

EXECUÇÃO DIFERIDA NOS CONTRATOS DE M&A

2022

Fernanda Mynarski Martins-Costa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
PARTE I – A TÉCNICA DE DIFERIMENTO TEMPORAL NOS CONTRATOS DE FUSÕES E AQUISIÇÕES	41
CAPÍTULO 1. A FIGURA JURÍDICA NO SEU <i>HABITAT</i> ORIGINAL	43
<i>Premissa: iter contratual no common law</i>	43
1. Contextualização estrutural	52
2. Condições precedentes (“conditions precedents”)	53
2.1. Classificação das condições	54
2.1.1. Condições de entrada (“gating conditions”)	54
2.1.2. Condições de manutenção (“maintaining-the-bargaining conditions”): “bring-down condition”, “compliance with covenants conditions” e “material adverse clause”	57
2.1.3. Condições transacionais (“transactional conditions”)	68
2.2. A dispensa do cumprimento da condição (“waiver”)	68
2.3. Parâmetro para valoração do incumprimento de condições	69
3. Obrigações antecedentes ao fechamento (“covenants prior to closing”)	73
3.1. Classificação	73
3.1.1. Obrigações de manutenção	73
3.1.2. Obrigações de gerenciamento	75
3.1.3. Obrigações de investigação e compartilhamento de informações	76
3.2. Parâmetro para valoração do incumprimento de obrigações	77

CAPÍTULO 2. A QUALIFICAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	81
<i>Premissas: iter contratual brasileiro</i>	81
1. Função	90
2. Estrutura	93
2.1. Mecanismos de diferimento temporal	94
2.1.1. Condição suspensiva	94
2.1.2. Opções	102
2.1.3. Obrigação-veículo ao evento condicional	103
2.2. Normativa convencional do período de diferimento temporal	105
 PARTE II – A ACLIMATAÇÃO DA TÉCNICA	 107
 CAPÍTULO 1. ASPECTOS PREPONDERANTEMENTE CONTRATUAIS	 109
<i>Premissas: execução diferida do contrato</i>	109
1. Regime jurídico da pendência	113
1.1. Distribuição de riscos exógenos e endógenos	115
1.1.1. Relações entre regime legal e regime convencional	115
1.1.1.1. Regime convencional	118
1.1.1.1.1. Cláusula de evento e/ou mudanças depreciativas (“material adverse change or event”)	119
1.1.1.1.2. Cláusula de ratificação das declarações e garantias (“bring-down provision”)	124
1.1.1.1.3. Cláusula de cumprimento de obrigações antecedentes ao fechamento (“compliance with covenant provision”)	128
1.2. Direcionamento de condutas	131
1.2.1. Regime legal	133
1.2.1.1. Vicissitude fictícia da condição (artigo 129 do Código Civil)	133
1.2.1.2. Deveres oriundos do princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil)	139
1.2.1.3. Medidas conservativas (artigo 130 do Código Civil)	144

1.2.2. Regime convencional	147
1.2.2.1. Obrigações antecedentes ao fechamento	147
1.2.2.1.1. Obrigação de manter o curso regular dos negócios	147
1.2.2.1.2. Outras obrigações	153
2. Regime jurídico do fechamento	157
2.1. Delimitação do fechamento	157
2.2. Análise ampla e conjuntiva da satisfação e cumprimento das <i>exigências ao fechamento</i>	159
2.3. Operatividade dos mecanismos de diferimento temporal	162
2.3.1. Condições suspensivas	162
2.3.1.1. Satisfação da condição: (i) retroatividade dos efeitos	163
2.3.1.2. Não implemento: o caso da renúncia e da multa por desistência motivada ("break up fee")	164
2.3.2. Opções	170
2.3.2.1. Exercício do direito formativo gerador	172
2.3.3.2. Não exercício do direito formativo	173
2.3.3. Obrigação-veículo	173
2.4. Operatividade das demais exigências ao fechamento	177
2.4.1. Cláusula de evento e/ou mudanças adversas	178
2.4.2. Cláusula de ratificação de declarações e garantias	178
2.4.3. Cláusula de cumprimento de obrigações antecedentes ao fechamento	179
 CAPÍTULO 2. ASPECTOS PREPONDERAMAMENTE SOCIETÁRIOS	 183
<i>Premissas: Fim social</i>	183
1. Direito de voto	186
1.1. Influência do adquirente-expectante na sociedade-alvo	194
1.2. Adquirente-expectante como autor da ação de anulação da deliberação assemblear	197
2. Titularidade ao recebimento da distribuição de resultados da sociedade	198
3. Deveres dos administradores	200
3.1. Cláusula de gestão ordinária	200

EXECUÇÃO DIFERIDA NOS CONTRATOS DE M&A

3.2. Auditoria, informações sigilosas e administração da sociedade-alvo	201
CONCLUSÕES	211
REFERÊNCIAS	217
JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL	239
JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA	241