



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Laura Elisa Xavier da Silva

A possibilidade de recepção da cláusula de *sole remedy* pelo Ordenamento Jurídico
Brasileiro

Florianópolis
2023

Laura Elisa Xavier da Silva

A possibilidade de recepção da cláusula de *sole remedy* pelo Ordenamento Jurídico
Brasileiro

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.
Prof. Orientador: Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Silva, Laura Elisa Xavier da

A possibilidade de recepção da cláusula de sole remedy pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro / Laura Elisa Xavier da Silva ; orientador, Rafael Peteffi da Silva, 2023.

77 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Remédios Contratuais. 3. Fusões e Aquisições. 4. Cláusula de Sole Remedy. I. Silva, Rafael Peteffi da. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Laura Elisa Xavier da Silva

A possibilidade de recepção da cláusula de sole remedy pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 28 de novembro de 2023.

Coordenação do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Presidente

Prof. Dr. Orlando Silva Neto
Membro Titular 1

Me. Willian Nunes Rossato
Membro Titular 2

Florianópolis, 2023.

AGRADECIMENTOS

Foram 5 anos de graduação até esse momento, 5 anos em que tive o apoio de muitas pessoas a quem devo agradecer.

Primeiramente, não poderia ser diferente, agradeço à minha mãe e ao meu irmão por terem me dado todo o suporte e apoio desde sempre, não sendo diferente durante esse período de universidade.

Agradeço também às minhas amigas de uma vida inteira Chiara, Julia, Lay, Maria Vitória e Rafa, pela amizade e apoio durante tantas fases da vida, mesmo de longe, sempre juntas.

Às amigadas que ganhei na graduação Bea, Bia, Jaque, Isa, Lu, Maria e Rebeca, por fazerem esse período mais leve e divertido, sou muito grata por ter vocês.

Ao GEArb, grupo que impactou minha graduação de forma gigantesca, sou muito agradecida pelos aprendizados e às amigadas que fiz durante meus longos anos no grupo, em especial a Lívia e Bernardo, que me acompanharam nessa jornada por tanto tempo.

Aos profissionais do escritório Paglia & Advogados Associados, lugar em que aprendi muito desde o início da graduação e que sempre me foi dado apoio e suporte necessários para me tornar a profissional que almejo ser.

Por fim, agradeço aos professores da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial, ao meu professor orientador, Rafael Peteffi da Silva, pela dedicação e cuidado para que esse trabalho fosse possível, e, também, aos membros da banca que tão gentilmente aceitaram o convite de fazer parte desse momento final da graduação.

RESUMO

Esta monografia objetiva discutir acerca da possibilidade de recepção da cláusula de *sole remedy* no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Utilizará o método dedutivo, partindo do conceito geral dos remédios contratuais presentes no nosso sistema jurídico para depois compreender o funcionamento da cláusula de *sole remedy* e, então, passar para as particularidades do uso da indenização como cláusula de remédio único e seus desafios de aplicação no Direito Brasileiro. Para isso, serão apresentados os remédios contratuais dispostos no Código Civil, resolução, resilição, revisão e indenização, verificando suas funções e formas de aplicação. A partir disso, discutir criticamente o conceito e origem da cláusula de *sole remedy*, observando posteriormente como ela vem sendo aplicada no Brasil, com ênfase no âmbito das fusões e aquisições. Por fim, debate os possíveis desafios que a aplicação da cláusula de *sole remedy* no direito brasileiro pode enfrentar, essencialmente, no que diz respeito às cláusulas que determinam a indenização como remédio único, examinando os princípios da autonomia privada e da boa-fé, assim como a alocação de riscos e a renúncia prévia de direitos, para determinar a possibilidade ou não da recepção da referida cláusula no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Palavras-chave: Remédios Contratuais. Fusões e Aquisições. Cláusula de *Sole Remedy*.

ABSTRACT

This monograph aims to discuss the possibility of the sole remedy clause being accepted in the Brazilian legal system. It will use the deductive method, starting from the general concept of the contractual remedies present in our legal system to then understand the functioning of the sole remedy clause and then move on to the particularities of the use of indemnification as a sole remedy clause and its application challenges in Brazilian Law. To this end, the contractual remedies set out in the Civil Code will be presented: resolution, rescission, revision and indemnification, verifying their functions and forms of application. It will then critically discuss the concept and origin of the sole remedy clause, looking at how it has been applied in Brazil, with an emphasis on mergers and acquisitions operations. Finally, it discusses the possible challenges that the application of the sole remedy clause in Brazilian law may face, essentially with regard to clauses that determine indemnification as a sole remedy, examining the principles of private autonomy and good faith, as well as the allocation of risks and the prior waiver of rights, in order to determine whether or not it is possible to accept this clause in the Brazilian legal system.

Keywords: Contractual Remedies. Mergers and Acquisitions. Sole Remedy clauses.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. REMÉDIOS CONTRATUAIS	11
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
2.2. RESOLUÇÃO CONTRATUAL	11
2.3. RESILIÇÃO CONTRATUAL	15
2.4. REVISÃO CONTRATUAL	18
2.5. INDENIZAÇÃO	22
2.6. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	25
3. AS CLÁUSULAS DE SOLE REMEDY	28
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	28
3.2. CONCEITO	28
3.3. ORIGEM DA CLÁUSULA	33
3.4. UTILIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	36
3.4.1. Esfera das Fusões e Aquisições	37
3.4.2. A indenização como remédio único	39
3.5. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	42
4. POSSIBILIDADE DE RECEPÇÃO DA CLÁUSULA DE SOLE REMEDY PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	45
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	45
4.2. POSSÍVEIS LIMITADORES	45
4.2.1. Autonomia privada	45
4.2.2. Boa-fé	48
4.2.3. Alocação de riscos	51
4.2.4. Renúncia antecipada de direitos	53
4.3. DA RECEPÇÃO DA CLÁUSULA DE SOLE REMEDY PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	57
4.4. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	60
5. CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	67

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) versa sobre a possibilidade de recepção da cláusula de *sole remedy* pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, observando quais os desafios que a utilização da indenização como remédio único pode enfrentar face às limitações estabelecidas pelo direito nacional.

Será adotado como arcabouço teórico a teoria da liberdade contratual em conjunto com a teoria da responsabilidade civil, utilizando-se do método de abordagem dedutivo. Portanto, estruturalmente o trabalho irá partir do conceito geral dos remédios contratuais presentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro para depois compreender o funcionamento da cláusula de *sole remedy* e, então, passar para as particularidades do uso da indenização como remédio único e seus desafios de aplicação no Direito Brasileiro.

Delimitado isso, o tema escolhido se deu em razão do Ordenamento Jurídico Brasileiro estar em constante atualização e desenvolvimento. Nos últimos anos, as operações de fusões e aquisições vêm ganhando relevância no âmbito jurídico nacional. Em decorrência disso, diversas cláusulas atípicas, advindas de outros ordenamentos jurídicos, tais quais a cláusula de *sole remedy*, estão ganhando espaço nacionalmente.

Contudo, a importação de cláusulas do sistema *Common Law* para o direito brasileiro necessita de cautela na sua adequação à tradição *Civil Law*, adotada pelo nosso sistema, motivo pelo qual vêm se desenvolvendo grandes discussões no mundo jurídico atualmente.

O debate em relação à recepção da cláusula de *sole remedy* pelo Ordenamento Brasileiro trata-se de matéria de grande relevância em diversos âmbitos, em especial, na esfera do direito civil. Isso porque a inovação trazida pelo referido mecanismo reacquece as discussões acerca da importação de cláusulas contratuais que privilegiam a autonomia da vontade e, muitas vezes, enfrentam entraves no Código Civil Brasileiro.

Nesse sentido, a utilização da indenização como cláusula de *sole remedy* ainda gera dúvidas em como pode ser aplicada e adaptada a fim de respeitar os limites impostos pelo nosso sistema jurídico.

A possibilidade de recepção da referida cláusula pelo direito brasileiro ainda é muito pouco explorada pela doutrina nacional, existindo maiores pesquisas em relação à natureza da cláusula importada e em sua caracterização em doutrinas estrangeiras de outros países que fazem parte do *Civil Law*.

Sendo assim, o presente trabalho pretende realizar uma análise aprofundada dos desafios da importação da cláusula de *sole remedy* para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, principalmente, no que se refere a utilização da indenização como remédio único para o inadimplemento contratual. Percorrendo os princípios do direito contratual brasileiro, assim como da responsabilidade contratual.

Para isso, no primeiro capítulo, serão apresentados alguns dos remédios contratuais para o inadimplemento contratual presentes no Código Civil: resolução, rescisão, revisão e indenização contratual. Será realizada uma análise doutrinária, buscando discutir a aplicação desses remédios, em especial, no que diz respeito às suas características e singularidades.

Então, verificaremos que a resolução contratual é prevista pelos artigos 475 e 478 do Código Civil, possuindo requisitos para a sua aplicação e objetivando a extinção do negócio, assim como a Rescisão, que é legislada nos artigos 472 e 473. Outrossim, analisaremos os remédios contratuais que objetivam a manutenção do negócio e não sua extinção: a Revisão, presente nos artigos 317 e 479, e a Indenização, determinada nos arts. 389, 402, 403 e 475 do Código Civil.

Após a familiarização com os remédios contratuais, o segundo capítulo vai analisar a cláusula de *sole remedy*, apresentando seu conceito e sua origem na tradição *Common Law*.

Ainda será feita uma análise da forma pela qual a referida cláusula vem sendo aplicada atualmente no direito brasileiro, apresentando sua utilização majoritária no âmbito das operações de Fusões e Aquisições (M&A), vez que atuam nos contratos de compra e venda de participações societárias, no que diz respeito ao inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias.

Por fim, ao conhecer como a cláusula tema do presente trabalho funciona e em que âmbito tem sido utilizada, se discutirá de forma crítica quais os desafios que permeiam essa utilização, principalmente, no que diz respeito à escolha da indenização como remédio único para o inadimplemento contratual.

Serão analisados alguns princípios que permeiam o direito civil brasileiro, como a autonomia da vontade, boa-fé, alocação de riscos e renúncia antecipada a direitos, que são capazes de representar entraves à maneira pela qual a cláusula pode ser utilizada.

Após essa análise, será verificada, portanto, a possibilidade de recepção da cláusula de *sole remedy*, que determina como remédio único a indenização, no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Com isso, será possível concluir que, apesar dos entraves apresentados, o referido mecanismo se mostra aplicável, haja vista ser compatível com o sistema nacional, desde que sua redação respeite as limitações trazidas pelo nosso direito.

2. REMÉDIOS CONTRATUAIS

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema proposto contempla matéria intrinsecamente conexa ao direito contratual e à responsabilidade civil, principalmente, no que concerne aos remédios contratuais propostos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Dessa forma, insta entender, primeiramente, que, ao regulamentar as relações contratuais, o Código Civil estabeleceu alguns remédios, a fim de proteger os interesses dos credores que foram frustrados pelo inadimplemento, retornando o equilíbrio da justiça contratual.

Dentre os remédios propostos pelo Direito Brasileiro, pode-se citar: Resolução, que é prevista pelos artigos 475 e 478 do Código Civil; a Resilição, legislada nos artigos 472 e 473; a Revisão, artigos 317 e 479; e, por fim, a Indenização, determinada pelos arts. 389, 402, 403 e 475 do referido diploma legal.

Sendo assim, faz-se necessário adentrar em uma análise mais aprofundada dos remédios contratuais supracitados, a fim de entender de que forma o Ordenamento Jurídico nacional promove o reequilíbrio da relação contratual.

2.2. RESOLUÇÃO CONTRATUAL

A resolução contratual é um remédio contratual comumente utilizado para solucionar conflitos em que uma das partes deixa de cumprir com sua obrigação, possuindo o credor direito de extinguir a relação jurídica e requerer indenização pelos danos que sofreu¹.

O artigo 475 do Código Civil, responsável por legislar essa questão, dispõe que “*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.*”. Há, portanto, uma permissão expressa pelo legislador para que a parte lesada opte ou pela rescisão contratual ou pelo cumprimento do contrato, requerendo, também, perdas e danos².

¹ CUNHA, Raphael Augusto. O Inadimplemento na Nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato; orientadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015; p. 235;

² TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019; p. 388;

Nessas circunstâncias, o que almeja o credor é o retorno das partes à situação anterior ao contrato, possuindo esse remédio, assim, efeitos *ex tunc*, eficácia retroativa³. Ressalta-se que nem sempre a mera resolução contratual é suficiente para retornar as partes ao seu *status quo ante*, por isso, o referido dispositivo faz referência à indenização, porém, esse tema será melhor explorado mais a frente.

Vale mencionar ainda que a eficácia citada não é expressamente determinada pela leitura do artigo 475 do Código Civil, mas sim trata-se de efeito indissociável da resolução do contrato⁴. Diante disso, altera-se a esfera da eficácia do negócio jurídico, pois, a fim de retornar as partes ao estado anterior à contratação, extingue-se a relação jurídica existente⁵.

Contudo, conforme esclarece o professor Rodrigo da Guia Silva, a decisão pela resolução não se dá pelo mero arbítrio do credor, vez que se deve ser encarada como medida drástica no âmbito do direito contratual, em relação à possibilidade de execução específica do negócio⁶.

Devido a isso, a resolução contratual deve ser oportunizada naqueles negócios em que o inadimplemento afetou a função concreta do contrato, não sendo suficiente para permitir sua aplicação pelo mero não cumprimento da prestação principal, principalmente, quando há a oportunidade de aplicar remédios menos nocivos⁷.

Ainda, deve se ressaltar que a resolução contratual disposta no art. 475 do Código Civil possui como requisito a ocorrência de um inadimplemento absoluto⁸

³ COSTA, Cláudia Gruppi; e PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. A Cláusula de Remédio Exclusivo e a Resolução do Contrato por Inadimplemento. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). Fusões e Aquisições (M&A). São Paulo: Quartier Latin, 2022; p. 313;

⁴ CUNHA, op. cit., p. 237;

⁵ Ibid., p. 236;

⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. Revista da AGU, v. 16, n. 2, abr.-jun.2017, p. 315;

⁷ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). Direito civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 116;

⁸ SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Indenização e Resolução Contratual. (Coleção IDiP). São Paulo: Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556275826. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275826/>. Acesso em: 09 nov. 2023 p. 68;

Nesse sentido, pode-se classificar o inadimplemento em relativo e absoluto⁹. O primeiro diz respeito a quando o credor, apesar do descumprimento obrigacional, continua considerando de seu interesse a prestação como útil¹⁰.

Essa modalidade de inadimplemento pode se dar por meio da mora, em que o adimplemento da obrigação não é realizado enquanto a prestação é devida, porém, que ainda possui chances de ter utilidade para o credor, ou seja, é o não cumprimento da obrigação no tempo, lugar e forma concordados ou presentes na lei¹¹, sendo necessário para sua caracterização a verificação de conduta culposa do devedor.¹²

Por outro lado, quando a conduta do devedor não ser abarcada pelas categorias de culpabilidade e ilicitude, ocorre o inadimplemento relativo pela modalidade de impossibilidade temporária¹³.

Já quando falamos de inadimplemento absoluto, nos referimos à condição em que há impossibilidade definitiva de adimplir a obrigação ou quando a prestação ainda pode ser realizada pelo devedor, porém, essa não possui mais utilidade para o credor¹⁴. Em relação à utilidade da prestação os professores Gustavo Tepedino e Deborah Pereira Pinto dos Santos explicam:

ainda que a prestação seja possível ao devedor em abstrato, se ela já não é capaz de satisfazer os interesses do credor, a hipótese será de incumprimento definitivo, pois não mais proporciona à parte a utilidade esperada conforme o programa obrigacional¹⁵

Nesse sentido, portanto, para verificar a utilidade da prestação deve-se observá-la no que diz respeito à função econômico-individual perseguida no instrumento contratual, sendo a diferença entre a mora e o incumprimento definitivo a utilidade econômica para o atendimento do interesse do credor¹⁶.

⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. Revista do Advogado (São Paulo), São Paulo, v. 68, p. 135-153, 2002, p. 13;

¹⁰ Ibid., p. 16;

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 06 nov. 2023, pp. 324-325;

¹² SILVA, 2002, op. cit., pp. 16-17;

¹³ Ibid., p. 17;

¹⁴ Ibid., pp. 17-18;

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda imobiliária. In: Terra, Aline de Miranda Valverde; Guedes, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020. p. 517;

¹⁶ SANTOS, 2022, op. cit., p. 77;

Diante disso, verifica-se que não basta mero inadimplemento para que se possa utilizar do disposto no artigo 475 do Código Civil, sendo indispensável a identificação de um inadimplemento absoluto.

Isso fica ainda mais claro com o que a doutrina chama de adimplemento substancial, que é uma limitação da resolução contratual, ocorrendo quando há o cumprimento significativo da prestação devida¹⁷.

Apesar da pretensão não estar estabelecida pelo Código Civil Brasileiro, a doutrina e jurisprudência vêm criando esse entendimento nos últimos anos, o qual resultou no Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil, que dispõe que “*O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475*”.

Essa teoria foi desenvolvida como forma de proteção ao devedor que tenha inadimplido apenas com parcela ínfima da obrigação, sendo criado ao credor um obstáculo ao seu direito potestativo pela opção da resolução existente no artigo 475 do Código Civil¹⁸.

Ainda, o supracitado diploma legal prevê também a resolução contratual pelo seu artigo 478¹⁹, porém esse dispositivo trata da possibilidade de utilização desse remédio contratual por parte do devedor.

Referido artigo dispõe que, existindo fato extraordinário e imprevisível, que torne a obrigação excessivamente onerosa para uma das partes e promova extrema vantagem para a outra em um contrato de execução continuada ou diferida, o devedor pode pedir pela resolução²⁰.

Importa ressaltar que a extrema vantagem, apesar de presente na redação do dispositivo citado, deve ser interpretada, segundo do Enunciado 365 da IV Jornada de Direito Civil, como “*elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena*”.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. v. I, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 697;

¹⁸ FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 18. ano 6. p. 35-60. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 45;

¹⁹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação;

²⁰ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002;

Sendo assim, é direito do devedor recorrer à resolução quando cumpridos os requisitos dispostos pelo art. 478, quais sejam: um contrato de execução continuada ou diferida e a existência de evento imprevisível capaz de desequilibrar o contrato, tornando as prestações mais gravosas no cumprimento do contrato do que no momento em que foi pactuado²¹.

Em contraposição, os professores Francisco Marino faz uma ressalva no que diz respeito ao tipo de contrato a que se aplica a teoria da onerosidade excessiva, uma vez que entende que o art. 478 deve ser interpretado de forma extensiva:

Nesse ponto o legislador sem dúvida tomou a parte pelo todo e empregou a expressão 'contrato de execução continuada' no sentido de 'contrato de duração' (categoria que também abarca os contratos de execução periódica). Mediante interpretação extensiva, deve-se aplicar a disciplina da excessiva onerosidade superveniente a todos os contratos em que a prestação não deva ser realizada imediatamente após a conclusão, pois é justamente este lapso temporal entre conclusão e adimplemento que propicia a alteração das circunstâncias.²²

Desse modo, conclui-se que o Código Civil Brasileiro possibilita a resolução contratual tanto para o credor, pelo seu artigo 475, quanto para o devedor, nos termos do art. 478, desde que observados seus requisitos específicos.

2.3. RESILIÇÃO CONTRATUAL

Outro meio que o Ordenamento Jurídico Brasileiro promove para colocar fim ao negócio jurídico pactuado é a rescisão contratual. Essa hipótese encontra-se disposta nos artigos 472 e 473 do Código Civil, os quais dispõem que há possibilidade de distrato, tanto por vontade de ambas as partes, como pela vontade apenas de uma delas.

É a partir desse remédio que um contrato de tempo determinado pode ser desfeito antes do prazo pactuado, ou seja, é uma forma do contratante sair da relação contratual a qualquer tempo²³, encerrando a relação jurídica entre as partes contratantes.

²¹ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2001; p. 180;

²² MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos contratos, in Direito dos contratos/G. H. JABUR E A. J. PEREIRA JÚNIOR (coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 21-50, p. 33;

²³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 7. ano 3. p. 93-115. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016; p. 99;

Nesse sentido, a doutrina nacional entende que há a previsão de uma resilição bilateral, fruto do acordo entre as partes, e uma resilição unilateral, a qual ocorreria apenas nos casos em que a lei ou o contrato especificarem sua possibilidade, formando-se assim um direito potestativo²⁴.

A resilição bilateral, também chamada de “distrato”, pode ser vista de duas maneiras: como modo de revogação do negócio jurídico ou, então, como um negócio jurídico próprio, tendo como seu objeto a extinção do contrato firmado entre as partes²⁵. Nela, as partes acordam de forma conjunta que desejam o fim do contrato, sendo redigido um chamado “contrato liberatório”²⁶, liberando as partes de sua relação jurídica, por isso, parte da doutrina considera o distrato uma forma de negócio jurídico próprio, como anteriormente mencionado.

Nesse sentido, o Código Civil dispõe em seu artigo 472²⁷ que as partes podem fazer o distrato do mesmo modo pelo qual foi exigido para o contrato, porém, deve-se ressaltar que, como explica o professor Silvio Venosa²⁸, não existe impedimento para que um contrato oral tenha seu distrato feito de forma escrita ou que um contrato escrito particular seja feito por escritura pública, apenas sendo necessária a exigência do distrato escrito em casos mais complexos, que não forem capazes de revelar a resilição com atos materiais.

Já a resilição unilateral deriva do princípio da autonomia privada, ou seja, da liberdade das partes de firmar negócio jurídico eficaz, regulando seus próprios interesses²⁹, e atua em exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*, força obrigatória dos contratos³⁰, o qual, nas palavras da professora Paula Forgioni, “*viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas*”³¹.

²⁴ MACHADO, Martim Francisco Marques. A resilição de contratos de distribuição : uma visão sobre o art. 473 do Código Civil . Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 50;

²⁵ SILVEIRA, Rubens Queiroz Moraes Prorrogação compulsória de contrato na hipótese de sua resilição unilateral. Artigo (Pós-graduação Lato Sensu em Direito dos Contratos – LLM) - Insuper. São Paulo, 2021; p. 15;

²⁶ MACHADO, op. cit., p. 50;

²⁷ Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato;

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado / Sílvio de Salvo Venosa; coautora Cláudia Rodrigues. – 4. ed., – São Paulo: Atlas, 2019, pp. 1195-1196;

²⁹ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 390;

³⁰ SILVEIRA, op. cit., p. 17;

³¹ FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80;

Isso porque essa forma de extinção contratual é ato distinto do que pactuado em contrato, uma vez que pode ser feita a qualquer momento, de forma motivada ou não, desde que cumpra com os requisitos indicados pelo art. 473³² do Código Civil. No seu *caput*, o referido dispositivo traz a necessidade de denúncia notificada à outra parte, a qual possui natureza de negócio jurídico unilateral próprio, sendo seus efeitos de eficácia para o futuro, *ex nunc*³³.

O termo “denúncia” utilizado pelo diploma citado é utilizado para nomear o direito de desfazimento do negócio, quando inexistente a necessidade de ocorrer inadimplemento da parte, a fim de “justificar” a extinção do contrato. Nesse sentido, o Ruy Rosado esclarece que a denúncia é a denominação dada “*ao exercício do direito formativo-extintivo de desfazimento das obrigações duradouras, contra a sua renovação ou continuação, independentemente do inadimplemento da outra parte, nos casos permitidos em lei ou no contrato*”³⁴.

Importa salientar ainda o que diz ao parágrafo único do art. 473 do Código Civil, o qual impõe uma condição para que ocorram os efeitos da rescisão: a existência ou não de investimentos consideráveis em decorrência da relação contratual. O legislador ao optar pela redação do dispositivo citado pretendeu evitar situações abusivas, quando as partes são assimétricas na divisão de despesas e investimentos, possibilitando a concessão de tempo necessário à preservação do instrumento particular condicionado à magnitude e natureza dos investimentos³⁵.

Ou seja, queria o legislador proteger aquele que não optou pela extinção do negócio e poderia arcar com prejuízos advindos de liberalidade da outra parte, obstando, assim, o possível oportunismo ao utilizar o instrumento da rescisão unilateral.

Diante disso, percebe-se, mais uma vez, que o Código Civil desenvolveu alguns mecanismos que possibilitam a extinção do negócio jurídico e da relação

³² Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos;

³³ BOULOS, Daniel Martins. Breves Comentários ao Art. 473 do CC Brasileiro. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 25-26;

³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004; p. 72;

³⁵ LEONARDO, op. cit., p. 103;

entre as partes, os artigos 472 e 473 demonstram a intenção do legislador de permitir a extinção da relação jurídica antes do término do contrato e sem a necessidade da existência de inadimplemento, possibilitando ainda que essa resilição seja feita por vontade de uma só das partes, ao mesmo tempo que tenta vedar a abusividade da parte impondo requisitos para esse remédio contratual.

2.4. REVISÃO CONTRATUAL

Outro remédio ao inadimplemento contratual que se pode citar é a revisão contratual, que, ao contrário da resolução e resilição, não possui como função a extinção do negócio jurídico, mas sim sua manutenção. Na realidade, esse mecanismo intenta reequilibrar o contrato e, ao mesmo tempo, pretende manter a relação jurídica, sendo uma via intermediária.

Para compreensão desse remédio é necessário entender também as formas de inadimplemento que podem advir de um contrato.

Regra geral, o inadimplemento contratual é verificado quando há a violação estrutural da obrigação principal disposta no instrumento particular. Contudo, o contrato também não é cumprido, ou seja, há inadimplemento, quando descumpridos os deveres anexos ou laterais de conduta³⁶.

Importa ainda ressaltar o necessário papel da revisão contratual como forma de preservação do princípio do equilíbrio contratual, o qual diz respeito à necessidade da proporcionalidade e razoabilidade entre as prestações do instrumento negocial, a fim de impedir o prejuízo de uma parte em detrimento da outra³⁷.

Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior expressa que o equilíbrio se desfaz quando *“há desproporção grave entre as prestações, em quantidade ou qualidade, e quando a prestação de uma das partes exigir risco pessoal grave”*³⁸, em síntese: em caso de prejuízo à parte ou desigualdade nas prestações, o contrato se

³⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 995, p.129-155, set. 2018, pp. 3-4;

³⁷ ROCHA, Marina Cristina Schmaltz. O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL COMO EXERCÍCIO DE JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GOIÂNIA, 2015; pp. 36-37 e 42;

³⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2004, op. cit., p. 150;

encontra desequilibrado. É a partir desse desequilíbrio que a revisão contratual se faz um mecanismo importante para restabelecer a igualdade entre as partes.

Outrossim, a revisão contratual encontra suas hipóteses no Ordenamento Jurídico Brasileiro nas disposições contidas nos artigos 317³⁹ e 479⁴⁰ do Código Civil. Nesses dispositivos o legislador indica a possibilidade de o contrato ser revisto, podendo o credor modificar de forma equitativa o contrato (art. 479, CC)⁴¹, ou a parte interessada pleitear pela readequação da dívida, um reajuste na prestação, oportunizando sua revisão (art. 317, CC)⁴².

As hipóteses apresentadas possuem requisitos comuns para serem aplicados, uma vez que ambos decorrem da teoria da imprevisibilidade.

No caso do art. 479 do CC são necessários alguns requisitos para a aplicação da revisão, existentes no art. 478 do CC, tais quais: o contrato ser um contrato de execução continuada ou diferida, existir uma situação imprevisível e extraordinária, capaz de alterar as circunstâncias fáticas da assinatura do contrato de forma significativa, causando onerosidade para uma das partes e vantagem excessiva para a outra, devendo existir nexos causal entre a situação superveniente e a onerosidade excessiva⁴³.

Nesse sentido, o professor Orlando Gomes⁴⁴ explicita que a onerosidade excessiva é aquela que ocorre “*quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento que surgiu*”, tal situação pode ensejar tanto a resolução contratual (art. 478), já explorada anteriormente, quanto a revisão contratual por meio do art. 479⁴⁵.

³⁹ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação;

⁴⁰ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato;

⁴¹ NUNES FRITZ, Karina. Revisão Contratual e Quebra da Base do Negócio. Revista de Direito UNIFACS, n. 247, 2021, pp. 3 e 16;

⁴² NANNI, Giovanni Ettore. Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 9786555591934. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591934/>. Acesso em: 14 nov. 2023, pp. 311-312;

⁴³ PAIVA, Sergio Henrique Navarro; SANTOS, Matheus Carrasqueira; VIEIRA, Renan Garcia. A TEORIA DA IMPREVISÃO E A TEORIA DO ROMPIMENTO DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO EM TEMPOS DE PANDEMIA. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 16, n. 16, 2020, p.4;

⁴⁴ GOMES, op.cit., p. 180;

⁴⁵ MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa.; CARVALHO DE MELO, Moisés. A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS À LUZ DA JUSTIÇA COMUTATIVA ARISTOTÉLICA. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 22–38, 2020. DOI:

Ainda, o professor entende que o art. 478 do CC deve ser interpretado em concordância com o princípio da conservação dos negócios jurídicos, dando prioridade a conservação tanto da validade quanto da eficácia do contrato, existindo no referido dispositivo, portanto, a possibilidade da alteração equitativa do negócio jurídico por iniciativa do próprio devedor⁴⁶.

Nesse mesmo sentido instituiu-se o enunciado n. 176 da III Jornada de Direito Civil, determinando que deveria dar-se preferência na interpretação do artigo 478 do Código Civil pela revisão contratual e não pela sua extinção⁴⁷.

Posiciona-se contrariamente o professor Francisco Marino, que vislumbra o tema sob a óptica de que a conservação do negócio depende dos limites estabelecidos pelo direito positivado, sendo a revisão em decorrência de onerosidade excessiva prevista no art. 479, o autor não considera possível a extensão do direito de revisão fora dos limites legais, uma vez que não verificaria a existência de um princípio geral da revisão dos contratos⁴⁸.

Portanto, compreende-se que a manutenção do contrato com base no art. 478 ainda causa discussão no meio doutrinário. Contudo, a disposição trazida pelo artigo 479 Código Civil é clara ao trazer a possibilidade de manter o contrato, ainda que se encontre caracterizada a onerosidade excessiva. Ou seja, permite que haja um desfecho diferente para a relação contratual, devendo a parte interessada fazer requerimento expresso para aplicar a revisão contratual no momento em que se pede a resolução do instrumento particular⁴⁹.

Outrossim, em relação ao art. 317, pode-se dizer que explicita uma forma de revisão mais limitada, uma vez que traz em sua redação a possibilidade de revisão da prestação pecuniária apenas, não abrangendo outra forma da ocorrência da onerosidade excessiva, tal qual o modo de execução do contrato⁵⁰.

10.21680/1982-310X.2019v12n2ID18486. Disponível em:

<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/18486>. Acesso em: 5 out. 2023;

⁴⁶ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 216;

⁴⁷ Enunciado n. 176: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual;

⁴⁸ MARINO, Francisco Paulo de C. Revisão Contratual. São Paulo: Almedina, 2020. E-book. ISBN 9788584935819. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935819/>. Acesso em: 14 nov. 2023, pp. 35-39;

⁴⁹ FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo. A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do código civil vigente. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-16052016-163448. Acesso em: 2023-10-05, p. 87;

⁵⁰ Ibid. p. 55;

O dispositivo visa, então, conservar o negócio jurídico, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Nada obstante, mais afinado com a ideia da obrigação como processo, o art. 317 permite que o magistrado possa conservar o negócio jurídico, mediante a revisão de seus termos, a fim de que os seus efeitos econômicos e sociais sejam projetados para o futuro com o adimplemento da relação jurídica. O lesado ajuizará uma ação de revisão da prestação, tendo a sentença o mérito de trazer ao processo o princípio da igualdade substancial, corrigindo pela força do direito aquilo que foi desvirtuado pela força natural do mercado.⁵¹

Ademais, assim como ocorre com o art. 479, o art. 317 também possui requisitos para a sua aplicação, dentre eles pode-se citar: desproporcionalidade do valor da prestação acordada entre o momento da pactuação e o momento da execução; sendo ocasionada por fato imprevisível; e que a parte prejudicada faça requerimento em juízo da revisão dos valores⁵².

Importa destacar, ainda, que a citada “imprevisibilidade” não apenas se limita às causas desproporcionalmente imprevisíveis, mas também abarca aquelas causas que, apesar de previsíveis, geram efeitos imprevisíveis⁵³.

Sendo assim, a funcionalidade do referido artigo não se difere muito do artigo 479. Na realidade, as hipóteses se diferem em relação ao art. 317 possuir menos requisitos para sua aplicação, uma vez que inexistente a necessidade de vantagem excessiva para uma parte⁵⁴ e para outra onerosidade, bastando a caracterização de desequilíbrio das prestações pecuniárias entre a assinatura do contrato e sua execução, assim como o dispositivo é restrito às prestações pecuniárias.

Diante disso, compreende-se que, em decorrência do princípio da preservação dos contratos, o Código Civil trouxe a opção da revisão em alguns casos para que as partes não necessitem extinguir o negócio jurídico firmado, se esse não for seu interesse, porém, esse remédio contratual segue muito atrelado a necessidade do cumprimento de diversos requisitos, como decorrentes de fato imprevisíveis.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais, Editora Saraiva, 9ª Edição, 2012, São Paulo, p. 390;

⁵² FERRAZ, op. cit., p. 79-80;

⁵³ Enunciado n. 17 da I Jornada de Direito Civil (2007, p. 18): A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis;

⁵⁴ NANNI, op. cit., p. 310;

2.5. INDENIZAÇÃO

Por fim, mas não menos importante, temos o remédio contratual da indenização, a qual, assim como a revisão, não possui como fim a extinção da relação jurídica, e sim a sua manutenção.

Conhecida também como perdas e danos, a indenização por inadimplemento contratual tem como principal finalidade restituir os prejuízos suportados pela parte lesada⁵⁵, ou seja, restabelecer a sua situação patrimonial em decorrência do inadimplemento⁵⁶. Esse remédio advém diretamente da existência da responsabilidade civil contratual.

A responsabilidade civil contratual é aquela que, nas palavras de Judith Martins-Costa e Cristiano de Souza Zanetti, advém da “*responsabilidade nascida do incumprimento danoso a direito de crédito gerado por um negócio jurídico, categoria cuja principal espécie é o contrato*”⁵⁷.

Uma grande particularidade desta modalidade de responsabilidade civil é em relação à presunção de culpa da parte pelo mero inadimplemento do negócio jurídico, apenas sendo necessário por parte do credor a demonstração dos três requisitos básicos da responsabilização civil, quais sejam: a existência de ato ilícito por meio do inadimplemento contratual, o dano gerado e o nexo causal entre esses requisitos⁵⁸. Ou seja, resta ao devedor o ônus de comprovar a inexistência de culpa, demonstrando algum elemento capaz de afastar sua responsabilização.

Já a responsabilidade chamada de responsabilidade civil em sentido estrito ou extracontratual consiste em “*numa reprovação ética à injusta violação de direitos alheios derivada de uma falta de diligência, lato sensu compreendida*”⁵⁹, devendo a parte que deseja imputar a responsabilização da outra comprovar os elementos da existência de ato ilícito, que por meio do nexo causal deu ensejo a um dano, tendo o devedor agido, no mínimo, com culpa⁶⁰.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7, responsabilidade civil, 27 ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292;

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral dos contratos – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 373;

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017;

⁵⁸ LONGA, Daniel Pinheiro. Da indenização como remédio exclusivo nos contratos de compra e venda de participações societárias. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. 2020, pp. 16-17;

⁵⁹ MARTINS-COSTA e ZANETTI, op.cit.;

⁶⁰ LONGA, op. cit., p. 17;

Diante disso, pode-se afirmar que se diferencia as modalidades de responsabilidade pela origem do dano, uma vez que ou será decorrência do inadimplemento das obrigações contratuais violação de um negócio jurídico - responsabilidade contratual⁶¹, ou, da ocorrência de “*danos advindos da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios*”⁶².

Sendo a responsabilidade civil contratual a que interessa para o presente trabalho, deve-se observar que o Código Civil prevê em seus arts. 389⁶³, 402⁶⁴ e 403⁶⁵ a necessidade de indenizar os prejuízos que foram causados ao credor em casos em que a obrigação contratual não foi cumprida ou foi cumprido parcialmente, visando recompor economicamente a parte lesada⁶⁶.

Em relação ao art. 389, Sergio Cavalieri Filho⁶⁷ entende que a responsabilidade de indenizar advém da violação de uma obrigação, de “*um dever jurídico originário*”, sendo a responsabilidade, portanto, um “*dever jurídico sucessivo*”. Ou seja, em razão do inadimplemento de obrigações contratuais, nasce uma nova obrigação substituindo-a: o dever de reparar o prejuízo. Nesse sentido ensina o professor Aguiar Dias:

Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida.⁶⁸

Dessa forma, compreende-se que o referido dispositivo do Código Civil cumpre a função essencial para a imputação do dever de indenizar da parte inadimplente, deixando clara a necessidade de reparação por perdas e danos caso não cumprida a obrigação.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61;

⁶² NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502203204. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203204/>. Acesso em: 16 nov. 2023, p. 172;

⁶³ 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;

⁶⁴ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar;

⁶⁵ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual;

⁶⁶ GONÇALVES, 2021, op. cit., pp. 149-150;

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14;

⁶⁸ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 130;

Fixada a premissa de que o inadimplemento contratual enseja indenização, o art. 402 do mesmo diploma legal traz ao Ordenamento Jurídico Brasileiro a possível natureza dessas perdas e danos, podendo ser ressarcimento à título de danos emergentes, assim como à título de lucros cessantes.

Os danos emergentes dizem respeito ao prejuízo que efetivamente incorreu à parte, a quantidade do seu patrimônio que foi reduzida⁶⁹. Esses são os danos que facilmente pode-se estabelecer, uma vez que diz respeito ao desfalque objetivo no patrimônio⁷⁰, são os chamados danos materiais ou positivos, para Judith Martins-Costa⁷¹, “*o que o credor “efetivamente perdeu”*”.

Por outro lado, os lucros cessantes ou danos negativos⁷², refere-se ao que a parte deixou de receber ou lucrar⁷³. Em razão dessa indenização ter origem no patrimônio futuro da parte lesada⁷⁴, a sua comprovação entra em um terreno hipotético. Contudo, diante da redação do artigo 402 é evidente que o Direito Brasileiro preza pela probabilidade objetiva do direito, não sendo exigida a certeza absoluta⁷⁵.

No mais, cabe esclarecer ainda que o art. 403 faz a vedação da indenização por danos hipotéticos ou eventuais⁷⁶, haja vista o devedor responder somente por aquilo que se prendem a seu ato de forma direta e imediata, e não por aquilo que resultar de causas estranhas ou remotas⁷⁷. Não somente, o dispositivo ainda demonstra que a existência do dolo estrito para a apuração do valor das perdas e danos é irrelevante⁷⁸, sendo a culpa ou dolo do devedor apenas relevante para a imputação de responsabilidade⁷⁹.

⁶⁹ SCHNEIDER, Daniela Patrícia. Dano Patrimonial: dano emergente e lucros cessantes, pp. 31-36. In: BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris A. (Orgs.). Dicionário de danos jurídicos [recurso eletrônico] - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. 234p., p. 31;

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 2 : obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 383;

⁷¹ MARTINS-COSTA, 2008, op. cit., p. 453;

⁷² *ibid.*, p. 571;

⁷³ SCHNEIDER, op. cit., pp. 31-32;

⁷⁴ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito civil sistematizado. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 1490;

⁷⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, p. 1-25, 2016, p. 21;

⁷⁶ TARTUCE, op. cit., p. 568;

⁷⁷ GAGLIANO, op. cit., p. 385;

⁷⁸ VENOSA, op. cit., p. 1018;

⁷⁹ VIOLA, Rafael. INDENIZAÇÃO EQUITATIVA: UMA ANÁLISE DO ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL / EQUITABLE COMPENSATION: AN ANALYSIS OF ART. 944, SOLE PARAGRAPH OF THE CIVIL CODE. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 214–248, 2013.

Importa lembrar, ainda, quanto à indenização presente no art. 475 do Código Civil, a qual já foi bem explorada anteriormente, que possui a função principal de recompor as partes a situação que estariam caso não houvesse existido o inadimplemento. Nessas circunstâncias, portanto, as perdas e danos possuem a finalidade de retornar o credor ao seu *status quo ante*, sendo a quantificação da indenização capaz de performar essa função⁸⁰.

Diante do exposto, fica claro que o remédio da indenização frente ao inadimplemento contratual é uma maneira de a parte lesada pelo descumprimento do negócio jurídico requerer o ressarcimento pelos danos gerados, podendo possuir ainda o fim de retornar as partes ao momento em que se encontravam antes do inadimplemento.

Concluiu-se também que esses danos podem ser referentes aos valores que efetivamente se perderam, danos emergentes, e aquele montante que se deixou de ganhar, lucros cessantes, sendo eles quantificados independentemente de culpa do devedor.

Por fim, é possível verificar que a indenização, assim como a revisão contratual, é um remédio, que, nem sempre, vai decorrer do fim da relação jurídica, podendo ser uma alternativa para a preservação do negócio.

2.6. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

O presente capítulo se prestou a apresentar os remédios contratuais que fazem parte do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Em decorrência dele foi possível concluir que é possível dividir esses mecanismos em duas vertentes: aqueles que possuem a finalidade de extinção do negócio jurídico e aqueles que intentam a preservação do contrato.

A primeira vertente é representada pela resolução e rescisão contratual. A resolução é um remédio contratual que tem como finalidade retornar as partes ao seu estado anterior à assinatura do contrato, quando aplicado o art. 475 do Código Civil, ou evitar que o negócio fique desequilibrado em razão de fato imprevisível que

DOI: 10.12957/rqi.2013.9586. Disponível em:
<https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/9586>. Acesso em: 13 out. 2023, p. 226;
⁸⁰ LONGA, op. cit., pp. 19-20;

gerou a impossibilidade do adimplemento da obrigação, na aplicação do art. 478 do mesmo diploma.

Foi possível ainda verificar que para a aplicação da resolução contratual pelo inadimplemento podem existir óbices que impedem a parte de resolver, tal situação ocorre nos casos em que é aplicado o inadimplemento substancial, teoria jurisprudencial e doutrinária que afasta a resolução do negócio, considerando a obrigação como cumprida.

Já quanto à rescisão contratual observou-se sua aplicação como forma de extinguir a relação jurídica antes do tempo pactuado e não tendo como exigência o inadimplemento. Regulamentada pelos artigos 472 e 473 do Código Civil, a rescisão pode ser bilateral, o distrato, ou unilateral, tendo como finalidade permitir o fim da relação jurídica a qualquer tempo, a medida em que veda a possível abusividade da parte que deseja findar o contrato, pois impõe requisitos para que o negócio seja extinto sem prejuízo às partes.

Em relação à segunda vertente, a qual promove a preservação do contrato, vimos a revisão contratual e a indenização. A revisão contratual, expressa nos artigos 317 e 479, possui a função de retornar as partes ao equilíbrio e igualdade, porém esse remédio é utilizado, majoritariamente, frente a acontecimentos imprevisíveis, em que se possa aplicar a teoria da imprevisão. Sendo assim, a revisão nos termos dos dispositivos citados ainda é limitada a requisitos específicos e a situação supervenientes, portanto, nem sempre é possível evitar a resolução contratual e optar pela manutenção do negócio.

Por fim, foi objeto de análise a indenização, regulada pelos artigos 389, 402, 403 e 475 do Código Civil. Foi possível perceber que a indenização por inadimplemento contratual é um mecanismo para que a parte que sofreu prejuízos com o descumprimento do negócio seja ressarcida pela efetiva diminuição de seu patrimônio, assim como por aquilo que iria lucrar caso o inadimplemento não ocorresse, ou seja, pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes.

No mais, verificou-se que a indenização contida no artigo 475 possui diferente função da presente nos outros dispositivos, pois essa objetiva retornar as partes ao seu *status quo ante*, o que não seria capaz de ocorrer a partir da resolução contratual, sendo necessária as perdas e danos para isso.

Diante o exposto, conclui-se que o inadimplemento contratual tende a levar ao fim do contrato ou a sua reestruturação, possuindo a intenção de restabelecer o

equilíbrio entre as partes, mesmo que esse se dê apenas com a extinção de sua relação.

3. AS CLÁUSULAS DE *SOLE REMEDY*

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Feitas as considerações mais relevantes em relação aos principais remédios contratuais presentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, faz-se necessário, neste momento, entender a cláusula de *sole remedy*, para que aí sim seja possível analisar se esse mecanismo contratual é ou não recepcionado pelo Direito Brasileiro.

Para entender a cláusula será feita uma análise por meio de uma estrutura analítica lógica, primeiro demonstrará-se seu conceito, para então entender a sua origem e, por fim, compreender em que contexto vem sendo utilizada no nosso país.

3.2. CONCEITO

A Cláusula de *sole remedy* é definida como um mecanismo contratual em que as partes decidem por determinar ou limitar as maneiras pela qual poderão reagir diante de quaisquer problemáticas advindas do instrumento contratual⁸¹, tais quais o não cumprimento, cumprimento defeituoso ou até mesmo em caso de mora⁸².

É por meio dela que é possível delimitar quais os remédios aplicáveis aos possíveis inadimplementos de obrigações, excluindo os demais remédios legais⁸³, deixando a critério das partes essa escolha. Em outras palavras, estabelece uma determinação limitada do remédio pelo qual o contratante prejudicado pode usufruir, sendo mais comum a utilização da indenização, se trata de “*um cardápio com um único prato*”⁸⁴.

⁸¹ GONÇALVES, José Luís Dias. A validade da(s) cláusula(s) de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial. Revista do direito de responsabilidade. Ano 1. 2019, p. 1.232;

⁸² BARBOSA, Mafalda Miranda. Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas *sole remedy*, *basket amount* e *no consequential loss*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados, v.1/2, pp. 141 e ss. disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2020/07/roa-online-ano-80-vol-iii-jan-jun-2020/>. Acesso em 25.10.2023, p. 141;

⁸³ COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 307;

⁸⁴ BERGER, Renato. Cláusulas “*Sole Remedy*” em Contratos de M&A Regidos pela Lei Brasileira. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). Fusões e Aquisições (M&A). São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 841;

Sendo assim, as partes garantem que nenhuma tutela, não prevista em contrato, será aplicada caso haja inadimplemento das obrigações⁸⁵, possibilitando maior previsibilidade e segurança jurídica ao negócio jurídico.

Essa prática contratual é uma maneira útil das partes fazerem sua alocação de riscos, evitando surpresas durante a vigência do contrato, e, por conseguinte, evitando a aplicação de previsões legais previamente excluídas⁸⁶. Ou seja, a cláusula busca permitir que as partes mensurem de forma mais assertiva o risco envolvido na hipótese de inadimplemento, a fim de prevenir que as partes sejam surpreendidas no decorrer da relação negocial com a aplicação de soluções contratuais que possam trazer prejuízos não mapeados a elas.

Importa ressaltar que essas cláusulas nem sempre se limitam apenas ao escopo contratual, podendo abranger ainda outros documentos relacionados à construção contratual e a própria transação⁸⁷, haja vista que as etapas anteriores ao fechamento do negócio, a fase pré-contratual, também estão sujeitas ao descumprimento de obrigações.

No Brasil a doutrina estabelece diversos deveres das partes a serem cumpridos anteriormente à assinatura do contrato advindos da boa-fé contratual, regulamentada pelo artigo 422 do Código Civil⁸⁸, tais quais o dever de lealdade, de informação, de assistência⁸⁹.

Esses deveres pré-negociais, quando descumpridos, resultam em responsabilidade contratual, uma vez que o pré-contrato institui a obrigação de contrair o contrato definitivo, ou seja, uma obrigação de fazer, que é inadimplida pela violação dos deveres citados⁹⁰.

Ademais, no que diz respeito à cláusula de *sole remedy*, a professora portuguesa Catarina Monteiro Pires entende que essa pode ser demarcada de dois modos, em suas próprias palavras:

As cláusulas de solução única ou de “remédio único”, numa tradução literal de “sole remedy”, visam, de um modo geral, demarcar os meios de reação

⁸⁵ LOVISARO, Ana Lúcia Lemos. Dogmática Jurídica Romana: uma perspectiva válida para problemas atuais. Revista de Direito UNIFACS, n. 244, 2020, p. 4;

⁸⁶ COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 308;

⁸⁷ LONGA, op. cit., p. 24;

⁸⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé;

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Revista dos Tribunais n. 867, jan./2008., p. 11-51, pp. 8-12;

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 480;

das partes a uma perturbação contratual. Essa demarcação pode ser feita de dois modos: positiva ou negativamente. Positivamente, indicando qual o meio de reação associado às perturbações da prestação, sendo, neste caso, frequente a previsão de uma tutela indemnizatória, havendo danos, com ou sem cláusula penal. Negativamente, através da exclusão de meios de reação previstos no Código Civil, sendo frequentes a anulação por erro, a execução específica e à resolução do contrato.⁹¹

Outra divisão que pode ser feita, segundo José Luís Dias Gonçalves⁹², é a divisão entre as modalidades restritas ou de alcance limitado, quando a cláusula estabelece que o remédio escolhido pelas partes será utilizado apenas em função de um descumprimento específico do contrato, e as amplas ou absolutas, as quais possuem relação direta à sua nomenclatura, sendo aquelas cláusulas em que o remédio único será utilizado para qualquer perturbação do negócio jurídico.

Diante disso, verifica-se que a doutrina divide a cláusula de *sole remedy* entre aquela em que se determina um remédio único e aquela em que se exclui demais remédios, assim como a abrangência da atuação da cláusula, podendo ser restrita ou absoluta.

Não se pode ignorar ainda, sua função de alocação de riscos contratuais, uma vez que nela são delimitados os riscos das partes, privilegiando a previsibilidade dos caminhos pelos quais as perturbações advindas do negócio serão resolvidas, assim como a vontade das partes no que foi acordado por elas⁹³. Ou seja, o mecanismo do remédio único prioriza o respeito da autonomia das partes, a segurança jurídica e a alocação de riscos, o que tem relação direta com a sua origem, o que será possível observar com a leitura do próximo tópico.

Apesar da alocação de riscos ser tratada com mais profundidade no terceiro capítulo deste trabalho, importa nesse momento ressaltar que, conforme ensina Fernanda Linden Ruaro Peringer, após a implementação da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19), foi estabelecida a diretriz aos tribunais em relação ao respeito e observação da alocação de riscos nos contratos empresariais feitas pelas

⁹¹ PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único. In: MONTEIRO, António Pinto; e [et al.]. A tutela dos credores. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2020, p. 74;

⁹² GONÇALVES, op. cit., 2019, pp. 1.232-1.233;

⁹³ BERGER, op. cit., p. 846;

partes no momento da contratação⁹⁴, principalmente, por força do artigo 421-A, inciso II, do Código Civil⁹⁵.

Outrossim, para compreensão maior do tema, importa trazer uma perspectiva concreta da utilização dessa cláusula. Para isso trago aqui algumas redações recorrentemente utilizadas como cláusula de *sole remedy* em contratos estrangeiros⁹⁶, a fim de que possamos observar como os conceitos doutrinários trazidos são aplicados na prática:

Sole and Exclusive Remedy. 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.⁹⁷

Sole and Exclusive Remedy. THE INDEMNITIES CONTAINED IN THIS ARTICLE XI SHALL BE THE SOLE AND EXCLUSIVE REMEDIES OF THE PARTIES HERETO, THEIR AFFILIATES, SUCCESSORS AND ASSIGNS WITH RESPECT TO ANY AND ALL CLAIMS ARISING OUT OF OR RELATING TO THIS AGREEMENT, THE TRANSACTIONS CONTEMPLATED HEREBY, ANY PROVISION HEREOF OR THE BREACH OR PERFORMANCE THEREOF.⁹⁸

As cláusulas apresentadas acima podem ser interpretadas como exemplos de cláusulas amplas, haja vista determinarem que todas e quaisquer reclamações em relação ao contrato teriam um único meio de reação, apenas trazendo a exceção em casos de fraude ou dolo, mas sem determinar em quais situações específicas essa teria aplicação.

Já quando se trata de cláusulas de *sole remedy* restritas, a redação pode se dar de maneira diferente, determinando, de forma mais específica, quais

⁹⁴ PERINGER, Fernanda Linden Ruaro. Paridade e simetria nos contratos empresariais: Análise das regras de interpretação na Lei de Liberdade Econômica. 2022. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2022, p. 89;

⁹⁵ 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:

[...]

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;

⁹⁶ Modelos de cláusulas extraídos por meio do repositório: LAW INSIDER. Sole and Exclusive Remedy Sample Clauses. Disponível em:

<https://www.lawinsider.com/clause/sole-and-exclusive-remedy>. Acesso em: 24/10/2023.

⁹⁷ Tradução livre: Remédio único e exclusivo. Exceto para a alegação de qualquer reclamação fundamentada em fraude ou dolo, o remédio disponível neste artigo VIII deve ser o único e exclusivo remédio legal disponível às partes, a partir e depois do fechamento do negócio, respeitando este contrato e as transações aqui contempladas;

⁹⁸ Tradução livre: Remédio único e exclusivo. A indenização constante neste artigo XI deve ser o único e exclusivo remédio das presentes partes, suas afiliadas, sucessoras e cessionárias com relação a toda e qualquer reclamação decorrente ou relacionada ao presente contrato, as transações aqui contempladas, qualquer disposição aqui ou sua violação ou de seu desempenho;

perturbações seriam contempladas pelo remédio acordado, veja-se o seguinte exemplo⁹⁹:

Sole and Exclusive Remedy. PRIOR TO OR IN CONNECTION WITH THE CLOSING, THE PARTIES WILL HAVE AVAILABLE TO THEM ALL REMEDIES AVAILABLE AT LAW OR IN EQUITY, INCLUDING SPECIFIC PERFORMANCE OR OTHER EQUITABLE REMEDIES. AFTER THE CLOSING, THE RIGHTS SET FORTH IN SECTIONS 10.1, 10.2 AND, TO THE EXTENT APPLICABLE, 10.3 AND 10.4, WILL BE THE EXCLUSIVE REMEDY FOR BREACH OR INACCURACY OF ANY OF THE REPRESENTATIONS AND WARRANTIES CONTAINED IN ARTICLE III AND IV OF THIS AGREEMENT AND WILL BE IN LIEU OF CONTRACT REMEDIES, BUT THE PARTIES OTHERWISE WILL HAVE AVAILABLE TO THEM ALL OTHER REMEDIES AVAILABLE AT LAW OR IN EQUITY. NOTWITHSTANDING THE FOREGOING, NOTHING IN THIS AGREEMENT WILL PREVENT ANY PARTY FROM BRINGING AN ACTION BASED UPON FRAUD OR WILLFUL MISCONDUCT BY THE OTHER PARTY IN CONNECTION WITH THIS AGREEMENT. IN THE EVENT SUCH ACTION IS BROUGHT, THE PREVAILING PARTY'S ATTORNEYS' FEES AND COSTS WILL BE PAID BY THE NONPREVAILING PARTY.¹⁰⁰

É possível observar na cláusula destacada a determinação de um remédio único a ser utilizado para a resolução das problemáticas apenas em relação a quebra ou imprecisão das declarações e garantias dadas pelas partes, deixando delimitado/restrito o uso da cláusula para o descumprimento de uma obrigação específica, permitindo a utilização de outros remédios constantes na lei para a solução dos demais eventuais problemas que possam advir do contrato.

Esclarecido, portanto, as questões iniciais que norteiam a cláusula de *sole remedy*, tais quais o seu conceito, funcionamento e identificação, retratadas tanto em uma perspectiva doutrinária, quanto em uma visão prática de sua aplicação, há uma maior clareza de entendimento sobre essa cláusula.

Em decorrência disso, faz-se necessário, agora, compreender a origem desse mecanismo contratual, o qual permitirá entender o porquê de a cláusula

⁹⁹ Modelos de cláusulas extraídos por meio do repositório: LAW INSIDER. Sole and Exclusive Remedy Sample Clauses. Disponível em:

<https://www.lawinsider.com/clause/sole-and-exclusive-remedy>. Acesso em: 24/10/2023;

¹⁰⁰ Tradução livre: Remédio único e exclusivo. Antes ou em relação ao Fechamento do negócio, as partes terão à sua disposição todos os remédios disponíveis na lei ou em equidade, incluindo a execução específica ou outros recursos equitativos. Após o Fechamento, os direitos estabelecidos nas Seções 10.1, 10.2 e, na medida do aplicável, 10.3 e 10.4, serão o remédio exclusivo para a violação ou inexecução de qualquer uma das declarações e garantias contidas nos Artigos III e IV do presente Contrato e substituirão as soluções contratuais, mas as partes terão à sua disposição todos os outros remédios disponíveis na lei ou em equidade. Não obstante o que precede, nada no presente Contrato impedirá qualquer uma das partes de ajuizar uma ação com base em fraude ou conduta dolosa da outra parte relacionada ao presente Contrato. Caso essa ação seja ajuizada, os honorários e custos dos advogados da parte vencedora serão pagos pela parte não vencedora;

possuir as características que tem, e, a partir disso, ser possível verificar de que maneira o remédio único/exclusivo vem sendo utilizado no âmbito nacional.

3.3. ORIGEM DA CLÁUSULA

Verificado o conceito que determina o que é a cláusula de *sole remedy*, necessário se faz adentrar em uma análise da origem desse mecanismo jurídico.

A cláusula de remédio exclusivo é uma prática que se originou na prática contratual anglo-saxônica¹⁰¹, ou seja, tem aplicação recorrente na rotina da tradição jurídica do *common law*¹⁰², seguindo seus preceitos.

A tradição jurídica do chamado *common law* possui em sua prática corriqueira diferenças consideráveis da experiência jurídica do *civil law*, principalmente quando se trata do âmbito do direito comercial e do processo de construção do raciocínio jurídico¹⁰³.

É exatamente em razão dessas características distintas que se torna importante compreender as particularidades desse sistema jurídico, a fim de entender o funcionamento da cláusula de remédio único, assim como seu funcionamento e desafios de recepção no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Uma das primeiras singularidades que se pode observar em relação à tradição anglo-saxônica é sua compreensão de que, para a resolução das controvérsias, o direito deve recorrer aos costumes e aos precedentes, ou seja, exercem o direito de forma pragmática e empírica¹⁰⁴.

Essa concepção afeta de forma direta a compreensão do *Common Law* quanto ao conteúdo dos contratos como completo e exclusivo, nas palavras de Ana Lúcia Lovisaro:

Para o sistema jurídico da *common law*, portanto, o conteúdo do contrato é considerado completo, por ser exaustivo; e exclusivo, por não aceitar heterointegração ou interpretação dissonante daquilo que o próprio pacto disciplina. Características tais, diga-se de passagem, que não se

¹⁰¹ SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos.; LOPES, Marília. Notas Sobre a Responsabilidade Contratual do Alienante pela Violação das Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos de Alienação de Participação Societária Representativa de Controle. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 24, p. 241-260, abr./jun. 2020, p. 255;

¹⁰² COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 307;

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Execução diferida do contrato em operações de Fusões e Aquisições (F&A) de sociedades anônimas: análise de aspectos contratuais e societários. 2021. 193 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021; p. 19;

¹⁰⁴ Ibid., p. 19;

harmonizam com a nossa tradição jurídica civilística e que causam embaraço à formulação de contratos providos de conteúdo équo.¹⁰⁵

Tal entendimento é consequência do modelo negocial analítico com suas características maximalistas desse sistema jurídico, o qual privilegia a autonomia privada¹⁰⁶, uma vez que, conforme verificado, o pactuado pelas partes é considerado matéria completa e exclusiva, fazendo lei entre elas.

Na tradição *Common Law* são as partes que determinam, sem muitas limitações, as regras da relação negocial, prezando pela liberdade de contratar, autonomia, o chamado *caveat emptor* e *parol evidence rule*¹⁰⁷. O *caveat emptor*, é a expressão utilizada para intitular o princípio de que cada parte deve zelar por seus próprios interesses, como explica Mariana Sabadin, e o *parol evidence rule* determina que questões de fora do contrato não devem ser admitidas como forma de alterar, contradizer o que diz o documento escrito¹⁰⁸.

Nesse sentido, entende-se que esse sistema jurídico oportuniza às partes a dispuserem o controle, praticamente, absoluto dos termos que pactuam, com uma aplicação clássica do *pacta sunt servanda*, obtendo uma autonomia privada sem princípios que a limite, tal qual a função social¹⁰⁹.

Já a tradição *Civil Law* toma um caminho diferente e quase contrário. Isso porque essa tradição jurídica adota um modelo sintético nas relações contratuais, possuindo características minimalista em sua regulamentação legal, corriqueiramente, se limitando, o negócio jurídico, a definir as prestações e obrigações de cada parte¹¹⁰, uma vez que nesse sistema jurídico existe grande limitação advinda da legislação, a qual possui grande força vinculativa e limitadora à vontade das partes.

¹⁰⁵ LOVISARO, op.cit., p. 7;

¹⁰⁶ FILHO, Vicente de Paula Marques. e GIMENES, Amanda Goda. Contrato de Escrow em Operações de Fusões e Aquisições Escrow Agreement in Mergers and Acquisitions Market. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a02741932bb4c9d> >. Acesso em 26/10/2023, p. 5;

¹⁰⁷ SABADIN, Mariana Guerra. Autonomia Privada e Licença para Mentir – Uma Investigação Sobre a Possibilidade de Limitação Contratual da Responsabilidade por Dolo. 2015. 100 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015, p. 15;

¹⁰⁸ Ibid, p. 15;

¹⁰⁹ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. Revista Semestral de Direito Empresarial, [S. l.], v. 6, n. 10, p. 107–150, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rsde/article/view/76583>. Acesso em: 27 out. 2023, pp. 118-119;

¹¹⁰ FILHO E GIMENES, Ibid., p. 5;

Os contratos, portanto, tratariam das especificidades do caso concreto, sendo as normas gerais aplicadas aquelas presentes na legislação, haja vista que, nesses ordenamentos, a lei traz diversos princípios e regras, a fim de determinar a interpretação e integração desses negócios jurídicos e de regulamentar a relação entre as partes¹¹¹.

Isso se deve em decorrência da força de intervenção que o Estado possui nos países de tradição *Civil Law* em relação aos contratos privados, tendo um papel mais forte e ativo no controle e na exigibilidade das cláusulas contratuais, situação que pouco ocorre no *Common Law*¹¹².

Devido a essa dinâmica, as partes tendem a ser mais sucintas nas disposições contratuais, se limitando a determinar apenas os detalhes econômicos e particulares, tendo em vista que a regulamentação suplementar estaria presente na lei, a qual deve ser levada em consideração¹¹³.

Sendo assim, conforme demonstrado anteriormente, a cláusula de *sole remedy* tem origem na tradição *Common Law*, ou seja, possui as características advindas desse sistema, tais quais o privilégio à autonomia da vontade e a vontade das partes, deixando a legislação apenas como ferramenta suplementar para a regulação contratual.

Observa-se, portanto, que as duas tradições apresentadas possuem características muito distintas entre si, enquanto o sistema jurídico da *Common Law* se apoia, principalmente, na vontade das partes e naquilo que foi pactuado no contrato, a *Civil Law* se assegura na base legislativa, deixando o negócio jurídico mais simples e sucinto.

Contudo, importa fazer um importante adendo, em decorrência da globalização esses dois sistemas jurídicos vêm cada vez mais se aproximando e adotando características complementares a sua tradição.

Exemplo disso são as leis dos Estados Unidos disciplinando matérias jurídicas, versando sobre Direito Societário, Falências e Contratos, na mesma medida que nos países *Civil Law*, como o Brasil, a força dos precedentes vem em

¹¹¹ SABADIN, op. cit., p. 66;

¹¹² PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de *common law*. Revista Direito GV [online]. 2017, v. 13, n. 3 [Acessado 28 Outubro 2023], pp. 796-826. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201732>>. ISSN 2317-6172.

¹¹³ LOVISARO, op. cit., p. 3;

grande crescente¹¹⁴, assim como a liberdade de contratar e a autonomia da vontade ganharam grande revalorização após a publicação da Lei da Liberdade Econômica¹¹⁵, anteriormente mencionada.

Diante disso, é notório que os sistemas vêm se aproximando, porém, ainda possuem diferenças significativas, as quais devem ser levadas em conta e consideradas quando se tenta importar alguma cláusula de outro ordenamento jurídico. Por isso, agora será analisado como a cláusula de *sole remedy*, típica do sistema Common Law, é utilizada no Direito Brasileiro, a fim de que, posteriormente, seja possível verificar sua recepção e desafios perante o direito nacional.

3.4. UTILIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Verificado o funcionamento, conceito e origem da cláusula, faz-se necessário agora analisar de que forma e em que âmbito a cláusula de *sole remedy* vem sendo utilizada no direito brasileiro, para, então, ser possível observar quais os empecilhos da recepção desse mecanismo contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Em razão da globalização, a importação de cláusulas típicas de outros sistemas jurídicos vem sendo cada vez mais comum, principalmente nos contratos privados. Dentre essas cláusulas pode-se citar: cláusula de *sandbagging*, *MAC/MAE*, *bring-down clauses*, *break-up fee*, *earn-out*, *escrow account*, *basket amount*, *no consequential loss* e *sole remedy*.

Não só, mas também muito dessa importação advém da necessidade das grandes firmas de advocacia do país de adequar-se aos modelos contratuais internacionais, haja vista que, muitas vezes, em negociações internacionais há exigências dessa adaptação do contrato pelas empresas estrangeiras¹¹⁶. Decorrente disso é a aplicação de diversas características do *Common Law* em contratos brasileiros, aproximando ainda mais essa tradição ao nosso ordenamento jurídico.

¹¹⁴ TIMM, op. cit., pp. 109-110;

¹¹⁵ BUNAZAR, Maurício. A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). Coletânea de Artigos Jurídicos - Liberdade Econômica: O Brasil Livre Para Crescer. Porto Alegre, 02 dez. 2019. p. 140 – 156. Disponível em:

<https://aquanticacontabilidade.com.br/webfiles/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae21477cb.pdf>. Acesso em 15 nov. 2023, p. 154;

¹¹⁶ LONGA, op. cit., p. 10;

3.4.1. Esfera das Fusões e Aquisições

As citadas cláusulas possuem, majoritariamente, aplicação no âmbito das fusões e aquisições, em contratos com grande complexidade e de muitas influências internacionais, utilizadas até mesmo em negócios que ocorram de forma completamente nacional.

As operações de M&A (*Mergers and Acquisitions*) ou F&A (fusões e aquisições) são uma das formas pelas quais as empresas podem obter um crescimento de forma não orgânica, acelerando seu processo de desenvolvimento¹¹⁷. Elas estão regulamentadas no nosso sistema jurídico no que diz respeito à matéria de direito societário, estando presentes suas diretrizes no Código Civil, principalmente no seu Subtítulo II, Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) e Lei Antitruste (Lei n. 12.529/11).

Quando se fala da fusão de uma empresa, refere-se ao processo de união de empresas, a fim de se tornarem uma só empresa nova, extinguindo as sociedades unidas¹¹⁸, conforme expressa o artigo 1.119 do Código Civil¹¹⁹. Já em relação à aquisição, essa é puramente a compra de uma empresa, de uma linha de produtos ou, até mesmo de ativos estratégicos, sem ocorrer a criação de uma nova empresa¹²⁰, consoante ao disposto no artigo 1.116 do mesmo diploma legal já mencionado¹²¹.

O processo de fusão e aquisição é uma forma da empresa se desenvolver e crescer a partir da junção de “forças” com outra empresa ou produto, aumentando sua arrecadação de capital de maneira mais rápida que o crescimento orgânico, aquele em que a empresa se desenvolve a partir do aumento no número de clientes, de participação no mercado e de vendas¹²².

¹¹⁷ WAINSTEIN, Sandro Vugman; SILVA, Silvio Bitencourt. FUSÕES E AQUISIÇÕES COMO UM FEIXE DE CONTRATOS. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, v. 7, n. 1, p. 103-123, 2021, pp. 103-104;

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 104;

¹¹⁹ Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações;

¹²⁰ WAINSTEIN e SILVA, *op. cit.*, p. 104;

¹²¹ Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos;

¹²² WAINSTEIN e SILVA, *op. cit.*, pp. 103-104;

Essas operações são caracterizadas, via de regra, como negociações que possuem altos riscos, tanto no âmbito jurídico, quanto na esfera financeira e operacional da sociedade-alvo¹²³.

Deve-se isso pois advém de negociações intensas e complexas, haja vista ter um objeto dinâmico¹²⁴: o dinamismo empresarial, o que não ocorre, por exemplo, na negociação dos contratos típicos do Ordenamento Jurídico Brasileiro, como os contratos de compra e venda de imóveis, de empreitada, de prestação de serviços, dentre outros.

É em decorrência desses riscos que se faz tão comum a existência das cláusulas de declarações e garantias nos contratos nas operações de M&A, uma vez que a referida cláusula é um mecanismo de angariar informações ao comprador, sendo um meio pelo qual o comprador e o devedor podem fazer a alocação dos seus riscos¹²⁵.

As declarações e garantias (D&G) são cláusulas em que as partes asseguram que as informações fornecidas no âmbito da operação são verdadeiras, e, portanto, aptas a guiar as negociações. Isso porque visam não só incentivar a divulgação das informações relevantes para o negócio, como também possuem grande influência na fixação do preço global do contrato e, ainda, são a base de diversos litígios em que se busca a resolução do contrato ou a indenização da parte lesada¹²⁶. Sobre o assunto Evandro Pontes ensina que as declarações e garantias:

São, portanto, enunciados sobre fatos e circunstâncias que as partes alegam ser verdadeiras em momento passados, no presente e no futuro posterior ao fechamento do negócio. Por isso, podem também ser chamadas de cláusulas enunciativas.¹²⁷

¹²³ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Bring-down clause*: notas sobre a cláusula de declarações e garantias no *interim period*. IN: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). *Fusões e Aquisições (M&A)*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 153;

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento deferido. In: VALVERDE TERRA, Aline de; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da (Coord.). *Inexecução das Obrigações*. Vol. I. Rio de Janeiro. Processo, 2020. p. 741-762., pp. 741-742;

¹²⁵ AVERY, Daniel, LAURY, Wilson. *Trends in M&A Provisions: Indemnification as an Exclusive Remedy*. Disponível em:

<https://www.goulstonstorrs.com/publications/trends-in-ma-provisions-indemnification-as-an-exclusive-remedy/>. Acesso em: 31/10/2023;

¹²⁶ ABLA, Maristela S. **Sucessão Empresarial: Declarações e Garantias – o Papel da Legal Due Diligence**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro S. *Reorganização Societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; p. 110;

¹²⁷ PONTES, Evandro F. *Representations & Warranties no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2014, p.71;

Diante da importância da veracidade das informações dadas por meio dessas cláusulas, geralmente, elas vêm acompanhadas de cláusulas de indenização e de remédio exclusivo¹²⁸, na tentativa de assegurar que a obrigação não seja descumprida, mas, caso ocorra seu inadimplemento, que os danos causados sejam restituídos.

É exatamente devido a essa dinâmica que a cláusula tema do presente trabalho, a cláusula de *sole remedy*, tem sua utilização, de forma majoritária, em contratos de compra e venda, se desenvolvendo, principalmente, no âmbito da compra e venda de empresas/participações societárias. Isso porque, conforme verificado, ela é, recorrentemente, associada às *representations and warranties* (cláusulas de declarações e garantias)¹²⁹.

O que ocorre é que, como visto no tópico anterior, as cláusulas de *sole remedy* tem o objetivo de limitar ou excluir algum remédio contratual relacionado diretamente com o inadimplemento de uma obrigação presente no negócio¹³⁰, podendo ser mecanismo importante para a determinação do remédio que se utilizará para lidar com o inadimplemento das D&G.

Essa dinâmica tem ocorrido da mesma forma no âmbito do Direito Brasileiro, uma vez que é possível observar que o uso mais comum da cláusula de remédio único na esfera nacional é exatamente esse: delimitar quais as consequências jurídicas do descumprimento das cláusulas de declarações e garantias.

3.4.2. A indenização como remédio único

Sendo assim, deve-se levar em conta que, no âmbito das operações de fusões e aquisições de empresas, nem todos os remédios contratuais trazem benefícios, ou melhor dizendo, diminuem o prejuízo advindo do inadimplemento de uma das partes em relação às *representations and warranties*.

Nesse sentido, verifica-se que, por exemplo, a opção pela resolução contratual na esfera do M&A pode acabar sendo bastante inconveniente para as partes¹³¹, haja vista que, após o *closing*, ou seja, o fechamento do negócio, o retorno

¹²⁸ SANTOS e LOPES, op. cit., p. 255;

¹²⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 1.233;

¹³⁰ COSTA e PEREIRA, op. cit., p. 307;

¹³¹ GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 234;

das partes ao *status quo ante*- o estado em que as partes se encontravam antes da pactuação do contrato-, pode ser considerado desaconselhável, ou, até mesmo, impraticável¹³².

Isso porque, como antes demonstrado, essas operações possuem grande dinamicidade, uma vez que o próprio meio empresarial possui grande dinamismo, em outras palavras, a empresa anterior à assinatura do contrato, naturalmente, é muito diferente da empresa após sua venda, podendo ter ocorrido aumento do capital, reorganização societária, etc. Essa possibilidade de mudança rápida na situação empresarial é mais agravada em empresas de capital aberto, tendo em vista a constante mudança da bolsa de valores e, conseqüentemente, do seu preço de mercado¹³³.

Sendo assim, a resolução contratual com a volta da empresa para a parte vendedora e o retorno do valor pago à parte compradora nem sempre vai levar as partes à mesma situação em que se encontravam anteriormente à assinatura do instrumento negocial. Na realidade, essa dinâmica dificilmente se faz possível e se dificulta ainda mais com o passar do tempo.

Em decorrência disso, a professora portuguesa Catarina Monteiro Pires entende que há uma tendência das partes a dar preferência a mecanismos que prezam pela manutenção do contrato, e não sua extinção:

O mesmo se diga da resolução do contrato com fundamento em incumprimento, depois do closing: na generalidade dos casos, esta reação simplesmente não é exequível, nem equilibrada. Os mecanismos mais utilizados de tutela do comprador são, pois, aqueles que permitem a manutenção do contrato.¹³⁴

Consoante a tais circunstâncias, agora se faz necessário relembrar o que foi tratado no primeiro capítulo do presente trabalho: as possibilidades trazidas pelo Código Civil de respostas ao inadimplemento contratual, quais sejam: a resolução, resilição, revisão e indenização. Dentre esses remédios jurídicos, a resolução e resilição possuem como consequência a extinção do contrato, sendo apenas a revisão e a indenização os mecanismos que prezam e possibilitam a manutenção do negócio jurídico.

¹³² COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 309;

¹³³ SANTOS e LOPES, op. cit., p. 254;

¹³⁴ PIRES, Catarina Monteiro. Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2019, p. 17;

Em decorrência da revisão ser um remédio em que sua aplicação depende de diversos requisitos, como demonstrado anteriormente, a fixação da indenização como cláusula de *sole remedy* em situação de inadimplemento de cláusulas de declarações e garantias vem se tornando cada vez mais comum no cenário brasileiro.

Isso se dá diante da função da referida cláusula de alocar os riscos do negócio. Sendo assim, a indenização assume papel de destaque no cálculo de risco do negócio, uma vez que em uma operação de fusões e aquisições não se tem por expectativa que as ações objetos do contrato sejam retornadas ao vendedor depois do fechamento do negócio, e nem que, em contrapartida, o valor pago ao vendedor seja devolvido ao comprador¹³⁵.

Importa salientar que a cláusula de remédio único, comumente, é utilizada em conjunto com a cláusula de indenização, que fixa a multa contratual, a fim de que, no caso de inadimplemento da cláusula de declarações e garantias, o comprador poderá requerer o pagamento de indenização substitutiva da prestação principal, sem possuir, porém, qualquer outro remédio definido em lei, como a resolução¹³⁶.

Nessas circunstâncias, a cláusula de indenização pode estabelecer a reparação pecuniária a título de lucros cessantes, perda de uma chance, danos extrapatrimoniais, danos indiretos¹³⁷ e diretos, ou a exclusão deles.

Tendo em vista que os lucros cessantes e os danos diretos/emergentes já foram analisados pelo primeiro capítulo, cabe no presente momento analisar, de forma sintetizada, as demais formas de indenização.

A perda de uma chance diz respeito à indenização pela subtração da probabilidade da parte adquirir vantagem futura ou impedir uma perda¹³⁸, a qual deve ter a demonstração de prova do dano- a perda da vantagem- e do nexa causal, em consonância às condições clássicas do direito comum¹³⁹. Sendo assim, seria considerado, na maioria dos casos, um dano injusto, demonstrando o enfoque à

¹³⁵ BERGER, op. cit., p.847;

¹³⁶ SANTOS e LOPES, op. cit., pp. 255-256;

¹³⁷ LONGA, op. cit., p. 31;

¹³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 0, out./nov. 2007, p. 4;

¹³⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 6;

vítima desse dano, foca esse que nem sempre é possível verificar na responsabilidade civil¹⁴⁰.

Já em relação aos danos extrapatrimoniais, também conhecidos como danos morais, são aqueles danos que ocorrem no âmbito subjetivo, em relação aos aspectos mais íntimos da personalidade, como a honra, à intimidade, e que pretendem reparar os prejuízos sofridos pelo indivíduo¹⁴¹.

O dano indireto, por sua vez, é de conceituação simples, é dano decorrente de situações consecutivas que influenciam no prejuízo direto, capaz de causar o agravamento dele¹⁴². Consiste, assim, em um prejuízo que, indiretamente, o indivíduo sofreu em razão da ocorrência do dano direto.

Diante dessas conceituações, importa ressaltar que a cláusula de *sole remedy* indenizatória é capaz de afastar a aplicação de reparação à título de lucros cessantes, perda de uma chance, danos extrapatrimoniais, danos indiretos e diretos, mas pode também abrangê-los, fazendo sua regulamentação e impondo limites a essas indenizações¹⁴³.

Sendo assim, pode-se concluir que a indenização vem sendo o remédio considerado mais interessante para as partes como cláusula de *sole remedy*. Isso ocorre porque, no âmbito das fusões e aquisições, há grande dinamismo empresarial, fato que dificulta que as partes voltem ao seu *status quo ante* com a extinção do negócio. Por isso, há uma grande tendência das partes de darem prioridade à manutenção do contrato e escolherem como remédio único opções como a indenização.

3.5. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

A partir do presente capítulo foi possível verificar que a cláusula de *sole remedy* é um mecanismo contratual que permite que as partes do negócio decidam quais remédios poderão ser utilizados em caso de inadimplemento de uma ou mais obrigações, excluindo outros recursos, ainda que dispostos em lei. Essa cláusula

¹⁴⁰ SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109;

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 19-20;

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva: 1990, p. 58;

¹⁴³ LONGA, op. cit, pp. 33-35;

tem como principal função oportunizar que as partes aloquem seus riscos, promovendo mais previsibilidade e segurança jurídica.

A doutrina costuma dividir a conceituação desse remédio único de duas maneiras: entre positiva e negativa e entre restrita e limitada. As cláusulas positivas são aquelas, as quais indicam o remédio para o caso de inadimplemento contratual, ao contrário, as negativas determinam as cláusulas que excluem alguns remédios dispostos no diploma legal do ordenamento jurídico em questão.

Por outro lado, a modalidade restrita/de alcance limitado é aquela que estabelece para qual obrigação será utilizado o remédio indicado na cláusula de *sole remedy*, já a modalidade ampla/absoluta se trata daquela em que não há especificação de quais obrigações serão atingidas pela cláusula, sendo, portanto, o remédio único utilizado para qualquer perturbação do negócio jurídico.

Demonstrou-se também alguns exemplos de redação das cláusulas tema do presente trabalho, a fim de sair do plano teórico e observar um pouco a questão mais prática da matéria, vislumbrando como a redação pode sutilmente mudar e alterar a modalidade em que a cláusula faz parte e se aplica.

Outrossim, foi analisado o *background* de origem do *sole remedy*, com o intuito de perceber que as características desta cláusula estão intrinsecamente relacionadas com a tradição jurídica que ela advém, qual seja, o *Common Law*.

A partir disso, verificou-se que esse sistema jurídico se diferencia bastante do *Civil Law*, tradição jurídica que rege o ordenamento brasileiro, principalmente, no que concerne a utilização da legislação nos contratos.

Isso porque na tradição anglo-saxônica a lei tem caráter meramente suplementar àquilo que é disposto nos negócios jurídicos, tendo a vontade das partes maior relevância na sua interpretação. Já no *Civil Law*, os contratos tendem a ser mais sucintos, uma vez que aquilo que não foi pactuado poderá ser resolvido pela utilização da lei.

É em decorrência dessa valorização da vontade das partes que a cláusula de *sole remedy* pode determinar quais remédios serão utilizados para o caso de inadimplemento, mesmo que existam outras opções na legislação para solucionar as perturbações contratuais.

Após essa análise, fez-se necessário entender em que contexto a cláusula de remédio único vem sendo utilizada no Brasil, a fim de que no próximo capítulo seja possível observar quais os desafios para a recepção desse mecanismo no

Ordenamento Jurídico Brasileiro. As referidas cláusulas estão sendo utilizadas no nosso sistema jurídico, majoritariamente, no âmbito das operações de Fusões e Aquisições (F&A/M&A), as quais possuem procedimentos complexos e dinâmicos.

Essa situação decorre, principalmente, pela grande quantidade de negociações feitas com empresas estrangeiras que tem o uso desse mecanismo como corriqueiro. Nesse âmbito, a cláusula de *sole remedy* é frequentemente aplicada em contratos de compra e venda de ações/quotas sociais, diretamente atrelada ao inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias.

Isso porque na esfera das fusões e aquisições, devido ao grande dinamismo empresarial, há uma tendência das partes em tentar ao máximo preservar o negócio jurídico pactuado, uma vez que nem sempre é possível/conveniente às partes a extinção do contrato e a volta ao *status quo ante*.

Sendo assim, a cláusula de remédio único traz a possibilidade de prezar contratualmente pela manutenção do negócio, por isso, como foi possível analisar no presente capítulo, a indenização vem sendo um remédio comum escolhido pelos negociantes para aplicar em caso de inadimplemento contratual, haja vista que é capaz de ressarcir a parte lesada e, ao mesmo tempo, manter a relação contratual, evitando maiores prejuízos às partes.

4. POSSIBILIDADE DE RECEPÇÃO DA CLÁUSULA DE *SOLE REMEDY* PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Analisados os remédios existentes no nosso sistema jurídico para solucionar o inadimplemento contratual, o conceito e origem da cláusula de *sole remedy* e, ainda, sua utilização no Brasil, faz-se necessário agora compreender a possibilidade da recepção da referida cláusula pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, analisando quais os possíveis desafios da sua aplicação e de que forma ela pode se adaptar ao nosso sistema.

Isso porque, conforme explorado no capítulo anterior, a cláusula de remédio único é uma prática contratual que advém da tradição jurídica da *Common Law*, a qual promove grande autonomia às partes para pactuarem suas vontades, sendo essa uma das diferenças significativas em relação ao sistema *Civil Law* adotado pelo Brasil. Sendo assim, por ter origem em um sistema jurídico diferente do utilizado nacionalmente, é necessário ter cuidados em sua aplicação, a fim de que não gere situações contrárias à legislação brasileira¹⁴⁴.

Dessa forma, a mera importação de uma cláusula que determina o uso da indenização como remédio único para solucionar quaisquer inadimplementos contratuais pode enfrentar alguns obstáculos para ser aplicada de forma compatível à lei nacional, sem resultar em vícios possíveis de gerar sua invalidade ou ineficácia¹⁴⁵. É exatamente sobre esses óbices à recepção da cláusula de *sole remedy* que o presente capítulo irá tratar.

4.2. POSSÍVEIS LIMITADORES

4.2.1. Autonomia privada

O primeiro possível limitador que se pode trazer aqui é a autonomia privada. Isso porque esse princípio é utilizado de forma diferente na tradição *Common Law*,

¹⁴⁴ COSTA e PEREIRA, op. cit., pp. 309-310;

¹⁴⁵ Ibid., p. 310;

conforme explorado no capítulo anterior, principalmente no que diz respeito às suas limitações.

No âmbito dos contratos bilaterais ou plurilaterais a autonomia privada possui função basilar, possibilitando que os contratantes criem um autorregramento. No entanto, esse princípio não é absoluto¹⁴⁶, sendo o Ordenamento Jurídico seu maior limitador, impondo possíveis restrições, que podem, até mesmo, ser relacionadas ao regramento das cláusulas contratuais¹⁴⁷.

A autonomia privada que, muitas vezes, é usado como sinônimo da autonomia da vontade, é o princípio que determina o poder das partes de auto regulamentar seus interesses privados¹⁴⁸, permitindo que sejam livres para contratar ou não, com quem contratar e ainda estipular as cláusulas acordadas¹⁴⁹. Esse é um dos pilares mais importantes do direito privado brasileiro, nas palavras da professora Paula Forgioni, ele é a “*viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento*”¹⁵⁰.

Pode-se relacionar esse preceito com outro princípio do direito contratual brasileiro, também de grande importância, o princípio da força obrigatória dos contratos, o qual deriva da autonomia privada. A força vinculante dos contratos, também chamada de *pacta sunt servanda*, que diz respeito às partes terem o dever de respeitar e seguir aquilo que foi acordado, a fim de evitar o possível caos que se tornaria a relação caso não houvesse a força obrigatória presente nos contratos privados¹⁵¹.

Nessa temática, Zulmar Neves explica:

O contrato é o resultado da vontade das partes em construir um negócio jurídico e, com ele, uma relação de direitos e obrigações, consolidando a relação civil estabelecida. Desde o direito romano, a autonomia da vontade, da qual resultava na obrigação de as partes ajustarem seus precípuos e particulares interesses, das mais diversas formas e resultante das mais diversas razões, ainda que tais decorressem de necessidades, firmou-se o conceito legal do *pacta sunt servanda*.¹⁵²

¹⁴⁶ LOPEZ, T. Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, W. (Coord.). Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29;

¹⁴⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 25-26;

¹⁴⁸ 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://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601622/>. Acesso em: 07 nov. 2023, p. 248;

¹⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa Curso de direito civil : contratos, volume 3 [livro eletrônico] / Fábio Ulhoa Coelho. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 14;

¹⁵⁰ FORGIONI, op. cit., p. 82;

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo - Direito civil: contratos, 17.ed - São Paulo: Atlas, 2017, pp.17-18;

¹⁵² NEVES, Zulmar. Anotações à Lei da Arbitragem: Comentários sobre a Autonomia da Vontade, a Boa-Fé Objetiva, Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral. In: AZEVEDO, André Jobim de;

Pode-se dizer, então, que esses princípios permitem a concepção de que os contratos fazem lei entre as partes, permitindo que as partes regulem seus próprios interesses por meio de cláusulas¹⁵³.

Fixados esses conceitos, deve-se observar então que a autonomia privada não é blindada de limites. Na realidade, existem algumas delimitações para o usufruto desse princípio, a primeira limitação é a função social do contrato, trazida pelo artigo 421 do Código Civil¹⁵⁴.

A função social do contrato é um princípio que demonstra “*a expressão da sociedade no Direito privado*”¹⁵⁵, ou seja, é algo de interesse de toda a sociedade¹⁵⁶, devendo o contrato ser interpretado em conformidade com os interesses e contextos sociais¹⁵⁷.

Esse preceito impõe duas classificações de deveres às partes do negócio: (i) que a função econômica do contrato seja cumprida frente a sociedade, circulando as riquezas, a fim de implementar o bem-estar social; e (ii) implementar uma obrigação de não fazer, impedindo que os contratantes, ao regulamentar seus interesses em contrato, prejudiquem outros interesses, como os extracontratuais, de terceiros ou da coletividade¹⁵⁸.

Sendo assim, esse contexto social, advindo da função social do contrato, então, deve ser verificado quando o princípio da autonomia da vontade estiver em pauta, uma vez que é seu limitador. Isso porque os contratos devem se dar dentro dos limites do que é disposto em lei, nas palavras da professora Paula Forgioni, “o

SILVA, Eduardo Silva da; ZOUVI, Fabiano; MARQUES, Fabiana Lemos (coord.). Dia gaúcho da arbitragem. Porto Alegre: Magister, 2015. cap. 13, p. 200;

¹⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. Revista dos tribunais, ano 85, v.733, pp. 109-119, nov. 1996, p. 110;

¹⁵⁴ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual;

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005, p. 41;

¹⁵⁶ LEÃO, Luis Gustavo de Paiva. A quebra da base objetiva dos contratos. 120 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 62;

¹⁵⁷ TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 248;

¹⁵⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais, Wanderley Fernandes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 82-83;

*mercado é informado pelas regras exógenas e não por suas próprias determinações*¹⁵⁹.

Nesse sentido, o que foi pactuado entre as partes livremente não deve prejudicar a sociedade como um todo, sem trazer danos ao meio ambiente, aos mais pobres, aos mais fracos, ou até mesmo seus iguais não devem ser prejudicados em razão da autonomia privada das partes¹⁶⁰.

Dessa forma, conforme anteriormente exposto, a cláusula de *sole remedy* advém de um sistema jurídico em que a autonomia privada prevalece, sendo a legislação mero complemento aquilo decidido entre as partes.

Contudo, como acabamos de observar, no nosso Ordenamento Jurídico possui uma dinâmica diferente, em que a função social do contrato possui eficácia mais destacada. Sendo assim, a cláusula de remédio único, possui o desafio de não desprezar a função social em seu conteúdo, para que assim possa ser recepcionada pelo nosso sistema jurídico, sem incorrer em violação.

4.2.2. Boa-fé

Outro princípio latente no direito Brasileiro que pode limitar a aplicação da indenização como cláusula de *sole remedy* no nosso ordenamento é a boa-fé contratual.

A boa-fé pode ser diferenciada entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira pode ser observada pelo artigo 686, caput, do Código Civil¹⁶¹, é um princípio, como bem explicita o nome, mais “subjetivo”, sendo ele uma expressão de estado psicológico, quando o indivíduo não possui a consciência de que seu ato está lesando o direito ou interesses de outrem¹⁶².

Nesse sentido, pode-se dizer que a boa-fé subjetiva é aquela em que o sujeito possui a crença de que está seguindo, fielmente, o ordenamento jurídico,

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 112;

¹⁶⁰ LOPEZ, op. cit., 2007, p. 83;

¹⁶¹ Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador;

¹⁶² MARTINS-COSTA, 2018, op. cit., p. 279;

entendendo sua conduta como legítima¹⁶³. É essa modalidade de boa-fé que contrasta com a má-fé¹⁶⁴, uma vez que se trata de uma conduta, o agir de boa-fé¹⁶⁵

Já a segunda diz respeito ao princípio disposto nos artigos 113, caput¹⁶⁶, 187¹⁶⁷ e 422 do Código Civil¹⁶⁸, que determina um *standard* comportamental¹⁶⁹. Apesar de muitas vezes se considerar um conceito muito genérico, a professora Judith Martins-Costa explica que:

a expressão boa-fé objetiva designa seja um critério de interpretação dos negócios jurídicos, seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico *standard* ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé.¹⁷⁰

Nesse sentido, a boa-fé objetiva impõe a necessidade de as partes possuírem um comportamento leal, honesto e transparecendo segurança, conduta essa que deve estar presente desde as primeiras negociações, na formação e celebração do contrato, assim como na execução, extinção e após o fim do negócio¹⁷¹.

Pretende, portanto, o princípio permitir que as partes possam ter confiança e segurança entre si, assim como diminuir os riscos do negócio, nas palavras da

¹⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. PROTEÇÃO DA BOA-FÉ SUBJETIVA. Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.], v. 39, n. 126, p. 187–234, 2012. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/781>. Acesso em: 7 nov. 2023, p. 190;

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, 2018, op. cit., p. 279;

¹⁶⁵ AGUIAR JÚNIOR, , 2012, op. cit., p. 191;

¹⁶⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração;

¹⁶⁷ 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;

¹⁶⁸ FILHO, Osny da Silva. Comentários ao artigo 3, inciso v: presunção de boa-fé e interpretação em prol da autonomia. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários. (Coleção IDiP). São Paulo: Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556276342. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276342/>. Acesso em: 06 nov. 2023, p. 175;

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, 2018, op. cit., p. 42;

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 612;

¹⁷¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação, função social do contrato, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão e em especial onerosidade excessiva. Cadernos de Direito, v. 4, n. 6, p. 09-22, 2004, p. 13;

professora Paula Forgioni, ele é “*um catalisador da fluência das relações no mercado*”¹⁷².

Conclui-se, assim, que o comportamento das partes deve respeitar a boa-fé durante toda a relação entre elas, antes, durante e depois do fechamento do negócio.

A boa-fé contratual, constante no artigo 422 do Código Civil, também possui as mesmas diretrizes às partes: devem se agir de forma a se adequar aos padrões de ética, honestidade e transparência¹⁷³. Desse princípio, como antes destacado, nascem alguns deveres anexos, os quais também devem ser seguidos pelas partes, dentre eles pode-se citar o dever de informação¹⁷⁴, que será abordado de forma sintética.

O dever de informação determina que as partes devem informar uma à outra as informações que são capazes de influenciar na celebração ou conteúdo do negócio, impactando de forma geral em seu comportamento¹⁷⁵. Ou seja, a parte só possui a obrigação de seguir esse dever nos casos em que a informação é relevante o suficiente para modificar o comportamento da contraparte¹⁷⁶.

Tal determinação ao ser aplicada nas operações de M&A, faz com que as partes esperem que serão dadas as informações relevantes solicitadas¹⁷⁷, principalmente, no que se refere às cláusulas de declarações e garantias, uma vez que essas devem conter as informações indispensáveis que asseguram às partes as características ou circunstâncias da empresa em negociação¹⁷⁸.

Diante disso, a boa-fé objetiva é um limitador do princípio da autonomia privada, o qual rege a aplicação da cláusula de *sole remedy*. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, a autonomia privada na tradição Civil

¹⁷² FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 552;

¹⁷³ BARBOSA, op. cit., p. 150;

¹⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado. Superando a Crise e Renovando Princípios, no Início do Vigésimo Primeiro Século, ao Tempo da Transição Legislativa Civil Brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução Crítica ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 124-125;

¹⁷⁵ GREZZANA, op. cit., p. 251;

¹⁷⁶ SILVA, Eva Sônia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 131;

¹⁷⁷ FERRO, Marcelo Roberto; e SOUZA, Antonio Pedro Garcia de. O desenho contratual nas fusões e aquisições e as disputas após o fechamento: limitações à luz do direito brasileiro. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). Fusões e Aquisições (M&A). São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 592;

¹⁷⁸ Ibid., pp. 586-587;

Law possui limitadores, haja vista esse sistema sobrepor os interesses sociais da ordem pública, assim como de outras restrições análogas¹⁷⁹.

Sendo assim, a pactuação da cláusula tema do presente trabalho não deve ultrapassar os limites estabelecidos pela boa-fé objetiva, podendo esse representar um empecilho significativo na liberdade de pactuar o conteúdo do remédio único.

4.2.3. Alocação de riscos

No mais, a alocação de riscos contratuais segue a mesma linha. Isso porque o contrato é um instrumento útil para que as partes aloquem seus riscos. Em outras palavras, é a possibilidade dos contratantes de distribuir os riscos da atividade econômica, antes da frustração das expectativas do negócio¹⁸⁰.

Na visão da professora Paula Forgioni:

O contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos da atividade econômica. As contratações empresariais envolvem riscos, ou seja, a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, retem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. O risco é inevitável porque contratar é prever, de forma que o contrato é um empreendimento sobre o futuro. Mas, se não consegue dividir as possibilidades de perda, ao menos é possível aplicá-las, dividi-las entre os agentes econômicos por força de lei ou pelo do contrato.¹⁸¹

Os riscos, na visão da professora Judith Martins-Costa, “é a *probabilidade de um dano futuro*”, representando uma ameaça abstrata que possibilita a ocorrência de um dano, constituindo uma lesão ao interesse protegido¹⁸², sendo, portanto, a ideia do risco um entendimento voltado para o futuro, prevendo uma possível perda¹⁸³.

Importa salientar que, conforme anteriormente demonstrado, nas operações de M&A há grandes riscos que podem ser materializados por meio de uma perda ou de um ganho, sendo o contrato o principal instrumento para que esses danos sejam sopesados e alocados entre as partes¹⁸⁴.

¹⁷⁹ MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra dal Farra Napolini. Os limites à liberdade na autonomia privada. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v.16, n.1, jan-jun, 2011, p. 30;

¹⁸⁰ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais, Teoria Geral e Aplicação*. 3. ed - São Paulo, Afiliada, 2018, pp. 14 e 146;

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 146;

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. O risco contratual (e os significados do risco). No prelo. 30 p. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore (Org.) ; PIRES, Catarina Monteiro (Org.) . *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2023. 917p , pp. 6-7;

¹⁸³ ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 14ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 218;

¹⁸⁴ FERRAZ, Adriano Augusto Teixeira. FREITAS, Bernardo Vianna. AMARAL E SOUZA, Rodrigo. *Alocação de Riscos em Operações de M&A: Análise das Cláusulas de Ajuste de Preço e Indenização*.

Sendo assim, ao pactuarem o instrumento contratual, as partes gerem seus riscos, a fim de que os riscos previsíveis, aqueles externos, mas relevantes para o tipo de contrato, que fazem parte da *álea normal do negócio*¹⁸⁵, possam ser dispostos e alocados da forma mais interessante para os contratantes.

Essa alocação se relaciona diretamente com o equilíbrio contratual, uma vez que é nesse momento do negócio que as partes determinam aquilo que se responsabilizaram, podendo alocar apenas os riscos típicos ao negócio e repartindo eles da forma que melhor compreenderem¹⁸⁶.

Em decorrência disso, quando ocorrem eventos supervenientes que ultrapassam a *álea normal do negócio* e dos riscos assumidos, podem as partes recorrer aos remédios jurídicos próprios ofertados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, nas possibilidades apresentadas no primeiro capítulo em relação aos artigos 317 e 478 do Código Civil.

Sendo assim, como visto anteriormente, a cláusula de *sole remedy* é um mecanismo de alocação de riscos. Contudo, tendo em vista o demonstrado nesse tópico, o sistema jurídico nacional limita a esfera pela qual os riscos podem ser alocados, devendo eles se manterem dentro da *álea normal do negócio*.

Isso porque quando o risco é extraordinário, ele ultrapassa a *álea normal*, limitando aquilo que as partes convencionaram em relação a alocação de riscos, sendo comum essa situação por evento superveniente e imprevisível. Diante dessa situação, pode ocorrer intervenção estatal¹⁸⁷, possibilitando a relativização da alocação de riscos feita pelas partes, haja vista a alteração do equilíbrio do contrato¹⁸⁸. Nesse sentido, portanto, a cláusula de remédio único, apesar de uma forma de alocação de riscos, terá sua eficiência condicionada à normalidade do contrato.

IN: Henrique Barbosa e Sérgio Botrel (Coords). Novos Temas de Direito e Corporate Finance. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 565;

¹⁸⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. Revista dos Tribunais, v. 966, abr. 2016. Disponível em:

https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.08.PDF. Acesso em 09 nov. 2023, p. 3;

¹⁸⁶ Ibid., p. 2;

¹⁸⁷ CURY, Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro. Onerosidade excessiva em acordo de acionistas. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-11022015-104811. Acesso em: 2023-11-17, p. 99;

¹⁸⁸ GIL, Fabio Coutinho de Alcantara. A onerosidade excessiva em contratos de engineering. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. doi:10.11606/T.2.2007.tde-24052011-143442. Acesso em: 2023-11-17, p. 79;

Diante disso, verifica-se que a efetivação da alocação de riscos feita pelas partes fica condicionada ao equilíbrio contratual e a possível ocorrência de eventos imprevisíveis, capazes de alterar a relação entre as partes e a desequilibrar, podendo ensejar a relativização dos riscos alocados e sua revisão, sendo assim, uma limitação.

4.2.4. Renúncia antecipada de direitos

Por fim, a cláusula de *sole remedy* ao permitir que as partes escolham quais remédios presentes no ordenamento jurídico poderão ser utilizados e quais terão sua aplicação excluída de forma antecipada e consensual, tem-se aqui um conceito muito próximo ao de renúncia de direitos, conforme bem explicam Guilherme Setoguti e Cláudia Gruppi:

Como a exclusão antecipada e consensual da regra legal aproxima-se do conceito de renúncia a direitos e como a renúncia seria admissível apenas em relação a direitos tutelados por normas dispositivas, deve-se perquirir se o dispositivo legal afastados pela *sole remedy clause* é cogente ou dispositivo, para então se concluir sobre a validade e o alcance da cláusula que exclui referido dispositivo previamente em contratos de compra e venda de participações societárias.¹⁸⁹

Deve-se ressaltar que o Ordenamento Jurídico Brasileiro promove limitações para a renúncia antecipada de direitos, uma vez que os contratos podem conter elementos cogentes e inafastáveis, ou possuindo caráter de ordem pública, os quais a legislação não permite sua renúncia antecipada, sendo mais uma limitação a vontade das partes¹⁹⁰.

Nesse sentido, faz-se necessário entender se as regras que determinam os remédios contratuais para o inadimplemento contratual afastados pela cláusula de *sole remedy* possuem ou não natureza cogente¹⁹¹.

As normas cogentes, também conhecidas como imperativas, são as regras que devem ser seguidas, vinculando as partes ao seu conteúdo¹⁹². Em outras

¹⁸⁹ COSTA e PEREIRA, op. cit., pp. 310-311;

¹⁹⁰ LONGA, op. cit., p. 13;

¹⁹¹ COSTA e PEREIRA, op. cit., p. 311;

¹⁹² DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 72;

palavras, elas impõem o que pode ou não ser pactuado com base no arbítrio dos contratantes e o que não será admitido pelo ordenamento jurídico¹⁹³.

Deve-se ressaltar que, apesar de muitas vezes utilizadas como sinônimos, as normas cogentes não são a mesma coisa que as normas de ordem pública. Isso porque enquanto a primeira tem uma conceituação mais ampla, abarcando tanto as normas de ordem pública, quanto outras normas que possuem vedação a sua exclusão por determinação contratual, ou seja, de aplicação obrigatória, a segunda se refere às normas que dizem respeito aos valores sociais, políticos, econômicos, culturais, morais¹⁹⁴.

Por outro lado, encontra-se as normas dispositivas, aquelas que, ao contrário das normas cogentes, atuam no âmbito da autonomia privada, tendo eficácia apenas se as partes não se pronunciarem no instrumento contratual em relação a matéria, atuando como normas suplementares¹⁹⁵. Vale ressaltar que essas normas são supletivas, uma vez que não possuem grande relevância para o funcionamento da sociedade, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira “*instituem princípios não essenciais à organização e funcionamento do Estado, ou da vida social, e, por isso, não se impõem compulsoriamente*”¹⁹⁶.

Diante disso, compreende-se que nem todos os direitos podem ser titulados livremente pelas partes, existindo no nosso ordenamento jurídico algumas limitações das normas as quais não se pode abrir mão, ainda que advinda do consenso entre as partes do negócio.

Isso porque a renúncia antecipada, ou seja, a possibilidade de o titular de um direito declarar que abre mão de exercê-lo¹⁹⁷ antes mesmo da efetivação da situação jurídica que se é titular¹⁹⁸, como anteriormente destacado, nem sempre é aceita pelo sistema jurídico nacional, possuindo limitações às normas cogentes.

¹⁹³ FORGIONI, Paula Andrea. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. Revista de Arbitragem e Mediação, n° 45, São Paulo, pp. 229-244, abr.- jun. 2015, p. 2;

¹⁹⁴ SEABRA, André Silva. Limitação e redução da cláusula penal. 2020. 390p. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 299;

¹⁹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. V, t. II, p. 462;

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. I, p. 89;

¹⁹⁷ ANTUNES, Ana Filipa Morais. Da irrenunciabilidade antecipada a direitos, in “Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva”, vol. I, UCE, Lisboa, 2020, 79-111, p. 79;

¹⁹⁸ ANTUNES, Ana Filipa Morais. Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial. In: in II Encontros de Direito Civil: A tutela dos credores, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 11-46, p. 13;

Em relação a isso, tendo em vista que o foco do presente capítulo é trazer a análise para a aplicação da indenização como remédio único, e, portanto, renunciando a utilização da resolução contratual em caso de inadimplemento, essa análise será feita de forma mais aprofundada no que tange ao afastamento da norma contida no artigo 475 do Código Civil.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, a resolução contratual é aquela que permite às partes a extinção do negócio jurídico em decorrência do cumprimento parcial ou do completo inadimplemento da obrigação¹⁹⁹. Uma de suas regulamentações no Ordenamento Jurídico Brasileiro está no artigo 475 do Código Civil que prevê a possibilidade de resolução contratual cumulada com pedido de perdas e danos.

Quando se observa a doutrina em relação à possibilidade de renúncia prévia a esse direito, encontra-se notória divisão entre aqueles que entendem ser possível essa renúncia e aqueles que compreendem que abrir mão desse direito não é conduta aceita pelo nosso sistema jurídico.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende pela impossibilidade de renúncia antecipada da resolução contratual do referido dispositivo, uma vez que defende que o remédio disposto no Código Civil se trata de norma cogente, haja vista que o autor considera que a disposição legislativa foi elaborada com a finalidade de “*satisfazer ao interesse público de preservação da igualdade entre as partes e de equivalência das suas prestações*”, não existindo a possibilidade de sua renúncia antecipada²⁰⁰.

Posicionamento contrário possui o professor Giovanni Nanni, que compreende como válidas as disposições que excluem o direito à resolução contratual, já que, para o autor, tratando-se de relações bilaterais e simétricas, é possível que as partes entendam pela não resolução contratual em caso de inadimplemento, mas sim pela manutenção do negócio, para que os efeitos retroativos e restituidores sejam evitados²⁰¹.

Nessa mesma toada entende Débora Pereira Pinto Santos, explicitando que a renúncia feita se traduziria como alocação de riscos no âmbito da autonomia

¹⁹⁹ SANTOS, op. cit., p. 63;

²⁰⁰ AGUIAR JÚNIOR, 2011, op. cit., pp. 462-463;

²⁰¹ NANNI, Giovanni Ettore. Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 521-522. Apud. COSTA, Cláudia Gruppi; e PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. A Cláusula de Remédio Exclusivo e a Resolução do Contrato por Inadimplemento. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). Fusões e Aquisições (M&A). São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 323;

privada, uma vez que se a norma trazida pelo artigo 475 do Código Civil possui natureza dispositiva, podendo, portanto, existir renúncia em relação ao referido direito²⁰².

Importa ressaltar que os posicionamento do professor Giovanni Nanni e de Débora Pereira Pinto Santos fazem uma importante ressalva acerca do tema, ambos entendem que a renúncia antecipada do direito tutelado pelo art. 475 não pode constituir uma cláusula de irresponsabilidade, afastando a responsabilidade do devedor em relação ao seu inadimplemento contratual, em outras palavras, não pode a cláusula de resolubilidade demonstrar-se como ferramenta para extinguir os efeitos das obrigações assumidas no negócio²⁰³.

No mais, Renato Berger compreende que o dispositivo citado de fato não se caracteriza como uma norma cogente, na realidade, para o autor, isso fica claro pela própria redação do artigo, que possibilita à parte a escolha entre os remédios dispostos, não possuindo assim nenhuma óbice para seu afastamento por uma cláusula como a de *sole remedy*²⁰⁴.

Pontes de Miranda compreende que o direito de resolução só poderia ser renunciado após a ocorrência do inadimplemento, uma vez que a partir disso nasceria o “*direito formativo extintivo, a que se renuncia*”. Contudo, ao considerar o disposto no parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil de 1916, que hoje representa o art. 475 do Código Civil de 2002, norma dispositiva, entende pela possibilidade de pré-exclusão do direito legal, mas não de renúncia²⁰⁵.

Os citados entendimentos que consideram possível a renúncia antecipada do direito tutelado pelo art. 475, se relacionaram, de forma direta, com a disposição trazida pela Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19) no artigo 421-A do Código Civil, principalmente, no que diz respeito ao seu inciso I²⁰⁶, o qual demonstra a possibilidade de as partes estabelecerem regras em relação aos seus pressupostos de revisão ou resolução.

²⁰² SANTOS, 2022, op. cit., p 119;

²⁰³ COSTA E PEREIRA, op. cit., pp. 323-325;

²⁰⁴ BERGER, op. cit., pp. 854-855;

²⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XXV, § 3.091, n. 17, pp. 448-449;

²⁰⁶ 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;

Diante disso, verifica-se que, em relação à natureza do afastamento do direito de resolver o contrato a partir do artigo 475 do Código Civil, a doutrina ainda se encontra bem dividida. Contudo, observa-se que a posição mais atual entende que a renúncia prévia do direito à resolução é possível²⁰⁷.

Isso porque consideram que a norma prevista pelo dispositivo do Código Civil não se trata de uma norma imperativa, que deve ser obrigatoriamente aplicada, mas sim de uma regra dispositiva, condicionando a sua aplicação à vontade das partes.

É a partir disso que se pode concluir que a possibilidade de renúncia do direito de resolução é matéria relacionada diretamente a autonomia privada²⁰⁸, àquilo que as partes desejam pactuar para o seu negócio, que se demonstre mais próxima de seus interesses.

Depreende-se desse raciocínio, portanto, que a cláusula de *sole remedy* que impõe a indenização como remédio único ao inadimplemento do contrato pode ser aplicada, desde que não se torne uma cláusula de irresponsabilidade contratual²⁰⁹, nem desrespeite os limites determinados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro à autonomia privada, quais sejam a ordem pública, a boa-fé e a função social do contrato²¹⁰.

4.3.DA RECEPÇÃO DA CLÁUSULA DE *SOLE REMEDY* PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após verificarmos os possíveis obstáculos que a cláusula de remédio único pode enfrentar para ser recepcionada pelo direito brasileiro, como os limites impostos pela nossa tradição jurídica à autonomia privada, boa-fé, alocação de riscos e renúncia antecipada de direitos, nota-se que esse mecanismo contratual pode ser adaptado e recepcionado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Isso porque, como analisado, apesar da liberdade contratual fornecer às partes grande autonomia para pactuar seus interesses da forma que desejam, não se pode ignorar o que a legislação estabelece. Sob essa ótica, a cláusula de *sole*

²⁰⁷ COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 329;

²⁰⁸ BERGER, op. cit., pp. 854-855;

²⁰⁹ COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 329;

²¹⁰ BERGER, op. cit., pp. 854-855;

remedy, por vezes, pode ter sua redação condicionada aos princípios do Direito Civil Brasileiro, como as citadas ordem pública, a boa-fé e a função social do contrato.

Contudo, essas limitações não invalidam sua aplicação no âmbito dos contratos nacionais, na verdade, apenas estabelecem condições, as quais, caso seguidas, não invalidam sua eficácia nos contratos.

Não só, a possibilidade de recepção da cláusula de remédio único pelo sistema jurídico nacional também pode ser verificada sob outro contexto.

No primeiro capítulo, verificamos que a resolução contratual foi legislada impondo alguns critérios para a sua aplicação, tais quais se tratar de inadimplemento absoluto das obrigações assumidas pelas partes, sendo a prestação irrecuperável²¹¹.

No mais, em conformidade com o que foi exposto no segundo capítulo deste trabalho, a cláusula de *sole remedy* tem como objetivo possibilitar que as partes acordem entre si qual o remédio contratual para o inadimplemento que melhor se amolde aos seus interesses²¹². Assim como, analisamos que, no âmbito das fusões e aquisições, as cláusulas de declarações e garantias, principais cláusulas regulamentadas pelo remédio único, possuem as funções de alocar os riscos e de transferir as informações possuídas pelo vendedor sobre as condições da empresa-alvo para o comprador²¹³.

Fato é que nem todas as cláusulas de declarações e garantias possuem informações de caráter tão relevante capaz de ensejar uma resolução contratual pelo seu inadimplemento. Isso porque a empresa vendedora, ao prezar pela diligência e boa-fé, tem o dever de informar todas as questões que se considerem relevantes para o fechamento do negócio, muitas vezes pactuando cláusulas meramente informativas.

Em decorrência disso, a aplicação do artigo 475 pelo inadimplemento dessas cláusulas poderia demonstrar-se medida desproporcional e inapropriada para as partes do negócio, que nem sempre conseguiriam retornar ao seu *status quo ante*²¹⁴.

²¹¹ SANTOS, op. cit., p. 68;

²¹² COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 307;

²¹³ MOREIRA, David Luís. Contratos de aquisição de participações sociais e as cláusulas de declarações e garantias. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito | Escola do Porto, sob a orientação do Prof. Doutor José Engrácia Antunes, 2020, p. 13;

²¹⁴ COSTA E PEREIRA, op. cit., p. 309;

Nesse sentido, a cláusula de *sole remedy* indenizatória seria uma alternativa plausível e eficaz para resolver essa problemática, uma vez que seria capaz de ressarcir o dano causado pelo inadimplemento da cláusula de declarações e garantias, privilegiando a manutenção do contrato.

Na realidade a cláusula seria uma maneira de as partes demonstrarem que não consideraram que o inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias demonstrariam que ocorreu inadimplemento absoluto, já, por si só, excluindo o remédio contratual da resolução nos termos do art. 475 do CC.

Importa lembrar que, como verificado no capítulo anterior, as partes podem direcionar a redação da cláusula para regular as modalidades de indenizações que poderão ser requeridas e até mesmo os seus limites, adaptando a cláusula para o tipo de negócio da forma que mais se adeque aos interesses das partes.

Sendo assim, essa seria uma forma de melhor adaptar a cláusula ao ordenamento jurídico brasileiro, garantindo que o remédio único seja considerado como válido e eficaz.

Em decorrência disso, a referida cláusula pode se demonstrar benéfica para o nosso sistema judiciário. Isso porque possui o condão de reduzir possíveis problemáticas advindas da interpretação contratual em relação ao inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias, uma vez que conforme explicitam os artigos 112²¹⁵ e 113, § 2^o²¹⁶, do Código Civil, devem ser observadas a liberdade e intenções das partes ao pactuarem as disposições contratuais.

Dessa forma, não caberia ao poder judiciário analisar se o descumprimento das D&G se caracterizaria como inadimplemento absoluto ou não, pois as próprias partes já demonstraram que no seu entendimento esse não seria caracterizado como tal.

Portanto, diante do exposto, conclui-se que a cláusula de *sole remedy* pode ser recepcionada pelo nosso sistema jurídico, ainda que o mecanismo seja advindo de outra tradição jurídica, já que, respeitando os limites à autonomia privada, não há óbices a sua aplicação.

²¹⁵ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem;

²¹⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

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

Na verdade, o mecanismo contratual pode ser uma maneira pela qual as partes demonstrem o seu entendimento em relação ao inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias, se representarão ou não o inadimplemento absoluto do contrato, se tornando uma ferramenta capaz de diminuir os possíveis conflitos em relação a interpretação do contrato.

4.4. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

O presente capítulo teve como objetivo retomar alguns conceitos anteriormente fixados para que fosse possível compreender de que forma a cláusula de *sole remedy*, principalmente quando o remédio escolhido pelas partes é a indenização, poderia ser recepcionada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Nesse contexto, foram analisados os principais limitadores para a aplicação dessa cláusula advinda do *Common Law* no sistema jurídico nacional que é regido pela tradição *Civil Law*.

O primeiro princípio observado foi o princípio da autonomia privada, o qual determina que as partes do negócio têm o poder de regulamentar seus próprios interesses em contrato, escolhendo contratar ou não, com quem contratar e que cláusulas pactuar. A autonomia privada anda lado a lado com o princípio da força obrigatória dos contratos, *pacta sunt servanda*, que indica que as partes devem seguir aquilo que foi pactuado, a fim de evitar a insegurança jurídica.

Contudo, essa autonomia das partes não é ilimitada, na verdade, o Ordenamento Jurídico Brasileiro impede que a autonomia privada ultrapasse o que diz respeito ao princípio da função social do contrato, que prevê que os contratos devem respeitar os interesses de terceiros ou da coletividade.

Outrossim, verificamos a atuação do princípio da boa-fé que também possui um condão limitativo a autonomia privada e, conseqüentemente, é um possível limitador da aplicação da cláusula de *sole remedy* no nosso sistema jurídico.

Esse princípio pode atuar em sua forma subjetiva, quando diz respeito ao estado psicológico do indivíduo que crê que não está violando nenhuma disposição legislativa, é essa a modalidade que contrapõe a má-fé. Ou na sua forma objetiva, que é onde a boa-fé contratual se encontra, esse modo determina um *standard* comportamental que deve ser seguido pelas partes do contrato antes, durante e depois do fechamento do negócio.

Nesse sentido, verificamos também que a boa-fé objetiva cria alguns deveres anexos, como o dever de informação, um dos mais relevantes nas operações de fusões e aquisições, uma vez que se trata de operações de grandes riscos e é a partir das informações recebidas que as partes podem alocar esses riscos da forma mais interessante a elas.

Diante disso, verificamos que o princípio da boa-fé também é limitador do princípio da autonomia privada, devendo, assim, também ser respeitado na pactuação da cláusula tema do presente trabalho.

Ainda, analisamos a alocação de riscos contratuais e suas possíveis limitações, haja vista a cláusula de remédio único representar uma alocação de riscos.

Sobre esse tema foi possível observar que os riscos alocados dizem respeito a álea normal do contrato, quando eles ultrapassam essa álea, a legislação brasileira institui remédios para retornar o equilíbrio contratual, tais quais os presentes nos artigos 317 e 478 do Código Civil. Sendo assim, a eficácia da alocação de riscos se vê limitada aos fatos estarem dentro da álea normal contratual, devendo isso também ser levado em conta na pactuação da cláusula de *sole remedy*.

No mais, foi também analisada a possibilidade da renúncia antecipada do que consta no artigo 475 do Código Civil. A doutrina brasileira possui duas vertentes em relação a esse tema, uma em que considera não existir possibilidade de renúncia desse direito uma vez que se trataria de norma cogente, visão adotada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

Já a doutrina mais atual possui visão distinta, entendendo que o conteúdo presente no referido artigo não passa de uma norma meramente dispositiva, ficando a cargo das partes do negócio a escolha de aplicar ou não. É nesse sentido que entende o professor Giovanni Nanni, Débora Pereira Pinto Santos e Renato Berger.

Já o professor Pontes de Miranda interpreta que a renúncia do direito à resolução contratual apenas poderia ocorrer após o inadimplemento, porém, considerando o disposto no parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil de 1916, que hoje representa o art. 475 do Código Civil de 2002, como norma dispositiva há a possibilidade de pré-exclusão do direito legal.

Contudo, importa ressaltar que os autores que adotam esse entendimento possuem ressalvas em relação ao tema, determinando que a cláusula que indique a

renúncia antecipada do direito à resolução contratual disposta no art. 475 não pode constituir uma cláusula de irresponsabilidade, afastando a responsabilidade do devedor.

Acerca do tema se concluiu, portanto, que a cláusula de *sole remedy* pode ser aceita pelo sistema jurídico brasileiro, apesar das possíveis limitações advindas do direito brasileiro, desde que sejam respeitados os limites dados à autonomia privada, tais quais a ordem pública, a boa-fé e a função social do contrato, assim como respeite os limites da alocação de riscos em relação à álea normal do negócio, sendo também possível a renúncia antecipada desse direito.

Por fim, o presente capítulo demonstrou que além do respeito às limitações trazidas pelo nosso sistema, a cláusula de remédio único pode ser recepcionada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, pois é capaz de se amoldar ao nosso direito.

Nesse sentido, observamos que a cláusula, no âmbito das fusões e aquisições, pode ser um mecanismo que demonstra que as partes, de antemão, virão a compreender que o inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias não será interpretado como inadimplemento absoluto capaz de ensejar a resolução contratual por meio do art. 475, mas sim que a indenização nesse caso já seria o suficiente para ressarcir as partes da perda ocorrida em relação a tal descumprimento.

Dessa maneira, é uma forma de as partes instituírem maior previsibilidade ao seu negócio, auxiliando também na diminuição de possíveis conflitos em relação a interpretação do inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias, a qual seria debatida em uma possível arbitragem ou processo judicial, evitando deixar as partes “reféns” da decisão de terceiros, decidindo aquilo que se amolda melhor aos seus interesses.

Sendo assim, no presente capítulo foi possível analisar que apesar de o sistema jurídico brasileiro impor limitações relevantes às condutas negociais, se essas forem respeitadas, não haverá óbices a recepção da cláusula de *sole remedy* ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, muito pelo contrário, pode se demonstrar como ferramenta poderosa para os contratantes pactuarem aquilo que vai de encontro aos seus interesses e evitar possíveis futuros conflitos.

5. CONCLUSÃO

Conforme verificamos, o presente Trabalho de Conclusão de Curso objetivou a análise da possibilidade de recepção da cláusula de *sole remedy* pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Para isso, no primeiro capítulo, verificamos o funcionamento de alguns remédios contratuais que podem ser utilizados em caso de inadimplemento das obrigações do negócio.

Primeiro analisamos a resolução contratual, que tem a função de extinguir o negócio jurídico pactuado, no caso do artigo 475 do Código Civil, a resolução visa o retorno das partes para a situação que estavam antes do fechamento do contrato, ao seu *status quo ante*, devendo, para isso, verificar a ocorrência do inadimplemento absoluto.

Já para a aplicação do disposto no art. 478, foi possível observar a necessidade do cumprimento no dispositivo citado, quais sejam ocorrer um desequilíbrio contratual em razão do fato imprevisível que gerou a impossibilidade do adimplemento da obrigação.

Analisamos também outro remédio que tem por finalidade a extinção contratual, a rescisão, que tem previsão nos artigos 472 e 473 do Código Civil, podendo ela ser bilateral, o distrato, ou unilateral. Esse mecanismo permite que as partes optem pela saída do negócio a qualquer hora, ao mesmo passo que obsta a possível abusividade da parte que deseja findar o negócio, impondo requisitos para que o contrato seja extinto sem prejuízo às partes.

Ainda no primeiro capítulo foi observado os remédios que priorizam a manutenção contratual e não sua extinção: a revisão e a indenização. Em relação a revisão, expressa nos arts. 317 e 479, pretende o retorno do equilíbrio contratual entre as partes, para isso ocorrer, necessita que sejam preenchidos os requisitos da teoria da imprevisão e a existência de situação superveniente.

Já a indenização tem como base jurídica os arts.389, 402, 403 e 475, representando um mecanismo de ressarcimento da parte lesada pelo inadimplemento contratual, seja pela efetiva diminuição de seu patrimônio ou por aquilo que iria lucrar caso a obrigação fosse adimplida.

A partir da familiarização com os remédios contratuais existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o segundo capítulo serviu para analisar a própria cláusula de *sole remedy*.

Esse capítulo permitiu a observação do conceito da cláusula tema do presente trabalho, sendo definido como uma ferramenta contratual que permite que as partes possam decidir os remédios que consideram ser mais interessantes para serem utilizados no caso de inadimplemento de uma ou mais obrigações, excluindo os outros recursos. Ou seja, a cláusula permite a alocação de riscos das partes e maior previsibilidade para as possíveis problemáticas advindas do negócio.

Outra questão adentrada no capítulo dois foi a origem da cláusula de remédio único.

Esse mecanismo advém da tradição jurídica da *Common Law*, o qual se diferencia bastante do sistema jurídico da *Civil Law* adotado pelo Brasil. Isso se deve, principalmente, ao fato de que o sistema anglo-saxão utiliza a legislação de forma suplementar para a interpretação dos contratos, dando maior valor àquilo que advém da vontade das partes, ao contrário do que ocorre no *Civil Law*. É em decorrência dessa característica que a cláusula de *sole remedy* pode determinar quais remédios serão utilizados para o caso de inadimplemento, mesmo que existam outras opções na legislação para solucionar as perturbações contratuais.

Ainda, foi analisada a utilização atual da referida cláusula no direito brasileiro. Nesse sentido, verificou-se que a cláusula de *sole remedy* tem aplicação mais recorrente no âmbito das operações de fusões e aquisições, pois é incluída nos contratos de compra e venda de ações/quotas sociais para regulamentar os remédios a serem utilizados no caso de inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias.

Isso é decorrência da grande dinamicidade da esfera das referidas operações, que atuam com empresas que estão em constante mudança, possuindo maior necessidade de privilegiar a preservação do negócio, nem sempre sendo interessante e possível para as partes retornarem ao seu *status quo ante*. Essa dinâmica é exatamente o que a cláusula de *sole remedy* proporciona aos negociantes, que possam determinar a forma pela qual o inadimplemento contratual será resolvido.

O terceiro e último capítulo objetivou a utilização dos capítulos anteriores para compreender a possibilidade da recepção da cláusula de remédio único pelo

Ordenamento Jurídico Brasileiro. Para isso, foram analisados os principais possíveis limitadores para aplicação da referida cláusula no sistema nacional regido pela tradição *Civil Law*.

Dentre eles, analisamos o princípio da autonomia privada, que determina que as partes do negócio têm o poder de regulamentar seus próprios interesses no instrumento contratual, se relacionando de forma direta ao princípio da força obrigatória dos contratos. Contudo, verificamos que essa autonomia é limitada pelo princípio da função social do contrato, não devendo ultrapassar os interesses de terceiros ou da coletividade.

Outro possível limitador é o princípio da boa-fé, o qual analisamos a existência de suas duas modalidades: a objetiva, que determina um *standard* comportamental, e a subjetiva, que representa o estado psicológico do indivíduo que crê que não está violando nenhuma disposição legislativa. Esse princípio também é um limitador do princípio da autonomia privada, vez que deve ser observado e respeitado pelas partes ao longo de sua relação, devendo isso ocorrer também na pactuação da cláusula de *sole remedy*.

Após verificados esses dois princípios, analisamos a alocação de riscos contratuais e observamos que essa também possui limitações.

Isso porque os riscos que são alocados dizem respeito à álea normal do contrato. Sendo assim, quando eles ultrapassam essa esfera, a legislação brasileira institui remédios para retornar o equilíbrio contratual, tais quais os presentes nos artigos 317 e 478 do Código Civil. Dessa forma, a eficácia da alocação de riscos se vê limitada aos fatos estarem dentro da esfera normal contratual, devendo isso também ser levado em conta na pactuação da cláusula de remédio único.

No mais, foi também analisada a possibilidade da renúncia antecipada do que consta no artigo 475 do Código Civil. Para isso, foi analisada a posição doutrinária de alguns autores como Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Giovanni Nanni, Débora Pereira Pinto Santos, Renato Berger e Pontes de Miranda.

A partir dessa análise, foi possível compreender que apesar de dividida a doutrina nacional, a mais recente considera a norma constante no art. 475 como norma dispositiva, não existindo óbices para a sua renúncia antecipada.

Dessa forma, se concluiu que a cláusula de *sole remedy* pode ser aceita pelo sistema jurídico brasileiro, apesar das possíveis limitações advindas do direito brasileiro, desde que sejam respeitados os limites dados à autonomia privada, tais

quais a ordem pública, a boa-fé e a função social do contrato, assim como respeite os limites da alocação de riscos em relação à álea normal do negócio, sendo também possível a renúncia antecipada desse direito.

Por fim, foi analisado de que forma a cláusula de remédio único pode se amoldar ao nosso direito. Nesse sentido, foi possível observar que a cláusula, no âmbito das fusões e aquisições, pode representar uma ferramenta para as partes, de antemão, reconhecer que compreendem que o inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias não se trata de inadimplemento absoluto capaz de ensejar a resolução contratual por meio do art. 475, mas sim que a indenização nesse caso já seria o suficiente para ressarcir as partes da perda ocorrida em relação a tal descumprimento.

Dessa maneira, constituindo uma forma de as partes darem previsibilidade ao seu negócio, auxiliando na diminuição de possíveis conflitos em relação a interpretação do inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias, a qual seria debatida em uma possível arbitragem ou processo judicial, evitando deixar as partes “reféns” da decisão de terceiros, decidindo aquilo que se amolda melhor aos seus interesses.

Sendo assim, esse último capítulo foi responsável pela análise da questão principal do presente trabalho: a possibilidade de recepção da cláusula de *sole remedy* pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. A conclusão foi clara, apesar de o sistema jurídico nacional impor limitações relevantes às condutas negociais, se essas forem respeitadas, não haverá óbices a recepção da cláusula de remédio único ao nosso Ordenamento, muito pelo contrário, pode o mecanismo contratual se amoldar ao direito como ferramenta poderosa para os contratantes evitarem possíveis futuros conflitos.

REFERÊNCIAS

ABLA, Maristela S. **Sucessão Empresarial: Declarações e Garantias – o Papel da Legal Due Diligence**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de.; ARAGÃO, Leandro S. Reorganização Societária. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. V, t. II.

_____. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2.ed., p. 150. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. **PROTEÇÃO DA BOA-FÉ SUBJETIVA**. Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.], v. 39, n. 126, p. 187–234, 2012. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/781>. Acesso em: 7 nov. 2023.

ANTUNES, Ana Filipa Morais. **Da irrenunciabilidade antecipada a direitos**, in “Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva”, vol. I, UCE, Lisboa, 2020, 79-111.

_____. **Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial**. In: in II Encontros de Direito Civil: A tutela dos credores, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 11-46.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 14ed., São Paulo: Atlas, 2010.

AVERY, Daniel, LAURY, Wilson. **Trends in M&A Provisions: Indemnification as an Exclusive Remedy**. Disponível em: <https://www.goulstonstorrs.com/publications/trends-in-ma-provisions-indemnification-as-an-exclusive-remedy/>. Acesso em: 31/10/2023.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O novo Código Civil brasileiro: tramitação, função social do contrato, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão e em especial onerosidade excessiva**. Cadernos de Direito, v. 4, n. 6, p. 09-22, 2004.

_____. **Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos**. Revista dos tribunais, ano 85, v.733, pp. 109-119, nov. 1996.

BANDEIRA, Paula Greco. **Os contratos incompletos e a soft law**. Revista dos Tribunais, v. 966, abr. 2016. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.08.PDF. Acesso em 09 nov. 2023.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas sole remedy, basket amout e no consequential loss**. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados, v.1/2, pp. 141 e ss. disponível em:

<https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2020/07/roa-online-ano-80-vol-iii-jan-jun-2020/>. Acesso em 25.10.2023.

BERGER, Renato. **Cláusulas “Sole Remedy” em Contratos de M&A Regidos pela Lei Brasileira**. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). *Fusões e Aquisições (M&A)*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

BOULOS, Daniel Martins. **Breves Comentários ao Art. 473 do CC Brasileiro**. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei da Liberdade Econômica**. Lei n, 13.874, de 20 de setembro de 2019.

BUNAZAR, Maurício. **A declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum**. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). *Coletânea de Artigos Jurídicos - Liberdade Econômica: O Brasil Livre Para Crescer*. Porto Alegre, 02 dez. 2019. p. 140 – 156. Disponível em: <https://aquanticacontabilidade.com.br/webfiles/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae21477cb.pdf>. Acesso em 15 nov. 2023.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil : contratos, volume 3 [livro eletrônico]**. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

COSTA, Cláudia Gruppi; e PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. **A Cláusula de Remédio Exclusivo e a Resolução do Contrato por Inadimplemento**. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). *Fusões e Aquisições (M&A)*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

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

CUNHA, Raphael Augusto. **O Inadimplemento na Nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato**; orientadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo*. São Paulo, 2015.

CURY, Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro. **Onerosidade excessiva em acordo de acionistas**. 2014. *Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-11022015-104811. Acesso em: 2023-11-17.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva: 1990.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 7, responsabilidade civil, 27 ed, São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 0, out./nov. 2007.

FERRAZ, Adriano Augusto Teixeira. FREITAS, Bernardo Vianna. AMARAL E SOUZA, Rodrigo. **Alocação de Riscos em Operações de M&A: Análise das Cláusulas de Ajuste de Preço e Indenização**. IN: Henrique Barbosa e Sérgio Botrel (Coords). Novos Temas de Direito e Corporate Finance. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FERRAZ, Patricia Sá Moreira de Figueiredo. **A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do código civil vigente**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-16052016-163448. Acesso em: 2023-10-05.

FERREIRA, Antonio Carlos. **A interpretação da doutrina do adimplemento substancial**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 18. ano 6. p. 35-60. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019.

FERRO, Marcelo Roberto; e SOUZA, Antonio Pedro Garcia de. **O desenho contratual nas fusões e aquisições e as disputas após o fechamento: limitações à luz do direito brasileiro**. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). Fusões e Aquisições (M&A). São Paulo: Quartier Latin, 2022.

FILHO, Osny da Silva. **Comentários ao artigo 3, inciso v: presunção de boa-fé e interpretação em prol da autonomia**. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro M. Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: Comentários. (Coleção IDiP). Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556276342. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276342/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

FILHO, Vicente de Paula Marques. e GIMENES, Amanda Goda. **Contrato de Escrow em Operações de Fusões e Aquisições Escrow Agreement in Mergers and Acquisitions Market**. Disponível em <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a02741932bb4c9d> >. Acesso em 26/10/2023.

FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites**. Revista de Arbitragem e Mediação, nº 45, São Paulo, p. 229-244, abr.- jun. 2015.

_____. **Contratos Empresariais, Teoria Geral e Aplicação**. 3. ed - São Paulo, Afiliada, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 2 : obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GIL, Fabio Coutinho de Alcantara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
doi:10.11606/T.2.2007.tde-24052011-143442. Acesso em: 2023-11-17.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

_____. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais**, Editora Saraiva, 9ª Edição, 2012, São Paulo.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 2 : Teoria Geral das Obrigações**. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, José Luís Dias. **A validade da(s) cláusula(s) de sole remedy nos contratos de distribuição comercial**. Revista do direito de responsabilidade. Ano 1. 2019.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado. Superando a Crise e Renovando Princípios, no Início do Vigésimo Primeiro Século, ao Tempo da Transição Legislativa Civil Brasileira**. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução Crítica ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LAW INSIDER. **Sole and Exclusive Remedy Sample Clauses**. Disponível em: <https://www.lawinsider.com/clause/sole-and-exclusive-remedy>. Acesso em: 24/10/2023.

LEÃO, Luis Gustavo de Paiva. **A quebra da base objetiva dos contratos**. 120 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 7. ano 3. p. 93-115. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

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

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais, Wanderley Fernandes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Princípios Contratuais**. In: FERNANDES, W. (Coord.). Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOVISARO, Ana Lúcia Lemos. **Dogmática Jurídica Romana: uma perspectiva válida para problemas atuais**. Revista de Direito UNIFACS, n. 244, 2020.

MACHADO, Martim Francisco Marques. **A resilição de contratos de distribuição : uma visão sobre o art. 473 do Código Civil**. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2023.

MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra dal Farra Napolini. **Os limites à liberdade na autonomia privada**. Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v.16, n.1, jan-jun, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão Contratual**. São Paulo: Almedina, 2020. E-book. ISBN 9788584935819. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935819/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. **Classificação dos contratos**. In: Direito dos contratos/G. H. JABUR E A. J. PEREIRA JÚNIOR (coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 21-50.

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. **Bring-down clause: notas sobre a cláusula de declarações e garantias no interim period**. IN: ADAMEK, Marcelo Vieira Von; e PEREIRA, Rafael Setoguti J.. (Coorgs.). Fusões e Aquisições (M&A). São Paulo: Quartier Latin, 2022.

_____. **Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento deferido**. In: VALVERDE TERRA, Aline de; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da

(Coord.). Inexecução das Obrigações. Vol. I. Rio de Janeiro. Processo, 2020. p. 741-762.

_____. **Execução diferida do contrato em operações de Fusões e Aquisições (F&A) de sociedades anônimas: análise de aspectos contratuais e societários.** 2021. 193 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 979, p. 215-241, maio 2017.

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://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601622/>. Acesso em: 07 nov. 2023.

_____. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II, 2ª edição.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 06 nov. 2023

_____. **Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo.** In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O risco contratual (e os significados do risco).** No prelo. 30 p. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore (Org.) ; PIRES, Catarina Monteiro (Org.) . Riscos no Direito Privado e na Arbitragem. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2023. 917p.

_____. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos.** Revista Direito GV, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005.

_____. **Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro.** Revista dos Tribunais n. 867, jan./2008., p. 11-51.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XXV, § 3.091, n. 17.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa.; CARVALHO DE MELO, Moisés. **A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS À LUZ DA JUSTIÇA COMUTATIVA ARISTOTÉLICA.** Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 22–38, 2020. DOI: 10.21680/1982-310X.2019v12n2ID18486. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/18486>. Acesso em: 5 out. 2023.

MOREIRA, David Luís. **Contratos de aquisição de participações sociais e as cláusulas de declarações e garantias**. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito | Escola do Porto, sob a orientação do Prof. Doutor José Engrácia Antunes, 2020.

NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2021. E-book. ISBN 9786555591934. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591934/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NEVES, Zulmar. **Anotações à Lei da Arbitragem: Comentários sobre a Autonomia da Vontade, a Boa-Fé Objetiva, Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral**. In: AZEVEDO, André Jobim de; SILVA, Eduardo Silva da; ZOUVI, Fabiano; MARQUES, Fabiana Lemos (coord.). *Dia gaúcho da arbitragem*. Porto Alegre: Magister, 2015. cap. 13.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito das obrigações**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502203204. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203204/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

NUNES FRITZ, Karina. **Revisão Contratual e Quebra da Base do Negócio**. Revista de Direito UNIFACS, n. 247, 2021.

PAIVA, Sergio Henrique Navarro; SANTOS, Matheus Carrasqueira; VIEIRA, Renan Garcia. **A TEORIA DA IMPREVISÃO E A TEORIA DO ROMPIMENTO DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO EM TEMPOS DE PANDEMIA**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 16, n. 16, 2020.

PARGENDLER, Mariana. **O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de|common law**. Revista Direito GV [online]. 2017, v. 13, n. 3 [Acessado 28 Outubro 2023], pp. 796-826. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201732>>. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201732>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. I.

PERINGER, Fernanda Linden Ruaro. **Paridade e simetria nos contratos empresariais: Análise das regras de interpretação na Lei de Liberdade Econômica**. 2022. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2022.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

PIRES, Catarina Monteiro. **Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios**. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. **Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único**. In: MONTEIRO, António Pinto; e [et al.]. A tutela dos credores. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2020.

PONTES, Evandro F. **Representations & Warranties no Direito Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2014.

ROCHA, Marina Cristina Schmaltz. **O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL COMO EXERCÍCIO DE JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GOI NIA, 2015.

SABADIN, Mariana Guerra. **Autonomia Privada e Licença para Mentir – Uma Investigação Sobre a Possibilidade de Limitação Contratual da Responsabilidade por Dolo**. 2015. 100 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Indenização e Resolução Contratual**. (Coleção IDiP). São Paulo: Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556275826. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275826/>. Acesso em: 09 nov. 2023.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos.; LOPES, Marília. **Notas Sobre a Responsabilidade Contratual do Alienante pela Violação das Cláusulas de Declarações e Garantias nos Contratos de Alienação de Participação Societária Representativa de Controle**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 24, p. 241-260, abr./jun. 2020.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHNEIDER, Daniela Patrícia. **Dano Patrimonial: dano emergente e lucros cessantes**, pp. 31-36. In: BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris A. (Orgs.). Dicionário de danos jurídicos [recurso eletrônico] - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. 234p.

SCHREIBER, Anderson. **A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras)**. Direito civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. 2020. 390p. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil**. Revista do Advogado (São Paulo), São Paulo, v. 68, p. 135-153, 2002.

SILVA, Rodrigo da Guia. **A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 995, p.129-155, set. 2018.

_____. **Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes**. Civillistica.com, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, p. 1-25, 2016.

_____. **Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva**. Revista da AGU, v. 16, n. 2, abr.-jun.2017.

SILVEIRA, Rubens Queiroz Morais **Prorrogação compulsória de contrato na hipótese de sua resilição unilateral**. Artigo (Pós-graduação Lato Sensu em Direito dos Contratos – LLM) - Insper. São Paulo, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil** – v. 2. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. I, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda imobiliária**. In: Terra, Aline de Miranda Valverde; Guedes, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). **Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. **Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano**. Revista Semestral de Direito Empresarial, [S. l.], v. 6,

n. 10, p. 107–150, 2012. Disponível em:
<https://www.e-publicacoes.uerj.br/rsde/article/view/76583>. Acesso em: 27 out. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado** / Sílvio de Salvo Venosa; coautora Cláudia Rodrigues. – 4. ed., – São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Direito civil: contratos**. 17.ed - São Paulo: Atlas, 2017.

VIOLA, Rafael. **INDENIZAÇÃO EQUITATIVA: UMA ANÁLISE DO ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL / EQUITABLE COMPENSATION: AN ANALYSIS OF ART. 944, SOLE PARAGRAPH OF THE CIVIL CODE**. REVISTA QUAESTIO IURIS, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 214–248, 2013. DOI: 10.12957/rqi.2013.9586. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/9586>. Acesso em: 13 out. 2023.

WAINSTEIN, Sandro Vugman; SILVA, Silvio Bitencourt. **FUSÕES E AQUISIÇÕES COMO UM FEIXE DE CONTRATOS**. Revista de Direito Tributário e Financeiro, v. 7, n. 1, p. 103-123, 2021.