobre as normas contratualmente previstas¹⁰¹. Essas diferenças contribuem para explicar o caráter analítico dos contratos de compra e venda de participação societária, uma vez que a cultura do direito comum faz com que as partes se preocupem mais e reservem considerável tempo e investimento para a formalização de um contrato que preveja exaustiva e detalhadamente todas as suas obrigações e as consequências cabíveis pelos inadimplementos¹⁰², motivo pelo qual se faz extremamente comum e necessária, nesses contratos, a cláusula de remédio exclusivo.

Não há pensar, contudo, que a cláusula de remédio exclusivo se tornará totalmente inútil nos contratos entre partes regidas pela *Civil Law*, pois esta costuma ser utilizada, também, como observado no capítulo anterior, para afastar os remédios legais cuja aplicação possa ser prejudicial aos efeitos do negócio, o que pode ser de fundamental relevância em um sistema, como o brasileiro, que traz opções legais expressas e diversas para os casos de inadimplemento. Devendo-se considerar, além disso, que os contratos empresariais contém, com muita frequência, cláusulas compromissórias¹⁰³, que prezam justamente em afastar o

¹⁰⁰ REBOUÇAS, Rodrigo F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 25-26.

¹⁰¹ PARGENDLER, Mariana. **O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, set/dez 2017. p. 806.

¹⁰² Ibidem, p. 799.

¹⁰³ LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 11.

controle jurídico estatal da relação e ampliar a aplicação dos termos contratualmente pactuados.

Uma vez compreendida a origem e as justificações de utilização da cláusula de remédio exclusivo, é alcançada a hora de focar no tratamento dado a essa cláusula sob à luz do direito brasileiro. Nessa linha, far-se-á importante para a compreensão e a análise da viabilidade da cláusula de remédio exclusivo em contratos regidos pela legislação brasileira, que se verifique a possibilidade, ou não, de afastamento da incidência dos principais remédios legais instituídos pelo sistema legal brasileiro contra inadimplementos contratuais e defeitos do negócio jurídico. Para isso, serão observados, nas próximas seções, os limites da autonomia das partes no direito privado brasileiro e a possibilidade do afastamento convencional dos remédios legais disponíveis à parte lesada por inadimplementos ou pelos defeitos que invalidam o negócio jurídico.

3.1 A AUTONOMIA PRIVADA E A LIBERDADE NEGOCIAL EM FACE DA POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO CONVENCIONAL DE NORMAS COGENTES

Para entender os modos de interpretação utilizados no ordenamento jurídico brasileiro acerca da possibilidade de aplicação da cláusula de remédio exclusivo, é necessário que se compreenda os princípios basilares dos negócios jurídicos privados no sistema jurídico brasileiro, bem como aqueles que devem regular, sob a ótica do direito comercial nacional, os contratos de compra e venda de participação societária, aqui entendidos em sua natureza empresarial.

Nessa linha, primeiramente, é preciso recordar que o contrato ora estudado ocorre, em um modelo ideal e comum, entre partes empresárias, sofisticadas e economicamente atuantes, prevalecendo-se a paridade e a simetria nessa relação¹⁰⁴. Tal reconhecimento de paridade será importante para que se assegure, conforme retratado na seção 2.1, a noção de que os termos contratuais foram efetivamente negociados e de que são fruto de alocações de riscos realizadas

¹⁰⁴ Nesse sentido, Paula A. Forgioni pontua que não se pode atribuir um caráter consumerista aos contratos empresariais, sob pena de desequilibrar o contrato e proteger exacerbadamente a parte menos eficiente na negociação, de modo a causar uma indesejada intervenção estatal no *modus* econômico. (FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p.132.)

livremente entre as partes, prevalecendo a eficiência econômica do contrato buscada pelas partes na negociação.

Nessa seara, os contratos de compra e venda de participação societária devem ser considerados de acordo com a lógica e os usos¹⁰⁵ do mercado ao qual estão inseridos¹⁰⁶. Sobre esse aspecto, Gabriel Buschinelli¹⁰⁷ já demonstrou, conforme anteriormente citado, que o sistema jurídico brasileiro privilegia, nas negociações empresariais, a ausência de forma legal típica, como regra geral, e a facilitação da mobilização de riquezas por meio da livre negociação entre os contratantes.

Tal fato é motivado pela incidência de princípios basilares no ordenamento brasileiro que protegem o correto funcionamento da ordem econômica pátria, conforme constitucionalmente regulada e assegurada¹⁰⁸, pautada, conforme posto por Paula A. Forgioni, “em uma economia de mercado, assentada na propriedade, na iniciativa econômica privada, na livre concorrência e na liberdade de contratar, tudo com base na legalidade.”¹⁰⁹. Sendo assim, mostrar-se-á como imprescindível à correta aplicação e interpretação dos contratos de compra e venda de participação societária de controle, bem como para o entendimento do grau de eficácia de suas cláusulas no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente a de eleição de remédio exclusivo, o entendimento acerca dos princípios que regem o direito privado brasileiro, sendo esses o da autonomia privada, o da liberdade contratual, o da boa-fé objetiva e o da função social do contrato.

Nessa linha, deve-se compreender o negócio jurídico como “a ferramenta por excelência da autonomia privada, o instrumento técnico pelo qual os particulares criam, modificam e extinguem relações jurídicas.”¹¹⁰. Será através dele que as partes irão, em conjunto, mediante barganhas realizadas entre si, impor os seus próprios

¹⁰⁵ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p.250-251.

¹⁰⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Compra e venda de participações societárias de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 265 et seq.

¹⁰⁸ A Constituição Federal do Brasil traz a noção de ordem econômica a partir do seu art. 170, afirmando sua fundação na livre iniciativa, bem como em alguns princípios que serão importantes para o tráfico comercial entre privados, como o livre exercício de qualquer atividade econômica e a livre concorrência.

¹⁰⁹ FORGIONI, op. cit., p.292.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 250.

interesses no texto contratual¹¹¹, obrigando-se mutuamente a direitos e obrigações previamente e extensamente ponderados e negociados. Pontes de Miranda¹¹² conceitua conjuntamente os princípios de liberdade de contratar e de autonomia privada, como sendo aqueles que permitem, respectivamente, às partes, a liberdade de contrair obrigações e de adquirirem direitos, bem como de escolher autonomamente as cláusulas contratuais com as quais se vinculam, considerando os riscos negociados e livremente assumidos.

Também nessa linha, Judith Martins-Costa aglutina os princípios da autonomia privada e o da livre iniciativa ao trazer o conceito de liberdade contratual da seguinte forma¹¹³:

Todas as expressões da livre iniciativa podem ser reduzidas a uma delas, a liberdade contratual, pela qual as partes são livres de contratar ou não contratar, estipular o conteúdo de seu contrato, obrigar-se independentemente da observância de uma forma (consensualismo), resultando do contrato a sua força obrigatória (pacta sunt servanda) e seu efeito relativo (o contrato é a coisa das partes), efeito esse não absoluto.

Ainda sobre a autonomia privada, Rodrigo Fernandes Rebouças propõe uma análise de três níveis¹¹⁴ sobre a extensão com a qual deve ser considerada a liberdade das partes em contratar e em eleger convencionalmente o conteúdo e a normatividade das obrigações às quais se sujeitarão contratualmente, devendo a intervenção estatal ocorrer em sentido inverso ao grau de autonomia privada exercida pelas partes contratantes, ou seja, quanto maior a autonomia negocial menor deve ser a ingerência do Estado sobre a relação privada. Sob essa ótica, os

¹¹¹ PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 896.

¹¹² Discorre, Pontes de Miranda, da seguinte maneira: “Chama-se de princípio da liberdade de contratar o de se poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, a líbito, das cláusulas contratuais”. (MIRANDA, Pontes. apud. LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 41.)

¹¹³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Comentário ao artigo 2º, inciso I: a presunção de liberdade como princípio norteador do exercício das atividades econômicas na Lei da Liberdade Econômica, resultante da Medida Provisória 881/19**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 69.

¹¹⁴ Além do explicado nível máximo de autonomia para as relações entre partes empresárias, o autor ainda traz a noção de nível médio para os contratos entre civis, e do nível mínimo de autonomia da vontade quando o contrato envolver partes em relação consumerista. (REBOUÇAS, Rodrigo F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. P. 184).

contratos celebrados por partes empresárias, como os de compra e venda de participação societária de controle, devem ser encarados como sendo resultado de negociações efetuadas por partes que atuaram no exercício da máxima autonomia privada, devendo ocorrer a intervenção estatal sobre o conteúdo obrigacional apenas de maneira excepcional.

Nesse âmbito, a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), recentemente em vigor no ordenamento pátrio, almejou trazer consideráveis alterações para as relações civis e empresariais existentes na jurisdição brasileira, buscando reforçar a incidência desses princípios. Nessa linha, houve uma valorização do caráter empresarial dos contratos celebrados entre agentes econômicos, com a valorização da função econômica desses contratos, além de ter havido um fortalecimento das liberdades negociais dos contratantes qualificados como empresários¹¹⁵.

Dentre as características trazidas por este novo dispositivo legal, que contribuem para essa consolidação dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, podem-se destacar o reconhecimento do prevalimento dos termos e cláusulas convencionadas pelas partes sobre as regras de direito dispositivas¹¹⁶, bem como dos princípios da intervenção mínima estatal nas relações econômicas¹¹⁷ e da excepcionalidade na revisão judicial dos contratos. Além disso, a Lei da Liberdade Econômica proporcionou relevantes alterações no art. 422-A¹¹⁸ do Código Civil, garantindo, às partes negociantes, a atuação em prol da livre alocação dos riscos do negócio no instrumento contratual, e do estabelecimento convencional

¹¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 38.

¹¹⁶ Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal. [...] VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública. (BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**.)

¹¹⁷ Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: [...] III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas. (BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**.)

¹¹⁸ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (BRASIL. **Código Civil**.)

de parâmetros interpretativos, inclusive sobre os pressupostos de revisão e de resolução dos termos contratados.

Além disso, torna-se possível observar, também, um fortalecimento do princípio da obrigatoriedade de cumprir o contratualmente pactuado¹¹⁹ (“*pacta sunt servanda*”), que resguarda o funcionamento do sistema mercadológico ao fortalecer a segurança dos contratos firmados e ao permitir que as partes contratantes possam ter uma legítima expectativa de cumprimento do que fora pactuado, de forma a proporcionar a concretização do atributo da previsibilidade, muito desejado e necessário nessas relações. Importante, ademais, que a legislação brasileira assegure aos contratantes esses poderes para livremente disporem sobre os termos aos quais contratualmente se obrigam, principalmente em vista do correto funcionamento do mercado e da ordem econômica. Neste sentido, Paula A. Forgioni atribui, como requisitos da própria existência do mercado, a presunção de igualdade entre as partes contratantes e a livre iniciativa para estabelecimento dos moldes pelos quais se dará a circulação dos ativos econômicos¹²⁰.

Ademais, ainda em prol da liberdade dos contratantes, o Código Civil Brasileiro estabelece que os termos contratados entre as partes devem ser interpretados conforme as práticas do mercado¹²¹⁻¹²². Tal disposição será importante para que se reconheça a validade e a conveniência da cláusula de remédio exclusivo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se trata de figura frequentemente utilizada nos contratos de compra e venda de participações societárias, sendo, portanto, amplamente utilizada nesse tipo de negociação.

Há de se levar em consideração, contudo, que a autonomia privada e a liberdade contratual encontram limites de aplicação impostos pela própria legalidade, especificamente na figura das normas cogentes ou injuntivas, entendidas como aquelas que são imunes aos atos das partes que busquem afastar a sua

¹¹⁹ Contratos empresariais

¹²⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 40-41.

¹²¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL. **Código Civil**).

¹²² Sobre esse ponto, Paula A. Forgioni, estabelece que os “usos, costumes e práticas do mercado”, referenciados pelo código civil, devem ser interpretados sob o parâmetro de normalidade compatível à prática dos comerciantes familiarizados com aquele negócio jurídico. (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 251-252.).

aplicação¹²³, sendo identificáveis expressamente pelo legislador ou pela sua atuação no próprio plano de existência daquele negócio jurídico, e pelas normas de ordem pública e de seus preceitos que se exprimem principalmente pela função social do contrato e pelo dever de observância à boa-fé objetiva em toda relação jurídica privada, bem como da ética e do interesse econômico-social dos contratos privados¹²⁴. Quanto a isso, é correto dizer que os institutos de ordem pública, no âmbito contratual, funcionarão de modo a impossibilitar o afastamento convencional dessas normas, sob o pretexto da proteção aos princípios fundamentais éticos, jurídicos e econômicos que regem a jurisdição nacional, determinando, além disso, que as partes não poderão pactuar cláusulas que prejudiquem o equilíbrio social e econômico do sistema, bem como que violem os valores básicos e fundamentais da sociedade¹²⁵.

Ainda sobre isso, é possível identificar no direito privado, principalmente no contexto da *Civil Law*, exemplos históricos do entendimento da ordem pública como principal limitador das convenções particulares. Nesse sentido, é possível citar o código napoleônico, que estipulava que os contratantes não podiam se afastar da ordem pública e dos bons costumes¹²⁶, bem como exemplos de disposições oriundas da legislação e da doutrina italiana¹²⁷ e portuguesa¹²⁸ que versam nesse mesmo sentido, cujas culturas jurídicas influenciaram fortemente o direito civil do Brasil. Trazendo-se esses fatos para o contexto brasileiro, faz-se cabível a citação do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil¹²⁹ que expressamente cita a ordem pública como limitadora do conteúdo pactuado entre privados.

¹²³ JR., Otávio Luiz R.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentário ao artigo 3º, inciso VIII: a garantia de livre estipulação dos negócios jurídicos empresariais**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 208.

¹²⁴ REBOUÇAS, Rodrigo F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 34.

¹²⁵ DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 828, Out. 2004. p. 1.

¹²⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 93.

¹²⁷ Art. 1229. [...] E' nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi i ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico. (ITALIA. **Codice Civile**.)

¹²⁸ Art. 800º. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública. (PORTUGAL. **Código Civil**.)

¹²⁹ Art. 2.035. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL. **Código Civil**.)

Também é importante notar, conforme anteriormente citado, que a ordem pública se manifestará, no direito contratual, mediante dois princípios fundamentais, que deverão reger todo o funcionamento da relação jurídica estabelecida, o da função social dos contratos e o da boa-fé objetiva. Far-se-á necessário, portanto, uma análise acerca desses dois institutos enquanto integrantes dos conceitos de ordem pública e, por essa razão, limitadores da autonomia privada das partes e, por consequência, do conteúdo da cláusula de remédio exclusivo.

Para a compreensão da função social do contrato, retorna-se aos princípios fundamentais que regem o código civil brasileiro, referidos na seção anterior, de socialidade ou solidariedade e de eticidade¹³⁰. O primeiro funciona como um mecanismo garantidor dos interesses coletivos sobre os individuais, de modo que as obrigações pactuadas pelas partes jamais poderão gerar efeitos negativos na esfera social e na de terceiros estranhos a relação estabelecida. Quanto à eticidade, esta segue na mesma linha de assegurar o comprometimento do direito privado com o bem comum social e o dever das partes de agirem eticamente, de modo a respeitar os direitos da contraparte nas negociações, nos contratos celebrados e no cumprimento desses negócios jurídicos firmados. Dessa forma, tendo como base esses princípios, a função social do contrato funcionaria como um limitador da autonomia privada, no sentido de resguardar a ordem pública social e econômica¹³¹ de violações e abusos oriundos de estipulações convencionadas em negócios jurídicos privados¹³².

Nessa mesma linha, Gerson Luiz Carlos Branco¹³³, ao tratar da função social dos contratos, lança luz à complementaridade entre os elementos individuais e

¹³⁰ REBOUÇAS, Rodrigo F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 37.

¹³¹ Faz-se pertinente, aqui, incluir a citação de Gerard Farjat acerca da economicidade da ordem pública: “Muito sinteticamente, a ordem pública econômica é o conjunto de prerrogativas estatais para a organização das relações econômicas, em vista da necessidade de preservação ou desenvolvimento dos mercados sob a condução de decisões políticas. A ordem pública econômica de direção tende a estabelecer a organização da economia, enquanto a ordem pública de proteção tem como fim proteger, em certos contratos, a parte economicamente mais fraca.” (FARJAT, Gerard. apud. MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. **Comentário ao artigo 2º, inciso III: o princípio da “intervenção subsidiária e excepcional do estado sobre o exercício de atividades econômicas”**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 99-100.).

¹³² REBOUÇAS, Rodrigo F. op. cit., p. 53.

¹³³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Comentário ao artigo 421 do Código Civil: a função social do contrato na Lei da Liberdade Econômica**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 459 et seq.

sociais que rodeiam a relação jurídica privada, afirmando que o contrato está inserido e constrói obrigações que trazem efeitos tanto na esfera individual das partes, como na sociedade em que atua. Além disso, o mesmo autor traz, ao dissecar a função social do contrato, o seu caráter teleológico, enquanto instituto que assegura que o contrato celebrado atenda efetivamente aos fins perseguidos pelas partes no momento de sua celebração, observado e respeitado, nessa consecução, o contexto ético e social ao qual estão inseridas.

Outro princípio que se comunicará com a ideia de ordem pública, e que deverá incidir sobre toda a prática contratual¹³⁴, é o da boa-fé objetiva. Nessa linha, antes de se adentrar à sua conceituação, interessante verificar que a legislação civil brasileira prevê diferentes dispositivos que relacionam a atuação obrigacional ao compromisso de agir conforme a boa-fé. Nesse sentido, o art. 422¹³⁵ do Código Civil Brasileiro, estabelece o dever de as partes guardarem a boa-fé durante todo processo contratual, aqui devendo ser entendido desde a fase das negociações até o integral cumprimento das obrigações pactuadas, e o art. 113¹³⁶ privilegia o papel deste instituto na interpretação do negócio jurídico, inclusive sobre o comportamento das partes e sobre a sua intenção comum expressa no contrato.

Ainda, antes de demonstrar o funcionamento da boa-fé no direito contratual, faz-se necessário a diferenciação entre as suas duas espécies: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Em seu caráter subjetivo, a boa-fé é representada considerando o estado psicológico da pessoa que age sob esse princípio, ou seja, pode ser definida como “o estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, ou a convicção de estar agindo em bom direito.”¹³⁷. No caso concreto, é aquela boa-fé que se manifesta quando uma pessoa celebra o negócio jurídico com a justa convicção, ou com a “crença legítima”¹³⁸, de que o seu

¹³⁴ LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 44.

¹³⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹³⁶ Art. 113. §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...] III – corresponder á boa-fé. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. **Comentário ao artigo 2º, inciso II: o princípio da “boa-fé do particular perante o poder público”**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 75.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 280.

objeto não é ilícito e de que, ao celebrar aquele negócio, está atuando corretamente dentro de seus direitos legais.

Contudo, a espécie que será fundamental para o entendimento acerca dos limites da autonomia privada, e que deve ser observada no âmbito contratual, é a boa-fé objetiva. Esta atuará como fonte de normas de conduta que devem ser seguidas pelas partes negociantes durante toda a relação contratual, inclusive no momento pós-*closing*, estipulando os deveres das partes de agirem conforme os valores éticos e comportamentais esperados “dos agentes econômicos ativos e probos”¹³⁹ em determinado mercado. Nesse âmbito, a boa-fé objetiva, ao estipular os deveres das partes de agirem de maneira ética e íntegra no contrato, funcionará para proteger os contratantes contra danos que possam ser causados pela contraparte no escopo da relação¹⁴⁰, funcionando, sob essa ótica, como um meio de proteção às pessoas e ao patrimônio envolvido na negociação.

Ademais, Judith Martins-Costa apresenta a noção que a boa-fé objetiva atua com efeitos negativos e positivos¹⁴¹. Sob o viés negativo, a boa-fé contratual possui uma função protetiva, conforme acima referido, de evitar danos à contraparte, enquanto, em seu caráter positivo, serve para criar um dever de colaboração entre os contratantes, no sentido de os obrigar a atuar de forma a evitar a ocorrência de danos, injustiças e desequilíbrios na relação.

Nessa linha, é possível afirmar que a boa-fé objetiva funciona, também, para estipular deveres que são de fundamental importância dentro da relação jurídica privada, principalmente quando se trata de partes empresárias¹⁴², dotadas de paridade, que, como já visto, necessitam de considerável segurança jurídica e previsibilidade no contrato. Dessa forma, a boa-fé pode ser entendida como um

¹³⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 123-125.

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 244.

¹⁴¹ Ibidem, loc. cit.

¹⁴² Judith Martins-costa evidencia essa situação da seguinte maneira: “Já se sabe que, em face dos contratos entre iguais, ou paritários, é mais extenso o campo de exercício da autonomia privada e menos extenso o poder corretivo externo. Nessa hipótese, a boa-fé age, primordialmente, como norma de cooperação, lealdade e probidade a incidir nos modelos negociais formatados pela autonomia privada por parte de sujeitos que podem – jurídica e faticamente – exercer em razoável grau, a liberdade de dispor sobre o seu próprio patrimônio, inclusive modelando em formas atípicas o conteúdo do contrato. As regras legais são majoritariamente dispositivas e supletivas, embora incidam nos particulares vínculos contratuais, também, as normas cogentes e imperativas.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 628.).

instituto que impõe aos contraentes o dever de agir com coerência e lealdade¹⁴³, de modo a observar o *pacta sunt servanda*, mantendo o estrito e correto cumprimento das obrigações convencionalmente pactuadas. Como reflexo disso, a boa-fé objetiva, ligando-se à função social do contrato, estabelece o dever de as partes atuarem no contrato sem intenções maliciosas ou exclusivamente lesivas à contraparte¹⁴⁴. Tais obrigações fazem com que os contratantes, em vista da boa-fé, tenham um compromisso de agir em colaboração na formação e na conclusão do contrato¹⁴⁵, adquirindo deveres acessórios¹⁴⁶ que servirão para reforçar tais obrigações, sendo defeso, portanto, o “exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas.”¹⁴⁷.

Nesse sentido, é vedado às partes, sob pena de violarem o princípio da boa-fé, e, por consequência, da ordem pública, agir com incoerência no contrato, de forma a lesar a legítima expectativa causada na outra parte. Como reforço a esse argumento, Judith Martins-Costa trata do princípio da boa-fé conjuntamente ao que chama de “princípio da coerência contratual”, evidenciando a função ativa da boa-fé objetiva como instituto jurídico que proíbe a “conduta contratual deslealmente contraditória”, assim como a utilização de modo abusivo da convenção por uma das partes, de modo a violar os direitos da contraparte¹⁴⁸. Nesse âmbito, a referida autora contribui para elucidar que essa expectativa tutelada deve ser revestida de razões concretas, comprováveis ou, no mínimo, comuns ao tipo contratual, de modo que seja justificada e evidente a legítima expectativa e a confiança depositadas pela parte lesada¹⁴⁹.

¹⁴³ FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 111-114.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 136-137.

¹⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. **Comentário ao artigo 2º, inciso II: o princípio da “boa-fé do particular perante o poder público”**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 78.

¹⁴⁶ Sobre isso, Giovana Benetti e Judith Martins-Costa citam como exemplos desses deveres acessórios, trazidos pela boa-fé objetiva, o de informar corretamente à contraparte, o de colaborar para o adimplemento, e o de coerência comportamental. (MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. **Comentário ao artigo 2º, inciso II: o princípio da “boa-fé do particular perante o poder público”**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. (Coords.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 77.).

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 625.

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 254.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 256.

O princípio da boa-fé, portanto, é aplicado ao direito contratual, no âmbito empresarial, como observado, como um garantidor de um ambiente negocial cuja segurança e previsibilidade sejam reforçados, dados os deveres de confiança e de obrigatoriedade em cumprir o que foi previamente negociado. É nesse sentido que a boa-fé objetiva também pautará, nessas relações empresariais, os usos e costumes do mercado¹⁵⁰, de forma que a prática usual daquele tipo de negócio – no caso desta monografia a compra e venda de participações societárias de controle – deve ser considerada para que seja reforçada a previsibilidade do pactuado e a segurança no seu cumprimento.

Além disso, com esse mesmo objetivo de proteção do ambiente mercadológico e das relações jurídicas próprias aos contratos de compra e venda de participações societárias, deve-se ter em mente que a aplicação da boa-fé não deve ocorrer de modo indiscriminado dentro do direito empresarial, ou seja, de modo a prejudicar a paridade negocial das partes¹⁵¹. Desse modo, é necessário compreender que as cláusulas contratualmente pactuadas são objeto de intensas negociações entre as partes e são fruto da alocação de riscos exercida livremente entre os contratantes. Nesse sentido, pensando-se na estipulação da cláusula de remédio exclusivo, é provável que a parte menos interessada em sua inserção tenha barganhado, durante as negociações, a inclusão de outra cláusula de seu interesse ou a aceitação pela contraparte de algum outro ponto importante na relação, funcionando esses pactos livremente realizados como elementos de barganha no contexto da negociação, ou seja, resultados de riscos admitidos como possíveis de serem suportados pelas partes no âmbito contratual.

Por essa razão, deve-se ter atenção para o caso da utilização indevida pelo intérprete estatal, nesses contratos, da boa-fé objetiva, não devendo essa ser aplicada de modo a relativizar os riscos livremente assumidos pelas contratantes, ou a proteger demasiadamente uma parte que pode ter agido de modo ineficiente no processo negocial, pois, nesses casos, haveria prejuízos ao funcionamento do mercado e, portanto, ao interesse comum da relação¹⁵². Nessa linha, a aplicação da boa-fé, no âmbito dessas contratações, deve visar o comportamento diligente e

¹⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 129 et seq.

¹⁵¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 132.

¹⁵² FORGIONI, op. cit. 138.

compatível com a posição de mercado ao qual o agente está inserido, cabendo aos negociantes os deveres de agirem em conformidade com as práticas de mercado daquele negócio durante toda negociação e elaboração do contrato, devendo observar a alocação de riscos na fase negocial e os deveres de auditoria e de busca de informações sobre a sociedade-alvo¹⁵³, ressalvado os casos em que haja dolo de uma das partes no sentido de prejudicar ou tornar impraticável tal diligência, hipóteses em que o princípio da boa-fé deverá agir como balizador da ordem pública em prol da proteção negocial e mercadológica.

Por fim, é necessário, ainda, analisar as consequências jurídicas oriundas da violação às normas injuntivas e aos preceitos de ordem pública. Sendo assim, é correto afirmar que as disposições das partes que contrariarem normas cogentes serão inválidas e sua eficácia deverá ser afastada do negócio jurídico celebrado¹⁵⁴. Quanto à violação de normas de ordem pública, a doutrina afirma que também serão inválidas as convenções privadas que as tentem afastar, entendendo como possíveis efeitos dessa invalidade, considerando o seu caráter de guardião da ordem social e econômica do Estado, o seu reconhecimento imediato e *ex officio* pela autoridade judiciária estatal, bem como a adaptação imperativa do contrato para que seja readequado aos preceitos de ordem pública¹⁵⁵.

Verificou-se, portanto, nesta seção, que o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente mediante os princípios constitucionais da ordem econômica, cuja aplicação se tentou reforçar com as alterações realizadas pela Lei da Liberdade Econômica, visa propiciar um ambiente de direito privado calcado nos princípios da autonomia privada e na liberdade contratual das partes, que devem ser entendidos conforme a prática de mercado própria daquele negócio jurídico. Ademais, é importante frisar que tal autonomia é limitada pelas normas cogentes, as quais são imunes ao afastamento convencional pelas partes, e pelos preceitos e normas de ordem pública, efetivada, no âmbito dos contratos empresariais, principalmente pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Dessa forma, cumpre analisar a possibilidade de pactuação da cláusula de remédio exclusivo com a finalidade de afastar os remédios legais ao inadimplemento e a violações

¹⁵³ FORGIONI, op. cit. 170-173.

¹⁵⁴ JR., Otavio Luiz R.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentário ao artigo 3º, inciso VIII**: a garantia de livre estipulação dos negócios jurídicos empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: Comentários. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 209.

¹⁵⁵ Ibidem, loc. cit.

contratuais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário verificar se há caráter de imperatividade, ou seja, atributivo de interesse público na norma afastada, o que, conforme observado nesta seção, macularia a possibilidade de dispensa de tal dispositivo legal.

3.2 A COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO COM O AFASTAMENTO CONVENCIONAL DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL E DO CUMPRIMENTO ESPECÍFICO

A possibilidade da resolução contratual decorrente de inadimplemento está prevista no artigo 475 do Código Civil Brasileiro¹⁵⁶, que assegura, à parte lesada, a possibilidade de requerer a resolução do contrato em caso de ocorrência de um descumprimento obrigacional. O grande problema desse remédio legal, em face dos contratos de compra e venda de participação societária, é que tal resolução produziria, como regra¹⁵⁷, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data de celebração do contrato, de modo que a sua incidência reconstituiria as partes ao estado em que se encontravam antes da conclusão do negócio.

É exatamente por essa razão que a incidência do remédio resolutório pode ser prejudicial e impraticável no âmbito da relação jurídica e econômica firmada por meio do contrato de compra e venda de participação societária de controle. A transferência de controle normalmente implica a realização, pelo comprador, de alterações estruturais e operacionais de modo imediato sobre a sociedade adquirida, além disso, o mercado é dinâmico e os seus efeitos sobre a sociedade objeto da transação modificam constantemente as condições operacionais financeiras e patrimoniais desta, o que torna complicado o retorno das partes ao *status quo ante* nessas relações empresariais, uma vez que a sociedade “devolvida” não estará no mesmo estado pelo qual foi adquirida, inviabilizando a perfeita restituição dos polos contratantes.

¹⁵⁶ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.(BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁵⁷ Ruy Rosado e Araken de Assis, nos comentários ao Código Civil, lançam luz à possibilidade da produção de efeitos *ex nunc* com a aplicação do remédio resolutivo, porém apenas nos casos de prestações continuadas ou periódicas, como nos contratos de locação, por exemplo, em que ocorre o adimplemento de parte da prestação ao longo do tempo até o momento em que este para de ocorrer, o que justificaria o efeito *ex nunc*. Contudo, considerando que os contratos aqui analisados visam e se concluem com a cessão de direitos societários, não caberá a incidência de tais efeitos. (JR., Ruy Rosado de A.; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. VI Tomo II. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. p. 647-648.

Nessa linha, é possível identificar uma importante contribuição doutrinária no sentido de reconhecer a ineficiência do remédio resolutivo nos contratos de fusões e aquisições. Catarina Monteiro Pires, nesse sentido, aponta para a resolução contratual como uma solução ineficiente nos contratos de compra e venda empresariais¹⁵⁸, justamente em virtude de seus efeitos destrutivos ao negócio celebrado e que reconstituem as partes ao *status quo ante*. Luca Renna, no mesmo raciocínio, entende que a aplicação do remédio resolutivo seria de pouca utilidade para as partes contratantes e traz o aspecto da improbabilidade de as partes agirem para que essa solução seja aplicada¹⁵⁹. Ainda nessa seara, Didier Leclercq evidencia que o desfazimento do negócio compreende um risco cuja assunção não é bem quista pelo vendedor, além de que suas consequências serão inadequadas, também, ao comprador da participação societária, uma vez que estaria na gestão da organização¹⁶⁰, de modo que as partes geralmente aceitam rapidamente a exclusão da possibilidade de incidência de tal remédio legal.

Além disso, deve-se considerar a racionalidade econômica¹⁶¹ do negócio, em que cada parte se obriga e promove a alocação dos riscos da transação baseada na melhor eficiência, que pode ser encontrada na aquisição de uma sociedade lucrativa e que represente novas oportunidades de mercado ao comprador, ou na consecução de valor justo pelo negócio, bem como de desengargo de passivos pelo vendedor, que pode não ter mais o interesse no controle daquela sociedade. Nesse sentido, a estipulação da cláusula de remédio exclusivo serve para reforçar a segurança da transação, e como meio de fornecer, não apenas às partes, mas também ao mercado, a previsibilidade da execução do negócio pactuado, que não será desfeito mesmo em casos de inadimplementos.

A dificuldade em aplicar o remédio resolutivo com efeitos retroativos também pode ser encarada sob a ótica da função social do contrato, tanto no seu caráter teleológico quanto na sua função protetora dos interesses sociais envolvidos na

¹⁵⁸ PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 907-909.

¹⁵⁹ RENNA, Luca. **Compravendita di partecipazioni sociali**: dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli Editore, 2015. p. 312-314.

¹⁶⁰ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d’actions**: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 147.

¹⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 127-128.

relação privada. Isto porque, nos contratos de alienação de controle, a aplicação do remédio resolutorio pode causar efeitos prejudiciais no âmbito social, uma vez que a precariedade da transação poderá acarretar inseguranças de gestão e da própria confiança do mercado sobre aquela empresa em litígio, o que acarretará prejuízos aos seus funcionários e aos seus consumidores, colocando em risco a consecução da finalidade buscada pela transação e o perfeito funcionamento do sistema econômico¹⁶². Além disso, apesar de não haver consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca da possibilidade de afastamento do remédio resolutorio, deve-se considerar que o direito brasileiro, a partir da Lei da Liberdade Econômica, mediante a inclusão do inciso I, do art. 421-A¹⁶³ do seu Código Civil, estabeleceu às partes o direito de convencionarem acerca dos pressupostos interpretativos que devem ser considerados para a possibilidade de resolução dos contratos.

Pode-se compreender, portanto, que há a possibilidade de os particulares convencionarem sobre o descarte da intervenção judicial nas penalidades contratuais¹⁶⁴, e, na hipótese de alienação de participações societárias de controle, sobre a impossibilidade de resolução por inadimplemento contratual. A este respeito, Catarina Monteiro Pires atribui como uma das características das normas cogentes, a sua função de equilibrar relações e de tutelar a parte prejudicada por desequilíbrios¹⁶⁵, o que não será necessário neste âmbito, pois o contrato de compra e venda de participação societária é, como visto, fruto de uma relação jurídica empresarial paritária, devendo o Estado respeitar as alocações de risco livremente negociadas pelas partes, pautadas na boa-fé contratual, devendo a interferência judicial ocorrer de maneira apenas excepcional, quando há evidente violação de ordem pública, o que não é o caso do afastamento deste remédio legal, uma vez que a cláusula de remédio exclusivo manterá algum remédio disponível em caso de descumprimentos obrigacionais, conforme livremente pactuado entre as partes.

¹⁶² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 243-244.

¹⁶³ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁶⁴ FORGIONI, op. cit., p. 282-283.

¹⁶⁵ PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de "Remédio" Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 896.

É nessa linha que se permite entender como possível o afastamento do remédio resolutivo, desde que se mantenha outro remédio à disposição da parte lesada, como, por exemplo, a figura indenizatória. Neste sentido, considerando a extensa e profissional negociação e ajuste de barganhas nesses contratos, a cláusula de remédio exclusivo deverá ser considerada como tendo sido prevista em ordem da utilidade e do interesse de ambas as partes, inclusive daquela eventualmente lesada por inadimplemento. Daí as partes aceitarem, por vezes, a renúncia ao remédio resolutivo, tendo em vista que o efeito restitutivo não atende a utilidade da transação, apresentando-se como solução inadequada.

Ainda sobre os remédios legais afastados pelas partes por meio da cláusula de remédio exclusivo, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, é preciso falar sobre a possibilidade de afastamento da indenização integral pelo equivalente das perdas e danos, efetiva e comprovadamente, sofridos em virtude do inadimplemento. Nessa linha, o Código Civil Brasileiro define que, nos casos de inadimplemento contratual em que a parte lesada sofra danos ou prejuízos, será devida a indenização¹⁶⁶ de acordo com a extensão do dano sofrido¹⁶⁷.

Sobre isso, a cláusula de remédio exclusivo, a depender de sua redação, poderá afastar a aplicação de tal regramento, uma vez que funciona como mecanismo de limitação de responsabilidade das partes, o que é aceito pelo direito brasileiro¹⁶⁸. Por conseguinte, pode-se afirmar que será, também, uma das funções buscadas pelas partes, ao pactuarem a cláusula de remédio exclusivo com escopo indenizatório, a predefinição dos montantes que terão de ser arcados em caso de inadimplemento contratual, de modo a evitar que sejam aplicáveis valores estranhos aos pactuados tanto em termos de limites quantitativos quanto em termos de limites temporais¹⁶⁹.

Quanto ao remédio da execução específica, este é entendido como a possibilidade de a parte lesada exigir o cumprimento natural da obrigação, quando possível, em casos de inadimplemento, ao invés de receber o valor pecuniário como

¹⁶⁶ 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. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁶⁷ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁶⁸ LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 22.

¹⁶⁹ GRAVIO, Valerio di. **Clausoladiunicorimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausolenegoziali: profiliteorici e applicatividiclausoletipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1606-1607.

compensação. Sobre isso, é correto afirmar que, apesar de reconhecer que a obrigação de dar, fazer e não fazer pode ser convertida em obrigação pecuniária, o ordenamento brasileiro estabelece a preferência do cumprimento específico da obrigação em detrimento ao remédio indenizatório, porém, tal aplicação deve estar restrita não só à possibilidade de obtenção do “resultado prático equivalente”¹⁷⁰ mediante o cumprimento *in natura*, mas também à vontade das partes, que devem ter o direito de prever cláusulas penais compensatórias, indenizatórias, substitutivas do adimplemento¹⁷¹.

Nesse sentido, percebe-se que o ordenamento resguarda a opção da escolha de qual remédio buscar à vontade da parte lesada, devendo ser considerada lícita¹⁷² a convenção de cláusulas que antecipem essa eleição, como nos casos de previsão, através da cláusula de remédio exclusivo em contratos empresariais, de verbas indenizatórias para compensação dos inadimplementos ocasionados por obrigações de dar, fazer ou não fazer. Neste sentido, Catarina Monteiro Pires¹⁷³ defende que a estipulação dos meios pelos quais a parte lesada receberá a compensação pelo inadimplemento deve ser fruto da autonomia da vontade das partes, tendo-se em consideração que esses termos foram objeto de exaustiva negociação entre os contraentes, devendo prevalecer o interesse da parte eventualmente lesada, contratualmente expresso, quanto ao recebimento do inadimplemento em pecúnia.

Nesse sentido, far-se-á importante, tendo em vista o objetivo de afastar o direito de a parte lesada exigir o cumprimento natural da prestação inadimplida, que seja, de antemão, prevista e incluída nas hipóteses de aplicação da cláusula de remédio exclusivo, o fato de o não cumprimento de determinada obrigação assumida ensejar o dever da reparação indenizatória do dano, mediante pagamento de valor contratualmente fixado. Tal previsão poderá ser útil tanto para que cada parte tenha a noção e o controle dos riscos assumidos por eventuais inadimplementos e que

¹⁷⁰ Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁷¹ PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 905.

¹⁷² LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 38.

¹⁷³ PIRES, op. cit., p. 906.

terão de ser suportados, quanto para forçar que as partes atuem da forma mais diligente possível para o cumprimento das obrigações assumidas.

Conclui-se, portanto, que é possível, mediante a pactuação de cláusula de remédio exclusivo, o afastamento do remédio legal da resolução contratual pelo inadimplemento, tendo em vista o caráter de paridade e de sofisticação das partes envolvidas em contratos de compra e venda de participações societárias de controle, desde que seja mantido algum remédio para compensação do inadimplemento, o que, na cláusula de remédio exclusivo, poderá ocorrer por meio da preservação do remédio indenizatório ou, em caso de inadimplemento parcial da obrigação que ainda pode ser cumprida, do seu cumprimento natural, conforme estipulado pelas partes.

Além disso, deve ser entendida, também, como de livre disposição das partes, o afastamento do remédio da execução específica, vez que deve se encarar como fruto da autonomia privada, garantida pelo ordenamento brasileiro, a possibilidade da parte lesada optar pela via indenizatória para reparação dos danos sofridos, não sendo uma norma imperativa aquela que estipula a possibilidade do lesado em requerer judicialmente a execução específica da obrigação. Dessa forma, pode-se afirmar que a pactuação da cláusula de remédio exclusivo será possível para o afastamento de ambos os remédios legais analisados nesta seção.

3.3 A INCOMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO COM O AFASTAMENTO CONVENCIONAL DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO EM DECORRÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VONTADE VICIADA POR DOLO

O negócio jurídico, que tem no contrato a sua principal figura, pode ser descrito como uma espécie de fato jurídico que se propõe a produzir efeitos jurídicos concretos em uma relação entre privados, sendo, assim, fruto da manifestação da autonomia privada no direito privado e resultado da livre e consciente declaração de vontade expressa por, ao menos, duas pessoas que negociam entre si. Neste âmbito conceitual, Marcos Bernardes de Mello define os negócios jurídicos da seguinte maneira¹⁷⁴:

¹⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 86.

[...] negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Analisando-se o trecho acima exposto, deve-se chamar atenção ao papel que se dá ao Estado enquanto entidade responsável por delimitar o grau de autonomia privada do negócio jurídico. Nesse sentido, caberá ao ente estatal legislativo a escolha¹⁷⁵ por prever normativamente modelos de negócios cogentes, de modo a proteger situações de interesse social, cujo conteúdo do negócio jurídico esteja taxativamente previsto em lei, não sendo possível, nesses casos, em vista da perfeição do negócio jurídico, que as partes convençam de forma diferente da legalmente estipulada, ou, por outro lado, prever modelos de negócios mais amplos e que permitam maior margem negocial para os contratantes expressarem e fazerem valer as suas vontades na celebração do negócio¹⁷⁶.

Além disso, para a sua formação e perfeito funcionamento, os negócios jurídicos costumam, conforme contribuição doutrinária de Pontes de Miranda¹⁷⁷, ser divididos em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. O plano da existência é formado pela presença dos elementos inerentes ao negócio jurídico, sendo estes, conforme posto por Antônio Junqueira de Azevedo¹⁷⁸, a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, além da determinação do local e tempo dos negócios, que podem ser considerados pressupostos de existência do negócio jurídico. Sobre esse plano, deve-se ter em mente que a ausência de algum de seus elementos ou pressupostos faz com que não exista o negócio jurídico, de modo com que, portanto, a relação privada nunca receba o caráter jurídico. Por essa razão, a análise dos demais planos do negócio jurídico, ou seja, a verificação de validade e de eficácia do

¹⁷⁵ Nesse contexto, Marcos Bernardes de Mello cita as principais práticas do legislador ao definir o grau que dará à autonomia da vontade em determinado tipo de negócio jurídico: “[...] A técnica jurídica (a) em certos casos, ao definir as normas jurídicas, desce a minúcias, regulando exhaustivamente o fato jurídico correspondente; (b) em outros casos estabelece certos pressupostos, sem, contudo, ser exaustiva; (c) enquanto em outras situações apenas permite, sem impor maiores exigências. Nessas situações temos casos de (a) determinação absoluta, (b) determinação relativa e (c) indeterminação [...]” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de existência. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 84.).

¹⁷⁶ MELLO, op. cit., p. 83.

¹⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. Apud. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 7.

¹⁷⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 117.

fato jurídico apenas deverá ocorrer quando for constatada a própria existência do negócio jurídico, sendo, portanto, a presença dos elementos do negócio, conforme citados, um pressuposto para a sua validade e eficácia¹⁷⁹.

Antes de adentrar ao plano da validade, que, em virtude das consequências jurídicas que acarreta ao negócio, será o plano de maior importância para o entendimento da análise proposta por esta monografia, cabe uma breve explicação acerca do plano da eficácia do negócio. Este se verificará quando se constatar que o negócio jurídico existe e é válido¹⁸⁰, e dirá respeito aos efeitos jurídicos do negócio e ao cumprimento das condições impostas legal ou convencionalmente para que este produza os efeitos buscados pelos contratantes¹⁸¹.

Quanto ao plano da validade, este estará completo quando o negócio jurídico for legalmente perfeito¹⁸², ou seja, quando a convenção realizada entre as partes estiver integralmente de acordo com as normas legais pertinentes ao tipo de negócio jurídico celebrado e com os princípios e preceitos gerais que sustentam o ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, funcionarão, também, as regras de validade dos negócios jurídicos como mecanismos de reforço da boa-fé objetiva e da função social do contrato, e, portanto, da ordem pública, uma vez que possuem função de vedar convenções contrárias a normas cogentes e de fornecer segurança aos interesses sociais envolvidos na negociação¹⁸³. Dessa forma, é correto afirmar que constituem pressupostos da validade o respeito do conteúdo do negócio jurídico às normas cogentes e à “natureza das coisas”¹⁸⁴, aqui entendida como a constatação da presença dos elementos que perfazem a existência do negócio jurídico. Nesse sentido, antecipando-se o que será, mais a frente, demonstrado, e considerando o, já observado, caráter de imunidade da ordem pública em face das convenções privadas, é correto afirmar que a violação à ordem pública acarretará, portanto, em qualquer hipótese, a invalidade do contrato¹⁸⁵, bastando verificar se

¹⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 21.

¹⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 49.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 49 et seq.

¹⁸² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 18.

¹⁸³ AZEVEDO, op. cit., p. 41-42.

¹⁸⁴ MELLO, op. cit., p. 23.

¹⁸⁵ DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 828, Out. 2004. p. 1.

esse fato terá como consequência a nulidade ou a anulabilidade do negócio jurídico, conforme previsto pela legislação civil brasileira.

Nesse contexto, o Código Civil Brasileiro¹⁸⁶ estipula que, para ser válido, o negócio jurídico deve ser celebrado entre partes plenamente capazes, a negociação deve versar sobre um objeto lícito, possível e determinado ou determinável e o conteúdo do negócio deve observar a forma legal, ou, em casos como os dos contratos de compra e venda de participação societária de controle, em que não há um formalismo legal para sua celebração, não possuir forma defesa em lei. Ademais, devem-se considerar esses requisitos de validade em conjunto com outras características que, da mesma maneira, servirão para a integralização da validade do negócio, como a moralidade do objeto, a compatibilidade do conteúdo negocial com as normas jurídicas cogentes e de ordem pública, e a presença de declarações de vontade das partes que tenham ocorrido de forma livre, consciente e dotada de boa-fé objetiva.

Nesse âmbito, faz-se necessário encarar a figura da invalidade do negócio jurídico enquanto remédio legal imposto pelo ordenamento em caso de descumprimento de algum desses requisitos de validade¹⁸⁷. Nessa linha, o remédio da invalidade terá lugar quando as partes constituírem negócio jurídico que possua conteúdo ou pretextos que violem os “comandos cogentes”¹⁸⁸ do ordenamento jurídico ao qual está inserido, ou seja, quando os fundamentos do contrato sejam defeituosos, ou, ainda, quando este tenha sido celebrado com base em declarações de vontade viciadas, conforme hipóteses que logo serão analisadas. Por essa razão, o remédio da invalidade funcionará como um regulador da autonomia privada das partes, que deverá ser exercida em observância aos requisitos de validade do negócio jurídico, sob pena de infringir norma de direito cogente, e como um instrumento de resguardo de toda a harmonia, integridade, vigência¹⁸⁹ e perfeito funcionamento do ordenamento jurídico privado.

Ademais, a consequência invalidante será importante, também, como um reforço à função social dos contratos e à efetivação do princípio da boa-fé contratual, uma vez que sua aplicação visa impedir que a parte que tenha dado causa à

¹⁸⁶ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁸⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 18.

¹⁸⁸ Ibidem, loc. cit.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 19.

maculação da validade do negócio possa usufruir e se valer dos efeitos desse fato em benefício próprio. Dessa forma, Marcos Bernardes de Mello corretamente sintetiza o remédio da invalidade como “uma espécie de sanção cuja finalidade consiste em privar das vantagens que possa obter do ato jurídico aquele que o pratica em contrariedade a normas jurídicas cogentes”¹⁹⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, a invalidade poderá acarretar duas consequências diretas ao negócio jurídico, de modo a, quando constatada, dar ensejo ou à nulidade do negócio, ou a sua anulabilidade. A nulidade representará, nesse âmbito, a sanção mais gravosa possível, ocasionando a ineficácia absoluta do negócio jurídico e a insanabilidade¹⁹¹ do defeito verificado, podendo ser oposta inclusive *ex officio*, e servirá para atacar a invalidade causada por violações à ordem pública e às normas jurídicas cogentes, ou seja, que tragam efeitos diretos a terceiros, não envolvidos na negociação, e a sociedade, colocando em risco o ordenamento jurídico como um todo. Em termos fáticos, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o remédio da nulidade para os casos em que os requisitos de validade estão preenchidos de modo imperfeito¹⁹² e nos casos em que o negócio jurídico for celebrado por meio de simulação¹⁹³.

De outro modo, a anulabilidade será o remédio disposto às partes quando os conteúdos invalidantes do negócio atacarem os interesses privados de um dos contratantes, acarretando prejuízos observados apenas *inter partes*, sendo direito exclusivo da parte lesada buscar a anulação do negócio judicialmente, que poderá, ainda, ser sanado ou convalidado pelo decurso do tempo, e que terá eficácia até a sua eventual desconstituição¹⁹⁴. O Código Civil Brasileiro prevê a possibilidade das partes pleitearem esse tipo de invalidade nas hipóteses em que se verificar a incapacidade relativa de um dos contratantes ou naquelas em que o negócio jurídico for celebrado através de declaração de vontade defeituosa, conforme legalmente tipificado¹⁹⁵.

¹⁹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 22.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁹² Vide art. 168 do Código Civil Brasileiro.

¹⁹³ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. (BRASIL. **Código Civil**.)

¹⁹⁴ MELLO, op. cit., p. 37.

¹⁹⁵ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. (BRASIL. **Código Civil**.)

Sobre o desfazimento do negócio jurídico eivado de invalidade, esse sempre ocorrerá, independentemente de intervenção judicial, quando o ato for nulo, de modo que, em regra, sua ineficácia deve ser considerada desde a celebração do negócio jurídico. Quanto ao ato anulável, como acima exposto, a desconstituição dependerá de iniciativa da parte lesada e será essencial para que cessem os efeitos do ato, que serão válidos até o seu desfazimento¹⁹⁶. Sobre os efeitos dessa desconstituição dos atos inválidos, Antônio Junqueira de Azevedo¹⁹⁷ demonstra que o ato poderá ter uma condição que “*vitiantur et vitiant*”, quando a invalidade possuir caráter essencial no negócio, ou seja, quando for impossível o cumprimento legal e correto do negócio jurídico viciado, restando como única opção o seu desfazimento por inteiro, bem como poderá ter uma condição que “*vitiantur sed non vitiant*”, quando os atos inválidos foram acidentais, ou seja, quando for possível o afastamento apenas do ponto inválido, sobrevivendo o restante do negócio.

Quanto a isso, há um princípio fundamental¹⁹⁸ que deve ser observado no sistema jurídico privado e que rodeia todos os planos do negócio jurídico: o princípio da conservação dos atos jurídicos. Esse princípio toma em consideração a máxima utilidade econômica e social dos negócios jurídicos, e visa “salvar da invalidade, ao máximo, os atos jurídicos, evitando-se, sempre que possível, que se percam as consequências práticas que os figurantes dos negócios pretenderam alcançar.”¹⁹⁹. Em termos práticos, esse princípio faz com que seja admitido o saneamento e a convalidação dos atos anuláveis, bem como permite que seja considerada a acidentalidade dos atos inválidos, inclusive dos afetados com nulidade, admitindo que o negócio sobreviva à cláusula defeituosa²⁰⁰.

Entendidos os pontos principais que permeiam a invalidade do negócio jurídico, é possível afirmar que, considerando que o fato de nulidade ser oriunda de violação a normas cogentes e de ordem pública, esta sempre deverá incidir sobre os contratos, devendo-se considerar a invalidade, e consequente ineficácia, da cláusula de remédio exclusivo eventualmente pactuada. Quanto à possibilidade de afastamento convencional do remédio da anulabilidade, faz-se preciso investigar

¹⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 20.

¹⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 46.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 66.

¹⁹⁹ MELLO, op. cit., p. 98.

²⁰⁰ AZEVEDO, op. cit., p. 68.

mais a fundo os defeitos do negócio jurídico e, mais especificamente, os vícios de declaração de vontade na celebração dos contratos.

Sobre essa questão, a doutrina converge²⁰¹⁻²⁰² ao considerar a perfeita declaração de vontade como aquela que ocorre se tendo a plena consciência acerca da realidade dos fatos aos quais se refere, que tenha sido emitida livre, consciente e espontaneamente como resultado de um processo negocial volitivo, bem como que tenha sido manifestada de acordo com a boa-fé objetiva, de modo não a ser lesiva a outra parte ou a terceiros. Além disso, é necessário se ter atenção ao fato de a vontade necessitar estar expressamente declarada no âmbito do negócio celebrado para que seja considerada enquanto requisito de validade²⁰³.

Sobre isso, Marcos Bernardes de Mello cita três elementos fundamentais que devem ser considerados na avaliação da declaração da vontade: “(a) a exteriorização da vontade, (b) o querer a manifestação e (c) a vontade em si mesma”²⁰⁴. Nesse âmbito, o Código Civil Brasileiro²⁰⁵ estabelece que a declaração de vontade viciada representa verdadeiro defeito do negócio jurídico, reconhecendo a possibilidade de anulabilidade dos atos celebrados nessas condições.

Dentre os defeitos do negócio jurídico legalmente previstos, será pertinente ao tema tratado, considerado o caráter empresarial das partes, a discussão acerca da diferenciação entre aqueles causados por erro da parte lesada, conforme definido entre os artigos 138 e 144 do Código Civil, e aqueles ocasionados por dolo, conforme previsto entre os artigos 145 e 150 desse código. Começando-se pelo defeito do erro ou ignorância, este pode ser conceituado como um engano fático e espontâneo acerca de alguns dos elementos do negócio celebrado, de modo que a parte tenha agido, no momento da celebração do contrato, baseada em uma falsa representação da realidade tomada por si mesma, e de modo pelo qual não teria agido se tivesse o correto entendimento da realidade fática das obrigações assumidas. No erro, existe o conhecimento acerca do objeto e do negócio²⁰⁶, mas a parte, sem qualquer interferência da contraparte, interpretou-os de maneira errônea

²⁰¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p.23.

²⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 43.

²⁰³ MELLO, op. cit., p. 70.

²⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 70.

²⁰⁵ Vide artigos 137 a 157 do Código Civil.

²⁰⁶ MELLO, op. cit., p. 71.

ao manifestar sua vontade ou, ainda, declarou essa vontade de modo diferente ao que realmente gostaria ou faria se tivesse, de fato, compreendido a realidade do negócio, havendo “uma desconformidade entre a vontade do manifestante e aquilo que efetivamente manifesta.”²⁰⁷.

No âmbito deste defeito, a legislação brasileira estabelece que o direito de anular o negócio jurídico apenas será possível quando o erro for relativo a algum elemento substancial do contrato²⁰⁸, isto é, nas hipóteses em que o negócio jurídico apenas se concretizou por causa do erro. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que o erro apenas terá poderes de invalidar o negócio jurídico quando ocorrer de modo pelo qual poderia ter sido cometido por qualquer outra pessoa, de diligência razoável, colocada na mesma situação de declaração volitiva ao celebrar aquele tipo de negócio. Dessa forma, não constituirá motivo de invalidação o erro ocasionado por culpa do declarante, nas figuras da negligência, imprudência ou imperícia, tampouco o erro praticado por falta de precauções²⁰⁹ e da devida diligência do declarante sobre os termos do negócio e de seu objeto.

No âmbito dos contratos empresariais, este defeito deve ser visto e aplicado com observação aos usos e práticas do tipo de mercado que envolve os contratos de compra e venda de participação societária²¹⁰, e, portanto, com algumas limitações que serão importantes para a própria proteção do negócio e do funcionamento do mercado. Nesse sentido, deve-se compreender que as partes desse tipo negocial, enquanto agentes sofisticados e profissionais, são livres para alocarem os riscos do negócio, inclusive podendo, nesse processo, aceitar, conforme as necessidades e circunstâncias da negociação, de maneira mais ou menos expansiva, os riscos de um entendimento incorreto sobre algum dos pontos contratados, ou, ainda, de uma eventual indefinição sobre alguma das características do objeto contratado, sendo possível que reconheçam

²⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 71.

²⁰⁸ Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico. (BRASIL. **Código Civil**.)

²⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p.72.

²¹⁰ Art. 113. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...] III - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio. (BRASIL. **Código Civil**.)

expressamente que desconhecem a total realidade do negócio, mas decidindo seguir com a celebração. Nessa linha, a parte pode concordar com a pactuação da cláusula de remédio exclusivo e, com isso, abdicar ao direito de pleitear a anulação do negócio, devendo essa escolha ser considerada como um resultado da análise racional e cuidadosamente feita pelo contratante para a assunção desse risco²¹¹⁻²¹².

A este respeito, Paula A. Forgioni, sob uma ótica de direito comercial, atribui atenção ao fato de que, considerada a racionalidade e a função econômica dos negócios empresariais, o erro de umas das partes na relação é, também, “um instrumento que premia a eficiência do outro”²¹³. Nesse âmbito, entende que os riscos são inerentes aos negócios jurídicos empresariais, havendo uma expectativa de que as partes envolvidas atuem para identificação e alocação desses riscos, prevendo-os da maneira mais útil possível, em conformidade com seus interesses²¹⁴. Desse modo, há de se ter em consideração o entendimento de que o erro não poderá ser invocado por parte que tenha agido na negociação de modo a não atender aos critérios de diligência e prudência esperados dos agentes atuantes naquele tipo de negociação, observados, mais uma vez, os usos, costumes e práticas daquele mercado.

Nesse sentido, Didier Leclercq, ao descrever as funções da cláusula de remédio exclusivo, refere que, por meio desta, o comprador admite assumir o risco de ter cometido algum erro na conclusão do contrato, inclusive baseado nas declarações e garantias prestadas pelo vendedor. Contudo, o autor reconhece que tal disposição deverá ser sempre aplicada sob a ressalva da hipótese de atuação dolosa pela parte infratora, de modo que a eficácia de tal aceitação estaria sujeita à observância da boa-fé objetiva nas negociações²¹⁵.

Quanto à hipótese do dolo, este será verificado, no âmbito da formação dos negócios jurídicos, quando houver a intenção maliciosa e a prática ativa ou omissiva de uma das partes para, em benefício próprio, viciar a vontade da outra ou, ainda,

²¹¹ PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 904.

²¹² LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d’actions**: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 564.

²¹³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 132.

²¹⁴ Ibidem, p. 274.

²¹⁵ LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d’actions**: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p. 564.

nas hipóteses em que uma parte tome vantagem, para a celebração do negócio, de determinada e conhecida situação de vulnerabilidade da outra parte, de modo com que seja celebrado negócio jurídico que, em condições negociais normais e de boa-fé, não teria sido firmado²¹⁶. Ainda, é cabível, para o correto entendimento da sua conceituação, expor a definição dada por Marcos Bernardes de Mello²¹⁷ acerca da invalidade do negócio jurídico ocasionada pelo dolo:

Consiste o dolo invalidante na ação ou omissão intencionais de um dos figurantes, ou de terceiro, neste caso com o conhecimento de um deles, com a finalidade de induzir, fortalecer ou manter o outro figurante em falsa representação da realidade, visando, em benefício próprio ou de terceiro, a que pratique ato jurídico que não realizaria se conhecesse a verdade. O dolo que vicia a vontade, em suma, se caracteriza: (a) pela ação ou omissão intencionais de um dos figurantes, ou de terceiro, com a sua ciência, com a finalidade de induzir a erro o outro figurante (deceptus), fortalecer nele erro em que já incidia, ou nele mantê-lo sobre circunstâncias referentes a negócio jurídico; (b) pela sua essencialidade, isto é, o dolo constitui causa eficiente do negócio, de modo que sem ele o negócio jurídico não se teria realizado.

Sobre o dolo, é interessante observar que o seu conceito e incidência são objetos comuns de discussão nas mais diversas jurisdições. Nessa linha, a experiência inglesa demonstra que os principais litígios oriundos dos contratos de compra e venda de participação societária de controle decorrem não de quebras efetivas dos pontos contratados, mas em virtude da atuação fraudulenta e enganosa de uma das partes no momento de prestação das declarações e garantias do negócio²¹⁸. Nesse sentido, Massimo Confortini²¹⁹ traz luz ao entendimento do dolo enquanto engano, ocorrendo quando as declarações e garantias se revelarem falsas ao ponto que, caso fossem verdadeiras, teriam excluído integralmente o interesse da outra parte pela concretização do negócio²²⁰.

²¹⁶ Daniel Pinheiro Longa elucida as principais características presentes nas atitudes dolosas: “Para ter-se o dolo tornam-se necessários os seguintes elementos: a) o comportamento enganoso (elemento objetivo); b) o ânimo de enganar para obter a declaração de vontade (elemento subjetivo); c) a participação de um dos sujeitos do negócio na maquinação contra a vítima (se a astúcia for de terceiro, a parte a quem ela aproveita, deverá ter conhecimento do ocorrido); d) a produção do erro na pessoa que sofreu a maquinação; e, por último, e) a determinação da declaração de vontade como efeito do erro induzido.”. (LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 60-61.)

²¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 77.

²¹⁸ W.J.L. KNIGHT, apud. LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d'actions: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction**. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017. p.564.

²¹⁹ GRAVIO, Valerio di. **Clausola di único rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p.1608-1609.

²²⁰ Daniel Pinheiro Longa traz um exemplo prático em que tal hipótese ocorreria: “Em um contrato de M&A, um exemplo claro de inadimplemento doloso, pelo qual seria possível uma indenização sem

Sobre isso, faz-se necessário observar que a admissão de respaldo jurídico a essas situações seria como dispensar a incidência do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, dando às partes sinal positivo para burlar a legislação. Por essa razão, é possível verificar uma equiparação entre a violação da boa-fé objetiva e a ação dolosa da parte que induz o outro ao engano de modo a fazer com que este celebre um negócio jurídico que não concretizaria caso a parte violadora houvesse representado corretamente as realidades fáticas do negócio²²¹.

Além disso, é importante ressaltar que o dolo poderá, ainda, ser causado por omissão quando uma das partes teria o dever de informar sobre matéria essencial ao negócio, seja por motivo de ordem legal ou por observância à boa-fé objetiva, e não o fez²²². Nesse sentido, urge importante retomar o funcionamento da boa-fé, no âmbito das relações empresariais, como mecanismo que contribui para a proteção da legítima expectativa do cumprimento correto do negócio pelas partes contratantes²²³, estando intimamente ligada à ideia de lealdade e de confiança contratual.

Acerca disso, mostra-se, possível, portanto, entender como características da boa-fé objetiva os deveres de agir coerentemente e de não frustrar a expectativa do outro contratante, bem como de manter o contrato livre de institutos lesivos ou maliciosos. Seguindo-se esse raciocínio é possível observar, como já demonstrado na seção 3.1 desta monografia, a grande importância desse princípio como garantidor da segurança e da previsibilidade do comportamento das partes na relação, bem como viabilizador do correto e possível funcionamento do sistema mercantil²²⁴, uma vez que se podem considerar como pressupostos de estabilidade do mercado, a segurança das partes em conseguirem exercitar, de modo eficiente e útil, os seus princípios de autonomia da vontade e de liberdade contratual, que

limitação em razão da cláusula limitativa, é a do vendedor que entrega ao comprador livros contábeis e relação de passivos que refletem uma situação inverídica, e que acabam levando o comprador a precificar a empresa com premissas que o vendedor sabe serem falsas. Nesse caso, a cláusula de indenização como remédio exclusivo não poderia ser utilizada para limitar a indenização". (LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 58.).

²²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 70 et seq.

²²² Ibidem.

²²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 141.

²²⁴ Nessa linha, estipula Paula A. Forgioni que sem a incidência da boa-fé nas relações jurídicas empresariais, o próprio mercado tenderia ao colapso. (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 131-132).

seriam inoperantes e a todo tempo distorcidos em sistemas que permitam o comportamento doloso e enganoso nas relações comerciais. É nesse âmbito que fica evidente a função da boa-fé, enquanto preceito de ordem pública, como garantidora da harmonia social e da estrita observação dos valores e princípios básicos da sociedade, devendo-se considerar o dolo, portanto, como um atentado a esse instituto jurídico.

Interessante, neste sentido, observar que o direito estrangeiro, inclusive em países de *Common Law*, converge em reconhecer a ineficácia da cláusula de remédio exclusivo que tenta afastar a incidência da anulabilidade do negócio jurídico pela ocorrência do dolo. A jurisprudência americana, como um exemplo de país do direito comum, já proferiu decisões²²⁵ que reconheceram a licitude das partes alocarem os riscos considerando a possibilidade de haver alguma imprecisão acerca das declarações e garantias prestadas, como observado neste capítulo quando se tratou do erro, porém não deu guarida à possibilidade da aceitação de declarações e garantias feitas intencionalmente de maneira fraudulenta ou incorreta, sob a ideia de que isso constituiria violação à boa-fé nos contratos.

Ademais, o ordenamento jurídico italiano, que possui cultura legal semelhante à brasileira, através de seu *Codice Civile*, reconhece, também, o caráter correlacional entre a ordem pública e a proibição do dolo, estabelecendo que serão nulos os negócios que limitem as responsabilidades contratuais causadas por dolo²²⁶. Mais do que isso, a jurisprudência italiana reconhece a impossibilidade de

²²⁵ Nesse sentido, cabe a referência ao caso, julgado no direito norte-americano, *Abry Partners V, L.P. vs F&W Acquisition LLC*, cuja decisão sobre a matéria reconheceu a possibilidade de afastamento da cláusula de remédio exclusivo em virtude de fraude na formação da declaração de vontade das partes na formação do contrato que continha declarações falsas feitas pelo vendedor. Na ocasião, a justiça do Estado de Delaware considerou que a cláusula de remédio exclusivo poderia ser utilizada para inadimplementos causados em virtude de declarações e garantias que contivessem informações falsas, desde que estas não tivessem sido prestadas intencionalmente pela parte divulgadora. (ABRY PARTNERS V, L.P. V. F&W ACQUISITION LLC, C.A. No. 1756-N (Del. Ch. 2006)).

²²⁶ Art. 1229. *Clausole di esonero da responsabilità. e' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.[...]; Art. 1439. Dolo. Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.[...]; Art. 1490. Garanzia per i vizi della cosa venduta. Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidônea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore há in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa (1229). (ITALIA. **Codice Civile**.)*

estipulação de cláusula de remédio exclusivo que vise o afastamento da anulabilidade contratual causada por dolo do contratante²²⁷.

O Código Civil Brasileiro, da mesma maneira, funciona em conformidade com os entendimentos acima dispostos, reconhecendo, também, a anulabilidade do negócio jurídico em virtude de defeito causado por dolo. Por este motivo, considerando-se os conceitos de ordem pública e de boa-fé objetiva, tratados nesta monografia, defende-se que a constatação de dolo na declaração de vontade formadora do negócio jurídico celebrado deve ensejar, com caráter cogente, a anulabilidade do contrato celebrado.

Nessa linha, pensando-se em uma cláusula de remédio exclusivo que se proponha, em um contrato de compra e venda de participações societárias de controle, a afastar a possibilidade de invalidade do negócio em casos de constatação de fraude dolosa nas representações, *covenants* ou declarações e garantias expressamente prestadas por uma das partes no momento da celebração do negócio, esta deverá, exclusivamente sobre esses pontos, ser considerada inválida, mantendo-se o direito da parte lesada de pleitear a anulabilidade do ato. Cabe esclarecer, nesse âmbito, que, tendo em vista o princípio da conservação dos atos, os efeitos de tal cláusula poderão sobreviver quanto aos outros remédios legais afastados, como a resolução por inadimplemento, o cumprimento específico ou a anulabilidade por erro, como visto ao longo desta monografia, porém deverá ser ineficaz na parte a que se referir à ação dolosa na formação da vontade da contraparte.

Interessante, ainda, observar que a legislação brasileira entende que apenas serão anuláveis os negócios jurídicos maculados por dolo praticado sobre pontos essenciais do negócio, ou seja, aquele cuja incidência foi a única ou principal razão que levou a outra parte a firmar o negócio. Contudo, ainda que o dolo acidental²²⁸ não gere a possibilidade da anulação do contrato, a cláusula de remédio exclusivo continuará sem produzir seus efeitos, não podendo ser aplicada, nesses casos, para afastar a responsabilidade da parte maliciosa pela satisfação integral das perdas e danos efetivamente causados em virtude do dolo. Sobre esse ponto, em virtude da segurança jurídica e da previsibilidade da relação jurídica, cujas necessidades de

²²⁷ GRAVIO, Valeriodi. **Clausola di único rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p.1609.

²²⁸ Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo. (BRASIL. **Código Civil**).

observância são inerentes aos contratos de compra e venda de participação societária, far-se-á importante que as partes prevejam expressamente quais declarações e garantias são essenciais para o cumprimento do negócio²²⁹, em vista de ter esse maior resguardo nas hipóteses de eventual descumprimento causado por dolo.

Conclui-se, portanto, que, quanto à possibilidade de afastamento convencional da invalidade do negócio jurídico defeituoso em virtude de erro ou de dolo, a cláusula de remédio exclusivo apenas poderá ser aplicada para afastar a anulabilidade motivada pelos vícios de erro, uma vez que a possibilidade deste defeito, nos contratos de compra e venda de participação societária, considerado o alto nível negocial das partes e o caráter empresarial da transação, deve ser incluída no rol de riscos a serem livremente alocados por elas, observados os princípios de autonomia privada e de liberdade contratual.

Quanto à figura do dolo na formação do negócio jurídico, verificou-se que este se pauta em atos fraudulentos e maliciosos praticados pelas partes que viciam a formação da declaração volitiva da outra parte, visando intencionalmente quebrar a confiança contratual e frustrar a legítima expectativa gerada na celebração do negócio. Por essa razão, o dolo, no âmbito dos contratos empresariais, constituirá defeito que viola normas e preceitos que possuem caráter cogente no ordenamento pátrio, de modo a distorcer os princípios básicos de funcionamento do mercado, como a liberdade contratual e a autonomia da vontade, além de frontalmente quebrar o princípio da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, de modo a impedir o alcance integral e satisfatório dos resultados buscados pelos contratantes com a celebração daquele contrato, bem como o funcionamento harmônico e reto das negociações entre privados, trazendo efeitos prejudiciais, portanto, à ordem pública. Nesse caso, deverá ser resguardado o direito de anulabilidade do ato jurídico defeituoso para a parte lesada, sendo, portanto, inválida e ineficaz a cláusula de remédio exclusivo que preveja o afastamento da anulabilidade contratual por ato doloso na formação da vontade de uma das partes.

²²⁹ LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 69.

4 CONCLUSÃO

Buscou-se, através desta monografia, verificar a compatibilidade entre as normas e preceitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro e a pactuação, nos contratos de compra e venda de participação societária, da cláusula de remédio exclusivo, objetivando verificar os limitadores existentes no direito pátrio para a prática da autonomia privada na redação dessa cláusula contratual. Para isso, houve a elucidação das características e peculiaridades que envolvem o referido tipo contratual, a conceituação da cláusula de remédio exclusivo e a análise da possibilidade de afastamento convencional dos remédios, legalmente previstos, da resolução contratual, do cumprimento específico e da invalidade do negócio jurídico

Nessa linha, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito do direito privado, fornece, para os contratos empresariais, a liberdade de forma e consolida princípios como o da autonomia privada e o da mínima intervenção estatal. Ademais, foi possível compreender que esses contratos são celebrados, como regra, entre partes empresárias e paritárias, que costumam atuar em conjunto com uma equipe de especialistas nas mais variadas áreas, em vista de realizar da maneira mais racional e eficiente possível a alocação dos riscos da operação.

Além disso, constatou-se o fato de que esses contratos são originários e se desenvolveram sobre práticas negociais comuns a países de *Common Law*, motivo pelo qual a sua estrutura segue um padrão analítico, através do qual as partes buscam prever exaustiva e detalhadamente todos os termos e hipóteses que possam ser relevantes no âmbito da relação. Nesse sentido, há uma clara busca pela autorregulação do negócio, de forma que as partes possuem como objetivo evitar deixar lacunas que possibilitem qualquer margem para interpretações que possam divergir do expressamente pactuado. Considerado esse teor analítico, verificou-se a importante função das cláusulas de responsabilidade, gênero que tem como espécie a cláusula de remédio exclusivo, enquanto mecanismo utilizado para garantir que eventuais inadimplementos sejam reparados adequadamente, consideradas as especificidades do caso e as características da operação.

Nesse contexto, tratou-se sobre a cláusula de remédio exclusivo, conceituando-a como instrumento utilizado pelos contratantes para definir o único meio de reação das partes em caso de inadimplementos contratuais ou de violações ao negócio jurídico, por intermédio do afastamento convencional de outros remédios

legalmente aplicáveis. Além disso, evidenciou-se a função protetiva dessa cláusula, cuja pactuação reforça a segurança jurídica e previsibilidade do negócio, de modo que as partes logram alocar racionalmente e com segurança os riscos da operação, uma vez que sabem exatamente as consequências que serão ocasionadas por eventual inadimplemento, podendo servir, essa cláusula, ainda, como um remédio profilático, no sentido de fazer com que a parte não descumpra o contrato, pois tem a ciência da reparação que terá de suportar nesses casos.

Passando-se à análise da aplicabilidade dessa cláusula em face do ordenamento jurídico brasileiro, discorreu-se sobre os princípios basilares do direito privado brasileiro, que devem conviver em harmonia, e que devem ser observados em todas as relações privadas desenvolvidas no país, sendo esses a autonomia privada, a liberdade contratual, a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Sobre os dois primeiros princípios citados, verificou-se que a sua observância permite que as partes possam ter a livre iniciativa de contratar, bem como de estipular o conteúdo obrigacional ao qual se sujeitarão. Nesse sentido, concluiu-se que os contratos empresariais devem ser encarados como expressões de um nível máximo de autonomia privada, devendo a intervenção estatal sobre os termos pactuados ocorrer apenas de maneira excepcional.

Por outro lado, constatou-se que a autonomia privada encontra limites, no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecidos por normas cogentes, quando expressamente a lei prever que tal tipo contratual deve seguir determinada formalidade para existir e ter eficácia, bem como quando envolver preceitos de ordem pública, como o princípio da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da observância da ética e do interesse econômico-social dos contratos. Tais limitadores deverão ser observados na pactuação da cláusula de remédio exclusivo como requisitos de sua validade e eficácia.

Feitas essas considerações, passou-se, finalmente, a analisar a possibilidade do afastamento convencional das normas legais que preveem remédios aplicáveis a inadimplementos ou violações contratuais, tendo em vista o caráter cogente ou dispositivo dessas normas. Nesse sentido, foi possível alcançar as seguintes conclusões: (i) Quanto ao remédio legal da resolução contratual por inadimplemento, será lícito às partes, através da cláusula de remédio exclusivo, pactuarem o seu afastamento, tendo em vista o caráter empresarial e paritário das negociações e a necessidade de se respeitar as alocações de risco por essas realizadas, desde que

haja a previsão de um remédio substitutivo, o que será efetivado através da cláusula de remédio exclusivo; (ii) quanto ao remédio legal que exige a preferência pelo cumprimento específico das obrigações, deve ser respeitada a autonomia privada das partes que optem por receber um remédio indenizatório em virtude de eventual inadimplemento, uma vez que a própria legislação²³⁰ estabelece a opção à parte lesada de preferir a indenização ao cumprimento *in natura*, não havendo motivos para limitação da cláusula de remédio exclusivo nessa seara; (iii) Quanto às hipóteses de invalidade do negócio jurídico, a cláusula de remédio exclusivo poderá ser utilizada para afastar a anulabilidade do negócio constituído em erro, considerando-se o caráter empresarial e paritário da negociação, devendo o erro ser entendido enquanto risco ponderado e livremente alocado pelos contratantes; (iv) por fim, verificou-se que a cláusula de remédio exclusivo não poderá ser utilizada, devendo ser resguardado o direito de anulabilidade para a parte lesada, quando for utilizada para afastar o vício do dolo na declaração de vontade formadora dos negócios jurídicos, sob a consequência de violar normas e princípios que detenham caráter cogente no ordenamento brasileiro.

Resgatando a hipótese que ensejou as pesquisas realizadas ao longo deste trabalho, verificou-se que a cláusula de remédio exclusivo, amplamente utilizada nos contratos de compra e venda de participação societária de controle, possui, sim, limitações quanto a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, constatou-se que a pactuação de tal cláusula, em vista de produzir os efeitos buscados pelas partes, deve observar, em todos os casos, as limitações impostas pelas normas e princípios cogentes que operam no país, devendo-se considerar, nesse sentido, os preceitos de ordem pública, expressos na boa-fé objetiva, na função social dos contratos e na proteção aos valores econômicos e sociais do mercado e da comunidade que envolve o negócio.

²³⁰ Vide artigo 499 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ABRY PARTNERS V, L.P. V. F&W ACQUISITION LLC, C.A. No. 1756-N (Del. Ch. 2006). Disponível em: <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=72140>. Acesso em: 13 fev. 2024.

EVERY, Daniel. **2021 Trends in Private Target M&A: Indemnification as an Exclusive Remedy**. Bloomberg Law. Arlington. Jun. 2022. Disponível em: <https://www.bloomberglaw.com/external/document/X9QKBCJ0000000/m-a-professional-perspective-2021-trends-in-private-target-m-a-i>. Acesso em: 13 fev. 2024.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. E-book. ISBN 9788553615629. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615629/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRAGANÇA, Heder. **Fusões e aquisições, uma mina de ouro para o Brasil**. Poder 360. Brasília. 13 ago. 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniaofusoes-e-aquisicoes-a-mina-de-ouro-para-o-brasil/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

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

CÂMARA, P.; BASTOS, M.B. **O direito da aquisição de empresas: uma introdução**. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). **Aquisição de empresas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 14-26.

COUTINHO, Sérgio Mendes B. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547222253. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547222253/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 828, Out. 2004.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

GRAVIO, Valeriodi. **Clausola di único rimedio**. In: CONFORTINI, Massimo. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: UTET Giuridica, 2017. p. 1603-1613.

ITALIA. **Codice Civile**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>. Acesso em: 14 fev. 2024.

JR., Ruy Rosado de A.; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. VI Tomo II. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. E-book. ISBN 978-85-309-3891-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

JÚNIOR, Mario Engler P. **Importação de modelos contratuais**. Valor. Rio de Janeiro. 27 set. 2013. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2013/09/27/importacao-de-modelos-contratuais.ghtml>. Acesso em: 03 jan. 2024.

KPMG CORPORATE FINANCE LTDA. **Relatório de Fusões e Aquisições 2023 – 2º Trimestre**. KPMG. São Paulo. Jul. 2023.

LAW INSIDER. **Sole and exclusive remedy sample clauses**. Disponível em: <https://www.lawinsider.com/clause/sole-and-exclusive-remedy>. Acesso em: 13 fev. 2024.

LECLERCQ, Didier. **Les conventions de cession d'actions: analyse juridique et conseils pratiques de rédaction**. 2 ed. Bruxelas: Larcier, 2017.

LONGA, Daniel Pinheiro. **Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias**. 2020. 85 f. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556276342. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276342/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553601622. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601622/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620261. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620261/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620308. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620308/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

PARGENDLER, Mariana. **O direito contratual comparado em nova perspectiva**: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. Revista Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 796-826, set/dez 2017.

PERELMAN, Murray. **Model Stock**: purchase agreement with commentary. 2 ed. Chicago: American Bar Association, 2010. Vol.1.

PIRES, Catarina Monteiro. **Aquisições de empresas e de participações acionistas**: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2018.

PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de Acordo Integral e Cláusulas de Solução Única ou de “Remédio” Único**. In: DE CASTRO, R.R.M.; AZEVEDO, L.A.; HENRIQUES, M.F (Coords.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. Vol. 2. p. 895-911.

PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075> . Acesso em: 13 fev. 2024.

REBOUÇAS, Rodrigo F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. E-book. ISBN 9788584932986. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584932986/>. Acesso em: 13 fev. 2024.

RENNA, Luca. **Compravendita di partecipazioni sociali**: dalla lettera di intenti al closing. Bologna: Zanichelli Editore, 2015.

RIGAMONTI, Stéfanie. **Perfil das fusões e aquisições no Brasil indica melhora no mercado**. Folha de São Paulo. São Paulo, 08 out. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/10/perfil-das-fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-indica-melhora-no-mercado.shtml#:~:text=Dados%20da%20TTR%20Data%20mostram,o%20mesmo%20per%C3%ADodo%20de%202022.&text=Mas%20mesmo%20com%20a%20perce%C3%A7%C3%A3o,advogados%20ainda%20est%C3%A1%20com%20cautelosa>. Acesso em: 12 fev. 2024.

VSH PARTNERS. **Brasil está no topo do ranking dos países mais ativos em fusões e aquisições**. G1. Rio de Janeiro. 09 out. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/especial-publicitario/vsh-partners/noticia/2023/10/09/brasil-esta-no-topo-do-ranking-dos-paises-mais-ativos-em-fusoes-e-aquisicoes.ghtml> . Acesso em: 13 fev. 2024.

WAINSTEIN, S.V.; SILVA, S.B. **Fusões e aquisições como um feixe de contratos.**
Revista de Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis. v. 7. n.1. p. 103-123.
Jan/Jul. 2021.