

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXVI
n. 83, jan./jun. 2022

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

83



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



A CLÁUSULA DE *ENTIRE AGREEMENT* NOS CONTRATOS DE FUSÕES E AQUISIÇÕES*

68

THE ENTIRE AGREEMENT CLAUSE IN MERGERS AND ACQUISITIONS AGREEMENTS

Bruno Montanari Rostro

RESUMO

O artigo refere-se à cláusula de *entire agreement*, que tem se proliferado nos contratos de fusões de empresas e de aquisições de participações societárias celebrados em território nacional, fruto da importação do modelo contratual anglo-americano.

PALAVRAS-CHAVE

Direito empresarial; fusões e aquisições; acordo integral; liberdade contratual; intenção comum; interpretação contratual; boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The article refers to the entire agreement clause, which has proliferated in contracts for mergers of companies and acquisitions of equity interests concluded in national territory, as a result of the importation of the Anglo-American contractual model.

KEYWORDS

Business Law; mergers and acquisitions; entire agreement; contractual freedom; mutual intention; contractual interpretation; good faith.

* Trabalho de pesquisa apresentado em 2021 para obtenção de grau máximo na disciplina “Teoria Geral dos Contratos – Contratos de Aquisição Societária” do curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

Conceitualmente, a cláusula de *entire agreement* (traduzida para o português como acordo integral ou entendimento integral) constitui disposição contratual que afirma que o contrato escrito representa o acordo completo e final das partes e substitui todos os entendimentos informais ou escritos, assim como acordos orais, relativos ao objeto do contrato, que ocorreram antes de sua celebração (BJØRNSTAD, 2015). De modo sucinto, estipula que todo o contrato está contido no documento e que nada foi acordado fora dele, de modo que o acordo escrito contém todas as obrigações a serem cumpridas e substitui qualquer outra promessa ou entendimento que não esteja previsto no respectivo instrumento (MITCHELL, 2007, p. 131). Assim, todos os acordos, discussões, representações e garantias anteriores são fundidos pela cláusula, passando a inexistir garantias, representações, pactos ou acordos entre as partes, expressos ou implícitos, exceto aqueles expressamente estabelecidos no documento escrito.

Em particular, visa a estabelecer que nada dito durante as negociações se destina a ter qualquer efeito contratual, a menos que esteja registrado no documento. Quaisquer promessas ou garantias feitas no curso das negociações, que na ausência de tal cláusula poderiam em tese ter efeito, não terão força contratual. Basicamente, então, a convenção da *entire agreement* serve para afastar a eficácia de elementos extratextuais, tanto acerca do complexo de obrigações do contrato quanto para fins de interpretação do conteúdo do regramento contratual.

Esse tipo de cláusula possui assiduidade especificamente nos contratos de fusões e aquisições. Neles, as negociações são usualmente complexas e não giram apenas em torno do preço, podendo uma operação ser composta de diversas etapas até o fechamento (*closing*), inclusive com uma imbricada fase de auditoria (*due diligence*) e de avaliação da sociedade alvo (*valuation*). Além disso, geralmente, há diversas trocas da minuta até a assinatura. Também se tornou praxe a realização de uma série de declarações, garantias e previsões de indenizações específicas, a fim de alocar os riscos entre as partes envolvidas na transação. Assim, o contrato final possui status de principal documento da operação, naturalmente complexo e extenso, que visa a consolidar tudo o que as partes conseguiram ajustar durante as tratativas.

Entretanto, destaca-se que, desde o princípio, o estudo da aludida cláusula se trata de um tema de repercussão em todo o direito contratual, não se limitando a ser vista na perspectiva de uma cláusula exclusiva de contratos de fusões e aquisições.

Nos países de origem, de tradição da *Common Law*, trata-se de espécie de cláusula bastante difundida e comumente presente em todos os tipos de contrato celebrados por escrito, porque os instrumentos lá redigidos postulam ser autossuficientes em termos de disciplina e interpretação, isto é, pretendem ser uniformemente interpretados com base em seus próprios termos (CORDERO-MOSS, 2011). Por consequência, as partes têm o

costume de realizar longos e exaustivos contratos de todos os tipos (MITKIDIS; NEUMANN, 2017), os quais primam pela previsibilidade de situações futuras, até mesmo na tentativa de anteciparem os resultados de eventuais disputas em torno do respectivo contrato. É assim que acabam surgindo mecanismos de proteção do conteúdo escrito, nos quais se enquadra a cláusula de entendimento integral.

Portanto, a sua convenção não depende de uma determinada relação jurídica e, conseqüentemente, não está exclusivamente atrelada aos contratos de fusões e aquisições. Todavia, é exatamente em virtude da proliferação de contratos dessa natureza, nos extensos modelos formatados pelos países anglo-americanos, que a disseminação dessa modalidade de cláusula vem se estendendo por diversos países, inclusive no território brasileiro. E o resultado disso acaba sendo uma tensão a respeito do tratamento da cláusula, entre o nosso sistema e a cultura jurídica por detrás desses modelos, a qual merece ser solucionada.

Nesse contexto, tendo como pano de fundo os contratos de fusões e aquisições, este trabalho propõe o estudo da cláusula de *entire agreement* a partir do modelo jurídico anglo-americano em que ela é pensada, para assim conjugá-la com as normas de direito contratual brasileiro¹. Para tanto, a pesquisa divide-se em duas partes: a primeira visa a determinar as razões da origem da convenção da *entire agreement* nos países anglo-americanos, bem como a sua recepção pelo Direito brasileiro; e a segunda busca delinear as repercussões das funções desempenhadas pela respectiva cláusula à luz do ordenamento jurídico nacional.

2 A CONFIGURAÇÃO DA CLÁUSULA DE ENTIRE AGREEMENT NOS CONTRATOS DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

2.1 AS ORIGENS DA CLÁUSULA DE INTEGRAÇÃO NO DIREITO ANGLO-AMERICANO

Nos contratos de fusões e aquisições, a *Entire Agreement Clause* é corriqueiramente, senão sempre, inserida entre as chamadas *boilerplates clauses*, que dizem respeito a cláusulas-padrão incluídas em contratos escritos com pouca alteração nos seus termos, portanto, cuja redação normalmente é inserida em tais contratos como uma questão de estilo, à revelia de qualquer negociação entre as partes sobre o seu conteúdo.

A razão de ser está na vontade das partes em consolidarem em um só documento todas as obrigações, representações, garantias, alocações de riscos e afins, impedindo que outros elementos, precipuamente da fase negocial, sejam utilizados para incremento das obrigações e responsabilidades, assim como para interpretação dos termos do contrato. Logo, envolve a ideia de que, enquanto dedicadas a negociações e capacitadas para definirem suas obrigações e riscos contratuais, as partes, por meio dessas cláusulas, encontram uma maneira de regular os limites de interpretação dos dispositivos contratuais e obriga-

cionais. Dessa forma, os elementos que não constam na versão final e escrita do contrato estarão fora do âmbito de apreciação das partes e dos tribunais.

A doutrina (PENDEN; CARTER, 2007) compreende a existência de duas distintas versões da cláusula, a partir de suas potencialidades: a mais simples, que meramente afirma que o contrato escrito constitui todo o contrato, portanto, superando a ideia de que o contrato existente entre as partes poderia ser uma mescla do documento escrito com acordos verbais, assim como a ideia de que ainda poderiam ser eficazes acordos préteritos; e a outra, complexa, informando que estão no contrato redigido todas as representações e declarações que as partes confiaram, não havendo responsabilidade por aquilo que não estiver reduzido a termo. Embora ambas as conotações tenham um caráter excludente, esse traço se potencializa na modalidade complexa da cláusula: enquanto a primeira pretende regular o conteúdo e possivelmente também a interpretação do contrato, a segunda postula um reconhecimento de limites de confiança e exclusão de responsabilidades, ainda que sejam falsas ou equivocadas as representações ou declarações.

Em outras palavras, o objetivo da Entire Agreement Clause, ainda que de maneira indireta, é garantir que as declarações escritas ou orais anteriores ao contrato final não venham a dar origem a qualquer responsabilidade contratual.

70

Na sua origem, a cláusula surgiu da reação às incertezas conectadas à aplicação da *parol evidence rule* (MITKIDIS; NEUMANN, 2017, p. 191), que diz respeito, originalmente, à regra processual criada pelos tribunais britânicos do século XIX (ATIYAH, 1985, p. 459), difundida posteriormente no Direito americano e destinada a proteger as provas documentais contra elementos externos. A regra prosperou fortemente no direito contratual anglo-americano, com a finalidade de blindar os elementos textuais dos negócios jurídicos daqueles elementos extratextuais que viessem a lhe somar, contrariar ou alterar (CORBIN, 1944, p. 603-663), especialmente aqueles elementos orais que poderiam ser levados às Cortes para demonstrar intenções reais diversas das intenções declaradas por escrito. Conforme Patrick Atiyah (1985), a regra surgiu a partir da crítica acerca de buscar a real intenção das partes, porque se supunha que, se fosse possível a um sujeito negar que sua intenção aparente era sua intenção real, haveria muitos casos em que os tribunais aceitariam equivocadamente essa defesa. Segundo o jurista britânico, de acordo com essa regra, um contrato por escrito não deve ser alterado por provas orais de que ele não representa corretamente a intenção das partes. Relata Atiyah que o temor das Cortes era que se a *parol evidence rule* fosse enfraquecida, a vontade e a intenção de todo sujeito, por mais expressas que fossem, poderiam ser superadas, não por defeito na manifestação da vontade, mas contrariamente à própria intenção declarada².

De acordo com Farnsworth (2004, p. 414-415), pelo emprego da *parol evidence rule*, evita-se que a parte procure in-

troduzir provas das negociações prévias em um esforço para mostrar que os termos do acordo são diferentes dos escritos. Para o autor, a regra simplesmente afirma a primazia de um acordo subsequente sobre negociações anteriores e até mesmo sobre acordos anteriores, sejam orais ou escritos (Idem, p. 418). Afasta-se a possibilidade de compreender que declarações ou promessas feitas a uma das partes durante as negociações, que não sejam repetidas no documento escrito, possam ser contratualmente vinculantes. Assim, fundamentalmente, em uma concepção rígida (Hard-PER), o conceito da regra impede a utilização de elementos externos ao contrato, de qualquer tipo, para integrá-lo ou interpretá-lo.

Contudo, a realidade é que a metodologia geralmente adotada pelos tribunais para identificar se a *parol evidence rule* deve ser de fato aplicada no caso concreto, assim como as exceções que passaram a ser admitidas em torno da regra, a fizeram ser concebida de uma forma mais maleável (Soft-PER)³. Para a compreensão do contexto em que desponta a utilização da *Entire Agreement Clause* no direito anglo-americano, portanto, cabe resumir essa metodologia de aplicação da *parol evidence rule* e suas correspondentes relativizações.

É consenso que a aludida regra somente pode ser invocada quando os contratos escritos refletem a totalidade dos termos da contratação (MCLAUCHLAN, 2013, p. 527), ou seja, quando identifica-se que o contrato em questão é parcialmente escrito e parcialmente oral, a *parol evidence rule* já não tem mais aplicação. Assim, os tribunais seguem o padrão de, primeiramente, avaliar se o contrato está totalmente reduzido a escrito ou se há parte dele convenionada oralmente. Nesse plano metodológico, lança-se mão de elementos externos e não apenas do documento escrito para verificar qual era, de fato, a intenção das partes (Idem). Significa que, até mesmo para contratos identificados como integralmente escritos, a *parol evidence rule* não impede que, em um primeiro momento, a avaliação do intérprete se valha de circunstâncias externas ao documentado.

E somente na hipótese de o documento ser identificado como totalmente escrito no instrumento, então, é que a *parol evidence rule* será aplicada, para que todos os fatores externos sejam desconsiderados, operando-se enfim a interpretação dentro dos quatro cantos do contrato (*four corners rule*). Ou seja, o contrato será considerado inteiramente escrito somente quando os elementos extrínsecos suportem tal conclusão. Para Posner (1997, p. 535), isso significa que os tribunais procurarão provas extrínsecas capazes de sugerir que a escrita não está completa, tal como uma declaração oral de que o instrumento redigido se trata apenas de um memorando.

Além disso, conforme Farnsworth (2004, p. 429), mesmo quando identificado que o contrato é totalmente escrito, a *parol evidence rule* ainda pode ser relativizada, pois não se presta a afastar evidências que tenham o condão de comprovar a existência de incompletudes ou ambiguidades no documento, tampouco que permitam inferir ser a redação produto de violação à ordem pública, como nos casos de erro, fraude, dolo, coação e assim por diante.

Esse percurso a ser percorrido pelo intérprete, somado à relativização da *parol evidence rule* nas hipóteses em que prevalece a ordem pública, no entanto, passou a ser considerado fonte

de incertezas para as partes envolvidas em negociações quando da redação dos contratos⁴, e o recurso à cláusula de *entire agreement* foi tido como mecanismo para tentar resgatar a rígida essência da *parol evidence rule* (Hard-PER)⁵ (FARNSWORTH, 2004, p. 429). Nesse contexto, por meio da convenção de *entire agreement*, as partes externalizam que “aquele é o inteiro contrato” e que todas as obrigações ajustadas entre as partes estão somente ali incluídas e em nenhum outro lugar, assim como, por vezes, externalizam que apenas condicionaram a contratação às representações e às declarações levadas a termos, o que seria limite de responsabilidade entre as partes. As partes pretendem definir, portanto, que o contrato é todo escrito, para que não seja cogitada uma investigação da parte oral, sendo impróprio falar em parte escrita e parte verbal⁶.

Por consectário, as cláusulas de *entire agreement* passaram a ser empregadas para reforçar a *parol evidence rule* como mecanismo de identificação e defesa do conteúdo contratual, de maneira que, se for exequível, ela impedirá a consideração de qualquer evidência extrínseca que contradiga, modifique ou varie os termos contratuais⁷. Porém, embora umbilicalmente relacionadas, cabe dizer que ajustar e dar eficácia à cláusula de *entire agreement* não é o mesmo que aplicar a *parol evidence rule*, pois a regra baseia-se em uma inferência de que o contrato está contido no documento, enquanto a cláusula, como coloca Catherine Mitchell (2007, p. 137), é ostensivamente uma indicação das intenções das partes a respeito da aplicação da regra sobre o documento. Além disso, a cláusula de *entire agreement* pode se revelar muito mais ampla do que a *parol evidence rule*, ao prever a exclusão de certas responsabilidades uma vez conjugada com as cláusulas de garantias e declarações e de *disclaimer of reliance*.

Em posicionamentos mais rigorosos, tem-se a compreensão de que a cláusula de *entire agreement* não se trata de mera reprodução da *parol evidence rule*, pois, na presença da cláusula, qualquer tentativa de comprovar acordos verbais que foram realizados durante as negociações importa descumprimento do contrato. De acordo com Elisabeth Peden e John Carter (2007, p. 5), a cláusula faz mais do que prevenir ou remover a confiança em documentos outros, na medida em que as partes são impedidas contratualmente de tentar provar a existência de termos contrários ao documento escrito.

Destarte, em suma, percebe-se que a cláusula de *entire agreement* é um meio para expressar a intenção das partes de celebrar um contrato completamente integrado, em reforço à *parol evidence rule*. E, diagramado esse contexto de originação, cabe agora verificar como ela repercute dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e qual é sua amplitude de eficácia nos contratos de fusões e aquisições.

2.2 ANÁLISE DAS PERSPECTIVAS FUNCIONAIS À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

A partir de sua conceituação, a cláusula de acordo integral nos revela dois prismas funcionais relacionados com elementos extratextuais, quais sejam: a função de limitação da eficácia prescritiva de acordos pré-contratuais e a função interpretativa⁸ (MARTINS-COSTA, 2018, p. 436).

Em sua função interpretativa, seria dado às partes assumi-

rem a posição de condicionar a atividade heterônoma, impedindo que elementos externos e antecedentes ao contrato fossem também utilizados para definir o conteúdo do contrato. Assim, ao pactuarem entendimento integral, as partes procuram vedar a consideração dos documentos anteriores que não vieram a integrar o conteúdo do contrato com a finalidade de extrair o sentido das declarações negociais. Pretende-se conferir às partes uma impressão de que a interpretação do contrato estará confinada aos quatro cantos do documento (*four corners rule*), em detrimento de qualquer documento preliminar⁹ que possa facilitar o esclarecimento do regramento do negócio ou causar algum tipo de contradição, ambiguidade ou inexistência, de modo a fazer com que seja o documento escrito o único capaz de determinar o significado e a dimensão do conteúdo do regramento contratual. Para De Nova (2017), seria a imposição das partes sobre a metodologia de interpretação, visando a restringir o escopo de análise dos tribunais.

Com relação à função relacionada à limitação da eficácia prescritiva de acordos pré-contratuais, conforme dito, o entendimento integral prevê que as partes não podem se valer de nenhum documento ou declaração que não esteja expresso no instrumento contratual com o objetivo de gerar direitos, obrigações ou responsabilidades, visto que a cláusula ratifica a substituição de qualquer acordo que tenha sido realizado anteriormente. Espelha-se uma ideia de que, pela integração, as partes incorporam os termos definitivos do ato jurídico em um único documento. Ou seja, se todas as disposições contratuais devem ser encontradas no documento, não em outros lugares, quaisquer promessas que à revelia de tal cláusula poderiam ter efeito não terão força contratual. Consequentemente, todos os pretéritos acordos, discussões, representações e garantias são fundidos pela cláusula e, então, nada remanesce, exceto aquilo expressamente estabelecido no contrato. Assim é que a cláusula exclui eventual eficácia prescritiva dos documentos anteriores que não vieram a integrar o conteúdo contratual.

Em outras palavras, o objetivo da *Entire Agreement Clause*, ainda que de maneira indireta, é garantir que as declarações escritas ou orais anteriores ao contrato final não venham a dar origem a qualquer responsabilidade contratual. Isso seria justificado pelo fato das partes integrarem sua barganha no documento, na exata medida de suas concessões e de seus encargos. Então, à luz do ordenamento brasileiro, a cláusula de *entendimento integral pode ser entendida como operadora de espécie de novação, pela qual se cria obrigação para se extinguir obrigação anterior* (SABADIN, 2015, p. 79). Segundo Giorgio De Nova (2017, p. 41), a cláusula atesta que o contrato de fato está novando em relação a obrigações, representações e garantias anteriormente assumidas, pois as partes são livres para dizer que outros acordos existiram entre eles, mas é aquele contrato que os supera e resume a todos para gerar eficácia vinculante. E assim a ideia aqui compreendida é de que se as partes que de fato chegaram a um acordo em negociações pré-contratuais (em um memorando de entendimentos escrito, por exemplo) – que de outra forma constituíram um negócio jurídico – podem concordar posteriormente, em seu contrato formal e final, que tal acordo não deve mais ter efeito legal, ou seja, deve ser tratado como se as partes não tivessem a intenção

de criar relações jurídicas cujos efeitos seriam aqueles anteriormente queridos no pacto revogado.

A *priori*, portanto, a cláusula afasta os instrumentos oriundos das negociações como fonte de deveres, direitos e obrigações, fazendo com que qualquer acordo fora do contrato não seja exequível. Diz-se “*a priori*”, porque, no Direito brasileiro, algumas limitações à eficácia da cláusula decorrem da própria lei e não podem ser superadas pela vontade das partes. Nesse sentido, o principal temperamento da função limitativa da eficácia prescritiva será feito pelas regras de ordem pública, notadamente, pela boa-fé objetiva. Conforme refere Mariana Sabadin (2015, p. 79), mesmo que a cláusula determine a substituição de todos os acordos e comunicações havidos anteriormente, não constitui mecanismo hábil para suplantar a observância da boa-fé.

Sobretudo, não será a novação causada por dita cláusula suficiente para afastar as consequências da boa-fé objetiva quando há *comprovadas tratativas pré-contratuais fundadas na existência de determinados aspectos do objeto do negócio que acabaram por não ser contemplados nas declarações e garantias* (Idem) do contrato final. Então, uma vez constatado, segundo a boa-fé, que determinado instrumento pré-contratual ainda vincula as partes pela confiança depositada em determinada declaração, como pode ser, por exemplo, o caso de um *non-disclosure agreement* que não se encontra excetuado no contrato, mas possui intensidade suficiente para determinar o comportamento das partes, o documento passará a ser tratado como integrante do contrato definitivo, não sendo atingido pela convenção do acordo integral. Para tanto, basta que esse acordo lateral seja consistente com o contrato final¹⁰.

Também, ainda que não contemplados expressamente pelo definitivo documento escrito, será possível identificar deveres anexos decorrentes da função jurígena da boa-fé, independente de declaração de vontade, inafastáveis pela previsão de acordo integral, especialmente quando relacionados com a proteção e a cooperação entre as partes, visando ao adimplemento contratual e ao atendimento das expectativas legítimas dos contratantes¹¹.

Assim, vale a conclusão de De Nova (2017, p. 13), para quem os contratos de compra e venda de participação societária são contratos muito detalhados e tendencialmente autossuficientes, que, ao menos em linha de princípio, não precisam ser integrados. Porém, tal discurso, naturalmente, vale nos limites em que não se está diante de normas imperativas, como é o caso da boa-fé.

Além disso, quando a cláusula não somente visa a afastar outras fontes de direitos e obrigações que não o próprio contrato, mas também a prevenir responsabilidades por declarações, garantias ou representações que não constam no documento escrito, ela não será eficaz em afastar a responsabilidade na presença de fatores deformadores do consentimento.

Judith Martins-Costa (2012, p. 115-143) e Mariana Sabadin (2015) tratam da questão conjugando a cláusula de *entire agreement* com a cláusula de *disclaimer of reliance*, que responderia a uma espécie de *entendimento integral* – que tem por finalidade esclarecer e bem delimitar quais informações prestadas ao longo das tratativas entre os contratantes foram verdadeiramente indispensáveis para o convencimento

destes a respeito da conclusão do contrato (SABADIN, 2015, p. 53), *eximindo o declarante de responsabilidade por quaisquer outras informações disponibilizadas durante as tratativas e descartadas de comum acordo entre as partes* (Idem, p. 85). De acordo com Mariana Sabadin, *não podem as partes lançar mão do modo de redação do contrato como ferramenta para evitar interferências da própria lei ou obter resultados contrários às regras e princípios fundamentais do ordenamento jurídico* (Idem, p. 67). E aquilata a autora:

Tem-se, destarte, que, a princípio, em havendo uma declaração falsa ou imprecisa, que (I) tenha sido prestada na etapa pré-contratual (misrepresentation); (II) tenha sido decisiva para a formação do consentimento em prol da conclusão do negócio; e (III) não tenha sido reproduzida nas declarações e garantias (i.e., no corpo do contrato), pode a parte declaratória procurar judicialmente o desfazimento negocial e/ou ressarcimento de perdas e danos (por meio de uma misrepresentation claim), contemple o contrato uma cláusula de entendimento integral ou não. (SABADIN, 2015, p. 51-52)

Desse modo, a *Entire Agreement Clause* não terá o poder de excluir ou limitar a responsabilidade do declarante por falsas ou equivocadas declarações nem direitos do declaratório no mesmo contexto¹², pois o fato de ter o declaratório confiado nas informações falsas ou imprecisas trata-se de elemento essencial para a existência de responsabilidade do declarante (Idem, p. 53), e isso não pode ser derogado por vontade das partes.

É essa a amplitude da eficácia da cláusula de *entire agreement* no tocante à limitação de eficácia prescritiva dos elementos extratextuais.

Dito isso, é preciso reconhecer que, embora exista uma distinção entre as funções de limitação da eficácia prescritiva de acordos pré-contratuais e de interpretação – a primeira com a premissa de substituir obrigações assumidas no curso das negociações ou disposições que as partes já haviam ajustado, em uma espécie de novação, e a segunda com a premissa de orientar a interpretação judicial –, a realidade é que há um liame em que ambas as funções da cláusula acabam remetendo-se à interpretação contratual. Isso porque, pelo seu viés interpretativo, está plasmado na cláusula que a discussão se centra na possibilidade de as partes limitarem a interpretação heterônoma do contrato. Pelo seu viés prescritivo, há também a relação com a hermenêutica na medida em que será a interpretação do contrato responsável pela identificação e eventual preenchimento de conteúdo do contrato (NITSCHKE, 2019), ou seja, por definir quais obrigações, deveres e garantias estão presentes na relação jurídica. Será a partir da interpretação do negócio jurídico, então, que poderá ser vislumbrado se o contrato final escrito, de fato, substitui todas as obrigações e todos os termos determinados pelas partes no curso das negociações.

3 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL: CONTRAÇÃO DA FUNÇÃO HERMENÊUTICA DA ENTIRE AGREEMENT CLAUSE

3.1 COGÊNCIA DAS NORMAS INTERPRETATIVAS EM FUNÇÃO DO POSTULADO NORMATIVO DA INTENÇÃO COMUM

Uma vez submetido à atividade hermenêutica, resta saber, de acordo com as regras legais vigentes no Direito brasileiro, como devem ser interpretados os contratos de fusões

e aquisições que contêm a cláusula de acordo integral, precisamente, se a respectiva cláusula tem o condão de obstar a utilização de elementos externos, além do texto contratual, na verificação do conteúdo do contrato, retirando-lhes qualquer relevância ou eficácia no regramento do contrato. A questão importante será identificar se a *Entire Agreement Clause* deve ser aplicada em conformidade com sua origem histórica quando utilizada dentro do contexto das leis brasileiras ou se necessita ser adaptada e interpretada.

A começar pela premissa de que pelo entendimento integral as partes pretendem orientar a atividade de interpretação heterônoma do contrato, ter-se-á necessariamente de reputá-la como uma regra convencional de interpretação. Sobreleva, portanto, a liberdade contratual das partes, tema que recebeu forte atenção recentemente pela alteração do Código Civil a respeito dos dispositivos de interpretação contratual, a partir da vigência da Lei de Liberdade Econômica (n. 13.874/19), que passou a prescrever no §2º do art. 113 que *As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei*; e no inciso I do art. 421-A que *as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais [...] (BRASIL, 2019).*

Por serem os contratos de fusões e aquisições na maior parte das vezes amplamente negociados e assessorados por advogados, as partes, com maior propensão se valerão de regras particulares de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos contratos. Porém, a aplicação sistemática dessas regras ainda as mantêm vinculadas com os postulados de interpretação, com as normas cogentes e com os cânones interpretativos inderrogáveis, contexto no qual identificam-se dois grandes obstáculos impostos à autonomia das partes em estabelecer pautas de interpretação de contratos de fusões e aquisições a partir da cláusula de *entire agreement*, ambos relacionados entre si, quais sejam: os limites (i) da cogência das normas de interpretação, em virtude (ii) do postulado normativo da intenção comum e seus acessórios princípios da ultraliteralidade e da boa-fé objetiva.

Conforme afirma Francisco Marino (2011), determinadas regras legais não traduzem meros conselhos ou diretivas ao intérprete, possuindo caráter imperativo, de modo que *as leis enumeram regras de interpretação com o intuito de resolver o problema político da interpretação [...]. Por essa razão, as regras legais de interpretação, apesar de extraídas da experiência, são impostas e não meramente sugeridas (MARINO, 2011, p. 72).* No mesmo sentido, refere Judith Martins-Costa (2018, p. 436) que *os cânones hermenêuticos legais integram o Direito brasileiro, não sendo sua aplicação de escolha do intérprete, que deve respeitá-los.*

No exame da questão, a inderrogabilidade da norma e, portanto, o limite ao entendimento integral parte da ideia de que o art. 112 do Código Civil de 2002¹⁵ (CC/2002) estabelece um inarredável postulado de interpretação, que é o postulado normativo da intenção comum. Em outras palavras, significa que o art. 112 reconhece que a intenção comum, ou seja, a vontade expressa na declaração a respeito daquilo com que as partes quiseram se vincular é o objetivo visado pela atividade interpre-

tativa, e é ela que exprime o acordo de ambas as partes acerca do regulamento de interesses convencionados (NITSCHKE, 2019, p. 450), em vista do fim almejado pelo negócio, não sendo suscetível de modificação pela vontade das partes (SILVA, 2021, v. 2, p. 397-415).

À luz do CC/2002 e de sua teoria do negócio jurídico (da declaração de vontade), solidificou-se a intenção comum do art. 112 como o consenso das partes sobre o conteúdo e a disciplina do contrato destinados à realização de um certo fim, que se volta ao regulamento a ser por elas observado e que se expressa nesse regulamento (NITSCHKE, p. 450). Basicamente, é o sentido da disciplina contratual criada pelas partes no exercício da autonomia privada: aquilo que se extrai da vontade manifestada e está no conteúdo do contrato, importando, então, o que se quis enquanto declarado (Idem). Ou, como perfeitamente se pode importar da doutrina de Domenico Barbero (1958), trata-se a intenção comum da reunião de vontades para perseguição de uma consciente finalidade (*scopo*), isto é, como se dá a representação intelectual de um objetivo (finalidade do contrato) e as ações e condições para consegui-lo (conteúdo normativo) (MESSINEO, 1968, p. 134).

[...] se, em essência, a cláusula de entendimento integral é uma declaração de fato, como tal pode ser falsa, então o contexto pode ser importante para determinar se ela é a genuína expressão da intenção das partes ou não.

Não se trata, logo, de uma intenção subjetiva nem absolutamente objetiva, mas intersubjetiva (NITSCHKE, 2019, p. 450) e, por isso, exteriorizada no conteúdo contratual. É intersubjetiva, pois parte da declaração de duas vontades distintas que são amalgamadas e objetivadas (externalizadas) na declaração negociada como uma, apenas. Assim, sendo a fusão das vontades individuais manifestadas na declaração negociada, o art. 112 expressa a relação necessária entre vontade, que é conteúdo, e declaração, que é continente, de modo que se uma dada vontade não foi declarada ou não houve consenso sobre ela, não é possível tomá-la em consideração, ou seja, não é possível conhecer o conteúdo se não existe o continente (ALVIM NETTO, 2004). Nessa acepção, a interpretação se pauta nos dois elementos estruturais do negócio jurídico: um interno, que é a vontade, e outro externo, que é a declaração¹⁴ (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 446). Portanto, a intenção comum, nessa conjuntura, assume relevo de fundamento e finalidade da hermenêutica contratual, materializando-se como norma diretiva geral e fundamental da interpretação para extrair o significado da declaração de vontade (MESSINEO, 1968).

Essa importância faz com que a intenção comum se materialize em um aspecto funcional e transcendental, que é de orientar a atividade do intérprete na aplicação das regras e dos princípios de interpretação (SILVA, 2021). É uma diretriz metodológica (NITSCHKE, 2019) hermenêutica estruturante de toda a interpretação contratual, de maneira que as normas que lhe seguem não podem ser desconsideradas ou a ela desconsiderar. Trata-se, portanto, daquilo que Humberto Ávila (2011) defi-

ne como “metanorma”, a norma que faz convergir a ela outras regras e princípios de interpretação.

Especificamente, dois princípios vinculados com a intenção comum restringem a eficácia hermenêutica da *Entire Agreement Clause*: a ultraliteralidade, que exatamente determina superar o texto do contrato para examinar o contexto (IRTI, 1996), e a boa-fé objetiva, na sua função hermenêutica, que permite buscar o sentido do contrato na totalidade das circunstâncias da negociação, sobretudo, valorizando o que ocorre antes da contratação (BETTI, 2003, p. 198). Esses são critérios a serem necessariamente adotados para reconstituir o processo genético da intenção comum das partes, enquadrando a declaração negocial na totalidade das circunstâncias. Isso significa que a busca da intenção comum será pautada pelo respeito às expectativas legítimas criadas pelas partes a partir do que conjuntamente compreenderam em face do contexto negocial. Tudo isso remete à conclusão de que, para nosso Direito, essa intenção comum não se extrai apenas do texto escrito, pois a vontade contida no negócio jurídico é resultante da consideração de todas as circunstâncias relevantes, devendo ir além do texto e não admitindo interpretação que afaste as expectativas legítimas das partes (SILVA, 2021). Como refere Caio Mário Pereira (1992, p. 35):

[...] para o negócio jurídico, o que tem de procurar o hermenêuta é a vontade das partes. Mas, como se exprime ela pela declaração, viajará através desta, até atingir aquela, sem deixar de ponderar nos elementos exteriores, que envolvem a formação do contrato, elementos sociais e econômicos, bem como negociações preliminares [...], fatores todos, em suma, que permitam fixar a vontade contratual

Resumindo, então, de acordo com Luís Renato Ferreira da Silva (2021), o âmbito de liberdade contratual das partes está circunscrito à deliberação sobre regras de interpretação, mas não sobre princípios e postulados normativos (SILVA, 2021). Para o mestre, conseqüentemente, o poder das partes arrefece se essas pretenderem que nenhuma cláusula poderá ser interpretada por elementos externos à letra contratual, na medida em que tentarão desconsiderar princípios hermenêuticos. E assim, considerando que os arts. 112 e 113 do Código Civil de 2002 trazem postulados e princípios de interpretação de todos os contratos, por silogismo, esses deverão ser observados na interpretação dos contratos de fusões e aquisições mesmo quando esteja convencionada cláusula de acordo integral (MARTINS-COSTA, 2018, p. 436), perdendo eficácia a função hermenêutica da cláusula quando essa desafia a livre admissibilidade de evidências extrínsecas para esclarecimento do regimento contratual¹⁵.

A respeito do tema, é importante destacar que essa ideia de interpretar o entendimento por meio do concorde das partes (a intenção comum), e não de intenções isoladas, é perfeitamente conciliável com os contratos de fusões e aquisições. Basta pensar que os respectivos contratos, na maioria das vezes, são extremamente complexos e negociados por longo período, contando com inúmeras concessões e adaptações de parte a parte antes de sua formalização, sendo difícil ao intérprete, senão impossível, identificar o declarante e o declaratório do conteúdo contratual e, assim, estabelecer uma interpretação conforme intenção de um ou outro, como seria dado no esquema tradicio-

nal e mais simples da oferta e aceite.

Segundo De Nova (2017, p. 100-101), *prima facie*, todas as negociações, as declarações e os acordos prévios, escritos ou orais, poderão ser considerados irrelevantes, pois, naturalmente, a intenção é comprovada principalmente pelo texto do contrato e muitas vezes o texto é suficiente para tanto. Contudo, isso não impede que as comunicações, documentos e qualquer etapa anterior à formalização das negociações sejam importantes recursos de prova a respeito do conteúdo do contrato em que confiaram as partes, quando o texto do contrato escrito não se mostrar bastante¹⁶. Em decorrência disso, [...] é possível que se lance mão de elementos pré-contratuais (i.e., referentes ao processo de formação da obrigação contratual) para se proceder à contextualização e à interpretação do contrato, ainda que este contenha previsão de entendimento integral (SABADIN, 2015, p. 79)¹⁷.

Em recente julgamento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS)¹⁸ deixou bem aparente o processo hermenêutico de analisar todo o contexto negocial antes de ratificar o acordo integral ajustado entre as partes.

Examinava o tribunal gaúcho um caso em que as partes negociavam formas de estruturação para expansão de negócios no Estado, no qual o autor postulava indenização sob a premissa de ter havido fusão empresarial, em que uma das rés teria adquirido e incorporado sua empresa, e ele passado a deter participação do capital social da respectiva ré¹⁹. Todavia, a sentença e o acórdão julgaram improcedente a ação.

O tribunal avaliou que, de fato, havia interesse da ré em constituir uma empresa no Estado e que o autor tinha demonstrado interesse em participar do projeto, tendo as partes iniciado tratativas. Depois, o tribunal analisou todas as comunicações trocadas entre as partes e os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, para aferir se havia ou não sido concluído e implementado o modelo de fusão. Enfim, depois de toda perquirição acerca da fase negocial, compreendeu-se que as partes optaram por firmar diversa espécie de negócio jurídico, precisamente, um contrato de prestação de serviços, no qual haveria entendimento integral ratificando que foi aquele o único contrato que celebraram²⁰.

Portanto, em linha com o exposto, o tribunal, ao invés de desconsiderar de plano toda a negociação em face da existência da cláusula de *entire agreement*, adequadamente percorreu todas as tratativas das partes a respeito do modelo de negócios que poderia ser implementado com a união das empresas e de seus sócios para, aí sim, confirmar que a cláusula de integração refletia, de fato, a intenção comum das partes a respeito da prestação de serviços.

3.2 DESCONSIDERAÇÃO ABSOLUTA OU MERA RELATIVIZAÇÃO DA CLÁUSULA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE FUSÕES E AQUISIÇÕES?

Toda essa construção remete a uma ideia de que a *Entire Agreement Clause* não é conclusiva no sentido de afirmar que o contrato é somente aquele conteúdo escrito, nada além do escrito, que tanto contém o inteiro acordo das partes quanto supera e o distingue de todos os eventuais acordos precedentes. Isto é, chega-se a uma compreensão de que a presunção de

acordo integral produzida por tal cláusula é somente *relativa*, não possuindo o condão de excluir evidências que busquem revelar a verdadeira intenção declarada das partes e, mais fortemente, pretendam comprovar a existência de vícios do negócio.

É importante que se enfatize isso. Para nosso direito, a relativização da cláusula de entendimento integral não está intrinsecamente relacionada à presença de elementos deformadores da vontade ou a vícios de consentimento. A relativização da cláusula é também decorrência da necessidade de identificar o conteúdo do contrato que as partes confiaram, e mesmo as obrigações vinculantes entre as partes, ainda que ocorram por documentos paralelos ou pré-contratuais que não perderam eficácia com o contrato, tudo isso sem ter havido erro ou dolo²¹.

É de se dizer, inclusive, que nem mesmo em países da *Common Law* essa relativização ganha entornos apenas na presença de vícios no contrato. Como coloca David McLauchlan, *afora as questões óbvias de coação, dolo e barganha injusta, a parte que assina um documento contendo os termos contratuais ainda tem a defesa de que ele simplesmente não concordou com os termos em questão*²². Nesse panorama, deve-se questionar o que significa a relativização e se ela torna completamente inoperante a cláusula de *entire agreement* nos contratos de fusões e aquisições em nosso Direito.

Para responder negativamente, é importante ressaltar as seguintes decorrências da cláusula.

Primeiramente, o postulado normativo não permita excluir ou ignorar documentos ou comportamentos anteriores ao contrato que revelem a verdadeira intenção contratual das partes, dando-lhes efeitos. Mesmo que o Direito brasileiro seja orientado a considerar relevante aquilo que precedeu o contrato, como diz De Nova (2007): *aos fins interpretativos certamente a cláusula conduz o intérprete a concentrar atenções sobre o texto contratual em vez de documentos diferentes do contrato*²³. Para o autor italiano, a *entire agreement* não dita propriamente regras interpretativas, mas é destinada a dar relevância e a proteger o texto contratual, principalmente, de manipulações interpretativas.

Em segundo lugar, a cláusula se materializa como presunção *relativa* de que o contrato escrito, de fato, representa a vontade das partes e acolhe todas aquelas obrigações, sendo o texto o mais forte dos indícios da intenção comum no momento da celebração (FORGIONI, 2019, p. 241). Conforme afirma Paula Forgioni, [...] *o contrato é reduzido a termo escrito com todas as suas formalidades, pois a letra do contrato faz surgir a presunção do que foi efetivamente ajustado pelas partes, constituindo o instrumento um meio de prova daquilo que restou acordado no momento da vinculação* (Idem, p. 239).

Entretanto, a mera existência desse tipo de cláusula é incapaz de se impor com inequívoco efeito persuasivo. As provas relevantes para mostrar a intenção por detrás da *Entire Agreement Clause* acabam não sendo impedidas pela própria cláusula. Diante de todas as particularidades do caso concreto, a intenção comum pode ser revelada por outros fatores que não apenas o contrato. Na esteira do que afirma, Forgioni (2019) também adverte que *o fato de o instrumento ser forte indício da intenção comum das partes no momento de sua assinatura não significa ser impossível que [...] tenham acertado*

do coisa diversa ou que seu escopo tenha sido outro. Embora raro, isso pode ocorrer e deverá ser considerado pelo intérprete (FORGIONI, p. 257).

Então, a busca pela intenção consubstanciada na declaração de vontade, que parte do texto contratual, acaba por insinuar que o empresário racional concordou com o texto do contrato porque aquilo expressava sua intenção. E *diante do pressuposto de racionalidade do agente econômico, a derrocada da presunção de que ele concordou com aquilo que assinou não é tarefa simples* (FORGIONI, 2019, p. 257), havendo necessidade de provas firmes para autorizar a desconsideração da palavra escrita, sobretudo quando é resultado de intenso processo de barganha e redigida por especialistas, como ocorre nos contratos de fusões e aquisições.

[...] pode-se afirmar que a Entire Agreement Clause nos contratos de fusões e aquisições possui uma importante função de consolidar a revogação e a substituição das obrigações e responsabilidades que as partes entendem estarem superadas ao término das negociações [...]

A força da presunção da completude, naturalmente, varia de acordo com as circunstâncias de cada caso. Pela natureza dos contratos de fusões e aquisições, e a forma complexa e detalhada do documento, será quase irresistível a conclusão de que o documento contém, de fato, todo o contrato (MCLAUCHLAN, 2013). Entretanto, conquanto seja tendência de menor recorrência nessa modalidade, pela complexidade de cláusulas redigidas por advogados, extensamente negociadas, não importa excluir a conclusão de que a cláusula busca refletir, pela declaração, uma realidade de fato, e como tal pode não ser verdadeira (Idem).

Para tanto, não se pode desconsiderar que a *Entire Agreement Clause* é tipificada como *boilerplate clause*, seguindo redação similar em distintos contratos, independentemente das variáveis dos termos escritos, sem conter a verdadeira representação nela expressa²⁴. Conforme exemplifica McLauchlan (2013), basta pensar que muitas vezes as partes não reduzem a termo algum ajuste porque não querem mais aditar os termos do contrato, mas estão em consenso sobre aquilo que não compôs a parte escrita. Ainda, a prova pode indicar que certa disposição tenha ficado de lado porque uma parte estava relutante em alterar a forma do contrato, mas assentiu com a respectiva disposição; ou talvez haja pouco tempo e as partes estejam ansiosas para fazer o acordo; ou as negociações podem ter sido delicadas e, portanto, pode-se temer que uma insistência em colocar tudo por escrito coloque em risco o acordo.

Por menos recomendável que isso seja, ainda assim há elementos de confiança que devem ser tutelados pelo Direito e não podem ser desconsiderados por uma cláusula que geralmente mantém um formato padronizado e dificilmente, senão jamais, é negociada.

Certamente, o detalhamento da cláusula de *entire agreement* passa a dar concretude maior àquilo que as partes ajustaram, aumentando a probabilidade de manter a apuração do conteúdo do contrato dentro dos termos escritos. Mas, mesmo

assim, como refere Arthur Corbin (1944, p. 603), nenhum documento escrito pode, por si só, ser determinante na questão de saber se é de fato um contrato, quanto mais o registro completo de um contrato, por mais longo e detalhado que seja.

Consoante David McLauchlan, *a mera prova da realização de promessas ou representações orais não significa que elas foram destinadas a ser legalmente vinculantes. Sua exclusão do documento indica de fato que eles não foram pretendidos*²⁵. Por outro lado, o autor defende que a não inclusão de um termo alegado na escrita nunca deve ser considerada conclusiva sobre a intenção das partes de excluí-lo de seu contrato, porque outras evidências podem demonstrar que determinada obrigação faz parte do contrato (MCLAUCHLAN, 2013, p. 528).

Fundamentalmente, saber se o contrato está inteiramente contido nos termos escritos é uma questão de fato, não se trata apenas de interpretar o documento escrito em si. Conforme já referido, se, em essência, a cláusula de entendimento integral é uma declaração de fato, então o contexto pode ser importante para determinar se ela é a genuína expressão da intenção das partes ou não. Isso significa que o documento conter uma declaração expressa de que registra todos os termos acordados não prova que o documento em si é realmente tão completo. Assim, para determinar essa questão verdadeiramente, todas as evidências relevantes são admissíveis.

Por conseguinte, a referida cláusula se trata de apenas um dos fatores a serem considerados para determinar se há um acordo integral no contrato escrito. Evidentemente, as partes de um contrato são perfeitamente capazes de concordar sobre quais são e quais não são os termos de qualquer contrato a eles vinculante, mas não é possível que a cláusula de *entire agreement* seja eficaz para excluir todas as outras provas sobre essa matéria de fato. Materializa-se como uma forte evidência, mas não há nenhuma razão válida para que deva ser considerada conclusiva (MCLAUCHLAN, 2013).

O corolário lógico, destarte, confere à cláusula a função de sustentar uma presunção, conquanto refutável, de que o documento escrito se trata, realmente, de todo o contrato²⁶.

4 CONCLUSÃO

De todo o apanhado, pode-se afirmar que a *Entire Agreement Clause* nos contratos de fusões e aquisições possui uma importante função de consolidar a revogação e a substituição das obrigações e responsabilidades que as partes consideram superadas ao término das negociações, isto é, que não mais compartilham no momento da contratação final. Ademais, constitui mecanismo que, para fins de interpretação contratual, pretende fazer prevalecer o texto contratual sobre elementos não expressos no documento escrito.

No entanto, a despeito da idealização da cláusula de *entire agreement*, principalmente na sua perspectiva de origem no direito anglo-americano e em reforço à *parol evidence rule*, a realidade é que ela não é recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma suficiente para eliminar toda e qualquer responsabilidade contratual que não esteja embasada nas declarações e nas representações do contrato escrito, notadamente quando a isenção da responsabilidade afronta preceitos da ordem pública ou quando as obrigações decorrem da observância

de tais preceitos, tal como da boa-fé objetiva.

Além disso, a cláusula de entendimento integral não tem o condão de evitar a verificação do conteúdo e da disciplina contratual a partir de elementos extratextuais. A atividade hermenêutica, ainda que na presença da cláusula, será pautada pela finalidade de buscar a intenção comum das partes, sobressaindo essa intenção comum como postulado normativo da interpretação contratual não passível de derrogação, que, em plano superior, cumpre seu papel de estruturar o modo de aplicação de todos os princípios e regras da hermenêutica, de modo a atrair, necessariamente, a incidência dos cânones interpretativos da ultraliteralidade e da boa-fé objetiva, os quais são diametralmente opostos à ideia de que a hermenêutica contratual se limita à análise do texto do documento final.

Nesse contexto, a respectiva cláusula será compreendida como uma consistente sinalização das partes, embora não absoluta, de que o contrato escrito de fato representa a intenção comum, i.e., a vontade contratual exteriorizada, e que nenhuma outra declaração negocial tem o poder de vinculá-las. Trata-se, por conseguinte, de uma questão de construção da qual a *Entire Agreement Clause* faz parte como forte indício probante, em que seu caráter excludente, todavia, passa a ser mitigado em ambos os seus prismas funcionais, seja de limitação de eficácia prescritiva de documentos pré-contratuais, seja de interpretação.

Portanto, é possível apreender que, nos contratos de fusões e aquisições com cláusula de acordo integral, o intérprete ainda assim estará autorizado a percorrer toda a fase negocial na busca de elementos extratextuais, tais como memorandos de entendimento, cartas de intenções, comunicações etc., para determinar aquilo no que as partes, efetivamente, quiseram se obrigar em vista da satisfação de seus interesses recíprocos.

NOTAS

- 1 A ideia parte da proposição de Giorgio De Nova (*in* *The sale and purchase agreement: un contratto commentato*. Turim: Giappichelli, 2017, p. 11), para quem o estudo dos contratos de compra e venda de participação societária (*Sale and Purchase Agreement*) deve ter em conta os conceitos e as categorias do mundo jurídico em que ele foi desenvolvido, para então poder ser requalificado e conciliado o seu modelo com as normas do direito nacional.
- 2 Traduzido e adaptado do original: [...] *every man's will and intention, however expressed, would be liable to be defeated, not, as now sometimes the case, by his own defective expression of that will, but contrary to his own plainly declared intention*. (ATIYAH, 1985, p. 460).
- 3 A distinção entre Hard-PER e Soft-PER é adotada por Eric Posner ao analisar as eficiências das formas com que os tribunais se posicionam a respeito da aplicação da *parol evidence rule*: "Two stylized, polar positions can be distinguished. Under what I will call the "hard-PER", the court generally excludes extrinsic evidence and relies entirely on the writing. Under the "soft-PER", the court gives weight both to the writing and to the extrinsic evidence". (POSNER, 1997, p. 534).
- 4 Segundo Mitkidis e Neumann, enquanto nos países de tradição da *civil law* a segurança dos contratantes advém da codificação legal, em países da *common law* a previsibilidade e a certeza das partes são asseguradas pela *parol evidence rule* (MITKIDIS; NEUMANN, 2017, p. 188).
- 5 No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. Os Regimes do Dolo Civil no Direito Brasileiro: Dolo Antecedente, Vício Informativo por Omissão e por Comissão, Dolo Acidental e Dever de Indenizar, Revista dos Tribunais, v. 923, set./2012, p. 139.
- 6 Assim afirmam Penden e Carter (2007, p. 3): "The possibility that a contract might be found to be partly oral and partly written helps to explain why

- entire agreement clauses are so common in commercial contracts. Rather than leave the issue open for debate, an entire agreement clause is inserted to provide a degree of certainty*".
- 7 Eric Posner (1997, p. 556) refere que, pela complexidade, os contratos de compra e venda de empresas deveriam ser submetidos à fórmula da Hard-PER, pois, em face do grande número de declarações feitas durante as negociações, portanto, fora do contrato, é mais provável incorrer em execução judicial errônea de algumas dessas declarações. E devido ao alto valor da transação, tais erros são demasiadamente custosos.
 - 8 Judith Martins-Costa trabalha o tema sob o prisma da "eficácia prescritiva" (criadoras de direitos, deveres, responsabilidades) e da "eficácia hermenêutica" (auxílio de alcance do significado e extensão da eficácia prescritiva) dos elementos extratextuais, referindo ser possível excluir a eficácia prescritiva dos documentos extratextuais pela *Entire Agreement Clause*, porém, não a sua consideração para o fim de aclarar o sentido e o alcance das declarações definitivas (MARTINS-COSTA, 2018, p. 436). Embora os resultados das abordagens dialoguem, o presente estudo prefere centralizar a análise da cláusula a partir de suas próprias perspectivas funcionais.
 - 9 São exemplos os memorandos de entendimento, as cartas de intenções, as comunicações e correspondências, as propostas recusadas etc.
 - 10 Para Carter e Peden (2007, p. 7), ao avaliarem os efeitos da cláusula sobre acordos colaterais, se a cláusula se refere expressamente a determinado acordo, deve ser considerada uma declaração suficiente da intenção de que o respectivo não pode ser adicional ao contrato. Porém, se não há referência expressa, seria estranho considerar que uma cláusula no acordo principal teria eficácia de impedir o cumprimento do ajuste colateral.
 - 11 Uma abordagem similar é realizada no Direito anglo-americano a partir dos "Implied Terms", disposições que não constam no contrato, mas se presumem estarem nele inseridas quando for necessário para dar eficácia ao contrato (BEALE, 2019, p. 988). A cláusula de *entire agreement*, sem menção expressa, não é capaz de excluir automaticamente os "Implied Terms" (MCMEEL, 2011). Na hipótese de os "Implied Terms" constarem da respectiva cláusula, poderão ficar de fora do contrato (cf. *Exxonmobil Sales and Supply Corporation v Texaco Limited*, em que foi efetiva para excluir termos implícitos decorrentes dos usos comerciais). Porém, para a desconsideração definitiva dos *Implied Terms*, mesmo na presença de cláusula de *entire agreement* será necessário verificar se a determinação não é contraditória com os interesses compartilhados entre as partes e a finalidade do negócio (PENDEN; CARTER, 2007).
 - 12 O tema ainda gera controvérsia, especialmente nos tribunais britânicos, os quais têm aceitado a eficácia da cláusula de *entire agreement* conforme seus termos, mesmo que em prejuízo de questões relacionadas com o livre convencimento, desde que expressamente declaradas as representações que excluem a responsabilidade. Em *AXA Sun Life Services Plc v Campbell Martin Ltd.* (2011), a *Court of Appeal* compreendeu que a cláusula deve ser sempre interpretada estritamente, de forma que, se as partes desejarem efetivamente excluir a responsabilidade por alguma representação, deve haver declaração clara nesse sentido, não sendo bastante declarações genéricas. Mais recentemente, em *NF Football Investments Ltd v NFCC Group Holdings Ltd* (2018), em julgamento monocrático na *High Court*, julgou-se a favor do vendedor um caso de compra e venda de participação societária em que dois compradores adquiriram todas as ações do *Nottingham Forest Football Club*, que continha cláusula de *entire agreement* genérica, sustentando-se que, interpretada dentro do contexto do contrato, as partes tinham intenção de prevenir reclamações relacionadas com a "misrepresentation", apesar da ausência de uma exclusão expressa nesse sentido. Posteriormente, a decisão foi cassada na própria *High Court*, sob o fundamento de que o caso não seria diferente do precedente *AXA Sun Life Services Plc v Campbell Martin Ltd.*, portanto, à falta de previsão expressa, não estariam todas as representações excluídas pela cláusula.
 - 13 *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.* (BRASIL, 2002, art. 112)
 - 14 De um lado, o CC/02 eliminou de vez a ideia de que a vontade íntima e não manifestada poderia ter alguma relevância para a interpretação contratual, afastando-se da teoria da vontade; de outro lado, não abraçou diretamente a teoria da declaração, mas a ideia de que há uma declaração negociada na estrutura do negócio jurídico, i.e., uma declaração de vontade que observa um modelo socialmente visto como apto à produção de efeitos jurídicos (MARINO, 2011, p. 258).
 - 15 Em sentido contrário a essas conclusões, porém, sob a perspectiva do art. 236º, n. 1, do Código Civil português: PIRES, conferir Catarina Monteiro (2020, p. 67-86).
 - 16 Disposição nesse sentido se encontra nos Princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) de Contratos Comerciais Internacionais de 2016: "Article 2.1.17. A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing".
 - 17 Nessa esteira, conforme sustenta Judith Martins-Costa (2018, p. 436): [...] os memorandos de entendimento e/ou outros acordos preliminares podem servir para melhor iluminar o conteúdo do contrato que lhes deu sequência. Os critérios são: (a) negociações anteriores e outros meios interpretativos extratextuais servem como meios interpretativos suplementares para aclarar a declaração negociada objetiva quando congruentes com o significado objetivo da declaração, ou do comportamento contratual; (b) podem ainda servir como meios interpretativos suplementares quando «divergir do significado objetivo da declaração conclusiva ou daquele significado que as partes estabeleceram como uma interpretação autêntica, preventiva ou sucessiva» nesse caso servindo como critério de contraste; e (c) não servem como meios interpretativos suplementares quando forem incongruentes com a declaração negociada posterior.
 - 18 Conferir Brasil (2021).
 - 19 Segundo relatório do acórdão, o autor alegava que teria havido acerto para que tivesse ele participação societária de 5% do capital social e que sua empresa teria sido adquirida pela ré. Assim, ele teria direito à indenização por todos os valores que a ele tocariam se efetivado como sócio da ré, assim como do produto da venda de sua empresa.
 - 20 A respeito da avaliação da cláusula, assim se pronunciou o tribunal: *E não tendo havido acerto quanto aos termos de ingresso do postulante no quadro social da empresa ré, terminaram as partes, dentre elas o próprio requerente, por firmar, em março de 2012, outra espécie de negócio jurídico, mais precisamente na forma de prestação de serviços, como se pode observar do instrumento contratual juntado nas folhas 266 a 273, onde ajustaram, verbis: CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DA REVOGAÇÃO DE TODO E QUALQUER ENTENDIMENTO ANTERIOR. O presente instrumento revoga e substitui todos e quaisquer entendimentos, acordos, comunicações ou contratos que tenham sido celebrados pelas partes anteriormente, sejam verbais ou escritos, estando neste contrato consubstanciados todos os acordos vigentes entre as partes que tenham por objeto a prestação de serviços. E a existência deste documento, que reflete contrato de prestação de serviços, não deixa margem a dúvidas de que a ideia inicial do autor, de ingressar no quadro societário da empresa que estava por ser criada, não se consumou. Assim, de tudo o que consta no caderno probatório, não há, de fato, margem ao acolhimento da pretensão [...]*.
 - 21 Sobre o dever de informar e a configuração do dolo omissivo nos contratos de compra e venda de participação societária, conferir: Giovana Benetti (2019 p. 314-322).
 - 22 Traduzido e adaptado do original: "*Leaving aside obvious omissions such as duress, undue influence and unconscionable bargain, a party who signs a document containing contractual terms has a fourth defence: "the defence that he simply did not agree to the term[s] in question"* (MCLAUCHLAN, 2013, p. 47).
 - 23 Traduzido do original: "*A fini interpretativi certamente una impostazione di questo genere è volta a concentrare l'attenzione dell'interprete sul testo contrattuale anziché su documenti diversi dal contratto*" (DE NOVA, 2017, p. 41).
 - 24 Nas exatas palavras de McLaughlan (2013, p. 523): "*The clause may, for example, be part of the boilerplate that neither party noticed and the actual position may be that an undertaking not included in the written agreement was given and was intended to be legally binding so that the document was not in fact assented to as a complete record of the parties' contract. In other words, the clause may sometimes simply be untrue.*"
 - 25 Traduzido do original: "The mere proof of the making of oral promises or representations does not mean that they were intended to be legally binding. Their exclusion from the document does indeed indicate that they were not so intended" (MCLAUCHLAN, 2013, p. 528).
 - 26 A conclusão igualmente pode ser extraída dos Princípios do Direito Contratual Europeu: artigo 2:105 (ex artigo 5:106 A) – "*Merger Clause. (1) If a written contract contains an individually negotiated clause stating that the writing embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the writing do not form part of the contract. (2) If the merger clause is not individually negotiated it will only establish a presumption that the parties intended that their prior statements, undertakings or agreements were not to form part of the contract. This rule may not be excluded or restricted. (3) The parties' prior statements may be used to interpret the contract. This rule may not be excluded or restricted except by an individually negotiated clause. (4) A party may by its statements or conduct be precluded from asserting a merger clause to the extent that the other*

party has reasonably relied on them. De igual forma, em comentário ao Restatement (Second) of Contracts (1981), §209: "Comment (b) "written contracts, signed by both parties, may include an explicit declaration that there are no other agreements between the parties, but such a declaration may not be conclusive".

REFERÊNCIAS

- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A sintonia da redação do art. 112 do Código civil com os princípios contemporâneos do negócio jurídico bilateral e do contrato. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano. 24, n. 77, p. 13-16, jul. 2004.
- ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. New York: Oxford University Press, 1985.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. Torino: Torinese, 1958. v. 1
- BEALE, Hugh. *Chitty on contracts*. 33. ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 2019. v. 1.
- BENETTI, Giovana. *O dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. Tomo II.
- BJØRNSTAD, Henrik Wærsted. *Entire Agreement Clauses*. abstract 2015. [Oslo: Universitetet I Oslo], 2015. Disponível em: https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjornstad_abstract.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.
- CORBIN, Arthur L. The Parol Evidence Rule. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 53, n. 4, p. 603-663, Sept. 1944.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. A interpretação contratual anglo-saxônica. *O Direito*. Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, v. 141, n.3, p. 665-678, jun. 2009.
- CORDERO-MOSS, Giuditta. Anglo-American Contract Models and Norwegian or other civilian governing law: introduction and method. [Oslo: Universitetet I Oslo], 2015. Disponível em: <http://folk.uio.no/giudittm/AngloAmerican%20Contract%20Models.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.
- CORDERO-MOSS, Giuditta. *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2017.
- DE NOVA, Giorgio. The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy: il contratto alieno. *Diritto del commercio internazionale*, Milano, v. 21, n. 1, p. 3-14, 2007.
- ELDRIDGE, John. 'Entire Agreement' Clauses: how effective? *Sydney Law School Research Paper Series*, Sydney, n. 19/78, Dec. 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 4. Direito dos contratos.
- FARNSWORTH, Allan E. *Contracts*. 3.ed. New York: Aspen Law & Business, 2004.
- FARNSWORTH, Allan E. Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, New York, v. 87, n. 2, p. 217-294, Mar. 1987.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- IRTI, Natalino. *Testo e contesto: una lettura dell'art. 1362 codice civile*. Padova: CEDAM, 1996.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileira: dolo antecedente, vício informativa por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 923, p. 115-143, set. 2012.
- MCLAUCHLAN, David. The entire agreement clause: conclusive or a question of weight? *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, Wellington, NZ, Paper n. 10, 2013.
- MCMEEL, Gerard. *The construction of contracts: interpretation, implication, and rectification*. 2. ed. Londres: Oxford, 2011.
- MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 1968. Tomo primo.
- MITCHELL, Catherine. *Interpretation of contracts*. London; New York: Routledge-Cavendish, Taylor & Francis Group, 2007.
- MITCHELL, Catherine. Entire Agreement Clauses: contracting out of contextualism. *Journal of Contract Law*, [Sidney], v. 22, n. 3, 2006.
- MITKIDIS, Katerina; NEUMANN, Thomas. Entire Agreement Clauses: convergence between us and danish contract law? *NJCL: Nordic Journal of*

Commercial Law, n. 2, p. 181-208, 2017.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PENDEN, Elisabeth; CARTER, John. Entire Agreement and similar: clauses. *Sydney Law School*. Sydney, n. 7, v. 53, p. 181-208, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Forense, 1992. v. 3.

PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de "remédio" único. In: MONTEIRO, Antonio Pinto. *A tutela dos credores*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 67-86.

POSNER, Eric. Parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principles of contractual interpretation. *University of Chicago Law School*, Chicago, v. 146, n. 2, p. 533-578, Jan. 1997.

SABADIN, Mariana Guerra. Autonomia privada e licença para mentir: uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo. Orientador: Mariana Pargendler. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A interpretação contratual e sua sistemática no Código civil de 2002 após o advento da Lei 13.874/2019. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.); TERRA, Aline de Miranda Valverde et al. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 2.

Artigo recebido em 15/8/2022.

Artigo aprovado em 16/9/2022.