

#20. Entre a assinatura e o fechamento: a importância das chamadas "condições precedentes"



GISELA SAMPAIO
20 DE JUN. DE 2022

Share

Nas operações de fusões e aquisições – mais conhecidas pela sigla em inglês “M&A” (*mergers and acquisitions*) –, é muito comum haver um intervalo de tempo entre o que se costuma chamar de *signing* e *closing*. No *signing*, o contrato é firmado, mas é no *closing* que os atos do fechamento da operação ocorrem, com a transferência dos ativos da parte vendedora para a parte compradora e o pagamento do preço (ou de, pelo menos, parte do preço).

Esse período de diferimento temporal, durante o qual os deveres prestacionais ficam suspensos, justifica-se por várias razões, especialmente porque na data do *signing* ainda vigora verdadeiro estado de incerteza quanto à realização do resultado prático final do negócio. As partes ainda não têm clareza em relação a certos fatores externos à formação do negócio (o comprador pode não saber, por exemplo, se vai conseguir obter o financiamento necessário para efetuar o pagamento do preço), nem a determinados atos internos ao próprio ciclo formativo do contrato (o vendedor pode não saber, por exemplo, se vai conseguir obter a aprovação da operação pela assembleia geral da sociedade alvo, que é uma condição legal de eficácia do contrato). Além disso, na data do *signing*, as partes ainda não têm todos os dados decisivos para dar seguimento ao negócio (muitas vezes, no *signing*, o comprador sequer concluiu a *due diligence*).

A eficácia do negócio entre o *signing* e o *closing*

Exatamente em razão desse estado de incerteza, a eficácia do negócio fica parcialmente suspensa. Parcialmente porque os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva surgem até mesmo antes da formação do negócio, ainda na fase das tratativas, e continuam a incidir no interregno de tempo entre o *signing* e o *closing* (e vão além, para a fase pós-contratual), mas os deveres

prestacionais ficam suspensos (ou parcialmente suspensos) até a data do fechamento da operação. Até é possível que, na data do *signing*, haja pagamento de um sinal, mas os atos de transferência da participação societária só ocorrem no *closing*, quando o preço é efetivamente pago (ou, pelo menos, parcialmente pago).

Dependendo da operação, o interregno de tempo existente entre o *signing* e o *closing* pode ser maior ou menor, mas a experiência demonstra que, independentemente da extensão do intervalo, muita coisa pode acontecer nesse período. É precisamente nessa fase que sobressai a importância das chamadas “condições precedentes”, cláusula não obrigatória, mas que, na prática, está presente em todas as operações de M&A com fechamento diferido.

As chamadas “condições precedentes”

As “condições precedentes” consistem em circunstâncias estabelecidas pelas partes que devem ser satisfeitas até a data do *closing* para que o negócio produza seus efeitos regulares. São, portanto, condições consideradas indispensáveis pelas partes para a conclusão do negócio, que atuam no plano de sua eficácia. Na prática, caso uma condição precedente não seja implementada ou satisfeita, a parte a quem ela favorece poderá não concluir a operação de aquisição, sem qualquer ônus, ou renunciar à satisfação de tal condição precedente para prosseguir com a consumação da aquisição.

Em linhas gerais, costuma-se prever como condição precedente, por exemplo: (i) a inexistência de mudança significativa na situação da companhia-alvo entre o *signing* e o *closing*; (ii) a confirmação das declarações e garantias prestadas pelo vendedor na data do *signing*; (iii) a inexistência de lei, decisão judicial ou administrativa que proíba a conclusão da operação de aquisição; (iv) a obtenção das autorizações prévias cabíveis, incluindo de órgãos antitruste, como o CADE; e (v) a conclusão da *due diligence*, caso o comprador ainda não a tenha finalizado na data do *signing*. Evidentemente, o conteúdo da cláusula pode variar, conforme as peculiaridades da operação, mas esses são exemplos, por assim dizer, bem corriqueiros da prática.

A qualificação jurídica das “condições precedentes”

Diante da diversidade de fatores que podem vir elencados como condições precedentes, indaga-se se todas as circunstâncias previstas sob essa nomenclatura são, de fato, condições no sentido técnico do termo, nos moldes do art. 121 do Código Civil. ¹

No mais das vezes, a resposta será negativa. Apesar do *nomen iuris*, importado do *common law*, nem todos os fatores comumente elencados na cláusula de condições precedentes são, de fato, verdadeiras condições, assim entendidas aquelas que decorrem da vontade das partes e que subordinam a eficácia do negócio a um evento futuro e incerto. É preciso, então, não só saber identificar as “verdadeiras” condições, mas também qualificar os demais eventos constantes desse tipo de cláusula. No bojo das chamadas condições precedentes, encontram-se, normalmente, três diferentes institutos que não podem ser tratados da mesma forma ante as suas diversas consequências jurídicas:

- 1. Condições legais:** São as *conditio iuris*, que muito se assemelham às condições voluntárias, mas não são fruto da vontade das partes, mas antes “parte da figura jurídica”. ² Assim, por exemplo, quando se elenca, dentre as condições precedentes, o fato de a operação ter que ser aprovada pelo CADE, não se está com isso subordinando a operação a uma condição voluntária. A aprovação pelo CADE nada mais é do que espécie de requisito legal para consumação da operação, imposto pelo legislador para determinadas operações.
- 2. Condições voluntárias:** Essas são as condições propriamente ditas, no sentido técnico do termo, quer dizer, a cláusula que, derivada da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto, nos termos do art. 121 do Código Civil. Se as partes, por exemplo, acrescentarem um prazo durante o qual a aprovação do CADE terá de ocorrer (elencando como condição precedente a aprovação da operação pelo CADE no prazo de “x” dias), não se estará mais diante de simples *conditio iuris*, mas sim de autêntica condição, porque a eficácia da operação passa a ficar subordinada a uma condição voluntária: não basta o CADE aprovar; precisa aprovar dentro do prazo determinado pelas partes.
- 3. Obrigações a serem cumpridas pelas partes:** O conteúdo das condições precedentes pode vir preenchido também com simples obrigações que as

partes precisam cumprir até a data do fechamento da operação, sob pena de o negócio não ser concluído. É o que ocorre, por exemplo, se uma das partes se obriga a transferir certo ativo para uma sociedade com propósito específico, que será o veículo da operação. Trata-se de obrigação a ser cumprida, mas definitivamente não de condição.

A importância prática da distinção

Qualificar a cláusula corretamente é essencial para (i) determinar a disciplina jurídica que lhe aplicável e (ii) dela extrair a correspondente consequência jurídica. A importância prática da distinção reside, portanto, na consequência atribuída pelo nosso ordenamento, que é distinta para a cada um desses institutos.

Embora as consequências do descumprimento de uma obrigação e da inocorrência da condição suspensiva atuem ambas no plano da eficácia, delas decorrem efeitos significativamente diferentes:

Enquanto o descumprimento de uma obrigação gera inadimplemento – com a possibilidade de a parte prejudicada exercer diferentes pretensões –, o não implemento de uma condição suspensiva implica o não disparo em definitivo dos efeitos típicos do contrato. ³

Além disso, as condições atraem a regra do artigo 129 do Código Civil, que reputa verificada a condição quando o seu implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, “considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”. ⁴

Diante de consequências jurídicas tão diversas, saber distinguir é essencial.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Professora de Direito Civil da UERJ. Coordenadora do PPGD-UERJ. Doutora e mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada, parecerista e árbitra.

Como citar: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Entre a assinatura e o fechamento: a importância das chamadas "condições precedentes". In: AGIRE | Direito Privado em Ação, n.º 20, 2022. Disponível em: <<https://agiredireitoprivado.substack.com/publish/post/60229015>>. Acesso em DD.MM.AA.

- 1 Código Civil: "Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto".
- 2 Fernanda Mynarski Martins-Costa, *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, São Paulo: Almedina, 2017, p. 25.
- 3 Se o leitor desejar se aprofundar no tema, recomenda-se fortemente a leitura da tese de doutorado de Fernanda Mynarski Martins-Costa, no prelo para ser publicada pela editora Almedina, sob o título: "Execução diferida do contrato em operações de fusões e aquisições de sociedades anônimas: análise de aspectos contratuais e societários".
- 4 Código Civil: "Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento".