



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Edição Especial – M&A

Vol. nº182/183, ago. 2021/jul. 2022

RDM 182/183

1. CAMPOS, Daniel Pereira; ELIAS, Rafael Cimatti. Partes em contexto: a importância hermenêutica das partes nas opções de compra e venda de participações societárias.
2. SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. Cláusula de indenização e equilíbrio contratual na compra e venda de participação societária de controle
3. BRAUNE GUERRA, João Paulo. Das SPACs à brasileira às SPACs brasileiras: Uma análise da possível governança corporativa pós-aquisição
4. VELLOSO, Fabiana Pereira. Ex Ante merger control of cross-border M&As in Brazil: case studies of CADE's enforcement of gun jumping
5. ZANELATTO, Natália Villas Bôas. A Cláusula de Alteração Material Adversa – Análise do Caso Twitter v. Elon Musk com base na Jurisprudência da Court of Chancery of Delaware.
6. PERLATI, Renan Varollo. As cláusulas de remédio único e o dolo no direito brasileiro.
7. GINZEL, Alexandre. Interpretação dos contratos de M&A: A inadequação dos cânones de direito privado
8. LIMA, Caio Henrique Carvalho de Siqueira. Execução específica e danos em situações de frustração de operações de M&A
9. CAMPOS, Gustavo Ferreira de. As Fusões e aquisições do direito bancário brasileiro em resposta às falhas de mercado
10. ALMIRALL, Camila Vallim. As cláusulas de declarações e garantias como instrumento de disseminação do reporte padronizado de práticas de sustentabilidade: Uma alternativa possível?
11. NAQUIS, Manoela Bruno Morales. Special Purpose Acquisition Company (SPAC) - Origem, principais controvérsias e perspectivas de regulação no Brasil
12. CICILLINI, Gabriela Moreira. O paradoxo entre a previsão de deal protection devices e o cumprimento dos deveres fiduciários pelos administradores em operações de fusão e aquisição (M&A)
13. VAZ, Ernesto Luís Silva. Impasses societários e a conveniência da utilização da cláusula buy or sell.

ISBN 978-65-6006-071-5

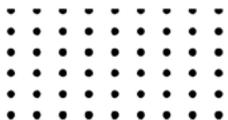


9 786560 060715 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

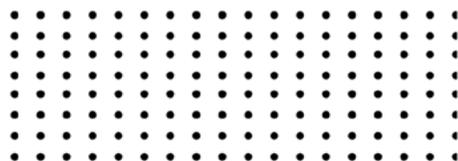
rdm
revista de direito mercantil

EXPERT
EDITORA DIGITAL



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Edição Especial – M&A

Vol. nº182/183, ago. 2021/jul. 2022

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômicoe financeiro
182/183

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ano LX (Nova Série)
Agosto 2021/Julho 2022

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LX – ns. 182/183 – ago. 2021/jul. 2022

FUNDADORES:

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

COMITÉ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteado

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Sheila Christina Neder Cerezetti

Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Vinícius Marques De Carvalho

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu

Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Beatriz Leal de Araújo Barbosa da Silva

Daniel Fermann

Heloisa de Sena Muniz Campos

Lara Aboud

Larissa Fonseca Maciel

Luma Luz

Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa

Mateus Rodrigues Batista

Rafaela Vidal Codogno

Victoria Rocha Pereira

Virgílio Maffini Gomes

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Alexandre Ginzel, Caio Henrique Carvalho de Siqueira Lima, Camila Vallim Almirall, Daniel Pereira Campos, Ernesto Luis Silva Vaz, Fabiana Pereira Velloso, Gabriela Moreira Cicillini, Gustavo Ferreira de Campos, João Paulo Braune Guerra, Manoela Bruno Morales Naquis, Natália Villas Bôas Zanelatto, Rafael Cimatti Elias, Renan Varollo Perlati, Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

ISBN: 978-65-6006-071-5

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2024

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

AUTORES

Daniel Pereira Campos

Professor de direito dos negócios da Escola de Direito de São Paulo (FGV). Doutorando em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e mestre em direito comercial (Master of Corporate Law) pela Universidade de Cambridge. Foi pesquisador em direito e economia da University College of London e advogado no escritório Mattos Filho.

Rafael Cimatti Elias

Professor auxiliar de direito das obrigações na Université Paris-Panthéon-Assas. Doutorando em direito civil pela Université Paris-Panthéon-Assas e mestre em direito civil pela Universidade de São Paulo. Foi pesquisador convidado no Institut d’Histoire du Droit Jean Gaudemet da Université Paris-Panthéon-Assas e membro da rede de pesquisa “Privatissimum” (Panthéon-Assas, Fribourg e Liège).

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

Professor Adjunto de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em direito empresarial pela UERJ na linha de Empresa e Atividades Econômicas. Mestre (LLM) em Direito Empresarial (Business Law) pela UCLA School of Law. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado especializado em Direito Societário, Fusões e Aquisições e Mercado de Capitais.

João Paulo Braune Guerra

Doutorando e bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP), com dupla graduação pela Université Jean Moulin Lyon 3 (Licence en Droit) e período de mobilidade internacional na Universität Luzern (Lucerne, Suíça). Atualmente, é coordenador das atividades da Rede de Estudos e Aprofundamento Legal do Real Digital (REAL), na Faculdade de Direito da USP, e pesquisador no Centro de Regulação e

Inovação Aplicada (CRIA), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). É membro da Comissão de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo. Advogado no PGLaw.

Fabiana Pereira Velloso

Doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharela em Direito pela mesma instituição, com período de mobilidade internacional na Sciences Po Paris. Chefe de Assessoria Substituta no Gabinete do Conselheiro Victor Fernandes no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Endereço para correspondência: fabiana.velloso@usp.br.

Natália Villas Bôas Zanelatto

Natália Villas Bôas Zanelatto é sócia coordenadora do departamento corporativo da Andersen Ballão Advocacia, baseada em Curitiba e especializada na estruturação de operações societárias, M&A e contratos empresariais complexos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, LL.M em Direito Empresarial Europeu e Internacional pela Universidade Panthéon-Assas. Mestranda em Direito dos Negócios pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, onde pesquisa ESG e o mercado de capitais brasileiro. Árbitra e Conselheira da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC).

Renan Varollo Perlati

Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado. É sócio de Huck Otranto Camargo Advogados.

Alexandre Ginzel

Advogado. Bacharel em direito pela PUC-SP (2017). Mestre em filosofia do direito pela USP (2021). Doutor em direito romano e

sistemas jurídicos contemporâneos pela Università di Roma - Tor Vergata (2022). Doutorando em direito comercial pela USP.

Caio Henrique Carvalho de Siqueira Lima

Bacharel em Direito pela FDRP-USP. Pós-graduado em Direito Societário pelo Insper. Mestre em Direito e Economia pela Universidade de Hamburgo. Mestrando em Direito Comercial pela FD-USP. Pesquisador visitante no King's College London. Advogado no Lefosse.

Gustavo Ferreira de Campos

Mestrando em Direito Comercial e bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP), com período de mobilidade acadêmica na Université Paris II - Panthéon-Assas. Mestrando em Direito Comercial (Master en Droit des Affaires) pela Université Jean Moulin Lyon 3 e graduado em direito francês (Licence en Droit) pela Université Jean Monet - Saint-Étienne, em acordo de dupla titulação entre a USP e a Université de Lyon. Advogado em São Paulo.

Camila Vallim Almirall

Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atua como advogada especializada em Direito Societário, M&A e Contratos Comerciais.

Manoela Bruno Morales Naquis

Pós-graduanda em Finanças e Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV EESP). Graduada em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Diretora do Center for M&A Studies (CM&A). Cofundadora e coordenadora do Grupo de Estudos em Governança Corporativa da FGV Direito SP (GEGC). Assistente de Serviços Jurídicos na área de Direito Societário e M&A. E-mail: manoelanaquis@gmail.com.

Gabriela Moreira Cicillini

Graduada em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e atua como advogada na área consultiva empresarial e digital.

Ernesto Luís Silva Vaz

Doutorando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial pela FD USP (2010). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (2004) e na Ordem dos Advogados (Portugal) (2015).

SUMÁRIO

Partes em contexto: a importância hermenêutica das partes nas opções de compra e venda de participações societárias15

Daniel Pereira Campos, Rafael Cimatti Elias

Cláusula de indenização e equilíbrio contratual na compra e venda de participação societária de controle53

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

Das SPACS à brasileira às SPACS brasileiras: uma análise da possível governança corporativa pós-aquisição89

João Paulo Braune Guerra

Ex ante merger control of cross-border M&As in Brazil: case studies of CADE's enforcement of gun jumping 109

Fabiana Pereira Velloso

A cláusula de alteração material adversa: uma análise do caso twitter v. Elon R. Musk com base na jurisprudência da *Court of Chancery of Delaware*.....133

Natália Villas Bôas Zanelatto

As cláusulas de remédio único e o dolo no direito brasileiro159

Renan Varollo Perlati

Interpretação dos contratos de M&A: A inadequação dos cânones de direito privado.....195

Alexandre Ginzal

Execução específica e danos em situações de frustração de operações de M&A.....243

Caio Henrique Carvalho de Siqueira Lima

As fusões e aquisições no sistema financeiro nacional em resposta às falhas de mercado e a transferência qualificada de controle acionário no direito bancário brasileiro281

Gustavo Ferreira de Campos

As cláusulas de declarações e garantias (*representations and warranties*) como instrumento de disseminação do reporte padronizado de práticas de sustentabilidade: uma alternativa possível?307

Camila Vallim Almirall

Special purpose acquisition company (SPAC): origem, principais controvérsias e perspectivas de regulação no Brasil327

Manoela Bruno Morales Naquis

O paradoxo entre a previsão de *deal protection devices* e o cumprimento dos deveres fiduciários pelos administradores em operações de fusão e aquisição (M&A).....373

Gabriela Moreira Cicillini

Impasses societários e a conveniência da utilização da cláusula *buy or sell*413

Ernesto Luis Silva Vaz

AS CLÁUSULAS DE REMÉDIO ÚNICO E O DOLO NO DIREITO BRASILEIRO

Renan Varollo Perlati (USP, São Paulo)

RESUMO: Na prática de aquisição de participações societárias e de empresas, é comum o transplante de cláusulas e modelos típicos, muitas vezes desenvolvidos em sistemas jurídicos de *common law*. Uma dessas estruturas jurídicas típicas que vêm sendo comumente utilizadas em contratos de M&A é a cláusula de remédio único, que serve para definir os meios de reação das partes na hipótese de inadimplemento ou ocorrência de hipóteses de anulação do contrato. O objetivo deste trabalho é analisar, com base no texto legal e na doutrina, à luz do direito brasileiro, a validade da *sole remedy clause* que exclui de forma consensual a possibilidade de anulação do contrato por dolo da contraparte. Conclui-se que a ocorrência de dolo antecedente na celebração do contrato eivaria a própria cláusula de remédio único, pois essa mesma disposição foi acordada mediante dolo. Além disso, o trabalho tenta demonstrar que, ainda que se entenda como derogável o regime do dolo previsto no Código Civil, as cláusulas gerais do Direito Brasileiro inviabilizariam essa espécie de acordo.

PALAVRAS-CHAVE: M&A; fusões e aquisições; cláusula de remédio único; dolo; invalidade; cláusulas gerais; boa-fé.

ABSTRACT: In the practice of M&A, it is common to transplant clauses and typical models, often developed in common law legal systems. One of these typical legal structures that has been commonly used in M&A contracts is the sole remedy clause, which defines the parties' recourse in the event of non-performance or circumstances that may invalidate the contract. The objective of this study is to analyze, based on legal texts and doctrine, in light of Brazilian law, the validity of the sole remedy clause that consensually excludes the possibility of contract nullification due to the counterparty's fraud. It is concluded

that the occurrence of prior fraud in the formation of the contract taints the sole remedy clause itself, as this provision was agreed upon through fraud. Moreover, even if the doctrine of fraud provided in the Civil Code is considered modifiable, the general clauses of Brazilian law would render this type of agreement null and void.

KEYWORDS: M&A; mergers and acquisitions; sole remedy clause; fraud; invalidity; general clauses; good faith.

1. INTRODUÇÃO

É comum que a prática negocial adote cláusulas e modelos típicos, muitas vezes desenvolvidos internacionalmente devido à globalização dos negócios. O uso de modelos contratuais ou de determinadas cláusulas diminui os custos de transação, reduz discussões sobre a interpretação das previsões contratuais e evita perdas econômicas²⁰⁰.

Graças à pujança econômica anglo-americana no século XX²⁰¹, as estruturas jurídicas que se difundiram pelo mundo e são utilizadas nos negócios frequentemente se originaram de práticas dos sistemas de *common law*²⁰², tendo sido transplantadas a diversos outros países com sistemas jurídicos diferentes²⁰³.

Esse transplante ocorre sobretudo em contratos utilizados na prática internacional, como por exemplo os contratos de aquisição de participações societária e de empresas²⁰⁴, chamados neste artigo de contratos de M&A.

200 VETTESE, Maria Celeste. Multinational companies and national contracts. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (org.). **Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law**. Cambridge: University of Cambridge, 2011, p. 20.

201 Ibid., p. 21.

202 COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. A Cláusula de Remédio Exclusivo e a Resolução do Contrato por Inadimplemento. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von; PEREIRA, Rafael Setoguti J. (coord.). **Fusões e Aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 307.

203 VETTESE, Maria Celeste, op cit., p. 22.

204 DI GRAVIO, Valerio. Clausola di único rimedio. CONFORTINI, Massimo (coord.). **Clausole Negoziali**. Vincenza: UTET, 2017, p. 1604.

Embora a difusão de modelos jurídicos *standardizados* siga a tendência de outras disciplinas, tais quais as finanças e a contabilidade²⁰⁵, no direito esse transplante de estruturas não é tão fácil e pode gerar complexos debates no âmbito da doutrina e da jurisprudência²⁰⁶. De fato, diante das diferenças históricas na formação jurídica dos países, por vezes, o transplante de estruturas tende a ocasionar problemas relacionados à validade e à aplicabilidade dessas espécies de cláusulas contratuais em determinado sistema jurídico²⁰⁷.

Em geral, “modelos e estruturas do *common law* são reproduzidos em contratos regidos pela legislação sem a devida compatibilização”, o que pode gerar “situações incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro e redundar em vícios (invalidade ou ineficácia)”²⁰⁸.

Uma dessas estruturas jurídicas de origem na *common law* é a cláusula de remédio único, exclusivo, ou *sole remedy clause*, que “tem sido cada vez mais utilizada em contratos de compra e venda de participações societárias regidos pela legislação brasileira”²⁰⁹, e cuja validade tem sido discutida em países de *civil law*²¹⁰.

O presente trabalho pretende estudar especificamente a validade da *sole remedy clause* que, no direito brasileiro, exclui de forma consensual a possibilidade de anulação do contrato por dolo

205 VETTESE, Maria Celeste, op cit., p. 20.

206 COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J., op cit., p. 307

207 A esse respeito, Maria Celeste Vettese escreve que: “in the common law approach, everything referring to the parties’ relation (duties, onus, etc.) is defined inside the contract with little possibility for the judge to intervene. On the contrary, civil law systems can rely on the definition contained in the civil or commercial codes whereby the substance and fundamental structure of the different types of contracts are clearly identified. For that reason, in Continental Europe, traditional contracts were less detailed than in the common law countries. In any case, the technique used in the common law system clearly prevailed in day-to-day business use even in the civil law countries, so that currently it is almost impossible to even draft contracts without having in mind the common law system structure” (VETTESE, Maria Celeste, op cit., p. 22).

208 COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J., op cit., p. 310.

209 Ibid., p. 310.

210 PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único. In: MONTEIRO, Antonio et al. Encontros de direito civil: a tutela dos credores. Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 74.

da contraparte, afastando o regime previsto nos arts. 145 a 150 do Código Civil²¹¹. Como se verá ao longo do trabalho, defenderemos que, segundo o direito pátrio, é inválida referida cláusula, por aplicação das cláusulas gerais de boa-fé objetiva e bons costumes previstas no Código Civil.

Para tanto, faremos um transcurso pelo conceito das cláusulas de remédio único, para delimitar suas funções e finalidades (capítulo II). Em seguida, trataremos brevemente da qualificação do dolo no direito civil brasileiro, especialmente o dolo principal que, nos termos do art. 145 do Código Civil, viabiliza a anulação do negócio jurídico ao qual deu causa (capítulo III). No capítulo IV, para tentar responder se é válida a cláusula de remédio único que afasta o regime do dolo principal previsto no art. 145 do Código Civil, estudaremos a derogabilidade e a cogência das normas jurídicas afastadas pela cláusula de remédio exclusivo, à luz da doutrina. Por fim, no capítulo V, tentaremos explicar a razão pela qual, em nossa visão, é nula a cláusula que exclui a possibilidade de anulação do negócio por dolo.

2. CONCEITO E FINALIDADE DAS CLÁUSULAS DE REMÉDIO ÚNICO

Por meio da cláusula de remédio único, as partes de um contrato “definem quais os remédios aplicáveis à hipótese de descumprimento

211 Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa; 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; Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado; Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou; Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos; Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

de obrigações e quais as condições de emprego de tais remédios, bem como excluem remédios legais que, em sua análise, são impertinentes, desaconselháveis ou inapropriados”²¹².

Nas palavras de CATARINA MONTEIRO PIRES, tal dispositivo demarca “os meios de reação das partes a uma perturbação contratual”²¹³, permitindo que as partes definam, antecipadamente, quais remédios previstos legalmente poderão (ou não poderão) ser utilizados em caso de descumprimento contratual. Tal estipulação pode, inclusive, estender seu impacto “a outras perturbações do contrato como ‘a perda de interesse, a perda da confiança, a alteração das circunstâncias e também a invalidade do negócio por vícios da vontade (v.g. erro ou dolo)”²¹⁴.

De um lado, referida disposição carrega um elemento positivo, já que pode estabelecer previamente o remédio que poderá ser utilizado pela parte vítima de um inadimplemento de sua contraparte. De outro, existe um fator negativo, que exclui antecipadamente determinados meios de reação previstos no sistema jurídico no qual o contrato está inserido²¹⁵.

As cláusulas de remédio único podem ser classificadas nas modalidades absoluta ou restrita. No primeiro caso, está-se diante de dispositivo contratual que estabelece um só meio de reação para toda e qualquer perturbação contratual. No segundo, a previsão se limitaria a determinadas perturbações específicas e concretas²¹⁶.

Geralmente inseridas no sistema de declarações e garantias²¹⁷, é frequente na prática negocial dos contratos de M&A que as cláusulas

212 COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J., op cit., p. 307.

213 PIRES, Catarina Monteiro, op cit., p. 74.

214 BARBOSA, Mafalda Miranda. Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas de *sole remedy*, *basket amount* e *no consequential loss*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, n. 1-2, 2020, p. 141.

215 PIRES, Catarina Monteiro, op cit., p. 74.

216 BARBOSA, Mafalda Miranda, op cit., p. 141.

217 Valerio Di Gravio explica que: “Nei contratti di cessioni di partecipazioni azionarie, sono normalmente presente una serie di rappresentazioni e garanzie (c.d. *representations and warranties clauses*) che il venditore dà al compratore in ordine alla situazioni patrimonial, finanziaria e gestionale della società le cui azioni sono oggetto

de remédio único estabeleçam que qualquer inadimplemento será resolvido por indenização, a fim de evitar o desfazimento do negócio²¹⁸⁻²¹⁹, haja vista a dificuldade de retorno ao *status quo ante* existente nos contratos dessa espécie²²⁰⁻²²¹.

A principal finalidade da cláusula de remédio único é dar certeza, clareza e previsibilidade às Partes a respeito dos riscos alocados no contrato, evitando-se a aplicação de dispositivos legais previstos no sistema jurídico em que o contrato está inserido²²². Busca-se, com isso, insular o contrato do sistema jurídico, tornando-o autossuficiente, como destaca GIUDITTA CORDERO-MOSS:

di cessione. Dalla violazioni di uma o più di queste rappresentazioni e garanzie, detti contratti fanno discendere l'obbligo del venditore di pagare un indennizzo al compratore. Sono altresì normalmente presenti una franchigia, cioè um importo mínimo al di sotto del quale nessun indennizzo dovuto, nonché dei limite, quantitativi e cronologici, alle garanzie stesse. Talvolta, sono presenti anche dei meccanismi di quantificazione dell'indennizzo dovuto a sotto forma di um vero e próprio algoritmo o mediante individuazione analítica delle vocé di danno da considerare nel relativo calcolo e di quelle da escludere [...] la clausola di único remedio (o di '*sole remedy*', secondo la terminologia anglosassone) accede normalmente a questo genere di clausole. Com essa le parti pattuiscono che l'insorgere dell'obbligo di pagare l'indennizzo sai l'única consequenza di quella violazione, escludendo tutte le altre. Le parti, dunque, intendono escludere tutti gli effetti che la legge prevede como consequenza delle numerose fattispecie che potrebbero venirsi a creare". (DI GRAVIO, op. cit, p. 1606-1605).

218 COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J., op cit., p. 309.

219 PIRES, Catarina Monteiro, op cit., p. 74.

220 Catarina Monteiro Pires bem ressalta a existência de casos nos quais "a própria resolução é insuficiente, como é o caso da generalidade dos contratos de venda de empresas através da venda de participações sociais, atentos aos efeitos restitutórios" (Ibid., p. 84).

221 A esse respeito, Cláudia Gruppi Costa e Guilherme Setoguti J. Pereira destacam que "não há dúvida de que o retorno ao *status quo ante* é complexo em qualquer contrato, mas tal complexidade parece escalar em contratos de compra e venda de participações societárias. Além de a sociedade ser um organismo vivo em constante transformação, o negócio em tela carrega consigo a implementação de medidas modificativas desse organismo, sobretudo quando há troca de controle. Nesse contexto, em algumas situações pode haver uma virtual impossibilidade de o adquirente restituir ao alienante a participação societária que adquiriu no exato estado em que se encontrava antes da celebração do contrato" (COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J., op cit., p. 318).

222 DI GRAVIO, op. cit, p. 1603.

The purpose of a sole remedy clause is to ensure that no remedies other than those regulated in the contract will be available in case of breach of contract. Like the clauses mentioned earlier, this is also an attempt to insulate the contract from the legal system to which it is subject. Rather than relating to the applicable law's remedies and the conditions for their exercise, which may differ from country to country, the parties define in the contract the applicable remedies, the conditions for their exercise and their effects, thus excluding the applicability of any other remedies²²³.

É usual que as partes de um contrato de M&A redijam o instrumento de forma que as regras do contrato sejam inteiramente suficientes para seu cumprimento e para resolver qualquer eventual litígio que venha a surgir. Minimizar o risco de interferência do sistema jurídico no contrato é uma das razões pelas quais, em regra, tais instrumentos são redigidos de modo exaustivo e tão preciso quanto possível²²⁴.

Por outro lado, às Partes interessa que as obrigações contratuais sejam executáveis em caso de descumprimento, o que só lhes é garantido pela jurisdição nacional em que o contrato está inserido²²⁵. A redação de um contrato, em tese, autossuficiente e, ao mesmo tempo, submetido a um sistema jurídico com as próprias regras é um risco calculado pelas Partes, que pesam a relação de custo-benefício existente nessa escolha²²⁶. Por isso, a despeito dos esforços para insular

223 CORDERO-MOSS, Giuditta. Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (org.). **Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law**. Cambridge: University of Cambridge, 2011, p. 360.

224 Ibid., p. 346.

225 Ibid., p. 345.

226 Ainda nas palavras de Giuditta Cordero-Moss: "it is not necessarily the result of thoughtlessness if a contract is drafted without having regard for the governing law. Nor is it the symptom of a refusal of the applicability of national laws. It is the result of a cost-benefit evaluation, leading to the acceptance of a calculated legal risk. [...] laws. On this assumption, observers may propose that contracts should be governed by transnational rules instead of national laws. However, that the parties may have

o Contrato de M&A do sistema jurídico ao qual ele está submetido²²⁷, com a inclusão do maior número de conceitos, detalhes e regras no contrato, o direito necessariamente irá projetar seus próprios princípios e normas ao negócio e à relação mantida entre as Partes²²⁸.

Principalmente em países de *civil law*, a exclusão de um remédio estipulado em lei não será necessária e automaticamente válida, pois isso passa pela análise do caráter cogente ou dispositivo da norma jurídica cujos efeitos são excluídos pelo contrato. Nas palavras de CATARINA MONTEIRO PIRES, “a relevância atribuída à liberdade contratual [...] exprime-se na autorização de condutas e de vinculações, mas também na contenção da própria lei civil quanto ao recurso a normas injuntivas”²²⁹. Ainda que o direito civil conceda um amplo espaço de autorregulação aos contratantes, podem existir normas cogentes, inafastáveis pela vontade das partes, que limitam o espectro pelo qual a cláusula de remédio único (mas não só ela) pode navegar.

Para os fins deste artigo, importa considerar se seria válida²³⁰ a disposição contratual que afasta a possibilidade de as Partes

disregarded the applicable law as a result of a cost-benefit evaluation does not necessarily mean that they want to opt out of the applicable law. The parties are still interested in enforcing their rights, and enforceability is ensured only by the judicial system of the applicable law” (Ibid., p. 345).

227 A intenção de erigir o Contrato ao “regulador” único da relação entre as Partes pode ser exemplificada por algumas disposições que, por vezes, beiram o absurdo, até em sistemas jurídicos de *common law*, como exemplifica Edwin Peel: “Some of those set out strike one as superfluous in the sense that the common law, like the civil law one suspects, would regard the matters to which reference is already regulated by the general law. Clause 5 strikes one as almost nonsensical: either the party’s obligations under the Agreement are valid, binding and enforceable if they are not; if they are not, what use is a warranty that they are when that warranty itself is an obligation under the contract? One is left with the impression that these sorts of provision may provide comfort, but are unlikely to have any real effect such that the position would be different if they were not there” (PEEL, Edwin. *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (org.). **Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law**. Cambridge: University of Cambridge, 2011, p. 170).

228 Ibid., p. 347.

229 PIRES, Catarina Monteiro, op cit., p. 68.

230 Antônio Junqueira de Azevedo ensina que a validade é “a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras

requererem a anulação do negócio por dolo, nos termos dos arts. 145 a 150 do Código Civil.

3. QUALIFICAÇÃO DO DOLO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, o “dolo, causa de não-validade dos atos jurídicos, é o ato, positivo ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea”²³¹. Trata-se de defeito do negócio jurídico cujo regime é tratado pelos arts. 145 a 150 do Código Civil e que configura “uma interferência do *deceptor* (autor do dolo) no processo decisório do *deceptus* (parte induzida ao erro)”²³², conforme ensina GIOVANA BENETTI:

Encontram-se diferentes definições, na doutrina nacional e estrangeira, para a figura em exame: ato comissivo ou omissivo praticado conscientemente para induzir ou conservar a contraparte em representação errônea; artifício ou manobra voltados a induzir outrem ao erro na celebração de negócio jurídico, provocando desconformidade entre os pressupostos da vontade declarada e as circunstâncias reais de fato e/ou de direito; manobra astuciosa, mentira ou omissão maliciosa que induz ao erro, influenciando na formação da declaração negocial; conduta de quem intencionalmente provoca ou deixa subsistir uma ideia errônea em outrem, com a consciência de que esse erro terá valor determinante na declaração de vontade; erro provocado intencionalmente pela

jurídicas (‘ser regular’). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. ‘Válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43).

231 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, 2ª ed., tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 326.

232 BENETTI, Giovana. **Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 29.

contraparte; artifícios, manobras ou mentiras que geram, na contraparte, uma representação alterada da realidade. Percebem-se alguns pontos em comum nos conceitos expostos, qual seja (i) indução ao erro; (ii) manobra, artifício, mentira ou omissão; e (iii) impacto na formação da declaração de vontade²³³.

Trata-se de erro provocado²³⁴, induzido. A manifestação de vontade²³⁵ eivada de dolo é aquela que sofre “influência de elementos externos causadores de desvio entre o que se buscava e o que ao final se declarou”²³⁶, por decorrência de manobra ou omissão que induz o *deceptor* a uma “representação falsa da realidade”²³⁷.

O comportamento eivado de dolo comporta um elemento subjetivo, consistente na intenção de enganar (*animus decipiendi*) e outro elemento objetivo, relativo à existência de manobras, mentiras ou omissões utilizadas com esse fim²³⁸.

No que tange ao aspecto subjetivo, importa verificar se o agente efetivamente quer que a pessoa manifeste a vontade. O objetivo do *deceptor* deve ser a celebração do negócio jurídico com base em representação errada da realidade: “não basta a simples consciência de estar agindo em determinado sentido, é necessário o direcionamento intencional para a obtenção do resultado, qual seja, a celebração de um negócio jurídico mediante a errônea representação

233 Ibid., p. 31.

234 SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 261.

235 Não é objeto deste artigo estudar os diferentes entendimentos doutrinários sobre a natureza jurídica do dolo, como as teorias da vontade, da declaração, da responsabilidade e da confiança. Adota-se, neste trabalho, a linha definida por Giovana Benetti, que explica que “o dolo, por influir no processo da formação do consentimento hígido ou em seus termos, consiste em ato ilícito cuja eficácia poderá ser invalidante e/ou indenizatória” (BENETTI, Giovana, op cit., p. 41).

236 Ibid., p. 34

237 Ibid., p. 34.

238 Ibid., p. 41 e 44.

da realidade pela outra parte”²³⁹⁻²⁴⁰. Com relação ao elemento objetivo, revela-se necessário, para configuração do dolo, que a parte empregue manobras astuciosas a fim de enganar. Como prevê o art. 147 do Código Civil, pode ocorrer inclusive no silêncio, quando “for guardado intencionalmente a respeito de dados relevantes que deveriam ser informados por ocasião da contratação”²⁴¹. “O ato doloso pode ser positivo ou negativo. Basta deixar-se de comunicar a falsidade, se a pessoa está em erro. Se ela, se soubesse, não manifestaria a vontade, e o agente sabe, dolo há”²⁴²⁻²⁴³⁻²⁴⁴.

239 Ibid., p. 43.

240 Cabe ressaltar que parte da doutrina entende que o *animus lucrandi*, ou seja, a intenção de obter vantagem patrimonial seria essencial na configuração do *dolus malus* (Ibid., p. 44-45).

241 Ibid., p. 45.

242 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op cit., p. 333.

243 Anderson Schreiber explica que “o dolo pode ser por omissão, quando uma das partes silencia sobre fato ou qualidade essencial à celebração do negócio jurídico. O dever de informação, imposto pela boa-fé objetiva também na fase pré-contratual, realça a repressão ao dolo omissivo. São exemplos de dolo por omissão a venda de automóvel entre particulares sem a informação de que sofrera amplo conserto por força de severo acidente ou a locação de imóvel por locador que silencia quanto à existência de vazamentos nas instalações hidráulicas do apartamento ou mesmo de conflitos de vizinhança recorrentemente gerados por excesso de ruído, se tinha conhecimento desses problemas” (SHREIBER, Anderson, op cit., p. 262).

244 Judith Martins-Costa ensina que “o dolo não se restringe ao comportamento ativo daquele que, utilizando-se de artifícios, é capaz de induzir a vítima em erro, mas se estende também ao contratante que silencia, omitindo-se de esclarecer circunstância que modificaria a vontade da vítima. Os autores ora denominam a hipótese de dolo por omissão, ora de silêncio intencional, ora, finalmente, de dolo negativo. O que a caracteriza é o silêncio consciente que uma das partes mantém a respeito de algum fato ou circunstância que a outra ignora, a qual, acaso conhecida, impediria a formação do contrato ou, então, implicaria a modificação do seu conteúdo. Exemplificativamente, assim ocorreria na compra e venda de imóvel em que vendedor, ciente da existência de ação demolitória em curso na época da transação, silencia sobre este fato; ou na compra e venda de um estabelecimento comercial em que o vendedor omite propositalmente as dívidas do fundo de comércio, as quais, se o comprador tivesse ciência, não teria concluído o negócio, ou então, não teria pactuado pelo preço acordado; ou no caso de o vendedor silenciar acerca da existência de Portaria do Ministério da Agricultura que onerava a atividade; ou, ainda quando o vendedor de estabelecimento de ensino omite informação relevante sobre o número de alunos que é critério considerado na avaliação do negócio e consequente formação do preço contratual” (MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. Revista dos Tribunais. vol. 1046. ano 111. p. 98.

No direito brasileiro, o dolo só torna o negócio jurídico anulável “quando tenha influenciado de modo relevante a sua celebração. Trata-se do chamado *dolus causam dans* ou dolo principal, sem o qual o negócio jurídico não se teria realizado”²⁴⁵. Difere-se do dolo acidental, como dispõe o art. 146 do Código Civil e explica PONTES DE MIRANDA:

O dolo acidental ou incidente (*dolus incidens*) não atinge a validade do ato jurídico, pôsto que possa constituir ato ilícito *relativo*. O figurante de tal maneira se conduziu que o negócio jurídico se concluiu como êle queria, porém, se o outro figurante soubesse da verdade, o teria concluído com melhores cláusulas²⁴⁶.

Em suma, o dolo invalidante “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”²⁴⁷.

O Código Civil brasileiro estabelece dois regimes para o dolo. Quando ocorre o dolo principal, ou seja, na hipótese em que o negócio não teria sido celebrado não fosse o dolo, aplica-se o regime do art. 145 do Código Civil, tornando anulável o negócio. Quando ocorre dolo acidental, aplica-se o art. 146; “consequentemente, costuma-se afirmar que apenas o dolo principal caracteriza vício de consentimento”²⁴⁸, como explica JUDITH MARTINS-COSTA:

245 SCHREIBER, Anderson, op cit., p. 221.

246 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op cit., p. 339.

247 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teora do Fato Jurídico – Plano da Validade**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 223.

248 BENETTI, Giovana, op cit., p. 69.

Há diferença fundamental na eficácia. O dolo principal é vício conducente à anulabilidade, acrescida, ou não, de perdas e danos. Já o dolo acidental dá lugar ao pagamento de perdas e danos, prosseguindo o negócio (art. 146, 1.^a parte, do CC/2002 (LGL\2002\400)), razão cabendo a Silvio Rodrigues ao escrever, em comparação ao sistema francês, ser atribuído ao juiz, em nosso ordenamento, um maior poder discricionário, pois pode conceder à vítima do dolo a proteção exigida pelas circunstâncias do caso: como não é raro de ocorrer na prática, à vítima não interessa a anulação do contrato, que lhe pode ser útil. Porém, como foi enganada quanto à parte de seu conteúdo, cabe a satisfação em perdas e danos em relação às perdas sofridas em razão do engano dolosamente provocado²⁴⁹.

O dolo pode estar presente em todas as fases do processo obrigacional, “desde antes do início das tratativas (por exemplo, quando as maquinações dolosas induzem a vítima a entrar em negociações preliminares), passando pela fase negociatória propriamente dita, atingindo o momento da conclusão do contrato, operando na fase da execução contratual e, conforme o caso, até mesmo se manifestando na fase pós-contratual”²⁵⁰.

Pode ser antecedente, concomitante ou superveniente ao negócio jurídico. O dolo antecedente é aquele que ocorre durante as tratativas de negociação, enquanto o dolo contemporâneo acontece no momento da conclusão do negócio. Tanto um quanto outro pode se configurar como dolo principal ou acidental. Já o dolo por infração ao contrato “é sempre superveniente ao contrato já concluído, configurando-se como uma violação ao ajuste pactuado e, como tal, atingindo o plano da eficácia, mas não o da validade. Consequentemente, se manifesto

249 MARTINS-COSTA, Judith, op cit., p. 93.

250 Ibid., p. 92.

o dolo durante a execução do contrato, sua eficácia será normalmente indenizatória, pelo *ilícito contratual*²⁵¹.

São diversas as hipóteses em que o dolo pode ocorrer em contratos de M&A²⁵². Por exemplo, o comprador pode afirmar que o vendedor ocultou informações relevantes da empresa no processo de *due diligence*, a fim de induzi-lo ao erro para celebrar o contrato de compra de participação societária. Imagine-se um caso em que o vendedor fornece uma lista de clientes que estão sendo atendidos pela empresa e continuarão sendo atendidos no futuro, mas oculta que parte relevante desses contratos está em processo avançado de resilição pela contraparte. Eventualmente, o comprador pode alegar, após adquirir a empresa, que só tomou essa decisão (de adquirir o controle) porque imaginava que esses contratos continuariam em vigor após o Contrato de M&A, tendo sido induzido intencionalmente em erro pelo vendedor, que ocultou informações relevantes no processo de celebração do contrato.

No direito brasileiro, verificada a existência de dolo principal na celebração do contrato, o *deceptus* dispõe de um remédio legal que consiste na anulação do negócio jurídico²⁵³. Pode-se ajuizar ação para

251 *Ibid.*, p. 92.

252 Judith Martins-Costa explica que, “no mundo dos negócios, não raras são as situações em que, na fase formativa e na conclusão de um contrato, um dos figurantes oferece ao outro informações cuja falta de veracidade lhe é conhecida, ou omite ou distorce intencionalmente informações determinantes para a formação do consentimento. Se se tratar, por exemplo, de uma compra e venda, sendo as informações pré-contratuais de incumbência do vendedor, só mais tarde, quando já na posse do bem vendido e com acesso às informações que lhe são respeitantes é que terá o comprador ciência de dados e elementos que teriam sido relevantes ou para a própria vontade de contratar ou para uma adequada formação e composição do preço contratual. Surge, então, a questão de saber se houve dolo capaz de afetar o contrato e quais as suas consequências, pois, muitas vezes, o comprador não quer desfazer o negócio, por via da sua anulação, antes tendo como escopo receber indenização pelo tanto que foi enganado” (*Ibid.*, p. 91).

253 Marcos Bernardes de Mello explica que “a anulação do ato jurídico por dolo depende de ação própria cuja legitimação ativa é daquele que foi induzido a erro. É a *actio doli*, dos romanos, empregada para impugnar os negócios civis afetados pelo dolo”, podendo gerar, além da anulação do negócio e do retorno ao *status quo ante*, “dever de indenizar o *deceptus*, se houver danos” (MELLO, Marcos Bernardes de, *op cit.*, p. 234-236).

desconstitui-lo, pleiteando seu desfazimento, o retorno ao *status quo ante* e, eventualmente, perdas e danos, com fundamento no art. 145 do Código Civil. Dito isso, pergunta-se: no direito brasileiro, é válida cláusula de remédio único que afasta o regime do dolo principal previsto no art. 145 do Código Civil? Pode-se acordar que, mesmo que se verifique a ocorrência desse defeito, nenhuma das partes poderá requerer a anulação do negócio jurídico?

4. DERROGABILIDADE DE NORMAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

A resposta a essa pergunta passa pela análise da derogabilidade das normas jurídicas afastadas pela cláusula de remédio exclusivo²⁵⁴⁻²⁵⁵, o que não é simples, haja vista o caráter aberto dos conceitos utilizados para definir se determinada norma é cogente ou dispositiva.

254 A esse respeito, Catarina Monteiro Pires ensina que “negócio jurídico privado é uma autorregulação privada de interesses, expressão do exercício da autonomia privada das partes (o que não quer dizer que não estejam presentes outras vertentes, nomeadamente de tutela do tráfego jurídico) e da autodeterminação do sujeito⁵. A celebração de um contrato e a autovinculação à promessa do contraente são fruto da autodeterminação e da permissão de disposição dos bens jurídicos que a cada sujeito é concedida. A relevância atribuída à liberdade contratual (cfr. artigo 405.º do Código Civil) exprime-se na autorização de condutas e de vinculações, mas também na contenção da própria lei civil quanto ao recurso a normas injuntivas. Esta contenção é, aliás, justificada pela ideia de que, em regra, na regulação contratual, estão em causa interesses dos contraentes, e não interesses de terceiros e ainda pela aceitação de que cada sujeito é, em princípio, livre de estabelecer acordos que correspondam ao modo como que se autodetermina, ao reger os seus próprios interesses. Além disso, é também de aceitar que, na generalidade dos casos, o direito civil não serve, para concretizar uma ordenação de preferências em detrimento da liberdade contratual. A norma dispositiva concede um espaço de autorregulação, de ordenação das preferências dos sujeitos envolvidos” (PIRES, Catarina Monteiro, op cit., p. 67-68).

255 Em análise do direito italiano, Valerio Di Gravio destaca que “il principale problema giuridico che tal genere di clausole pone è quello della derogabilità delle norme la cui applicazione le parti intendono escludere. La auspicata autosufficienza dell'accordo trova infatti, in diritto italiano, il limite delle norme imperative presenti sia nella disciplina del contratto in generale sia, ancorché in minore misura, in quella di singoli tipi contrattuali. Il modo più ordinato e corretto di affrontare tale problema consiste nell'individuare quali sono gli effetti che le parti intendono prevenire e verificare se gli stessi sono dettati da norma imperativa o semplicemente dispositive” (DI GRAVIO, Valerio, op cit., p. 1608).

Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO e MILENA DONATO OLIVA, “a distinção entre normas cogentes e normas dispositivas nem sempre se afigura clara, a suscitar frequentes embates hermenêuticos”²⁵⁶, e em geral a doutrina brasileira se utiliza do critério do interesse público para essa interpretação:

Como se pode afirmar de forma geral sobre todo o processo de interpretação jurídica, revela-se falho o recurso ao mero critério linguístico, ou seja, à interpretação literal da letra da lei, como parâmetro para definir a dispositividade de certa norma. Não raro, o legislador emprega o verbo “poder” quando pretende, na verdade, criar um dever jurídico; ou, ao revés, descreve determinada obrigação quando objetivava simples faculdade. Exige-se, assim, que se recorra ao grau de interesse público contido na norma para que se possa classificá-la como cogente ou, diversamente, para afirmar sua dispositividade, quando nela preponderar o interesse particular²⁵⁷.

À luz das lições de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, CLÁUDIA GRUPPI COSTA E GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA explicam que:

serão cogentes as normas que ‘estabelecem princípios cuja manutenção é necessária à ordem social, e por isso impõem-se, obrigatoriamente, a todos os indivíduos, inderrogáveis que são pela vontade privada’. Tais normas podem ser chamadas também de proibitivas ou imperativas. Por outro lado, as normas dispositivas (também denominadas supletivas ou permissivas por alguns autores) ‘instituem princípios não essenciais à organização e funcionamento do

256 TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, p. 16.

257 *Ibid.*, p. 16.

Estado, ou da vida social, e, por isso, não se impõem compulsoriamente²⁵⁸.

CATARINA MONTEIRO PIRES, por sua vez, entende que a cogência das normas de direito civil envolve, em regra, “a tutela da parte mais fraca e razões de justiça niveladora de situações assimétricas”²⁵⁹. Vejamos:

Neste contexto, tem-se também salientado que as razões que, no direito civil, podem levar à imposição de uma norma injuntiva são, em regra, a tutela da parte mais fraca e razões de justiça niveladora de situações assimétricas. As ideias surgem aqui, muitas vezes, sobrepostas e os conceitos empregues com alguma vagueza, havendo interesse em discernir as exatas razões que subjazem à imposição de normas injuntivas. São estas razões ou princípios que determinam a natureza injuntiva da norma, e não a natureza injuntiva de normas previamente fixada que revela os princípios ordenadores. Os desvios a este quadro geral têm desafiado a doutrina a procurar sentidos particulares ou outros sentidos da liberdade contratual em domínios de contratação assimétrica e em massas, em regra associados ao direito do consumo, ou em relação a certo tipo de contratos, como o arrendamento ou o mútuo. Seja como for, a norma injuntiva é desvio ao princípio da subsidiariedade do direito, mais intenso no direito privado. O direito dispositivo torna exequível a liberdade contratual. A autonomia privada das partes, embora nem sempre entendida do mesmo modo e por vezes modelada perante uma ideia de “materialização” do contrato, constitui um esteio do direito civil português²⁶⁰.

258 COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J., op cit., p. 321.

259 PIRES, Catarina Monteiro, op cit., p. 68.

260 Ibid., p. 68-69.

A partir disso, é possível verificar que existem argumentos para se concluir que são dispositivas as normas que regem o dolo no direito civil brasileiro (arts. 145 a 150 do Código Civil), razão pela qual se poderia, em tese, excluir-se a possibilidade de anulação do negócio por meio da cláusula de remédio único.

Ora, ao contrário da simulação (art. 167 do Código Civil²⁶¹), por exemplo, o dolo não nulifica o negócio jurídico, mas torna-o apenas anulável (art. 171, inc. II, do Código Civil²⁶²), e pode ser inclusive confirmado pelas partes, nos termos do art. 172 do Código Civil²⁶³. Além disso, o art. 177 do Código Civil²⁶⁴ estabelece que “a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”. Assim, partindo-se da premissa de que “enquanto na nulidade afronta-se um interesse de ordem pública, lesando toda a sociedade, na anulabilidade o negócio apresenta deformidade menos grave com a ordem jurídica, ferindo apenas o interesse particular”²⁶⁵, poder-se-ia alegar que não se está diante de interesse público a justificar a cogência da norma.

À luz da liberdade contratual consagrada pelo direito civil, também seria possível supor que, ocorrendo dolo em contrato de M&A, paritário e celebrado por partes sofisticadas, não se estaria diante de

261 Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

262 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. ⁶³ Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

263 Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

264 Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

265 SCHREIBER, Anderson, op cit., p. 278.

tutela da parte mais fraca ou de situação assimétrica a justificar o caráter imperativo do regime do dolo no direito civil brasileiro.

Raciocínio semelhante poderia encontrar amparo na Lei nº 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), de viés ultraliberal²⁶⁶⁻²⁶⁷, cujo alardeado objetivo era “emponderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal”²⁶⁸. Em prol desse empoderamento, a Lei da Liberdade Econômica procurou valorizar a liberdade dos contratantes frente a normas injuntivas que pudessem limitá-la, esvaziando “de cogência todas as normas de interpretação contratual”²⁶⁹.

A partir não só de seus princípios gerais, mas também da análise de dispositivos específicos, dos quais se destacam o art. 3º, inc. VIII²⁷⁰ da Lei e a redação dada pela Lei aos arts. 113, § 2º²⁷¹ e 421-A, inc. II, do Código Civil²⁷², o intérprete poderia chegar a conclusão

266 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao Artigo 113 §§ 1º e 2º do Código Civil: Interprestação Contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 285.

267 Tal viés é assumido por um dos autointitulados redatores da Lei, que diz o seguinte: “A segunda razão pelo uso de uma declaração de direitos, como técnica redacional, deuse pelo contexto histórico-político que culminou na edição da medida provisória. Pela primeira vez na história moderna do país, um candidato ao Poder executivo federal foi eleito trazendo clara e explicitamente a proposta de que a condução econômica do país seria liberal e anti-social democrata. (...) não é o Estado que concede a liberdade econômica, mas sim somente reconhece algo natural ao cidadão, que a detém” (LORENZON, Geanluca. A formatação da Lei de Liberdade Econômica como parte de política pública. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 26.

268 Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019.

269 Ibid., p. 287.

270 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: (...) inc. 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.

271 Art. 113, § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

272 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,

de que, em contratos empresariais, uma cláusula de remédio único negociada poderia afastar a possibilidade de anulação do negócio por dolo principal, nos termos dos arts. 145 a 150 do Código Civil, já que os contratantes têm a “garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes” (art. 3º, LLE), são livres para “pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei” (art. 113, § 2º, CC), devendo ser respeitada e observada “a alocação de riscos definida pelas partes” (art. 421-A, II, CC).

Outro argumento possível envolveria a existência de certa aceitação, pela doutrina, da exclusão, pela cláusula de remédio único, da possibilidade de se anular o contrato pela ocorrência de erro. Tratando-se o erro de defeito do negócio jurídico semelhante ao dolo, a exclusão do dolo também poderia se justificar sob essa perspectiva.

5. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO CONSENSUAL DA POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO CONTRATO POR DOLO NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese esses respeitáveis argumentos, entendemos que, à luz do direito brasileiro, não é válida a cláusula contratual que exclui a possibilidade de a parte do contrato pleitear sua anulação pela ocorrência de dolo, consoante as razões expostas adiante.

Por manifestação da autonomia privada, os contratos empresariais têm como características a informalidade e a atipicidade, que se manifestam na criação de modelos jurídicos novos, na transformação e na atribuição de novas funções a modelos antigos. Ao dispor sobre essa liberdade das partes em formatar seus negócios da forma jurídica que mais lhe pareça adequada, o Código Civil circunscreveu-a à observância de suas normas gerais, como dispõe o

ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (...) II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada (...).

art. 425 do Código Civil: “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Dentre essas “normas gerais” previstas pelo art. 425 do Código Civil e que devem ser observadas pelas partes nos contratos atípicos (como é o contrato de M&A), inclui-se a boa-fé objetiva, consagrada pelo art. 422 do Código Civil, que estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.²⁷³

Trata-se de “cláusula geral que impõe a adoção de comportamento compatível com a mútua lealdade e confiança nas relações jurídicas”, resultando em “*standards* de conduta leal e confiável”²⁷⁴. Em obra seminal sobre o tema, JUDITH MARTINS-COSTA explica que a boa-fé objetiva é norma jurídica que aponta a uma tríplice qualificação:

(i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas; (ii) um *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (*standard*) direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um “estado ideal de coisas”²⁷⁵.

Na qualidade de instituto jurídico, a boa-fé objetiva “configura um *modelo jurídico complexo e prescritivo*”, conformando uma “estrutura normativa que articula, finalisticamente, normas providas de mais de uma das fontes” e que impõe “ações, condutas, vedações, sanções – e não apenas ‘recomendações’ ao aplicador do Direito”²⁷⁶. Por aplicação

273 SCHREIBER, Anderson, op cit., p. 483.

274 SCHREIBER, Anderson, op cit., p. 429.

275 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. Edição do Kindle, posição 5400.

276 Ibid., posição 5468.

da boa-fé, impõe-se aos sujeitos de direito uma ação de acordo com a lealdade, não-contraditória e desprovida de torpeza:

se pode afirmar que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual. É por direcionar a valores que a boa-fé objetiva, como um princípio jurídico que também é, conduz o agente – como todo princípio normativo (prescritivo) – a um “estado ideal de coisas” sendo esse “estado ideal” a ação proba, correta, leal (Código Civil, art. 422) em vista do adimplemento satisfativo, fim que polariza toda e qualquer relação contratual. Uma conduta pautada por essa finalidade há de ser seguida por ambos os participantes do vínculo, em atenção aos fins do contrato e ao que determina o programa contratual, sujeitando-os “à recíproca cooperação a fim de alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato”. Por fim, no seu momento aplicativo a boa-fé caracteriza um instituto jurídico, uma estrutura normativa produtora de modelos prescritivos. Tem, portanto, força normativa e potencial jurisdicção. É instituto produtor de normas jurídicas, isto é, de comandos dotados de prescritividade (ex.: os contraentes devem agir coerentemente ao pactuado no contrato; o credor deve – ou tem o encargo de – evitar aumentar os seus próprios prejuízos). Esses comandos se expressam, por sua vez, em outros institutos, ligados geneticamente à boa-fé.²⁷⁷

Especificamente nos contratos empresariais, existe uma relação de tensão entre boa-fé objetiva e autonomia privada. De um lado, o direito possibilita que as partes formatem o negócio jurídico da forma que mais lhes pareça adequada. De outro, limita essa liberdade às

277 Ibid., posição 5429.

regras gerais previstas na lei. Como o direito comercial é fortemente influenciado pela prática, nesse âmbito “adquire o princípio da boa-fé tons e cores modulados por uma paleta de significações advindas do viés *confiança* em seus matizes”:

a confiança como confiabilidade ou credibilidade (valorizando-se a posição do agente, isto é, o investimento de confiança daquele que recebe determinada ação ou declaração bem como, por exemplo, a posição de autoridade do emissor da declaração); e a confiança como previsibilidade necessária para o cálculo do investidor, sócio, ou empresário para poder mensurar o risco, apresentando-se especialmente, então, como elemento da segurança jurídica. A confiança é, como bem aponta Anna Lygia Costa Rego, elemento no processo decisório do investidor, espinha dorsal das transações econômicas tanto em seus viés de credibilidade quanto em suas repercussões na segurança das transações. [...] tem-se, nas relações contratuais comerciais, o sentido da boa-fé orientado pela prevalência dos viéses confiabilidade, credibilidade e previsibilidade, valorizando-se a posição do emissário da declaração bem como as possibilidades do cálculo dos riscos²⁷⁸.

À luz da aplicação do princípio da boa-fé aos contratos empresariais, seria juridicamente lícita a exclusão consensual do “remédio” previsto no art. 145 do Código Civil, que possibilita a anulação do negócio jurídico por dolo da contraparte?

JUDITH MARTINS-COSTA entende que não, por dois motivos principais. Primeiro, porque a existência do dolo principal na contratação viciaria a vontade das partes também no que toca à cláusula de remédio único. Segundo, porque “a tentativa de afastar as sanções

278 Ibid., posição 5928

jurídicas para a enganação contratual encontra limite nos princípios da probidade e boa-fé consagrados pelo art. 422 do CC/2002²⁷⁹.

A posição nos parece correta. A ocorrência de dolo antecedente na celebração do contrato eivaria a própria cláusula de remédio único, pois essa mesma disposição foi acordada mediante dolo e acionaria o regime do art. 145 do Código Civil. Realmente, “a doutrina tem defendido a invalidação da cláusula de remédio exclusivo quando na formação do contrato a parte tiver agido com dolo, ao celebrar o negócio já com a intenção de descumprir-lo, ao mesmo tempo que terá se obrigado apenas ao pagamento de uma indenização que muitas vezes é pré-fixada”²⁸⁰.

Além do mais, ainda que se entenda que o regime do dolo é derogável por vontade dos contratantes, seja por se tratar de hipótese de anulabilidade, seja por ser confirmável pelas partes, seja, ainda, por inexistir situação assimétrica na relação contratual, a cláusula geral da boa-fé objetiva limita a autonomia privada, nos termos do art. 425 do Código Civil. Se a boa-fé é uma regra cogente “que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual”²⁸¹, nos parece que afastar o remédio da anulação a negócios celebrados com dolo (por meio de maquinação, artifícios, mentira) violaria referida disposição do direito brasileiro.

Em nosso entender, a Lei da Liberdade Econômica não tem o condão de afastar esse entendimento. Ao estabelecer que, nos “negócios jurídicos empresariais paritários” todas as “regras de direito empresarial” seriam aplicadas “apenas de maneira subsidiária ao avançado”, com exceção daquelas com natureza de “ordem pública” (art. 3º, inc. VIII), a Lei pouco contribui. Além de acrescentar pouco ou nada ao que já era garantido pela Constituição ou pelo Código

279 MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. Revista dos Tribunais. vol. 1046. ano 111. p. 100. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2022.

280 COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J., op cit., p. 329.

281 MARTINS-COSTA, Judith, op cit., posição 2900.

Civil²⁸², a norma olvida que, em contratos de M&A, por exemplo, em regra negócios jurídicos empresariais paritários, a grande maioria dos dispositivos legais aplicáveis advém do direito civil – inadimplemento, vícios de consentimento, condições, cláusula penal, dentre (vários) outros –, e não propriamente do “direito empresarial” invocado pela norma²⁸³. De fato, “é o Direito Civil, como direito comum, o *locus* privilegiado das regras de direito positivo aplicáveis a esses negócios jurídicos”²⁸⁴.

Na verdade, como ressalta RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR, a interpretação hiperbólica desse dispositivo ocasionaria a “prevalência do contratado sobre o legislado de modo amplíssimo e incorreria em verdadeira alquimia, pois tornaria subsidiárias também normas que, por seu enunciado incontroverso, pretendem-se imperativas”. De modo algum “será possível se invocar o artigo 3º, VIII, da Lei da Liberdade Econômica para se alterar o próprio texto de outras normas, a pretexto de as interpretar”²⁸⁵.

A nosso sentir, a redação dada pela chamada Lei da Liberdade Econômica ao art. 113, § 2º, do Código Civil também não contribui decisivamente para o objetivo de justificar o afastamento do regime do dolo em contratos no direito brasileiro, até porque não chega a inovar²⁸⁶. De fato, “essa faculdade outorgada às partes no ambiente privado é

282 “A determinação do artigo 3º, VIII, não acrescenta nada que já não era garantido pelo texto constitucional, inclusive a ressalva feita às empresas estatais expressamente pelo artigo 3º, § 5º” (BERCOVICI, Gilberto. As Inconstitucionalidades da ‘Lei de Liberdade Econômica’ (Lei Nº 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 141).

283 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao Artigo 113 §§ 1º e 2º do Código Civil: Interpretação Contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 211.

284 *Ibid.*, p. 211.

285 CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Liberdades de Precificação e de Pactuação. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**, São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 121-123.

286 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro, *op cit.*, p. 285.

amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, por sólida elaboração doutrinária e consagrada orientação jurisprudencial”²⁸⁷. A norma não socorre essa interpretação, primeiro, porque o próprio *caput* do art. 113 (que não foi alterado pela Lei) estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Segundo, porque, repetindo as disposições do *caput*, o § 1º do art. 113 (este sim, incluído no Código Civil pela Lei), também prevê que “a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que (...) III - corresponder à boa-fé”. Terceiro, porque o direito brasileiro jamais negou que as partes de um contrato pudessem ajustar regras interpretativas próprias, tanto que o próprio Código Civil permite a celebração de contratos atípicos²⁸⁸. A liberdade dos contraentes é “compreendida dentro da moldura das regras legais injuntivas (como, a rigor, toda e qualquer disciplina se queira agregar ao conteúdo contratual)”²⁸⁹, e isso a Lei de Liberdade Econômica não altera.

Da mesma forma, o art. 421-A, inc. II, do Código Civil, ao dispor que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”, não socorre aqueles que pretendem atribuir à cláusula de remédio único a possibilidade de afastar o regime do dolo em contratos de M&A, porque, também neste dispositivo, a Lei de Liberdade Econômica foi redundante: “a possibilidade de as partes estabelecerem parâmetros objetivos para a interpretação, a revisão ou a resolução contratual não é inovação da Lei da Liberdade Econômica e se mostra coerente com a disciplina do Código”, revelando-se “ainda mais óbvia a afirmação acerca da necessidade de respeito à matriz de riscos adotadas pelas partes”²⁹⁰.

287 KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – Art. 113 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**, São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 358.

288 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro, op cit., p. 419.

289 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro, op cit., p. 419.

290 MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentários ao Artigo 421-A do Código Civil: Presunção de Paridade e Simetria em Contratos Cíveis e Empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei**

Mesmo nos Estados Unidos, cujo sistema jurídico “reconhecidamente reserva um maior âmbito de atuação à autonomia privada no regramento contratual comparativamente ao Direito brasileiro, [...] as tentativas de garantir total ou parcial imunidade à responsabilidade por dolo pela via contratual são todas banidas pelo direito”²⁹¹.

De fato, em caso apreciado pela *Court of Chancery of the State of Delaware*, os Compradores (*ABRY Partners, L.P.* e *ABRY Partners V Affiliated Investors*) requereram a anulação do contrato de M&A celebrado com *Providence Equity Partners, Inc.* (Vendedora), sob o fundamento de que teriam sido prestadas informações falsas na negociação do instrumento²⁹². Nesse caso, analisado de forma minuciosa por MARINA GUERRA SABADIN, o contrato previa que “a apresentação de pedido de indenização (*indemnity claim*) era o único remédio disponível ao Comprador para o caso de declarações falsas ou imprecisas, sendo vedado ingressar com ação de anulação nos moldes daquela promovida pelo Comprador”²⁹³.

De um lado, o Vendedor argumentava que as partes eram sofisticadas e haviam negociado a inclusão de remédio único. De outro, o Comprador defendia que tal cláusula não era válida, pois “não poderia o Estado admitir e tolerar a tentativa de uma parte de se utilizar do instrumento contratual para se eximir de responder a processo anulatório fundamentado em declaração falsa constante do contrato e expressamente reconhecida pelas partes como essencial

da Liberdade Econômica: Comentários. (Coleção IDiP). São Paulo: Almedina, 2022, p. 523.

291 MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*. vol. 1046. ano 111. p. 100. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2022.

292 *Abry Partners V, L.P. v. F&W Acquisition LLC, C.A. No. 1756-N (Del. Ch. 2006)*. Disponível [online] in <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=72140>. Acesso em 15 de abril de 2023.

293 SABADIN, Marina Guerra. *Autonomia Privada e Licença para Mentir – Uma Investigação Sobre a Possibilidade de Limitação Contratual da Responsabilidade por Dolo*. Monografia apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 43.

para a formação de sua vontade no sentido de contratar”²⁹⁴. Ao final, a Corte decidiu “pela procedência da ação anulatória promovida pelo Comprador desde que este demonstrasse inequivocamente que o Vendedor (i) prestou declarações e garantias falsas no SPA de modo intencional; ou (ii) sabia sobre a falsidade das declarações e garantias prestadas pela Sociedade Alvo. Isto, pois, em ambas as circunstâncias, teria sido o Vendedor responsável pelos danos sofridos pelo Comprador por ter se pautado em uma mentira quando da formação de sua vontade pela conclusão da compra e venda”²⁹⁵.

JUDITH MARTINS-COSTA também faz referência a esse caso, para consignar que “assim como *fraus omnia corrumpit*, o dolo também tudo corrompe. No Direito brasileiro, similar conclusão é alcançada pelas regras do dolo e pelo princípio da boa-fé objetiva que, como já se anotou, comina de ilicitude a conduta (pré-contratual, inclusive) caracterizada como desleal, artificiosa, fraudulenta, objetivamente incorreta segundo os padrões do tráfego negocial”²⁹⁶.

De fato, partindo das premissas de que (i.) a boa-fé é norma cogente no direito brasileiro²⁹⁷⁻²⁹⁸; (ii.) os contratos atípicos devem observar as regras gerais do Código Civil (art. 425), dentre as quais se inclui a boa-fé (arts. 113 e 422 do Código Civil, por exemplo); e (iii.) o dolo é manobra maliciosa, mentira que induz intencionalmente a contraparte ao erro para manifestação de vontade, parece-nos correto entender que as cláusulas de remédio único que afastam a

294 Ibid., p. 44.

295 Ibid., p. 44.

296 MARTINS-COSTA, op cit., p. 102.

297 Ibid., p. 100.

298 Judith Martins-Costa explica que “o Código Civil atou a sua licitude à observância ‘das normas gerais fixadas neste Código’ (art. 425) dentre elas a boa-fé. Ausente o auxílio das normas de direito supletivo e dispositivo que suprem a autonomia privada no disciplinamento dos contratos típicos, nos atípicos maior atenção terá que ser dada pelo julgador à equação econômica subjacente, ao fim visado pelas partes, e à boa-fé: aí o princípio, cuja eficácia é cogente, auxiliará no disciplinamento concreto do modelo criado ou «refuncionalizado» pela autonomia privada” (MARTINS- COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. Edição do Kindle, posição 5870).

possibilidade de anulação do negócio por dolo seriam inválidas no ordenamento jurídico pátrio.

De fato, a boa-fé objetiva incide como limitadora da autonomia da vontade em contratos de M&A, até porque “permite ao agente esperar certa conduta concreta da outra parte e, por consequência, um melhor cálculo”. Nesse sentido, repudia-se a má-fé, que não deve a ninguém aproveitar: “a lei nunca autoriza o dolo, nem permite a cavilação”²⁹⁹.

A nosso ver, outro argumento advoga em favor da invalidade da cláusula de remédio único dessa espécie no direito brasileiro, qual seja, a aplicação da cláusula geral de bons costumes prevista no direito civil brasileiro, como explica JUDITH MARTINS-COSTA:

[...] nos enunciados elásticos (vagos, abertos, porosos, dúcteis ou cláusulas gerais em sentido amplo) verifica-se a ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa. São empregados termos cuja tessitura é semanticamente aberta, muitas vezes dotados de cunho valorativo (bons costumes; boa-fé; justa causa; diligência habitual, etc.). O detalhamento, próprio da casuística, estará ausente. A prescrição é vaga – ao menos na hipótese ou enunciado normativo – aludindo-se com o mínimo de elementos descritivos às circunstâncias de incidência da norma. Basta pensar nos arts. 187, 421, 422, 884, 949, todos do Código Civil: ali se indica, no art. 187, que haverá ilicitude no exercício de direitos se forem manifestamente desbordados, quando daquele exercício, a boa-fé, os bons costumes, o fim econômico e social do direito; no art. 421, que a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato; no art. 884, que o enriquecido à custa de outrem, sem justa causa, deve restituir o injustamente auferido; e,

299 FORGIONI, Paula A. A Interpretação dos Negócios Jurídicos II – Alteração do Art. 113 do Código Civil: Art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**, São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 380.

no art. 949, que a indenização, em caso de homicídio, consiste no pagamento das despesas com a vítima e na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto as devia “sem excluir outras reparações”, sem, contudo, especificá-las ou indicar as hipóteses em que será devida. Nesses dispositivos, não se detalha nem se define o que sejam boa-fé, bons costumes, função social, ou enriquecimento sem justa causa, nem se especifica quais serão as outras reparações devidas em caso de homicídio. Em todos esses casos, o texto normativo apresenta, ao invés de descrição na hipótese normativa (fato tipo, factispecies), termos e expressões carecidas de determinação (“conceitos vagos”)³⁰⁰.

O Código Civil trata da expressão “bons costumes” em seus arts. 13³⁰¹, 122³⁰², 187³⁰³, 1.336, inc. IV³⁰⁴ e 1.638, inc. III³⁰⁵. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro também estabelece que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade,

300 MARTINS-COSTA, Judith, op cit., posição 2900.

301 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

302 Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes

303 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

304 Art. 1.336. São deveres do condômino: I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

305 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Como ocorre com a boa-fé, os bons costumes são cláusula geral que limita a autonomia da vontade (art. 425 do Código Civil), podendo funcionar como “*pauta de conduta ou comportamento*, servindo para apoiar e guiar as partes desde o processo de formação até à execução do contrato; [...] *pauta de interpretação* dos negócios jurídicos; e, na qualidade de *pauta de integração*, [...] para resolver o problema da incompletude contratual”³⁰⁶. Serve também para “identificar outros deveres, outras proibições que não aqueles postos explicitamente pelas partes ou previstos na disciplina legislativa específica do tipo contratual (legal ou social) em causa”³⁰⁷.

Com isso, os bons costumes podem criar direitos e obrigações laterais ao contrato, gerando “expectativas de comportamento adequado, probo, leal e ético em consonância com os valores e aspirações sociais”³⁰⁸. Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em análise do direito português, existem diversas vertentes dos bons costumes, mas se pode constatar que, “perdida (ou atenuada) a dimensão moral-individual, os bons costumes se enriquecem com um conteúdo jurídico-económico”³⁰⁹.

JUDITH MARTINS-COSTA, por sua vez, defende que os bons costumes deveriam ser “equiparados às boas práticas cominadas aos diversos setores das atividades profissionais – como, por exemplo, boas práticas médicas, de engenharia e de advocacia, bem como em regras de *soft law*, ou ainda em ‘códigos’ de conduta, tais como os integrantes da chamada ‘governança corporativa’”³¹⁰.

306 PELIZZON, Thiago Conceição. Cláusula moral implícita: ofensa à moral e aos bons costumes como causa de extinção de contratos civis e empresariais. *Revista de Direito Privado*. vol. 115. ano 24. p. 81-102. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2023. **Disponível em:** <http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-3408>. **Acesso em:** 16.04.2023.

307 MARTINS-COSTA, Judith, op cit., posição 10577.

308 PELLIZON, Thiago Conceição, op cit., p. 85.

309 CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. II. 4ª ed. Lisboa: Almedina, 2014, p. 602.

310 MARTINS-COSTA, Judith, op cit., p. 27571.

Em sendo assim, podemos considerar que os bons costumes se configuram como cláusula geral (e, nesse sentido, limitadora da autonomia privada no direito brasileiro) apta a gerar expectativa de comportamento adequado, probo, leal e ético. Ou, mais do que isso, especificamente nos contratos empresariais, os bons costumes podem ser considerados como sinônimo de usos e práticas normalmente seguidas pelas partes, a indicar um *standard* de probidade que se liga à regularidade da conduta dos agentes econômicos no mercado.

Nesse sentido, parece-nos que, tal qual ocorre com a boa-fé, também podemos considerar que a cláusula de remédio único que afasta a possibilidade de anulação do contrato por dolo acaba por permitir a mentira, o artifício enganador, a fraude, o que encontra vedação no direito brasileiro, também por aplicação da cláusula geral de bons costumes.

6. CONCLUSÃO

Como tentamos demonstrar, apesar de ter surgido em sistemas jurídicos de *common law*, a cláusula de remédio único já se tornou um modelo consagrado em contratos de M&A celebrados em países de *civil law*.

A partir de tal disposição, pretende-se isolar o contrato do sistema jurídico em que ele está inserido, excluindo disposições legais e prevendo especificamente os remédios jurídicos que estarão à disposição das partes em caso de perturbação do contrato.

Acontece que nem sempre a exclusão de remédios legais é cabível. Podem existir normas cogentes, inderrogáveis pelas partes, que limitam a autonomia privada e afastam a possibilidade de regulação total da relação pelo contrato. Parece-nos ser o caso da exclusão da possibilidade de anulação do contrato por dolo.

A ocorrência de dolo antecedente na celebração do contrato eivaria a própria cláusula de remédio único, pois essa mesma disposição foi acordada mediante dolo e acionaria o regime do art. 145 do Código Civil. Além disso, parece-nos que, ainda que se entenda

como derogável o regime do dolo previsto no Código Civil, a cláusula geral da boa-fé objetiva inviabilizaria essa espécie de acordo – que afasta consequência jurídica do dolo –, por ser regra cogente que direciona as partes contratantes a uma conduta proba e leal.

Da mesma forma, também nos parece que se poderia recorrer a cláusula geral dos bons costumes para concluir pela invalidade de referida disposição, dado que a maquinação para levar a parte a celebrar negócio jurídico com representação falsa da realidade violaria a legítima expectativa de comportamento adequado, proba, leal e ético dos contratantes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas de *sole remedy*, *basket amount* e *no consequential loss*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, n. 1-2, 2020.

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

COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. A Cláusula de Remédio Exclusivo e a Resolução do Contrato por Inadimplemento. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von; PEREIRA, Rafael Setoguti J. (coord.). **Fusões e Aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 307.

CORDERO-MOSS, Giuditta. Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (org.). **Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law**. Cambridge: University of Cambridge, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. II. 4ª ed. Lisboa: Almedina, 2014.

DI GRAVIO, Valerio. Clausola di único rimedio. CONFORTINI, Massimo (coord.). **Clausole Negoziali**. Vincenza: UTET, 2017.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**, São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*. vol. 1046. ano 111. p. 100.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários**. São Paulo: Almedina, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teora do Fato Jurídico – Plano da Validade**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, 2^a ed., tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: D'Plácido, 2020.

PELIZZON, Thiago Conceição. Cláusula moral implícita: ofensa à moral e aos bons costumes como causa de extinção de contratos civis e empresariais. *Revista de Direito Privado*. vol. 115. ano 24. p. 81-102. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2023.

PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único. In: MONTEIRO, Antonio et al. *Encontros de direito civil: a tutela dos credores*. Lisboa: Universidade Católica, 2020.

SABADIN, Marina Guerra. *Autonomia Privada e Licença para Mentir – Uma Investigação Sobre a Possibilidade de Limitação Contratual da Responsabilidade por Dolo*. Monografia apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

VETTESE, Maria Celeste. Multinational companies and national contracts. In: CORDERO- MOSS, Giuditta (org.). **Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law**. Cambridge: University of Cambridge, 2011.