

CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE ATIVOS INDUSTRIAIS. IDENTIFICAÇÃO DO FIM CONTRATUAL A PARTIR DO CONTEÚDO DO NEGÓCIO. NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE MELHORES ESFORÇOS (*BEST EFFORTS*). DELIMITAÇÃO DO PADRÃO DE DILIGÊNCIA DEVIDO NO CASO CONCRETO. CARACTERIZAÇÃO DE CLÁUSULA CONDICIONAL SUSPENSIVA E MISTA. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 129 DO CÓDIGO CIVIL. INEFICÁCIA DA CLÁUSULA CONDICIONAL. PARECER

Francisco Paulo de Crescenzo Marino

Professor Associado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Ex-diretor e vice-presidente do Instituto de Direito Privado (IDiP).
Parecerista e árbitro. Sócio de Francisco Marino Advogados.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0042-0529> E-mail: fmarino@usp.br

Sumário: **1** A consulta – **2** Contrato de aquisição onerosa de ativos industriais. Fim contratual. Identificação a partir do conteúdo do negócio – **3** Natureza jurídica da obrigação de melhores esforços (*best efforts*). Delimitação do padrão de diligência devido no caso concreto – **4** Conceito de condição. Distinção entre previsão condicional e evento condicionante. Caracterização de cláusula condicional suspensiva e mista no caso concreto. Afastamento da incidência do art. 129 do Código Civil. Ineficácia da cláusula condicional

1 A consulta

Os ilustres advogados [omissis], na qualidade de representantes de “Parte A” S.A. e de “Parte A” Ltda., conjuntamente denominadas “Parte A”, dão-me a honra de formular consulta acerca de questões debatidas no Procedimento Arbitral nº [omissis], instaurado a pedido de “Parte B”.

Passo a expor histórico dos fatos da disputa, elaborado a partir dos documentos analisados.¹

Em 2015, a Parte A iniciou tratativas com a Parte B visando à aquisição de ativos desenvolvidos no âmbito de atuação desta. O negócio almejado relacionava-se a equipamento de [omissis] (“Equipamento”) e [omissis] (“Produto”), destinados a [omissis] a partir de técnica específica, denominada [omissis]. Tanto o Equipamento quanto o Produto, conjuntamente referidos como “Tecnologia”, constituem o objeto da marca [omissis], então pertencente à Parte B.

Durante as negociações, a Parte B teria assegurado a capacidade da Tecnologia de gerar ganhos significativos. Segundo a Parte A, a Parte B teria afirmado que o emprego da Tecnologia permitiria a produção de [omissis]. Ademais, de acordo com a Parte A, a Parte B também teriam reportado detalhes sobre a realização de ensaios do uso da Tecnologia no Brasil, incluindo o fato de terem obtido resultados promissores na aludida ocasião.

Em 20.10.16, a Parte A e a Parte B celebraram o *Asset Purchase Agreement* (“APA” ou “Contrato”). Por meio do APA, a Parte B obrigou-se a transferir a Tecnologia à Parte A. Em contrapartida, caberia à Parte A pagar uma remuneração à Parte B, dividida em três modalidades: (i) valor fixo, a ser pago em até três dias após a assinatura do APA; (ii) quatro parcelas contingentes; e (iii) taxa periódica de *royalties*, atrelada aos resultados da futura comercialização do Produto pela Parte A.

Sem prejuízo, no âmbito do próprio Contrato, as Partes assumiram obrigações destinadas à continuidade do desenvolvimento do Equipamento e do Produto, bem como à incorporação da Tecnologia ao processo produtivo da Parte A. Nesse contexto, a Parte B obrigou-se a compartilhar com a Parte A informações relacionadas à pesquisa e ao desenvolvimento da Tecnologia. A Parte A, por sua vez, obrigou-se a conduzir ensaios nos Estados Unidos, de acordo com diretrizes especificadas em anexo contratual. Tanto a Parte B quanto a Parte A, ademais, comprometeram-se a empreender “melhores esforços” para, de um modo geral, viabilizar a comercialização do Produto pela Parte A.

¹ Para a elaboração deste Parecer, foram analisados os seguintes documentos, todos extraídos dos autos da arbitragem: [omissis].

Simultaneamente, as Partes condicionaram o pagamento de cada uma das quatro parcelas contingentes do preço à ocorrência de diferentes eventos, todos relacionados ao êxito da introdução do Equipamento e do Produto no processo produtivo da Parte A. São eles: (i) o início da comercialização do Produto no Brasil; (ii) a realização dos ensaios da Tecnologia nos Estados Unidos, mediante a obtenção de resultados similares àqueles alcançados no Brasil; (iii) o início da comercialização do Produto nos Estados Unidos; e (iv) o alcance de meta de vendas do Produto pela Parte A.

Após a assinatura do APA e a conclusão dos atos necessários à transferência dos ativos especificados contratualmente, a Parte A adotou as medidas necessárias a promover o registro do Produto perante o Ministério da Agricultura e Pecuária do Brasil (“MAPA”), sob a categoria de [*omissis*]. Em setembro de 2017, a Parte A informou a Parte B acerca da realização de reunião com equipe do Poder Público, ocasião em que obteve a devida aprovação para registro do Produto e foi informada do prazo estimado para a ulatimação do processo (dois anos).

Em paralelo, a Parte A procedeu à realização dos ensaios da Tecnologia. Para tal finalidade, providenciou o transporte do Equipamento à sua unidade fabril [*omissis*], o que foi concluído apenas em outubro de 2017. Ainda assim, de acordo com a Parte A, todos os parâmetros fixados contratualmente para os testes foram atendidos.

Naquela ocasião, a Parte A relata ter enfrentado diversos problemas de ordem burocrática e prática, para os quais não recebeu o necessário auxílio da Parte B. Ao notar, por exemplo, a oxidação de partes do Equipamento entregue à sua unidade [*omissis*], a Parte A empreendeu significativos serviços de manutenção. De outra parte, ao relatar a necessidade de atualização do *software* do Equipamento à Parte B, foi informada de que nenhum de seus funcionários estaria disponível para assisti-la com as providências necessárias.

Apesar dos melhores esforços empreendidos pela Parte A, os ensaios evidenciaram a inutilidade absoluta da Tecnologia. A aplicação do Produto não só gerou um [*omissis*] aquém do esperado, como também levou a [*omissis*]. Diante desse inusitado cenário, a Parte A viu-se impedida de prosseguir com a comercialização do produto, tanto nos Estados Unidos como no Brasil.

Em 20.12.19, a Parte A recebeu notificação da Parte B, imputando-lhe o inadimplemento do Contrato. A Parte A respondeu à missiva em 06.01.20, destacando os obstáculos insuperáveis à utilização da Tecnologia dentro dos parâmetros contratuais. Para solucionar o impasse, a Parte A relata ter proposto a devolução dos ativos sem custos adicionais.

A Parte B recusou a proposta da Parte A e, anos mais tarde, deu início à Arbitragem. Na disputa, a Parte B pede, dentre outros provimentos: (i) a declaração

de inadimplemento contratual pela Parte A, seja por impedir o implemento dos marcos de pagamento das parcelas contingentes, seja por descumprir obrigação de melhores esforços orientada à comercialização do Produto; e (ii) a condenação da Parte A ao pagamento do valor total do preço contratual, a incluir as parcelas contingentes.

A Parte A formula os seguintes quesitos:

- 1) À luz das cláusulas 3.2 e 3.2.1 do APA, qual é o fim do Contrato celebrado entre as Partes?
- 2) À luz das premissas fáticas extraídas das manifestações da Parte A na Arbitragem, é possível afirmar que a obrigação de melhores esforços prevista na cláusula 3.2.1 do APA foi satisfatoriamente cumprida pela Parte A?
- 3) Considerando o teor do art. 129 do Código Civil, é possível afirmar que eventual frustração na implementação das condições previstas na cláusula 3.2 do APA exigiria a demonstração de uma conduta dolosa da Parte A? O dispositivo é aplicável ao caso concreto?
- 4) É possível afirmar que as condições contratualmente estipuladas para o pagamento das parcelas do preço previstas na cláusula 3.2 do APA não poderiam ser consideradas como implementadas no caso concreto? Ou seja, é possível afirmar que não mais subsiste a obrigação de a Parte A efetuar o pagamento das referidas parcelas à Parte B?

Passamos a respondê-los.

2 Contrato de aquisição onerosa de ativos industriais. Fim contratual. Identificação a partir do conteúdo do negócio

A disputa objeto da Arbitragem gira em torno da interpretação, da eficácia e do adimplemento de determinadas disposições do Contrato celebrado em 20.10.16 entre a Parte A e a Parte B. Poucos meses após a sua conclusão, em 12.01.17, a Parte A S.A. cedeu à Parte A Ltda. a sua posição contratual, assim como todos os direitos e obrigações relacionados ao Contrato. A aludida cessão foi notificada à Parte B em 26.05.17.

Ambas as Partes desenvolvem atividades industriais no setor de [omissis]. A Parte A S.A. e a Parte A Ltda. integram um grupo multinacional de empresas com expertise em pesquisa, desenvolvimento, fabricação e fornecimento de [omissis]. De outra parte, a Parte B, da qual são sócios [omissis], é sociedade brasileira especializada em [omissis].

As Partes atribuíram ao Contrato, redigido em inglês, o *nomen iuris* de *Asset Purchase Agreement*. Referido título guarda estreita ligação com o disposto na

cláusula 2.1. Consoante essa disposição, a Parte B obrigou-se a vender, transferir, ceder, disponibilizar e entregar à Parte A a integralidade dos “direitos, títulos e interesses” relacionados aos itens que, segundo definição contida na cláusula 1.2 do APA, compõem a assim chamada “Tecnologia”. São eles: (i) o Equipamento, isto é, [omissis]; e (ii) o Produto, consistente em [omissis].

No caso, o conjunto de “direitos, títulos e interesses” a serem transferidos pela Parte B à Parte A recebeu a denominação de “Assets” – vocábulo que, para os fins deste parecer, traduziremos como “Ativos”. Nos termos da cláusula 2.1, os Ativos abarcam os direitos de propriedade intelectual relacionados à Tecnologia, como pedidos de patentes pendentes de aprovação na data da assinatura do Contrato e os direitos relacionados à marca [omissis], associada à Tecnologia. Incluem, outrossim, bens intangíveis, como dados científicos, *know-how*, procedimentos e métodos para produzir e fabricar o Equipamento e o Produto, assim como as informações sobre a pesquisa e o desenvolvimento da Tecnologia. O conjunto alcança, ainda, as autorizações necessárias à comercialização da Tecnologia, já concedidas por ou solicitadas às autoridades competentes.

Em contrapartida à venda dos Ativos, a Parte A obrigou-se a pagar à Parte B o assim chamado “Purchase Price” (em tradução livre, “Preço de Aquisição”). A partir de uma série de cláusulas e de subcláusulas dispostas no Artigo 3 do APA, as Partes disciplinaram o pagamento do Preço de Aquisição, fracionando-o em três modalidades ou tranches.

Na cláusula 3.1, estipularam o pagamento do valor equivalente, em reais, a USD 4 milhões, em até três dias a contar da data de assinatura do APA (“upfront payment”). Na cláusula 3.2, estabeleceram o pagamento de parcelas futuras, cujos valores, somados, totalizam montante equivalente, em reais, a USD [omissis] (“milestones payment”). Por fim, na cláusula 3.3, determinaram o pagamento de taxa percentual, aplicável a produto das vendas do Produto levadas a efeito pela Parte A (“fees”).

Para o que mais de perto interessa à consulta, convém destacar o inteiro teor da cláusula 3.2, transcrita a seguir:

3.2 *Milestones Payments*. In addition to the Upfront Payment set forth on Section 3.1, above, the Patent Sellers shall be entitled to the additional payment in the event of achievement of the following milestones (the “*Milestones*”):

(i) The equivalent in Brazilian Reais to US\$ [omissis], upon first commercialization of the Product in Brazil, provided that such commercialization shall occur within 6 (six) months from (a) the approval date of the Marketing Authorization of the Product in Brazil, or (b) the date in which the Equipment is considered to be in Operating Condition, whichever comes last (the “*First Milestone Payment*”);

(ii) The equivalent in Brazilian Reais to US\$ [omissis] if, after the conduct of trials with the Product and the Equipment in the United States of America's market, which shall take 6 (six) months counted as from the date hereof and which details are described in *Exhibit D* hereto (the "*Trials*"), the results of such trials are similar to those achieved in Brazil Trials (the "*Second Milestone Payment*");

(iii) The equivalent in Brazilian Reais to US\$ [omissis], upon first commercialization of the Product in the United States of America, provided that such commercialization shall occur within 6 (six) months from (a) the approval date of the Marketing Authorization of the Product in the United States of America, or (b) the date in which the Equipment is considered to be in Operating Conditions, whichever comes last (the "*Third Milestone Payment*"); and

(iv) The equivalent in Brazilian Reais to US\$ [omissis], when the Cumulative Net Sales of the Product by the Buyer (or any Affiliate thereof) exceeds US\$ [omissis] (the "*Fourth Milestone Payment*" and, jointly with the First Milestone Payment, Second Milestone Payment and Third Milestone Payment, the "*Milestone Payments*").

Da mesma forma, importa à consulta o exame da cláusula 3.2.1, convencionada entre as Partes em estreita conexão com o regramento da segunda tranche do Preço de Aquisição:

3.2.1 The Parties shall, jointly, employ their best efforts to (i) obtain the issuance of the Marketing Authorization in Brazil and in United States of America as soon as possible; (ii) advance on research and development in connection with the Equipment in order to achieve a point in which it can be considered to be in Operating Conditions; and (iii) advance on research and development in connection with the Equipment and the Product in order for the Trials to be successful, as per *Section 3.2(ii)*, above.

À partida, as cláusulas 3.2 e 3.2.1 guardam uma função comum. Ambas são reveladoras do fim contratual, assim entendido o objetivo comum visado pelos contratantes para a celebração do contrato, resultante de seu conteúdo ou de suas circunstâncias.²

² O vocábulo *fim*, no sentido ora utilizado, não se refere às razões psicológicas que levam cada uma das partes de um contrato a celebrá-lo, tampouco indica o conjunto de interesses particulares de um dos contratantes, conhecidos ou considerados pela contraparte na determinação dos termos contratuais. Já tivemos a oportunidade de expor a distinção entre fim negocial e mero motivo em *Interpretação do negócio*

No caso concreto, o objetivo almejado pelas Partes para a conclusão do Contrato não se esgota em uma utilidade ordinária dos Ativos, como poderia sugerir o disposto na cláusula 2.1. Como revelam as cláusulas 3.2 e 3.2.1, a finalidade da contratação engloba, também, o emprego exitoso da Tecnologia e sua comercialização pela Parte A em diferentes países, incluindo o Brasil e os Estados Unidos.

A cláusula 3.2 relaciona o pagamento da segunda tranche do Preço de Aquisição a sucessivos indicadores de sucesso na adoção da Tecnologia pela Parte A. Nomeadamente, as Partes vincularam o direito da Parte B à ocorrência dos seguintes eventos: (i) a primeira venda do Produto no Brasil; (ii) o alcance de resultados positivos em testes da Tecnologia a serem realizados pela Parte A nos Estados Unidos; (iii) o início da comercialização do Produto nos Estados Unidos; e (iv) a superação de volume mínimo previsto para as vendas globais do Produto.

Na sequência, a cláusula 3.2.1 versa sobre o dever das Partes de empreender “melhores esforços” para concretizar determinados objetivos, voltados ao desenvolvimento bem-sucedido da Tecnologia pela Parte A: (a) obtenção de autorização administrativa para a venda do produto no Brasil e nos Estados Unidos, e (b) avanço das pesquisas e do desenvolvimento da Tecnologia, seja para colocar o Equipamento em certas condições operacionais, seja para gerar resultados positivos nos ensaios a serem realizados após a celebração do Contrato.

O fim contratual revelado pelas cláusulas 3.2 e 3.2.1 ecoa, ainda, em outros elementos do APA. Para além da terceira tranche do Preço de Aquisição, relacionada ao produto das vendas do Produto, merece relevo o *considerandum* D do Contrato.³ O enunciado explicita o resultado almejado por cada polo na conclusão do negócio. Enquanto a Parte A pretendia “expandir sua presença no mercado de [omissis]”, a Parte B buscavam “obter uma melhor exposição no mercado para a Tecnologia”.⁴ Tais propósitos apenas seriam atendidos, por sua vez, se próspera fosse a Tecnologia.

Dessa sorte, à luz das cláusulas 3.2 e 3.2.1 e de disposições do APA, o fim contratual não se restringe à transferência pura e simples dos Ativos à Parte A. A estipulação dos termos e condições do Contrato foi igualmente dirigida pelo

jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127-137. Vide, ainda, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo (s.c.p.), 1986. p. 225.

³ Não se pode perder de vista que os *consideranda* de um contrato, além de possuírem inegável valor à interpretação do negócio jurídico, podem perfeitamente integrar o conteúdo contratual (FERRO-LUZZI, Federico. *Del preambolo del contratto*. Valore ed efficacia del “premesse che” nel documento negoziale. Milano: Giuffrè, 2004. p. 7-8).

⁴ Tradução livre. No original: “D. The Buyer wishes to expand its reach in the [omissis] market by purchasing certain assets relating to the Equipment and the Product, collectively owned by the Sellers, and Sellers wish to sell such assets to the Buyer aiming at obtaining better market exposure for the Technology”.

objetivo de promover um bem-sucedido desenvolvimento da Tecnologia e sua comercialização pela Parte A em mercados de diferentes localidades, mormente o brasileiro e o norte-americano.

Bem identificados os contornos do fim do Contrato, convém dar continuidade à análise das cláusulas 3.2 e 3.2.1 do APA separadamente. Seguindo os quesitos da Parte A, iniciemos, pois, pela segunda dessas disposições.

3 Natureza jurídica da obrigação de melhores esforços (*best efforts*). Delimitação do padrão de diligência devido no caso concreto

A cláusula 3.2.1 do Contrato estatui o dever das Partes de empregar “melhores esforços” (no original, *best efforts*). A opção terminológica salta aos olhos, pois remete a uma cláusula usual em contratações empresariais. Trata-se da *best efforts clause*, originária de modelos contratuais anglo-americanos⁵ e cujo título é normalmente vertido ao português como “cláusula de melhores esforços”.

A cláusula de melhores esforços corresponde a uma disposição de conteúdo relativamente aberto,⁶ pela qual o contratante se compromete a fazer o que razoavelmente poderia ser feito para o alcance de determinado fim.⁷ A cláusula é consagrada na prática contratual internacional, a ponto de ser regulada expressamente nos arts. 5.1.5⁸ e 5.1.6⁹ dos Princípios UNIDROIT.

No direito brasileiro, o estudo detido do dever de empregar melhores esforços ainda é escasso. O tema não parece suscitar debates jurisprudenciais de grande amplitude.¹⁰ No domínio doutrinário, à semelhança da literatura estrangeira,¹¹ os

⁵ GAY, Bruno. Clause de best efforts. In: BUY, Frédéric et al. *Les principales clauses des contrats d'affaires*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2019. p. 81-85, aqui p. 84.

⁶ COSTA, Márcio Henriques da. *Cláusula de melhores esforços: best efforts*. Da sua incidência e efetividade nos contratos. Teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2016. p. 25.

⁷ SHINE, David. “Best Efforts” Standards Under New York Law: Legal and Practical Issues. *The M&A Lawyer*, v. 7, n. 9, p. 15-17, 2004, aqui p. 15.

⁸ “5.1.5. *Determinação do tipo de obrigação*. Para determinar em que medida a obrigação de uma parte envolve um dever de melhores esforços na execução de uma atividade ou o dever de obtenção de um resultado específico, devem considerar-se, entre outros fatores: (a) o modo pelo qual a obrigação é expressa no contrato; (b) o preço fixado no contrato e outras cláusulas contratuais; (c) o nível de risco normalmente envolvido na obtenção do resultado esperado; (d) a capacidade da outra parte de influenciar o cumprimento da obrigação”.

⁹ “5.1.6. *Determinação da qualidade da prestação*. Quando a qualidade da prestação não é fixada ou determinável pelo contrato, a parte é obrigada a fornecer uma prestação de qualidade razoável e, nas circunstâncias, não inferior à média”.

¹⁰ COSTA, Márcio Henriques da. *Cláusula de melhores esforços: best efforts*. Da sua incidência e efetividade nos contratos. Teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2016. p. 57.

¹¹ LIVI, Maria Alessandra. *Clausole best efforts*. In: CONFORTINI, Massimo. *Clausole negoziali*. Vicenza: UTET, 2019. v. II. p. 619-653, aqui p. 622.

estudos nacionais sobre o dever de empregar melhores esforços ocupam-se principalmente de investigar a sua *natureza jurídica*. Qualificam-na, de um modo geral, como espécie de *obrigação de meios*.¹²

A categoria das obrigações de meios surge na doutrina francesa do século XIX, em contraponto às obrigações de resultado.¹³ Na primeira espécie, o devedor obriga-se a adotar uma conduta diligente com vistas à produção do resultado almejado, necessariamente exógeno à prestação devida.¹⁴ Na segunda espécie, o adimplemento somente se perfaz com o advento do resultado almejado. A distinção é tradicionalmente invocada para se distribuir o ônus da prova da culpa na responsabilidade contratual.¹⁵

No Brasil, a distinção entre as obrigações de meios e de resultado não encontra previsão legal. Sem prejuízo, foi difundida sobretudo a partir de estudo de Fábio Konder Comparato, quem, ademais, propôs o reconhecimento de um *tertium genus*: as obrigações de garantia, pelas quais o devedor assume um risco que recai sobre a esfera jurídica do credor. A tricotomia, acentua o autor, não perpassa critérios de intensidade. A força do vínculo obrigacional é a mesma nas três modalidades. O que muda, apenas, é o conteúdo da obrigação.¹⁶

Retornando à consulta, a Parte A indaga se as circunstâncias do caso concreto indicariam o inadimplemento, pela Parte A, da obrigação de melhores esforços prevista na cláusula 3.2.1 do Contrato.

A investigação do descumprimento de uma obrigação de melhores esforços implica, em primeiro lugar, a definição do padrão de diligência devido pelo contratante. Em última análise, a tarefa corresponde à delimitação do objeto da obrigação prevista no contrato, ou, ainda, da prestação contratualmente incumbida ao devedor. Assim, não deve ser conduzida em termos abstratos; centra-se, ao contrário, nas características da relação em concreto.¹⁷

¹² Exemplificativamente, LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. A obrigação de melhores esforços (best efforts). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIII, n. 134, p. 7-11, abr./jun. 2004, aqui p. 8-9; e COSTA, Márcio Henriques da. *Cláusula de melhores esforços*: best efforts. Da sua incidência e efetividade nos contratos. Teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2016. p. 55.

¹³ Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 521-539, aqui p. 523-524.

¹⁴ Giovanni D'Amico ressalta a especificidade do significado do termo *resultado* quando utilizado para a distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado (*La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*). Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 167-168).

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 521-539, aqui p. 528.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 521-539, *passim*.

¹⁷ LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. A obrigação de melhores esforços (best efforts). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIII, n. 134, p. 7-11, abr./jun. 2004. p. 9.

Nesse ponto, há quem proponha a consideração de elementos subjetivos e objetivos do contrato, respectivamente, “(a) as qualidades ou atributos próprios do devedor, e (b) a natureza dos atos que devem ser prestados”.¹⁸ Tais parâmetros, na realidade, inserem-se em um exercício mais abrangente de interpretação do negócio jurídico. Em outras palavras, é necessário determinar o sentido da expressão “melhores esforços” no enunciado contratual, interpretando-o conforme as regras aplicáveis à espécie.

A interpretação dos contratos é regida pelo art. 112 do Código Civil,¹⁹ que estatui: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. O dispositivo persiste como regra cardeal da interpretação dos negócios jurídicos em geral, mesmo após a edição da Lei nº 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica).

O art. 112 do Código Civil, entre outras funções, joga luz sobre os limites da literalidade da linguagem. O sentido literal “é só a parte visível do iceberg da significação”.²⁰ Como concluímos em estudo anterior, a literalidade deve ser tão somente um “ponto de partida necessário à interpretação dos negócios jurídicos”,²¹ cabendo ao intérprete associá-la ao conjunto dos vários meios interpretativos disponíveis.

Ao sentido literal da declaração, soma-se o seu contexto verbal, isto é, o “ambiente do termo na frase, da frase no enunciado ou no texto, i.e., a série de elementos que os precedem e os seguem nesse enunciado ou texto”.²² Em matéria contratual, o contexto verbal compreende as demais cláusulas e subcláusulas do contrato. Trata-se daquilo que os autores modernos denominam interpretação global das cláusulas contratuais. Em linguagem mais antiga, a figura corresponde à conhecida interpretação sistemática.

De igual modo, a literalidade e o contexto verbal conjugam-se com o contexto situacional da linguagem, ou contexto em sentido amplo ou pragmático. Referido meio interpretativo pode ser definido como “a situação espaço-temporal particular que compreende os interlocutores, a idéia que cada um tem do outro, as ações que realizam nesse momento, os diferentes objetivos e acontecimentos com que

¹⁸ LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. A obrigação de melhores esforços (best efforts). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIII, n. 134, p. 7-11, abr./jun. 2004. p. 9.

¹⁹ Já tivemos oportunidade de tratar do sentido e do alcance do art. 112 do Código Civil (*Interpretação do negócio jurídico*). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 253 ss.).

²⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 2. p. 734.

²¹ *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

²² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 2. p. 299.

se relacionam”,²³ ou ainda o “conjunto das condições gerais, das características culturais, das situações individuais que acompanham um ato linguístico”.²⁴ O contexto situacional também é conhecido, simplesmente, como circunstâncias.

Por derradeiro, a interpretação dos contratos conforme o art. 112 do Código Civil demanda o exame de um quarto e último cânone hermenêutico: o elemento finalístico ou teleológico. Trata-se de interpretar o contrato à luz de sua *ratio*, do fim almejado com a regulação. Sabe-se que o fim é juridicamente relevante para a interpretação da declaração negocial, na medida em que produz um efeito unificador de seu conteúdo, esclarecendo o seu sentido global.^{25 26}

Retornando ao texto do Contrato, a própria cláusula 3.2.1 indica o fim apto a presidir a definição da diligência devida pela Parte A no caso concreto. Caberia às Partes adotar medidas razoáveis para a consecução dos seguintes resultados: (i) a obtenção de “Autorização de Comercialização” (no original, “Marketing Authorization”) do Produto no Brasil e nos Estados Unidos; (ii) o avanço na pesquisa e no desenvolvimento do Equipamento, a ponto de ser considerado em “Condições de Operação” (“Operating Conditions”); e (iii) o avanço na pesquisa e no desenvolvimento do Equipamento e do Produto, de modo a tornar os “Ensaio” (“Trials”) bem-sucedidos.

Os significados de Autorização de Comercialização e de Condições de Operação foram especificados pelas Partes no glossário de definições²⁷ consolidado nas subcláusulas da cláusula 1.1 do Contrato:

²³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1. p. 299. No mesmo sentido, DUCROT, Oswald; TODOROV, Tzvetan. *Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*. Paris: Éditions du Seuil, 1972. p. 417; GREIMAS, Algirdas Julien; COURTRES, Joseph. *Sémiotique*. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage. Paris: Hachette, 1993. p. 66-67.

²⁴ IRTI, Natalino. *Testo e contesto*. Padova: Cedam, 1996. p. 124.

²⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo (s.c.p.), 1986. p. 225.

²⁶ O paralelo com a interpretação das leis, nesse ponto, parece inevitável. Consoante a clássica lição de Francesco Ferrara: “É preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que quer obter. Pois que a lei se comporta para com a *ratio iuris*, como o meio para com o fim: quem quer o fim quer também os meios” (*Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987. p. 141, tradução livre).

²⁷ Como já tivemos a oportunidade de afirmar, a inserção de um glossário de definições no contrato “visa a predefinir o significado de determinados termos, sejam eles próprios de linguagem técnica ou não, conforme o sentido previamente debatido e acordado entre os contratantes. É dizer: ao empregar, ao longo do Contrato, as palavras ou expressões constantes da lista de termos definidos, usualmente identificadas por letras maiúsculas, as partes quiseram atribuir-lhes o sentido fixado no particular código linguístico por elas predeterminado, em detrimento de outros sentidos possivelmente admitidos pela linguagem especializada ou comum” (A interpretação dos negócios jurídicos celebrados no contexto de uma compra e venda de participação societária e a responsabilidade limitada de um dos alienantes pelas consequências pecuniárias do ajuste de preço pactuado. In: GOUVÊA, Carlos Portugal; PARGENDLER, Mariana; LEVI-MINZI, Maurizio (Org.). *Fusões e aquisições*: pareceres. São Paulo: Almedina, 2022. p. 88).

1.1.16 “*Marketing Authorization*” means the registry before the Ministry of Agriculture of Brazil, the authorization issued by the Food and Drug Administration (FDA) of the United States of America or the Environmental Protection Agency (EPA) of the United States of America, as the case may be, or any and all similar approvals or authorizations, with respect to the other jurisdictions issued by a Governmental Authority, that are necessary for the commercialization of the Product in the relevant territory, whether in Brazil or abroad. [...]

1.1.19. “*Operating Conditions*” means, in relation to the Equipment, a minimum performance of [*omissis*].

O significado de Ensaio, por sua vez, foi exposto no corpo da cláusula 3.2 (ii) do Contrato. O uso da expressão, com inicial em maiúscula, refere-se ao seguinte sentido, no texto em seu idioma original: “*trials with the Product and the Equipment in the United States of America’s market, which shall take 6 (six) months counted as from the date hereof and which details are described in Exhibit D hereto (the ‘Trials’)*”.

A definição de Ensaio, contida na cláusula 3.2 (ii), remete à descrição contida no Anexo D ao Contrato:

EXHIBIT D – TRIALS DESCRIPTION

Trials will be conducted as follows:

- Experimental trial to confirm the efficacy of the Product on an improvement of the United States Production Index.
- This experiment will be conducted in USA, using an [*omissis*] including either the Equipment, a Parte A Equipment or a third party equipment as may be appropriate.
- Costs of shipment of the Product to the United States of America will be borne by Buyer.
- With a maximum of four (4) groups: [*omissis*]. This can include repetitions, depending on the facilities.
- Under the direction, supervision and responsibility of Buyer.
- Writing of the experimental protocol will be under the Buyer’s responsibility.
- Reporting of the experiment will be under Buyer’s the responsibility.

À luz das disposições destacadas acima, o elemento sistemático do Contrato oferece um importante índice para a determinação do comportamento diligente devido pela Parte A. Essa conclusão é ainda mais evidente no que diz respeito à obrigação de empreender melhores esforços com relação ao resultado

dos Ensaio. Nesse tocante, o Anexo D ao Contrato particulariza os parâmetros a serem observados pela Parte A para o cumprimento da obrigação de meio prescrita na cláusula 3.2.1.

Consoante o Anexo D, a condução dos Ensaio deveria ocorrer sob a direção, a supervisão e a responsabilidade da Parte A. Em contrapartida, não se atribuiu poder análogo à Parte B. Outrossim, o Anexo D não prescreveu exclusivamente o uso do Equipamento, mas facultou o uso de máquinas da Parte A ou máquinas de terceiros, conforme apropriado.

De acordo com a narrativa da Parte A, tomada aqui como premissa fática, a Parte A realizou testes em plena conformidade com o Anexo D. A Parte A relata ter realizado diversos experimentos a fim de confirmar a viabilidade da Tecnologia, de modo a materializar os esforços cabíveis no caso concreto. De igual modo, segundo a Parte A, independentemente do equipamento utilizado para a [omissis] do Produto, os resultados dos Ensaio seriam os mesmos.²⁸

Em paralelo, a Parte A afirma ter adotado todas as providências necessárias para registrar a Produto perante o MAPA. Aponta, também, ter mantido a Parte B informada sobre os passos percorridos nessa direção. Afirmou, de outra parte, não ter recebido a colaboração devida pela Parte B. Informa que a Parte B, inclusive, não se mostrou disposta a realizar novos investimentos no desenvolvimento da Tecnologia, embora estivesse a par das dificuldades e desafios envolvidos no processo.²⁹

Dados os fatos apontados acima, parece-nos correto concluir que a Parte A adimpliu a obrigação de melhores esforços prevista na cláusula 3.2.1 do Contrato. Cumpre-nos, assim, aprofundar o exame da eficácia da cláusula 3.2 do Contrato, objeto dos demais quesitos formulados pela Parte A.

4 Conceito de condição. Distinção entre previsão condicional e evento condicionante. Caracterização de cláusula condicional suspensiva e mista no caso concreto. Afastamento da incidência do art. 129 do Código Civil. Ineficácia da cláusula condicional

A cláusula 3.2 do Contrato divide a segunda tranche do Preço de Aquisição em quatro parcelas distintas. O pagamento de cada uma delas é atrelado ao advento de determinados marcos contratuais (“milestones”).

²⁸ Respondents' Answer to the Statement of Claim, [omissis].

²⁹ Respondents' Answer to the Statement of Claim, [omissis].

O pagamento da primeira parcela foi associado ao primeiro evento de comercialização do Produto no Brasil, a ocorrer em até seis meses após (i) a data de concessão da Autorização de Comercialização no país; ou (ii) a data na qual o Equipamento viesse a ser considerado em Condições de Operação, o que ocorresse por último (cfr. cláusula 3.2 (i)).

O pagamento da segunda parcela, por sua vez, foi subordinado à hipótese de os resultados dos Ensaios serem similares àqueles atingidos nos ensaios realizados pela Parte B no Brasil, antes da celebração do APA.

Na sequência, a cláusula 3.2 (iii) atrela o pagamento da terceira parcela ao primeiro evento de comercialização do Produto nos Estados Unidos, o que deveria ocorrer em até seis meses contados (i) da data de concessão da Autorização de Comercialização naquele país; ou (ii) da data na qual o Equipamento viesse a ser considerado em Condições de Operação, o que ocorresse por último.

Por derradeiro, a cláusula 3.2 (iv) subordina o pagamento da quarta parcela à superação de determinado volume de vendas.

A cláusula 3.2 do Contrato encerra um conjunto de condições. Vale ressaltar que a palavra “condição” vem empregada, tanto na doutrina como na lei, em mais de um sentido: ora designa a cláusula que subordina a eficácia do negócio jurídico, no todo ou em parte, a um evento futuro e incerto (é o sentido encontrado, por exemplo, no art. 123, inc. III do Código Civil); ora alude ao próprio evento (*vide*, por exemplo, o art. 129 do Código Civil). A fim de evitar a ambiguidade, optamos por nos referir, respectivamente, à cláusula (ou previsão) condicional e a evento condicionante.

As cláusulas condicionais constituem um dos principais modelos negociais típicos para lidar com situações *de incerteza*. A adoção de uma técnica com tal propósito, por certo, compatibiliza-se com as circunstâncias da celebração do Contrato. Como narra a Parte A, pairavam dúvidas sobre a eficácia da Tecnologia no momento da contratação. Releva notar que, à época da assinatura do Contrato, a Parte B ainda não havia obtido autorização para comercializar o Produto no Brasil. Além disso, chama atenção a proximidade temporal entre a data de protocolo dos pedidos de patentes (16.08.16)³⁰ e a data de assinatura do Contrato (20.10.16).

Nessa ordem de ideias, as Partes subordinaram parte da eficácia do negócio jurídico – notadamente, o pagamento de parcelas do Preço de Aquisição – ao advento de eventos futuros e incertos. Há, portanto, a caracterização de uma cláusula condicional suspensiva. Diversamente das cláusulas condicionais resolutivas, as suspensivas promovem a suspensão da eficácia típica do negócio, no todo ou em parte, subordinando-a a evento futuro e incerto.

³⁰ Cfr. Contrato, *Exhibit A – Patents*.

Ainda que a condição suspensiva diga respeito a toda a eficácia do negócio, é certo que ele produz determinados efeitos, como a vinculatividade (verdadeiro efeito mínimo do negócio jurídico, a impedir, por exemplo, que ele seja livremente revogado). Surge, ademais, um direito prévio, condicional ou expectativo, também chamado de “eventual” na linguagem do art. 130 do Código Civil. O titular do direito expectativo pode realizar atos para acautelá-lo, o que comprova a falácia da afirmação de que o negócio sujeito a dada condição suspensiva não produz quaisquer efeitos.

Na espécie, não prejudica a caracterização da cláusula 3.2 do Contrato como uma cláusula condicional suspensiva o fato de os eventos condicionantes dependerem, em certa medida, do comportamento das Partes após a assinatura do Contrato.

Como é cediço, as cláusulas condicionais são tradicionalmente classificadas em causais, potestativas ou mistas. Lê-se em estudo recente que a condição causal “depende do acaso, ou unicamente da vontade de terceiro”, a potestativa “se sujeita à vontade do agente” e a mista, por sua vez, depende ao mesmo tempo da vontade de uma das partes e de fatores externos.³¹

Com efeito, a cláusula 3.2 do Contrato é uma *cláusula condicional suspensiva e mista*. A atuação das Partes certamente concorreria para a comercialização do Produto no Brasil e nos Estados Unidos, assim como para a realização dos Ensaios. Por outro lado, os eventos condicionantes dependiam igualmente da verificação de diversos fatos aleatórios e de atos de terceiros, dentre os quais a obtenção das Autorizações de Comercialização e a comprovação da eficácia da Tecnologia.

Na Arbitragem, uma das principais teses defendidas pela Parte B apoia-se na alegada incidência, sobre o caso concreto, do art. 129 do Código Civil. Nos termos do dispositivo em questão,

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.

Em sua ótica, a Parte A teria obstado o implemento dos eventos condicionantes previstos na cláusula 3.2 do Contrato. Aos olhos da Parte B, a Parte A teria

³¹ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 70-71.

assim atuado, inclusive, ao privar a Parte B de informações sobre a evolução dos Ensaio e sobre outros testes realizados pela Parte A com a Tecnologia.³²

Entretanto, adotadas as premissas fáticas contidas nas manifestações da Parte A, a conduta da Parte A não configura o “obstar maliciosamente” o implemento da condição, exigido pelo art. 129 do Código Civil.

Em primeiro lugar, a Parte A não agiu de modo a impedir o implemento dos eventos condicionantes. O relato da Parte A demonstra que ela obrou para que eles de fato ocorressem. Notadamente, a Parte A executou os Ensaio conforme o Contrato e adotou as providências voltadas à obtenção da Autorização de Comercialização no Brasil.

Em segundo lugar, a causalidade entre a conduta da parte e o impedimento do evento condicionante é pressuposto necessário à incidência do art. 129 do Código Civil.³³ O dado é relevante ao caso concreto, especialmente no tocante à cláusula 3.2 (ii). Não somente os Ensaio demonstraram a inutilidade da Tecnologia, mas, tal como narra a Parte A, não há evidência de que um pedido adicional de recomendações e orientações à Parte B poderia ter alterado os resultados dos testes.³⁴

Em terceiro lugar, o art. 129 do Código Civil exige que o obstáculo tenha sido imposto maliciosamente. A doutrina brasileira tradicional exige, assim, que o interessado no advento da condição tenha agido com dolo ou com má-fé.

Nesse sentido, ao analisar o art. 120 do Código Civil de 1916, de idêntico teor ao do art. 129 do Código de 2002, Pontes de Miranda já pontuava:

Não se precisa falar de adimplemento ficto [da condição]. Se foi ele impedido, de modo contrário à boa fé (= maliciosamente), por aquele a quem seria desvantajosa a realização da condição, os seus efeitos se produzem. Tudo se passa no plano da eficácia, no que concerne, estritamente, à condição. [...] O art. 120 é dispositivo, e não cogente: é questão de interpretação saber-se se era lícito àquele a quem seria desvantajosa impedir-lhe a realização, ou àquele a quem seria proveitosa provocá-la. Basta o evitamento culposo ou a provocação culposa? Não; é preciso a malícia. Isso, no direito brasileiro.³⁵

³² *Claimants' Rebuttal*, [omissis].

³³ Ainda, como exemplifica Pontes de Miranda, “se com a coisa a é que se teria de implir e o outorgado destrói, maliciosamente, a coisa, mas seria impossível com a coisa a cumprir-se a condição, o art. 120 [correspondente ao art. 129 do Código Civil atual] não incide” (*Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. V. p. 228).

³⁴ *E.g., Respondents' Rebuttal*, [omissis].

³⁵ *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. V. p. 195 (grifos nossos).

Em sentido semelhante, Carlos Alberto Dabus Maluf:

Entre nós, entretanto, *não é suficiente apenas a culpa do devedor*, como causadora do advento da condição, nem se pode considerá-lo responsável pela sua inocorrência, se apenas atuou negligentemente. A lei usa a palavra *maliciosamente*, que envolve a ideia de intenção e, por conseguinte, de *dolo*.³⁶

E, ainda, Zeno Veloso:

A realização ou verificação da condição deve ocorrer naturalmente, espontaneamente, obedecendo-se ao curso normal dos acontecimentos. Não pode o beneficiário, *agindo com deslealdade e má-fé*, provocar ou frustrar o implemento da condição. Em qualquer dos casos, o Direito reprova a conduta. Observe-se que, em nosso sistema, para que se tenha como verificada ou não-verificada a condição, *não basta a negligência ou culpa do interessado*. O art. 120 [do Código Civil de 1916] prevê o comportamento malicioso, portanto, a má-fé, a intenção de frustrar o implemento da condição, impedindo que o acontecimento se verifique, ou usando de expedientes para que ele se realize, quando, naturalmente, não haveria de se realizar, tudo com o objetivo de prejudicar a contraparte e obter lucro ilícito.^{37 38}

Essa a posição que deve prevalecer na vigência do Código Civil de 2002, como bem aponta Fabiano Menke, em comentário ao art. 129:

Ao empregar a palavra “maliciosamente”, o dispositivo não deixa margem para dúvidas de que só serão passíveis de enquadramento no *suporte fático em questão as condutas omissivas ou comissivas eivadas*

³⁶ *As condições no direito civil*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 64-65 (grifos nossos). A posição foi mantida na mais recente edição reformulada da obra, cfr. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97-98.

³⁷ *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 63 (grifos nossos).

³⁸ Ainda no mesmo sentido, destacam-se, exemplificativamente: “A lei condena o *dolo* de quem impede se realize o evento e o daquele que lhe força a realização” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 100, grifos nossos); “É a malícia, ou seja, o *dolo*, o requisito expressamente exigido pelo art. 120 de nosso Código para a verificação da hipótese por este mesmo texto prevista, não bastando, pois, para caracterizá-la, a simples culpa ou negligência da parte com que se satisfaz a doutrina francesa” (RÃO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 293); “[É] mister que haja *dolo* de uma das partes, para que ocorra a hipótese figurada no art. 120 do Código Civil” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. I. p. 252).

de intencionalidade, de dolo. Estão excluídos, em vista disso, os comportamentos culposos que venham a frustrar o implemento da condição ou que venham a contribuir para que ocorra, da mesma forma que se verificava quando da vigência do Código Civil de 1916, que continha dispositivo idêntico (art. 120). Conforme a lição de Pontes de Miranda [...]. E o dispositivo deve ser assim compreendido, mesmo que consideradas a principiologia e as diretrizes teóricas que permeiam o Código Civil de 2002, pois, se quisesse o legislador suavizar a regra no que toca à presença ou à ausência de dolo para a incidência da regra, não teria se valido do elemento do suporte fático “maliciosamente”.^{39 40}

Registre-se, contudo, em sentido diverso, posição adotada em estudo recente, a estabelecer conexão entre o art. 129 e o art. 187 do Código Civil, sustentando que o advérbio “maliciosamente” designaria não somente a conduta dolosa, mas também aquela “frontalmente contrária ao padrão da boa-fé objetiva”, devendo a malícia ser “presumida em face de uma disjunção frontal evidente entre o comportamento devido e aquele exercido pela parte manipuladora [...]”.⁴¹

A despeito de julgarmos superior a corrente majoritária, que exige a conduta dolosa da parte que obsta ou provoca o implemento da condição, parece-nos que mesmo a adoção da corrente alternativa não levaria, no caso em tela, à incidência do art. 129 do Código Civil, eis que ausente, a nosso ver, a conduta abusiva ou manifestamente contrária à boa-fé pela Parte A.

Uma vez afastada a sanção prevista no art. 129 do Código Civil, deve-se reconhecer a ineficácia definitiva da cláusula 3.2 do Contrato e, por conseguinte, a inexigibilidade das parcelas do Preço de Aquisição previstas na referida disposição contratual.

Como se sabe, o negócio condicional pode passar por três fases: (a) o período de incerteza quanto à verificação do evento condicionante (*conditio pendet*); (b) o momento em que o evento se realiza, implementando-se a condição (*conditio existit*); e (c) o momento em que o evento futuro vem a faltar, sabendo-se que não mais ocorrerá (*conditio deficit*).

³⁹ Comentário ao art. 129. In: NANNI, Giovanni E. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 219.

⁴⁰ O mesmo entendimento é extraído, ainda, de comentário de Álvaro Villaça Azevedo: “O art. 129, como o 120 do Código de 1916, contempla duas hipóteses de atuação dolosa que frustra o implemento da condição: uma, por parte de quem está para ser prejudicado; outra, por aquele que seria beneficiado com a verificação condicional. [...] Como resta evidente, o implemento da condição deve ocorrer normalmente, sem que seja impedido (obstado) ou provocado dolosamente pelos interessados. (Comentário ao art. 129 do Código Civil. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II. p. 147-148).

⁴¹ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 134.

In casu, não há dúvida de que a situação de incerteza quanto ao implemento dos eventos condicionantes perdurou entre a data de celebração do Contrato e a data de conclusão dos Ensaio. Nesse interregno, configurou-se uma inequívoca situação de pendência condicional.

Deve-se indagar, então, sobre a eventual persistência da situação da pendência condicional após os Ensaio, os quais revelaram a absoluta inutilidade da Tecnologia à Parte A.⁴²

Na generalidade dos casos, três são as principais hipóteses geradoras da ineficácia da previsão condicional (*conditio deficit*).

A primeira decorre do advento de um evento oposto ao condicionante. Assim, por exemplo, no caso de uma locação de imóvel condicionada à aprovação do locatário em concurso público (o qual demandaria a sua mudança para a cidade do local do imóvel), a não aprovação do locatário no certame, sem que coubesse recurso ou qualquer outra medida apta a reverter a decisão, frustraria a condição, impedindo definitivamente a aquisição das posições jurídicas condicionadas.

A segunda advém de circunstâncias que impossibilitam a ocorrência do evento, tornando certo que o evento condicionante não se realizou e não mais poderá se realizar. No mesmo exemplo acima referido, o cancelamento do certame, a morte do locatário ou a mudança das regras do concurso (v.g., com a adoção de trabalho remoto) impediria que a condição pudesse ser implementada, tornando o negócio ineficaz. É nesse segundo caso que se fala, usualmente, em *impossibilidade superveniente* da condição suspensiva (ou melhor, do evento condicionante suspensivo), a qual equivale ao seu não implemento, acarretando a ineficácia definitiva do negócio jurídico.^{43 44}

Por fim, a terceira situação se verifica quando há o decurso de um tempo suficientemente longo sem que o evento condicional ocorra.⁴⁵

Retornando ao Contrato, a imprestabilidade da Tecnologia constatada durante os Ensaio frustrou, em primeiro lugar, o implemento da cláusula 3.2 (ii).

⁴² Respondents' Statement of Counterclaim, [omissis].

⁴³ PETRELLI, Gaetano. *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico: Teoria generale e profili applicativi*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 187. Fernanda Mynarski Martins-Costa também esclarece que, em se tratando de previsão condicional suspensiva, a impossibilidade do evento condicionante, superveniente à celebração do negócio, acarretará "o reconhecimento de uma condição falha, que, sendo suspensiva, impede efetivamente a aquisição do direito" (MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 66). Vide, ainda, PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. V. p. 200.

⁴⁴ A proximidade dos casos faz com que parte da doutrina entenda que, na hipótese de se tornar certo que o evento condicionante não se realizou e não mais se realizará, dá-se o não implemento da condição, e não a impossibilidade (TATARANO, Giovanni; ROMANO, Carmine. *Condição e modus*. Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 47-49).

⁴⁵ BONNET, David. *Cause et condition dans les actes juridiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 433.

Conforme relato da Parte A, os resultados dos testes realizados pela Parte A não alcançaram os resultados similares àqueles verificados no Brasil antes da transação. Houve, assim, o advento de evento oposto ao condicionante, tornando ineficaz a cláusula condicional.

Além disso, é certo que o juízo acerca de qualquer das hipóteses de ineficácia da previsão condicional deve ser feito à luz de um cotejo entre as circunstâncias supervenientes ao contrato e os interesses contratualmente regulados.⁴⁶

Cumpra repisar, nesse sentido, que o Contrato tinha um fim juridicamente relevante: o emprego exitoso da Tecnologia. Frustrada a finalidade prevista contratualmente, em razão da comprovada imprestabilidade da Tecnologia (fato não imputável à Parte A), deve-se concluir pela inequívoca ineficácia de todas as alíneas da cláusula 3.2.

A conclusão alcançada acima, sublinhe-se, é reforçada pela conduta das Partes após a finalização dos Ensaios. Conforme narra a Parte A, uma vez demonstrada a inutilidade da Tecnologia, não houve progresso nas atividades de pesquisa, a fim de permitir a realização de novos testes em até dezoito meses, conforme indicavam as cláusulas 3.2.2⁴⁷ e 3.2.3⁴⁸. De igual sorte, não houve o desenvolvimento do Equipamento para que alcançasse as Condições de Operação, evento tido por necessário, segundo a cláusula 3.2 (i), para a deflagração do prazo de seis meses de comercialização do Produto no Brasil. Da mesma forma, não se buscou obter a Autorização de Comercialização nos Estados Unidos, nem se viabilizou o início das vendas em qualquer mercado de atuação da Parte A. A Parte A salienta, inclusive, a inércia da própria Parte B para a consecução desses resultados.⁴⁹

⁴⁶ A esse respeito, Giovanni Tatarano e Carmine Romano pontuam a necessidade de o juízo sobre a impossibilidade de implemento de uma condição ser realizado com objetividade, tendo em vista uma valoração razoável e atenta ao conjunto concreto de interesses refletido no negócio jurídico em questão (*Condizione e modus*. Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 47-49). De forma análoga, enfatizando a relevância dos elementos do caso concreto, Caio Mário da Silva Pereira observa que, no âmbito das condições, o efeito da impossibilidade relativa equipara-se ao da absoluta (*Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I. p. 490).

⁴⁷ “3.2.2 With respect to the Second Milestone Payment, in the event the result of the Trials are not satisfactory to the Buyer, the Parties shall employ their best efforts in order to, in no later than 18 months as from the date the results of the Trials are issued (the ‘R&D Deadline’), perform new research and development to the Product and/or Equipment and complete a new Trial which results are satisfactory results to the Buyer”.

⁴⁸ “3.2.3 If after the expiration of the R&D Deadline, the Trials still do not show results similar to those achieved in Brazil Trials, the Buyer may, at its own discretion, choose not to commercialize the Product and the Equipment in the United States of America, in which case (i) the Buyers shall immediately notify the Sellers informing such choice; (ii) the Second Milestone Payment will cease to be due and payable, and (iii) the amount of the First Milestone Payment will increase from the equivalent, in Brazilian Reais, to [omissis] to the equivalent, in Brazilian Reais, to [omissis]”.

⁴⁹ *Respondents’ Answer to the Statement of Claim*, p. 25, item 95.

Diante desse cenário, afigura-nos correto reconhecer a ineficácia definitiva da cláusula 3.2 do Contrato e a inexigibilidade da obrigação de pagamento das parcelas contingentes do Preço de Aquisição.

* * *

Isto posto, passamos a responder aos quesitos formulados:

1) À luz das cláusulas 3.2 e 3.2.1 do APA, qual é o fim do Contrato celebrado entre as Partes?

R. O fim contratual consiste no objetivo comum visado pelos contratantes para a celebração do contrato, resultante de seu conteúdo ou de suas circunstâncias. No caso concreto, o fim do Contrato corresponde ao emprego exitoso da Tecnologia e sua comercialização pela Parte A em diferentes países, incluindo o Brasil e os Estados Unidos.

2) À luz das premissas fáticas extraídas das manifestações da Parte A na Arbitragem, é possível afirmar que a obrigação de melhores esforços prevista na cláusula 3.2.1 do APA foi satisfatoriamente cumprida pela Parte A?

R. Adotadas as premissas fáticas contidas nas manifestações da Parte A – notadamente (i) a realização de diversos testes, por parte da Parte A, a fim de confirmar a viabilidade da Tecnologia; e (ii) a falta de colaboração por parte da Parte B –, é possível concluir que a Parte A cumpriu satisfatoriamente a obrigação de melhores esforços prevista na cláusula 3.2.1 do Contrato.

3) Considerando o teor do art. 129 do Código Civil, é possível afirmar que eventual frustração na implementação das condições previstas na cláusula 3.2 do APA exigiria a demonstração de uma conduta dolosa da Parte A? O dispositivo é aplicável ao caso concreto?

R. O suporte fático do art. 129 do Código Civil, consoante a interpretação dominante e a nosso ver mais acertada desse dispositivo, demanda a demonstração do dolo da parte que age para impedir o implemento do evento condicionante. No caso concreto, não há prova de que a Parte A tenha agido maliciosamente para frustrar a ocorrência das hipóteses descritas na cláusula 3.2 do Contrato. De outra parte, de acordo com as manifestações da Parte A na Arbitragem, a Parte A obrou para a materialização dos eventos previstos contratualmente. Não há, de igual forma, prova do nexo de causalidade entre uma alegada insuficiência das informações fornecidas aos Parte B e o não implemento dos fatos descritos na cláusula 3.2 do Contrato. Não se encontra preenchido, assim, o suporte fático do art. 129 do Código Civil.

4) É possível afirmar que as condições contratualmente estipuladas para o pagamento das parcelas do preço de aquisição previstas na cláusula 3.2 do APA não poderiam ser consideradas como implementadas no caso concreto? Ou seja, é possível afirmar que não mais subsiste a obrigação da Parte A de efetuar o pagamento das referidas parcelas à Parte B?

R. Fixada a premissa fática da imprestabilidade da Tecnologia, houve a frustração dos eventos condicionantes erigidos como fator de eficácia da cláusula 3.2 do Contrato. Frustradas as condições, por fato não imputável à Parte A, resta definitivamente inexigível a obrigação de pagamento das parcelas do Preço de Aquisição da cláusula 3.2 do Contrato.

É o nosso parecer, S.M.J.

São Paulo, abril de 2024

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contrato de aquisição de ativos industriais. Identificação do fim contratual a partir do conteúdo do negócio. Natureza jurídica da obrigação de melhores esforços (best efforts). Delimitação do padrão de diligência devido no caso concreto. Caracterização de cláusula condicional suspensiva e mista. Afastamento da incidência do art. 129 do Código Civil. Ineficácia da cláusula condicional. Parecer. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 227-248, out./dez. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.04.009. Parecer.

Recebido em: 24.01.2025

Aprovado em: 25.01.2025