

REVISTA DE  
**DIREITO CIVIL  
CONTEMPORÂNEO**  
**RDCC**

**N. 7 • V. 24 • JULHO-SETEMBRO • 2020**

*Journal of Contemporary Private Law*

*N. 7 • Issue 24 • July-Sept. • 2020*

COORDENAÇÃO:

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

IGNACIO MARIA POVEDA VELASCO

JOSÉ ANTONIO PERES GEDIEL

DÁRIO MOURA VICENTE

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

RODRIGO XAVIER LEONARDO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

REVISTA DE  
**DIREITO CIVIL  
CONTEMPORÂNEO**

*Journal of Contemporary Private Law*

N. 7 • v. 24 • jul.-set. 2020

*N. 7 – Issue 24 – july-sept. 2020*

# MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS NÃO VINCULANTE: NÃO OCORRÊNCIA DE PERDA DE CHANCE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE CONFIDENCIALIDADE (PARECER)

---

*NON-BINDING MEMORANDUM OF UNDERSTANDING:  
LOSS OF CHANCE NOT VERIFIED. NO BREACH OF THE  
DUTY OF CONFIDENTIALITY (LEGAL OPINION)*

**GIOVANNI ETTORE NANNI**

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* na PUC-SP. Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr. Advogado em São Paulo.  
genanni@nanni.adv.br

**ÁREAS DO DIREITO:** Comercial/Empresarial; Civil

**RESUMO:** Trata-se de extrato de parecer elaborado em disputa arbitral na qual se discute a natureza jurídica de memorando de entendimentos, em especial se tem feição vinculante. É examinada a teoria da perda de chance e sua diferenciação em relação aos lucros cessantes. Analisa-se também a obrigação de confidencialidade e suas características em auditoria realizada em negócio de aquisição de participação societária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Memorando de entendimentos – Perda de chance – Lucros cessantes – Obrigação de confidencialidade – Auditoria em negócio de aquisição de participação societária.

**ABSTRACT:** This is an excerpt from a legal opinion issued in an arbitration proceeding in which the legal nature of a memorandum of understanding was discussed, particularly whether the instrument was binding on the parties. It discusses the theory of civil liability due to the loss of chance *vis-à-vis* the civil liability due to loss of profits. The paper also discusses the duty of confidentiality arising from a due diligence carried prior to execution of a share purchase agreement.

**KEYWORDS:** Memorandum of understanding – Loss of chance doctrine – Loss of profits – Duty of confidentiality – Due diligence for the execution of a share purchase agreement.

**SUMÁRIO:** A. Consulta. B. A natureza não vinculante do MoU. C. A perda de chance e a indenização pleiteada. C.1. A perda de chance. C.2. Não enquadramento do caso concreto na perda de chance. C.3. A indenização pleiteada e sua distinção dos lucros cessantes. D. A discussão sobre a quebra

da confidencialidade. D.1. A obrigação de confidencialidade. D.2. Inexistência de violação à confidencialidade prevista no MoU. E. Resposta aos quesitos.

## A. CONSULTA

1. O Consulente informa que houve aproximação com interessados, em conjunto denominados “Sócios”, em razão da intenção de o Consulente adquirir participação societária na Companhia (“Companhia”).

2. Após meses de tratativas, as partes retromencionadas, bem como outras empresas do grupo, celebraram Memorando de Entendimentos (“MoU”). Todos conjuntamente serão denominados “Partes”.

3. Doravante, quando em conjunto, Companhia e demais empresas do grupo serão referidas simplesmente como “Empresas”. Sócios e Empresas serão designados como “Requerentes”.

4. Por esse instrumento, as Partes formalizaram a intenção mútua na realização de operação pela qual o Consulente adquiriria ações de emissão da Companhia, bem como na subscrição de novas ações decorrentes de aumento de capital na referida sociedade, que seria transformada em sociedade anônima, de modo que, após a conclusão dessa operação, o Consulente deteria a participação de xx% no capital social votante da Companhia.

5. Nos termos da Cláusula do MoU, foram iniciados os procedimentos de auditoria legal, contábil e financeira, sendo que, em dezembro, os assessores do Consulente levaram ao seu conhecimento a descoberta de contingências apuradas nas Empresas, relativas a questões societárias e tributárias, que representavam risco de prejuízo na ordem de R\$ xx milhões.

6. Em razão dessas descobertas, os representantes do Consulente comunicaram tais fatos aos Sócios, e se propuseram a continuar as tratativas, desde que fossem re-discutidas as condições inicialmente vislumbradas, principalmente no que diz respeito ao preço e ao montante do aporte de capital.

7. Após essa comunicação, foi deflagrada a controvérsia entre as Partes, visto que os Requerentes não concordaram com a rediscussão das condições e, em janeiro, apresentaram, perante a Câmara de Arbitragem, Requerimento de Instauração de Arbitragem, com fundamento na Cláusula do MoU.

8. Em síntese, os Requerentes sustentam que o Consulente, ao propor a renegociação das condições da operação, teria violado as obrigações assumidas no MoU, uma vez que (i) o MoU não previa a hipótese de alteração do preço pactuado; (ii) ao divulgar a terceiros, notadamente o Sr. X (“Sr. X”), que a operação estava em andamento, bem como informações sobre as Empresas, tendo em vista que ele era tido como futuro Diretor Financeiro da Companhia, após a conclusão da operação.

9. Com base nesses fatos, pedem que o Consulente seja condenado a indenizá-los pelas perdas resultantes dessas condutas, eis que teriam violado o MoU. Defendem que os danos montam a quantia de R\$ xx.

10. Nesse cenário, o Consulente formula os seguintes quesitos, que são apreciados ao longo do Parecer e respondidos ao final:

- i. A situação jurídica de desistência do MoU envolve a incidência da teoria denominada *perda de chance*? Por quê?
- ii. O pleito indenizatório de R\$ xx formulado pelos Requerentes é compatível com a responsabilidade pela perda de chance?
- iii. Tendo em vista os fatos expostos sobre relatórios apresentados por assessores externos, houve violação à cláusula de confidencialidade prevista no MoU? Nesse contexto, qual a prática empresarial?
- iv. A mera indicação de um profissional para entrevista com os Requerentes, com a ciência e autorização destes, importa violação à cláusula de confidencialidade prevista no MoU?
- v. A mensagem eletrônica enviada por Sr. X se apresentando a Sr. Z e encaminhando seu *curriculum vitae* consubstancia violação ao “MoU”?

## B. A NATUREZA NÃO VINCULANTE DO MoU

11. Tema preambular à consulta diz respeito aos efeitos obrigacionais do MoU, notadamente se possui ou não efeito vinculante, ou seja, indaga o Consulente se tinha o direito de não seguir adiante nas negociações preliminares até então levadas a efeito.

12. Nesse contexto, a convenção das Partes a respeito do assunto é isenta de qualquer dúvida, pois o caráter não vinculante do MoU emerge de sua cláusula  $\beta.1.$ :

*“ $\beta$ . Efeitos deste MOU.  $\beta.1$ . Este MOU possui caráter não vinculante e, exceto com relação às Cláusulas  $\mu$ ,  $\alpha$ , (‘Cláusulas Vinculantes’), não cria qualquer obrigação para as Partes de realizar a Operação nos termos deste MOU.”*

13. As Partes, no âmbito de sua autonomia privada, estipularam que iniciariam estágio temporal limitado no tempo de conversas e estudos – negociações preliminares – para, caso frutífero, celebrarem o contrato definitivo.

14. Sendo assim, essa fase de negociações preliminares não era vinculante, não gerando, destarte, obrigação de contratar, sendo lícita a desistência em qualquer momento, mesmo que imotivada.

15. Ressalte-se que não existe padrão nem disciplina predeterminada a respeito dos direitos e obrigações ínsitos a um memorando de entendimentos nem a uma

carta de intenção<sup>1</sup>. Pelo contrário, é um tema em que reina pulverizada gama de aspectos, no qual o *nomen iuris* do pacto pouquíssimo representa. Tudo varia de acordo com o que convencionam as partes no respectivo caso concreto.

16. Na realidade, as cartas de intenção, que muitas vezes recebem outras denominações, inclusive memorando de entendimentos, apresentam tipologia aleatória, em que cada situação contempla disciplina particular. É impossível categorizar seu alcance, uma vez que nela são inseridas as mais variadas disposições, com realidades absolutamente distintas. Talvez o denominador comum seja que se cuida de instrumento fruto da prática internacional, representativo de estágio interino de negociações preliminares.

17. Os contratos comerciais são frequentemente precedidos de período, mais ou menos longo, de preparação, discussão e negociação entre as partes contratantes. Ora, esta fase prévia ou preliminar, por vezes designada *pré-contratual*, assume enorme relevo prático e jurídico no domínio da contratação mercantil dos dias atuais, especialmente internacional e de grande vulto<sup>2</sup>.

18. Tal fase pré-contratual, explica José Engrácia Antunes<sup>3</sup>, é extremamente rica, envolvendo uma panóplia variada de atos preparatórios de natureza material (v.g., reuniões, estudos, testes, orçamentos, viagens etc.) ou jurídica (v.g., minutas, atas de reunião, correspondência etc.). Especialmente importante é salientar a existência habitual de uma série de *acordos pré-contratuais* de caráter preliminar, instrumental ou complementar relativamente ao contrato mercantil principal: para os presentes efeitos, esses acordos podem ser agrupados em duas categorias fundamentais, designadas por *acordo não contratuais* e *acordos contratuais*.

19. Para fins da análise em curso, vale explicar que os *acordos não contratuais*, na exposição de José Engrácia Antunes<sup>4</sup>, são instrumentos jurídicos, destituídos de natureza contratual, que servem essencialmente para determinar a forma como as negociações entre as partes contratantes se processarão ou para cristalizar o estado dessas negociações em determinado assunto.

20. Ainda que não se enquadre no tema objeto do Parecer, os *acordos contratuais* são instrumentos jurídicos de natureza contratual destinados a preparar ou coadjuvar a celebração de um dado contrato mercantil, os quais, situando-se já no plano da

---

1. Itens 121 a 127 da Réplica.

2. ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 94.

3. *Idem*.

4. ANTUNES, José A. Engrácia. *Op. cit.*, p. 97.

formação e não da mera negociação deste último, representam em si mesmos contratos autônomos perfeitamente vinculativos e definitivos entre as partes<sup>5</sup>.

21. Entre as modalidades fundamentais dos acordos não contratuais, José Engrácia Antunes<sup>6</sup> indica as cartas de intenção:

“Desde logo, temos as chamadas *cartas de intenção* ou *acordos de princípio* ('letters of intent', 'memorandum of understanding', 'agreements in principle', 'Absichtserklärungen', 'accords de principe'): esses acordos, de conteúdo extremamente variável, consistem usualmente em pactos por meio dos quais as partes, em determinado estágio das negociações em curso, manifestam a sua vontade em prosseguir estas de boa-fé com vista a atingir o acordo final. Tais acordos são muito frequentes no processo negocial de determinados tipos de contratos mercantis: sirvam de exemplo os contratos de compra e venda de empresa, onde é comum que as partes plasmem e reproduzam os resultados das conversações ou negociações empreendidas ('preliminary agreements', 'pourparlers', 'Verhandlungen', 'trattative'), normalmente em documentos de natureza económica ('due diligence') e jurídica ('legal opinions') que visam fornecer uma informação exaustiva sobre os mais variados aspectos organizativos, técnicos, patrimoniais, financeiros e contabilísticos da empresa negociada de modo a permitir uma correcta e livre formação da vontade negocial das partes contratantes.”

22. Segundo Luiz Olavo Baptista<sup>7</sup>, o documento que nasce usualmente quando da oferta de negociar e que, corporificando-a, assegura-lhe forma e consistência, é a *carta de intenção*, também conhecida por outros nomes.

23. Consoante explica Giuseppe Tamburrino<sup>8</sup>, um dos maiores expoentes no estudo do tema sobre a formação progressiva do contrato, a respeito da *lettera di intenti*:

“[...] dizione (di cui non si trova ancora traccia nella letteratura) che nella prassi medesima vuole indicare lo scritto con cui le parti si scambiano i propri intenti e proprie intenzioni in vista del futuro contratto, in linea di principio senza alcun vincolo e con ampia libertà di recesso. Il che le assimila alle minute o punteggiature non vincolative e revocabili, onde anche esse costituiscono una fase dell'iter precontrattuale.”

---

5. ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 103.

6. ANTUNES, José A. Op. cit., p. 97-98.

7. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 154.

8. TAMBURRINO, Giuseppe. *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1991. p. 12.

24. Tal figura ingressa no império de convenções que Joanna Schmidt<sup>9</sup>, outra autoridade na matéria, intitula *contrat temporaire*, visto que se destina a reger o período de negociações preliminares. Segundo disserta: *Les contrats temporaires ont pour objet de créer des obligations qui lieront les parties durant le période des négociations.*

25. As cartas de intenção têm, em regra, um traço comum, que é o seu caráter não vinculante. Conforme Ángel Carrasco Perera<sup>10</sup>,

“[...] [e]l elemento definitorio por antonomasia de una carta de intenciones es la declaración hecha por el ofertante, y que el destinatario acepta al firmar la carta y devolverla, de que las manifestaciones de propósitos allí contenidas no son vinculantes para ninguna de las partes.”

26. Nas cartas de intenção, não surge para as partes a estipulação de direitos e obrigações, nem mesmo o conteúdo mínimo de qualquer projeto de contrato. Elaboram apenas um programa de intenções, no sentido de deixar aberta a possibilidade de negociação, ou seja, estabelecendo um mero acordo de negociações (*agreement to negotiate*). É um negociar sem compromisso<sup>11</sup>.

27. Como pondera José Engrácia Antunes<sup>12</sup>, trata-se fundamentalmente, pois, no comum dos casos, de puros acordos de negociação (“agreement to negotiate”), por meio dos quais as partes simplesmente “concordam em concordar” (“agreement to agree”, “contrat de négociation”) – ou seja, se obrigam a envidar os seus melhores e mais leais esforços no sentido de levar as negociações a bom termo –, e já não de quaisquer contratos preparatórios ou preliminares do contrato mercantil definitivo (mormente, um contrato promessa [preliminar]), conservando as partes inteiramente intacta a sua liberdade de o celebrar ou não.

28. É o contexto no qual se insere o ajuste celebrado entre o Consulente e os Requerentes, uma vez que o MoU detém caráter não vinculante, pelo que a não realização da operação até então negociada não constitui ilicitude alguma.

29. Importante também ressaltar que o MoU não consubstancia contrato preliminar para os fins que os Requerentes pretendem imputar.

30. Sua fisionomia é clara acerca de um pacto inerente e exclusivo ao período de tratativas, em cuja vigência são debatidas as bases de eventual contrato. Representa

9. SCHMIDT, Joanna. *Négociation et conclusion de contrats*. Paris: Dalloz, 1982. p. 256.

10. PERERA, Ángel Carrasco. *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 81.

11. GOGLIANO, Daisy. *As tratativas contratuais: bases de uma teoria*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 91.

12. ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 99.

um estágio prévio à própria celebração do negócio, em que se empreendem estudos a fim de averiguar a viabilidade ou não de futuro engajamento.

31. Não se cuida de contrato preliminar que permite execução forçada. É sabido que tal figura demanda alguns requisitos para propiciar tal efeito – cujo exame não é pertinente ao presente estudo –, sendo primordial, como estatui o artigo 463, *caput*, do Código Civil, *que dele não conste cláusula de arrependimento*.

32. A existência de cláusula de arrependimento é fator impeditivo à persecução da tutela específica jurisdicional. Cuida-se de um direito potestativo de retratação deferido aos contratantes, concedendo-lhes o poder de, a qualquer tempo, resilir unilateralmente o contrato preliminar pela forma de denúncia notificada à outra parte<sup>13</sup>.

33. Mesmo que o MoU não consista em um contrato preliminar à luz do disposto no Código Civil, a noção sobre a cláusula de arrependimento permite inferir conclusão similar quanto ao seu caráter não vinculante.

34. Ou seja, a cláusula β.1 do MoU exterioriza sua feição não vinculante, de forma que não cria qualquer obrigação para celebração do negócio aqui discutido. Evidencia, por conseguinte, o direito de arrependimento, puro e simples, não subordinado a qualquer condição.

35. Em suma, o MoU não criou obrigação de contratar, mas apenas de negociar um hipotético contrato, que poderia ou não ser celebrado. A desistência das tratativas não consubstanciou, assim, ilicitude alguma.

### C. A PERDA DE CHANCE E A INDENIZAÇÃO PLEITEADA

36. A consulta retrata a pretensão indenizatória formulada pelos Requerentes contra o Consulente, por meio da qual pleiteiam indenização decorrente da perda de chance.

37. O exame das Alegações Iniciais apresentadas pelos Requerentes, que delimitam o objeto da lide composto pelo pedido e respectiva causa de pedir, evidencia o instituto jurídico envolvido na consulta em tela: “Sem dúvida, tal prática dá ensejo à responsabilização do Requerido pela perda de uma chance”.

38. Sendo assim, é necessário analisar os contornos teóricos de tal figura, a fim de averiguar a pertinência ou não de seu emprego no caso concreto.

---

13. ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 528.

---

NANNI, Giovanni Ettore. Memorando de entendimentos não vinculante: não ocorrência de perda de chance. Inexistência de violação de obrigação de confidencialidade (parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 24. ano 7. p. 317-346. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2020.

### C.1. A perda de chance

39. A indenização decorrente da perda de chance é tema que se pode considerar relativamente recente no Direito Civil. Uma vez que não foi regrado nas codificações civis europeias do século antepassado, obteve desenvolvimento por meio da doutrina e da jurisprudência, notadamente francesas.

40. Esse movimento começou no final do século XIX, sendo que continuou a crescer desde então. O exemplo mais antigo é fornecido por julgado de 17 de julho de 1889, proferido pela *Cour de Cassation*, que condenou à indenização pela perda da chance, provocada pela conduta negligente de um *officier ministériel*, de prosseguir um procedimento e, por conseguinte, de ganhar um processo. Desde tal *arrêt*, a Corte de Cassação frequentemente proferiu decisões condenatórias sob tal fundamento, de maneira especial contra os auxiliares de justiça (advogados ou solicitadores)<sup>14</sup>.

41. A partir de então, o tema obteve largo desenvolvimento, sendo objeto de reflexões pela não tão recente doutrina francesa<sup>15</sup>, assim como italiana<sup>16</sup>, inclusive a brasileira<sup>17</sup>. E posteriormente, como é natural, foi alvo de estudos em monografias específicas<sup>18</sup>, assim como referências em obras doutrinárias em geral.

- 
14. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 91.
  15. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 5. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1957. v. 1. p. 275-280; LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949. p. 99-100; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français: obligations: première partie*. 2. ed. par Paul Esmein. Paris: LGDJ, 1952. v. 6. p. 747-748; SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural: conséquences et aspects divers de la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1951. v. 2. p. 10-11.
  16. PACCHIONI, Giovanni. *Diritto civile italiano: parte seconda: diritto delle obbligazioni: dei delitti e dei quasi delitti*. Padova: Cedam, 1940. v. 4. p. 109-112; CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1. p. 263-265.
  17. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 191-195; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. p. 391; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 41-42.
  18. Entre outras: BÉNABENT, Alain. *La chance et le droit*. Paris: LGDJ, 1973; SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006; SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007; ROCHA, Nuno Santos. *A "perda de chance" como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014; FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance: em especial, na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

42. Tal instituto exsurge de conduta culposa, a qual priva a parte da chance de obter um ganho ou de evitar uma perda<sup>19</sup>.

43. A chance, que é efetiva, factível, resta obstada pela outra parte, por meio de ação antijurídica, dando ensejo à sua perda.

44. A doutrina tradicionalmente cita o exemplo do advogado que perde o prazo para a interposição de recurso em benefício de seu cliente, além de outras conhecidas situações, como a do médico que negligentemente erra em tratamento ou no diagnóstico, além da pessoa que é impedida de participar de concurso ou de competição.

45. Reporta Francisco Paulo De Crescenzo Marino<sup>20</sup> que talvez o caso mais emblemático de perda de chance, na jurisprudência brasileira, tenha sido julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Tratou-se de ação interposta por ex-participante do programa “Show do Milhão”, que sustentava a impossibilidade de auferir o prêmio máximo por conta de um equívoco na pergunta derradeira, que optou por não responder, obtendo apenas metade do prêmio a que faria jus em caso de êxito. Comprovado o desacerto da pergunta, a Corte entendeu que, sendo quatro as possíveis respostas, matematicamente a chance de acerto correspondia a 25% (vinte e cinco por cento), tendo sido a condenação calculada em percentual idêntico do valor que poderia ter sido obtido pela autora, isto é, R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)<sup>21</sup>.

46. Nuno Santos Rocha<sup>22</sup>, por sua vez, inicia sua explanação com episódio muito conhecido não só pelos brasileiros, mas também pelos interessados em esporte no mundo, que se enquadra no instituto em tela:

“Relembra-se aqui o famoso caso do maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que estava em primeiro lugar na maratona olímpica de 2004, quando, a seis

- 
19. MAZEAUD, Henri; MAZEUAD, Léon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 5. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1957. v. 1. p. 275.
  20. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 679.
  21. “Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido” (STJ, Recurso Especial 788.459/BA, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.11.2005).
  22. ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 19-20.

---

NANNI, Giovanni Ettore. Memorando de entendimentos não vinculante: não ocorrência de perda de chance. Inexistência de violação de obrigação de confidencialidade (parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 24. ano 7. p. 317-346. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2020.

quilómetros do final, foi agarrado temporariamente por um homem, que o projectou contra o público, fazendo-o perder preciosos segundos, já que, após o incidente, o brasileiro acabou por ser ultrapassado, terminando a prova em terceiro lugar. Não se pode tomar por garantido que, não fora o empurrão e conseqüente tempo perdido, este teria ganho a medalha de ouro, já que os dois atletas que o ultrapassaram vinham poucos segundos atrás e ainda faltava uma distância considerável para o final da corrida. No entanto, podemos certamente afirmar que, por força da actuação ilícita de um terceiro, o maratonista perdeu efectivamente algumas possibilidades de ganhar aquela prova olímpica.”

47. Consubstancia categoria de dano específico, autônomo<sup>23</sup>. Dá causa a discussões sobre nexos de causalidade, bem como da própria noção de dano, como espécie ou subespécie, incluindo modalidades, cujo debate não é pertinente ao presente trabalho<sup>24</sup>.

48. Quanto aos requisitos para a sua configuração, é preciso que (i) exista uma chance; (ii) ela seja real e séria; (iii) tenha sido perdida por ação culposa da outra parte; e (iv) seja quantificada a probabilidade da chance perdida.

49. Em primeiro lugar, é imperativo que exista chance efetiva, uma ocorrência favorável, passível de acontecer dentro de uma probabilidade exequível.

50. É imprescindível que se afigure presente uma oportunidade efetiva de gerar uma vantagem ou evitar um prejuízo em proveito de alguém. Há, destarte, uma chance.

51. A chance constitui a *probabilidade de que um acontecimento favorável venha a ocorrer*. Como tal, ela traduz-se em uma oportunidade para o respectivo titular, um “elemento ativo a repercutir favoravelmente no seu patrimônio” ou na sua pessoa. O que caracteriza a perda da chance, assim, é a “desaparição da probabilidade de um acontecimento favorável”<sup>25</sup>.

52. Não basta, ademais, que exista uma chance, porém ela deve ser *real e séria*, o que afasta a possibilidade de reparação de esperança puramente eventual<sup>26</sup>. Dito de

---

23. ROCHA, Nuno Santos. Op. cit., p. 63-65.

24. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. t. II. v. V. p. 539; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 668-688; SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 151-169; BACACHE-GIBEILI, Mireille. *Les obligations: la responsabilité civile extracontractuelle*. 2. ed. Paris: Economica, 2012. p. 402.

25. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 677.

26. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 102.

outra forma, a probabilidade de se evitar o dano ou ver realizado o evento favorável deve ser significativa<sup>27</sup>.

53. Logo, é insuficiente a presença de mera chance, até porque no universo fenomênico é sabido que o hipotético, no plano da abstração, ainda imune à qualquer comprovação ou experimentação prévia, comporta praticamente qualquer sorte de conjectura, mesmo que imaginária. Porém, o instituto não se presta a tutelar o ilusório.

54. Assim, presente uma chance, será necessário averiguar se as possibilidades perdidas gozavam de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido para que a sua perda possa ser considerada como relevante em nível ressarcitório. É o que se chama de chances sérias e reais, que são indenizáveis, por contraponto às situações de simples esperanças subjetivas que se traduzem em danos meramente hipotéticos e eventuais, que, por isso, não são dignos de qualquer tipo de reparação<sup>28</sup>.

55. A exigência do caráter real e sério da chance perdida constitui, portanto, um guarda-corpo muito eficaz contra eventuais abusos do instituto<sup>29</sup>.

56. Mesmo que jungida à alguma possibilidade, o fato é que a chance perdida deve ser certa. Não se situa no campo hipotético, eis que se impõe ser fora de dúvida quanto à existência de uma oportunidade favorável, com efetiva e elevada probabilidade de acontecimento.

57. Só sendo certo é que o dano poderá ser reparável, tornando-se necessário que tenha existido uma possibilidade concreta de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo<sup>30</sup>.

58. Além disso, presente a chance real e séria, a sua aptidão para alcançar o resultado colimado deve ter sido obstada por conduta culposa do lesante.

59. Isso porque a perda de chance ocorre quando o causador de um dano por ato ilícito, como o seu ato, interrompe um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou o afastamento de um prejuízo<sup>31</sup>.

---

27. BACACHE-GIBEILI, Mireille. *Les obligations: la responsabilité civile extracontractuelle*. 2. ed. Paris: Economica, 2012. p. 407.

28. ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 59.

29. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 102.

30. ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 59.

31. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. p. 391. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *Direito das*

60. Por fim, diante de chance real e séria, factível de ser implementada, é necessário quantificar o grau de probabilidade, consoante as circunstâncias do caso efetivo, que leve em consideração o percentual de concretização da oportunidade perdida.

61. Tal se deve, pois o montante a ser indenizado não é o hipotético benefício, que é conjectural, mas sim a efetiva chance, que é certa.

62. Como explica Serpa Lopes<sup>32</sup>, tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade, havia uma *probabilidade suficiente*, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria *chance*, que o juízo apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a *chance*, cuja natureza é sempre problemática em sua realização.

63. Logo, a fixação da indenização deve levar em conta a alea que afetou a realização da chance perdida. Ou seja, embora seja submetida ao princípio da reparação integral, o julgador deve considerar o elemento fortuito que comprometeu o acontecimento da chance perdida. A indenização é, assim, necessariamente inferior ao valor da vantagem esperada e depois perdida<sup>33</sup>. Mesmo porque o grau de probabilidade é que determinará o valor da reparação<sup>34</sup>. Repara-se a chance perdida, e não o dano final<sup>35</sup>.

64. A título de exemplificação, Rafael Peteffi da Silva<sup>36</sup> cita um recurso intempestivo sobre o qual se concluiu, fundado em percuciente pesquisa jurisprudencial, que retirou 60% da probabilidade de a vítima reverter uma decisão desfavorável recebida em instância inferior. Se a vantagem esperada pela vítima com a total procedência da demanda judicial era de R\$ 100.000,00, o valor da chance perdida pela conduta do réu consubstancia-se na importância de R\$60.000,00, equivalente a 60% da vantagem esperada.

---

*obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.* São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 665.

32. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. p. 391.
33. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LG-JD, 2006. p. 102.
34. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 666.
35. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.
36. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 205.

65. Para concluir, deste modo, a perda de chance fica dependente do grau de probabilidade que havia de aquela poder realmente acontecer. Será assim necessário que se proceda a três operações distintas. Avaliar, primeiro, qual o valor econômico do resultado em expectativa e, em seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do fato antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das “chances” –, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário do dano da “perda de chance”<sup>37</sup>.

## C.2. Não enquadramento do caso concreto na perda de chance

66. Empreendidas tais considerações teóricas, é possível concluir que a pretensão veiculada pelos Requerentes não se adequa ao conceito de perda de chance.

67. Para tanto, alguns pontos merecem ser ressaltados, principiando pela própria licitude da conduta do Consulente que tinha, com respaldo contratual, a possibilidade de não realizar a operação societária objeto do MoU, o qual, reitera-se, tinha o caráter não vinculante (cláusula β.1).

68. Portanto, ausente a obrigação de contratar, resta, por conseguinte, inexistente qualquer ação culposa do Consulente a ensejar a perda de chance. A não realização da operação societária foi um ato lícito, consonante ao quanto ajustado no MoU.

69. Além disso, é imperioso que exista uma chance real e séria, cuja realização é obstada por ação culposa da parte. É um requisito essencial no tema. No caso concreto, Sócios estavam impossibilitados, em função de convenção pactuada no MoU, no seu período de vigência, de conduzir qualquer negociação com terceiros relativamente às ações da Companhia.

70. Em outras palavras, como é corriqueiro em operações desta natureza, estipularam um período de exclusividade, em que, no lapso temporal de vigência do MoU (120 dias), os Sócios, direta ou indiretamente, não poderiam entabular negociações nem tratativas com quaisquer terceiros relativamente ao negócio jurídico aqui discutido, assim como estavam proibidos de celebrar com terceiros qualquer avença, oral ou escrita, preliminar ou definitiva, relativamente ao mesmo assunto. É o que dispõe a cláusula x do MoU.

71. Verifica-se, destarte, que Sócios convencionaram obrigação de não fazer, substanciada na vedação ao estabelecimento de qualquer tratativa com terceiro objetivando alienar as ações da Companhia.

---

37. ROCHA, Nuno Santos. A “perda de chance” *como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 66-67.

72. Tal obrigação negativa era limitada no tempo, circunscrita ao período de vigência do próprio MoU, ou seja, 120 dias, iniciando-se em x de xx de xxxx.

73. Neste intervalo de tempo, Sócios estavam impossibilitados de granjear outros interessados na realização da mesma operação societária, então em fase de negociação com o Consulente.

74. No domínio de sua autonomia privada, voluntariamente atribuíram ao MoU caráter de exclusividade, insuscetível, portanto, de, concomitantemente, empreenderem outras sondagens minimamente sérias perante eventuais terceiros interessados.

75. A previsão de cláusula de exclusividade em cartas de intenção é muito comum. Tanto é assim que, na sequência de sua abordagem, Joanna Schmidt<sup>38</sup> indica a obrigação de exclusividade das partes, ou de uma delas, de não conduzir negociações concorrentes com terceiros como o primeiro exemplo de convenções estipuladas em pactos de tal natureza.

76. Isso porque a obrigação de exclusividade na negociação aumenta as chances de conclusão do contrato projetado. Para tanto, Joanna Schmidt<sup>39</sup> inclusive descreve um exemplo extraído de uma carta de intenção:

“Nous avons pris note que votre groupe envisage la possibilité d’acheter ... des actions des sociétés ... ainsi que les marques [...] Afin de vous permettre d’étudier cette possibilité, nous prenons [...] l’engagement [...] de ne procéder à aucune négociation quelle qu’elle soit ni de vendre à un acheteur éventuel tout ou partie des titres des sociétés ou marques énumérées ci-dessus et ce jusqu’à [...].”

77. No mesmo sentido, Maristela Basso<sup>40</sup>, ao reportar a diversificada tipologia das cartas de intenção, individualiza as categorias mais comumente encontradas na negociação de contratos internacionais, citando aquelas que estabelecem a obrigação das partes – ou de uma só delas – de não negociar com terceiros interessados acerca do mesmo objeto. São os chamados pactos de exclusividade. Por exemplo:

“As partes, pelo presente instrumento, se comprometem a não realizar nenhuma outra negociação, assim como a não concluir contrato com terceiros possíveis interessados acerca da compra e venda de X, no todo ou em parte, até a data de X.”

78. Nessa linha de raciocínio, inexistia chance real e exequível, no período de vigência do MoU, de realização da mesma operação ante outrem. Não é factível

---

38. SCHMIDT, Joanna. *Négociation et conclusion de contrats*. Paris: Dalloz, 1982. p. 258.

39. SCHMIDT, Joanna. *Négociation et conclusion de contrats* ...p. 258.

40. BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 192.

conceber que Sócios titulavam, simultaneamente, oportunidade concreta de alienar as ações da Companhia ao tempo em que vigia a exclusividade.

79. Se efetivamente sucederam sondagens de outras empresas interessadas, como os Requerentes alegam ter recebido diversos contatos objetivando adquirir a participação societária em discussão, não se constata a ocorrência de *chance efetiva perdida* relativamente às empresas x, y e z.

80. Isso porque a chance apta à caracterização do instituto em tela não pode ser meramente conjectural, uma eventualidade desprovida de sólido grau de consistência.

81. Se Sócios estavam impedidos de manter qualquer sorte de tratativa com terceiros, ainda que tenham, por hipótese, obtido contatos de outros interessados, não poderiam iniciar nenhum contágio negocial, de tal sorte que a decantada *chance* era inexistente, eis que carente de mínima sustentação e plausibilidade.

82. Caso, de fato, tenham acontecido tais sondagens, não passaram de mera especulação, o que obstaculiza a caracterização de uma chance real e séria. Tal conclusão parece ser consentânea ao que alegam os Requerentes, visto que afirmam não ter levado adiante qualquer continuidade em tais contatos.

83. E mais, no campo da eventualidade, se Sócios estabularam alguma negociação com terceiro, concomitantemente à vigência de citada exclusividade, que possa alcançar um patamar diminuto, mesmo que precário, a fim de atribuir fração mínima como tratativa séria, estaria caracterizada uma infringência ao MoU.

84. Tal se deve, pois Sócios não poderiam, em violação à exclusividade, o que também significaria ofensa à boa-fé, beneficiar-se de um ilícito contratual a fim de obter proveito próprio. Portanto, convencionalmente, os Requerentes excluam qualquer chance de negociação paralela.

85. Por fim, a caracterização da perda de chance impõe a identificação do grau de probabilidade de verificação da oportunidade perdida, consoante o evento real, fato não especificado em Alegações Iniciais nem em Réplica.

86. Na presente consulta não há indicação de nenhum percentual relativo à suposta chance perdida, cujo tema não é objeto de endereçamento pelos Requerentes.

87. É impossível, assim, precisar qual teria sido – ainda que por hipótese, pois ausentes seus requisitos – a chance perdida.

88. Em suma, a caracterização da perda de chance apresenta como pressupostos: a existência de uma chance, real e séria; cuja realização é obstada por ação culposa de outrem; sendo quantificada a probabilidade da oportunidade perdida.

89. No caso concreto, nenhum desses pressupostos se fez presente, de tal maneira que não se afigura ter ocorrido a perda de chance.

### C.3. A indenização pleiteada e sua distinção dos lucros cessantes

90. Ainda que não se encontre configurada a perda de chance no evento em exame, é preciso verificar a natureza da pretensão indenizatória levada a efeito.

91. Os Requerentes, em suas Alegações Iniciais, expressam ter direito à indenização pela perda de chance. Destarte, concluem sua explanação com o pedido:

“135. Assim, de uma forma ou de outra, seja pela quebra injustificada e indefensável do vínculo negocial por parte do Requerido, seja pela perda de negócios que poderiam ter sido desenvolvidos com outros investidores, deixaram os Requerentes de obter êxito e notadamente proveito econômico, razão pela qual requerem uma indenização pelo não fechamento de negócio no valor dos ganhos que seriam auferidos pelos sócios nesta operação, que é de R\$ xxx.”

92. O exame de referido pedido permite concluir que se cuida de indenização de lucros cessantes, dissociada da feição própria da perda de chance, como exposto nos itens pretéritos.

93. Por isso, visto que a perda de chance consubstancia instituto distinto, é necessário diferenciá-la dos lucros cessantes, evitando-se comparação indevida.

94. Os lucros cessantes consubstanciam o malogro na obtenção de um ganho. Representam a não-realização de um proveito, que se afigurava razoavelmente passível de alcance.

95. Segundo a definição de Clovis Bevilacqua<sup>41</sup>, lucro cessante é o que, razoavelmente, se deixou de lucrar; é a diminuição potencial do patrimônio.

96. Evidentemente, não basta alegar uma potencial perda futura para que se obtenha indenização por lucros cessantes. Ao contrário, no direito brasileiro, só se indeniza, a princípio, o dano certo e atual<sup>42</sup>.

97. A atualidade e a certeza do dano dizem respeito à exigência de sua concreta configuração, afastando-se daquele puramente hipotético, fruto de simples conjectura.

98. Como explica Henri Lalou<sup>43</sup>:

“Le préjudice qui conditionne la responsabilité doit être actuel et certain: actuel, c'est-à-dire exister ou avoir existé au moment de l'action en responsabilité; certain, c'est-à-dire être fondé sur un fait précis et non sur des hypothèses.”

41. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950. v. 4. p. 215.

42. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4. p. 372.

43. LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949. p. 94.

99. Portanto, a certeza do dano exclui a suposição de prejuízo desprovida de real consistência. Quanto à atualidade, mesmo que não esteja materializada de pronto, pode ser posteriormente fixada, como é o caso, na maioria das vezes, dos lucros cessantes, pois indenização de ganho que não se realizou. Embora projetada para o futuro, deve ser certa, ainda que mediante juízo de probabilidade.

100. Não se pode olvidar, ademais, que a futuridade é geralmente intrínseca aos lucros cessantes, justamente porque se projetam para uma perspectiva futura de realização de um ganho, de uma lucratividade, na acepção técnica do termo.

101. Mas, vale a advertência, o lucro cessante, assim como o dano emergente, pode ser presente ou futuro<sup>44</sup>. E são danos futuros não só aqueles que constituem prolongamento no tempo de um dano que já existe agora, como aqueles que só se manifestarão mais adiante, embora em decorrência do fato antijurídico lesivo que está sendo considerado<sup>45</sup>.

102. De toda forma, isso não exclui o requisito da certeza do dano. Consoante a doutrina de Fischer<sup>46</sup>, não basta, pois, a simples possibilidade da realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta *certeza* de que este se teria verificado sem a intercedência do evento danoso. O que deve existir é uma certa probabilidade *objetiva* que resulte do *curso normal das coisas e das circunstâncias especiais do caso concreto* (§ 252 BGB – Código Civil alemão). As meras hipóteses ou possibilidades de lucro não são consideradas pelo direito como lucro frustrado para efeitos de indenização civil<sup>47</sup>.

103. Por isso que Adriano De Cupis<sup>48</sup> explica que a certeza, no campo hipotético, não pode ser absoluta, necessitando contentar-se com uma certeza relativa, ou seja, de uma fundada e razoável credibilidade.

104. Isto é, não pode haver certeza absoluta de que, se não fora o fato danoso, tais lucros seriam obtidos<sup>49</sup>.

---

44. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 64.

45. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 578.

46. FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1938. p. 51.

47. No mesmo sentido: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 26. p. 47; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2. p. 720-721.

48. CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1. p. 260.

49. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 189.

105. O critério legal abraçado pelo sistema pátrio está previsto no artigo 402 do Código Civil, ou seja, é o que razoavelmente se deixou de lucrar.

106. Tal regra foi adotada para adequar o juízo de probabilidade intrínseco à matéria. Segundo Agostinho Alvim<sup>50</sup>, por isso o Código usa da expressão *razoavelmente: o que razoavelmente deixou de lucrar*, cujo sentido é este: até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria. Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes.

107. Por conseguinte, explica Agostinho Alvim<sup>51</sup>:

“Finalmente, e com o intuito de assinalar com a possível precisão o significado do termo *razoavelmente*, empregado no art. 1.059 do Código [art. 402 CC/2002], diremos que ele não significa que se pagará aquilo que for razoável (idéia quantitativa) e, sim, que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (idéia que se prende à existência mesma do prejuízo).

Ele contém uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua *quantidade*. (grifos do original).

Mesmo porque, admitida a existência do prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável e, sim, pelo provado.”

108. Pois bem, diante de tais breves considerações – visto que não se pretende examinar detalhadamente o tema –, é possível diferenciar da indenização advinda da perda de chance.

109. E o ponto de partida reside justamente na característica da perda de chance, que não consubstancia espécie de lucros cessantes, mas de dano emergente, o que se afigura assente na doutrina<sup>52</sup>.

110. Como disserta Gisela Sampaio da Cruz Guedes<sup>53</sup>:

“Na doutrina, todas as tentativas de qualificar a perda de uma chance como lucro cessante malograram sistematicamente, porque tentaram associar duas ideias que partem de premissas bem diferentes. No conceito de lucros cessantes está intrínseco

50. Idem.

51. ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 191.

52. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). 2. ed. 1. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 1. p. 734; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4. p. 374.

53. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 117-118.

o exame do que normalmente acontece, exame este que, por sua vez, exige a demonstração de que o lucro que se pleiteia é o que provavelmente adviria daquela atividade, com base numa probabilidade objetiva. Já o suporte fático de incidência da teoria da perda de uma chance é completamente diferente: a perda da chance em si é certa – e é justamente o que se deve indenizar –, mas o resultado final, este, sim, será sempre aleatório, de modo que não se enquadra no que normalmente acontece. Quando se está diante de um caso de responsabilidade civil por perda de uma chance, a vantagem final esperada nunca poderá, portanto, ser considerada consequência, por assim dizer, normal (ou objetivamente provável) daquela série de acontecimentos que estava em curso quando adveio o evento danoso. Do contrário, a vítima faria jus a lucros cessantes por ter perdido a própria vantagem esperada, e não a uma indenização pela perda da chance de obter tal vantagem.”

111. No mesmo sentido, Adriano De Cupis<sup>54</sup> discorre sobre os exemplos típicos de perda de chance, mencionando o jóquei que não comparece tempestivamente para participar da corrida de cavalos; o pintor que expede via postal um quadro de sua autoria para uma exposição, porém por causa do correio a obra é destruída ou não é entregue a tempo; o advogado perde o prazo para interpor o recurso a instância superior de seu cliente. E prossegue:

“La vittoria è assolutamente incerta, ma la possibilità di vittoria, che il creditore ha inteso garantirsi, già esiste, magari in proporzione ridotte, al momento in cui si verifica il fatto per effetto del quale resta esclusa: cioè che si è in presenza non già di un danno lucro cessante in ragione dell’impedita futura vittoria, ma di un danno emergente in ragione della frustrata attuale possibilità di vittoria.”

112. Portanto, na linha do que escreve Sergio Savi<sup>55</sup>, não se está diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória [ao citar o exemplo do advogado que atua em ação judicial], mas de um dano emergente em razão da atual impossibilidade de vitória que restou frustrada.

113. Consoante já descrito supra, a perda de chance dá ensejo à indenização pela supressão de uma oportunidade, cuja chance foi obstada. É chance, uma vez quantificada em percentual, em verossímil grau de probabilidade, que é objeto da reparação, mas não o benefício que futuramente se poderia obter.

114. Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização pela

54. CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1. p. 261-262.

55. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perda a chance, o dano é, portanto, certo<sup>56</sup>.

115. Adequada, deste modo, a posição de Nuno Santos Rocha<sup>57</sup>, após diferenciar danos emergentes e lucros cessantes:

“À luz do que foi dito, e considerando a ‘chance’ como entidade dotada de autonomia que já fazia parte do património do lesado, a sua destruição só poderá ser juridicamente qualificada como um verdadeiro dano emergente, pois só dessa forma será possível justificar a sua indemnização. Senão vejamos: o conceito de lucro cessante exige uma prova da certeza, ainda que relativa, do dano, isto é, dos pressupostos e requisitos necessários para que ele pudesse vir a existir. Já no que concerne à ‘perda de uma chance’, dá-se a ausência de tal certeza, pois como estamos na presença de eventos aleatórios, apenas se demonstra uma probabilidade maior ou menor de se conseguir obter determinado resultado. Aqui os lucros nunca seriam cessantes, mas sim hipotéticos, consubstanciando-se num dano meramente eventual, do qual a incerteza interdiz qualquer indemnização.

Assim, as ‘chances’ perdidas consideradas como lucros cessantes nunca seriam reparadas, e foi por isso que se frustraram as tentativas de grande parte da doutrina de as conseguir inserir nesse campo. Por conseguinte, o dano da ‘perda de uma chance’ passou a ser visto como um dano presente e actual – que nos parece sem dúvida ser –, sendo algo que o lesado efectivamente perdeu no momento em que se deu a conduta antijurídica e não algo que ele deixou de lucrar, pois no momento da ocorrência do facto ilícito a ‘chance’ já fazia parte da sua esfera jurídica. ‘Tal modo de ver as coisas abriu, naturalmente o caminho para a deslocação da ‘perda de chance’ da zona de inclusão ou de fronteira do lucro cessante (onde lhe estava vedado o acesso ao estatuto de dano ressarcível) para o núcleo aglutinador do dano emergente.’”

116. Portanto, perda de chance e lucros cessantes não se confundem, sendo, na realidade, incompatíveis.

117. O racional indenizatório apresentado pelos Requerentes é dissociado do quanto aplicável à perda de chance.

118. Repita-se. A quantificação da perda de chance nunca será equivalente ao resultado final, totalmente incerto, mas apenas a uma parcela deste que será calculada com base na probabilidade de sua ocorrência<sup>58</sup>.

---

56. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

57. ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 72-73.

58. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 105.

119. O valor da indenização – na perda de chance – não corresponde ao benefício hipotético esperado pela vítima, mas ao da chance perdida. A chance contém valor econômico e corresponderá ao percentual de vitória que a vítima demonstrou possuir, caso não tivesse sofrido a obstrução para alcançar o bem da vida objetivado<sup>59</sup>.

120. Porém, a pretensão indenizatória levada a efeito no caso sob consulta não atentou a tais características inerentes à perda de chance, deixando de indicar o grau de probabilidade de ocorrência da oportunidade, assim como não se encarregou de expor a própria chance.

121. Veiculou apenas pleito reparatório no valor dos ganhos que seriam auferidos na operação que não se realizou. Tendo em consideração as conceituações teóricas expostas no presente item, é indubitável que se cuida de pedido de lucros cessantes e não de perda de chance.

122. Logo, na situação concreta advinda do MoU, embora os Requerentes tenham lastreado a fundamentação de sua causa de pedir na perda de chance, pleitearam indenização por lucros cessantes, que são inconciliáveis.

123. Tal circunstância impede que a pretensão indenizatória seja acolhida.

#### D. A DISCUSSÃO SOBRE A QUEBRA DA CONFIDENCIALIDADE

124. O Consulente também questiona acerca de eventual configuração de violação à cláusula  $\gamma$  do MoU, a qual estipula a sua confidencialidade.

125. Na visão dos Requerentes, houve descuido no trato de informações confidenciais inerentes à negociação sobre Sócios e Sociedades, pelo que fariam jus à indenização no montante de R\$ xxx.

126. Além disso, os Requerentes sustentam que o Consulente levou a conhecimento de terceiros as tratativas mantidas entre eles, especificamente ao Sr. X, que seria candidato à futura vaga de diretor financeiro, caso o negócio fosse concretizado.

127. Nesse contexto, aduzem que o e-mail enviado por Sr. X ao Sr. Z objetivando ser entrevistado para preencher a possível vaga citada representaria violação ao MoU, obrigando o Consulente a reparar os danos causados.

128. Em sua resposta às Alegações Iniciais, o Consulente argumenta que inexistente prova de violação da confidencialidade, assim como do prejuízo causado. Sustenta que a *due diligence* foi realizada no contexto do MoU, cujas opiniões emitidas – juízos

---

59. ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 257.

de valor técnico – representam conclusões do trabalho contratado, assim como o *e-mail* apenas contém seu currículo profissional, em que Sr. X se apresenta, sem nenhuma informação específica da negociação existente.

129. Em Réplica, além de reiterar os pontos antes defendidos, os Requerentes descrevem que a criação do cargo de diretor estava prevista no MoU, pelo que Sr. X sabia de todos os detalhes envolvidos na negociação.

130. Empreendidas tais considerações, é necessário analisar a disciplina sobre a matéria, bem como o que foi objeto de convenção entre as Partes, a fim de responder aos questionamentos formulados.

### *D.1. A obrigação de confidencialidade*

131. A obrigação de confidencialidade consubstancia ajuste comum em avenças dessa natureza. É frequente que pactos temporários objetivando proporcionar ambiente de tratativas aptas à formação ou não de futuro negócio jurídico contenham não só previsão a respeito de exclusividade – como exposto supra –, mas também de confidencialidade.

132. As negociações preliminares em contratos empresariais desta estirpe, por envolverem elevados investimentos, detalhado planejamento e outras importantes vertentes econômicas, jurídicas e próprias do mercado, demandam complexo estágio de estudos a fim de que os interessados possam diligente e responsabilmente, inclusive para fins de governança corporativa, dotados das informações necessárias, decidir sobre a conveniência ou não de obrigar-se.

133. O administrador precisa de segurança, em ambiente de confiança, para deliberar a respeito do investimento a ser realizado em determinado empreendimento. Nesse contexto, deve se munir de uma série de cuidados, eis que se trata de avença distinta daquela, por exemplo, de bens de primeira necessidade – *v. g.* materiais de escritório – ou outros de corriqueiro emprego, em que a contratação sucede de maneira instantânea.

134. A prática dita ser imperativo que sejam realizadas pesquisas, levantamentos, orçamentos, auditorias, projeções ou demais estudos, conforme a natureza da projetada operação, com o fito de examinar a conjuntura envolvida e resolver se ingressa ou não em recinto negocial mais estreito, com assunções de direitos e obrigações vinculantes.

135. Em cenário de boa-fé e confiança, no curso das tratativas, as partes entabulam ajustes típicos de início de caminho que poderá ou não atingir contratação definitiva. E a confidencialidade é um desses pactos.

136. Assim é que Joanna Schmidt<sup>60</sup>, além da exclusividade, cita a confidencialidade entre as disposições estipuladas em contratos temporários para fins de negociações preliminares, não apenas, conforme o caso, abarcando o conteúdo das tratativas propriamente dito, ou, de maneira mais específica, informações técnicas divulgadas em tal estágio.

137. A opinião de Maristela Basso<sup>61</sup> não discrepa, a qual aponta ser muito frequente, especialmente nas negociações que visam à celebração de contrato de transferência de tecnologia, de licença de *brevet*, de engenharia etc.

138. O ajuste de confidencialidade consiste em modalidade de prestação negativa, isto é, de não fazer, que emana da boa-fé objetiva. As partes assumem a obrigação de não divulgar a terceiros circunstâncias cujo conhecimento foi obtido por intermédio de situação jurídica concreta.

139. Se não fosse aquele evento específico, tais detalhes não seriam acessíveis, visto que sigilosos. O detentor dos elementos selados pela confidencialidade, por algum interesse que lhe convém, delibera dividi-los com alguém. Mesmo que tenham sido compartilhados, não lhe aproveita repartir além do necessário, pelo que restringe a divulgação, ficando circunscrita a quem de direito, conforme convenionado.

140. Em outras palavras, as partes ajustam que determinados dados, informações, documentos ou qualquer outro interesse legítimo obtidos em função de contato negocial, remanesçam protegidos do conhecimento alheio, logo restritos aos contraentes, mantidos sob sigilo e, por conseguinte, invioláveis.

141. É tema que encerra desdobramentos em variadas áreas do Direito, sendo também oriundo da lei, como o sigilo bancário, o sigilo profissional, o sigilo de correspondência, o sigilo funcional, o segredo de justiça, o segredo industrial, o segredo comercial, o voto secreto etc., cujo exame foge do escopo do presente. É também adotado como regra geral em procedimentos arbitrais, que são confidenciais.

142. Em determinadas situações, a obrigação de confidencialidade não é absoluta, seja em contexto subjetivo como objetivo. Por exemplo, no curso de negociações preliminares, o interessado é autorizado a dividir os dados com pessoas de sua confiança, assim também nem todas as circunstâncias compartilhadas restariam sob sigilo, mas somente, *verbi gratia*, os segredos industriais, as informações financeiras e a listagem de clientes. Tudo depende do que for objeto de convenção.

---

60. SCHMIDT, Joanna. *Négociation et conclusion de contrats*. Paris: Dalloz, 1982. p. 258-259.

61. BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 193.

143. Pela complexidade envolvida nos contratos empresariais hodiernos, o negócio alvo congrega inúmeras informações, muitas delas confidenciais, que devem ser transmitidas ao interessado. Ele precisa ter acesso a tais dados para dimensionar a viabilidade do investimento a ser realizado.

144. Quando se trata de aquisição de participação societária, é preciso conhecer o ativo, o passivo, ou, mais particularmente, os direitos, as obrigações, as contingências, as licenças, as diretrizes, os procedimentos e vasta categoria de elementos que compõem a empresa objeto de interesse. Destarte, impõe-se dinâmica de troca de informações entre as partes a fim de subsidiar o exame do risco envolvido e, conseqüentemente, da conveniência da celebração do pacto almejado.

145. Nesse rumo, ainda em fase preliminar, é frequente a realização de auditorias com o fim de identificar a dimensão do investimento a ser efetivado, pugnando pela apropriada assunção dos riscos e justa expectativa da obtenção do retorno financeiro.

146. Como lembra Haroldo Verçosa<sup>62</sup>, é muito comum na venda do controle acionário de uma companhia ou de um dos estabelecimentos da sociedade empresária que os interessados passem pelas fases de tratativas iniciais, auditoria concertada (“*due diligence*”), montagem do painel de informações e documentos de interesse do negócio (“*data room*”), da oferta vinculante e do contrato definitivo.

147. Destarte, a conjuntura de disponibilização de informações ao interessado é conjugada com a realização de auditorias de cunhos legal, contábil, financeiro etc.

148. Como se vê, resta intuitivo que as informações disponibilizadas no curso das tratativas, ainda que cobertas pelo manto da confidencialidade, não ficam restritas ao interessado.

149. Não é crível nem factível, notadamente em decorrência da expertise exigida no manejo e na interpretação de tais dados, que tais informações fiquem confinadas unicamente na ciência do potencial contratante. Em regra, ele não dispõe de tempo nem de conhecimento técnico para obter as conclusões que se anseia.

150. Para tanto, é prática consolidada no mercado que, em tais situações, ele seja assessorado por técnicos que poderão examinar as informações, concluir sobre as vicissitudes próprias da empresa alvo, elaborando relatório que descreva e classifique o resultado da apuração.

151. Evidentemente que, para a elaboração de seu trabalho, tais assessores técnicos, que são independentes, necessitam ter acesso às informações obtidas pelo interessado. No âmbito de sua responsabilidade profissional, os dados sigilosos são

---

62. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 302.

igualmente salvaguardados por ajustes que os preservam do conhecimento alheio, restando, pois, também confidenciais.

152. Por vezes, as informações preliminares não são suficientes, impondo-se a solicitação de dados e documentos complementares, que usualmente são requisitados por questionários e listas previamente preparadas pelos assessores técnicos independentes.

153. E mais, no cumprimento de seu escopo, os assessores técnicos devem avaliar criticamente os dados obtidos, reportando suas conclusões de forma opinativa, apresentando os resultados – favoráveis e desfavoráveis – sobre os aspectos estruturais da empresa analisada.

154. Portanto, os relatórios de auditoria sempre contêm narração acerca de problemas encontrados no curso do exame. Tais conclusões, por mais que sejam negativas em relação à empresa alvo, apontando detalhes, contingências, dívidas, inquéritos, investigações, processos judiciais, arbitrais e administrativos, descumprimento de normas em geral, penalidades e potenciais sanções, de variada ordem, evidentemente, não representam violação ao acordo de confidencialidade ajustado entre os interessados em futuro contrato. Mesmo que sejam terceiros, os auditores e assessores externos agem no interesse do potencial contratante, também mantendo o sigilo.

155. No caso concreto, a análise do MoU deixa claro que as Partes bem conheciam tal prática, uma vez que não só convencionaram acordo de confidencialidade, como também disciplinaram que seriam realizadas auditorias de cunho legal, contábil e financeira na Companhia (*transcrição das cláusulas do MoU omitida*).

156. Em itens subsequentes, o MoU também faz menções aos procedimentos de auditoria que seriam realizados na Companhia.

## *D.2. Inexistência de violação à confidencialidade prevista no MoU*

157. Tomando como base os aspectos expostos supra, não se identifica violação ao MoU nos dois fatos citados pelos Requerentes.

158. Em primeiro lugar, os Requerentes alegam que houve violação da confidencialidade, pois foi apresentada uma contingência tributária, na qual constou explicitamente a razão social de Sociedades e de Sócios.

159. Acrescenta que tal contingência é inexistente, sendo acompanhada de juízo de valor negativo a Sociedades, o que coloca em risco a continuidade de suas atividades, além de alusão à eventual tentativa de responsabilização criminal dos Requerentes.

160. Embora os Requerentes não deixem claro qual documento se trata, tudo leva a crer que se cuida de relatório de auditoria legal, que menciona a existência de

contingências, assim como expõe desdobramentos daí decorrentes, com indicação de nome e razão social dos envolvidos.

161. Como exposto supra, é tarefa do auditor independente analisar informações e documentos relativos à empresa alvo, assim como explicar suas conclusões em relatório, precisando as contingências identificadas e suas consequências.

162. Ao assim proceder, o auditor independente não comete nenhuma ilicitude. Pelo contrário, sua obrigação primordial é alertar sobre os riscos identificados. Com amparo em suas conclusões, o interessado deve ponderar, avaliar e decidir se realiza ou não o investimento, se celebra ou não o contrato projetado.

163. Portanto, querer que o relatório do auditor independente seja isento de juízos de valor, de suas conclusões – positivas ou negativas – acerca da empresa alvo, é tolher por absoluto o ofício do assessor externo.

164. Rememore-se que as Partes convencionaram a realização de auditorias legal, contábil e financeira, de tal sorte que aquiesceram com a análise externa da Companhia em todos esses cenários, assim como com a apresentação de suas conclusões, agradando-lhes ou não. Evidentemente que não poderiam impedir o apontamento de contingências nem de potenciais consequências por parte dos assessores.

165. A indicação do nome e razão social das pessoas envolvidas não viola a confidencialidade, mesmo porque os relatórios de auditoria são produzidos no contexto das tratativas, circulados entre as Partes de boa-fé. Essa dinâmica de troca de informações, questionamentos, conclusões e apontamento de contingências é intrínseca a uma etapa de auditoria externa, no bojo da confiança que deve reinar no curso de negociações preliminares, restrito às Partes e aos seus assessores.

166. Além do mais, a própria cláusula x do MoU precisa que seriam realizadas auditorias nas Sociedades, pelo que o relatório deveria especificar qual empresa apresenta determinada contingência, indicando, por isso, nome e razão social.

167. Inexiste, por conseguinte, violação à confidencialidade por tais fatos. Os relatórios de auditoria devem ser precisos e técnicos, detalhando as posições encontradas, assim como seus desdobramentos possíveis, além da probabilidade de chance de se materializarem.

168. Quando apresentados pelos assessores técnicos externos ao interessado, mesmo que compartilhado com a contraparte, mantém-se hígida a confidencialidade, qualquer que seja o seu conteúdo.

169. Em segundo lugar, os Requerentes asseveram que o e-mail de Sr. X é violador da confidencialidade, uma vez que procurou o Sr. Z objetivando ser entrevistado para preencher a ainda inexistente vaga de diretor financeiro, caso concretizada a operação em tela.

170. O correio eletrônico enviado por Sr. X foi remetido em x de xx de xxxx, cujo assunto é: “Sr. X – CV posição Diretor Financeiro da Companhia”.

171. Quanto ao seu conteúdo, excluindo as saudações iniciais e finais, abarca um único parágrafo: “Conversei com o Sr. Y e ele pediu que enviasse meu currículo para que possamos agendar uma entrevista”.

172. Pelo que consta, é acompanhado do currículo do Sr. X, descrevendo sua formação e experiência, como é praxe.

173. Não há relato adicional nenhum pelos Requerentes nem pelo Consulente a respeito de outros fatos que tenham sido imputados nem revelados a Sr. X. Portanto, a potencial ofensa à confidencialidade circunscreve-se ao conteúdo do *e-mail*, cujo contexto é retrotranscrito.

174. A remessa do *e-mail* não representa afronta à confidencialidade. Ele não dá indício algum sobre o Sr. X conhecer as informações sigilosas inerentes às tratativas até então mantidas.

175. Também não faz comentários acerca de dados, números, direitos e obrigações previstos no MoU. Na realidade, nem sequer registra conhecer o próprio MoU.

176. Nessa linha de consideração, insuscetível estabelecer nexo de causalidade entre o *e-mail* e alguma consequência danosa.

177. Importante também ressaltar a abrangência do ajuste de confidencialidade contido no MoU. A cláusula x indica que se refere a informações trocadas no contexto do MoU, inclusive, sem limitação, de dados e informações obtidos previamente à sua celebração.

178. Seu escopo não impede que o Consulente comente com pessoas de sua confiança, seu próprio filho e profissional digno de sua indicação para ocupar cargo diretivo caso consumada a operação, acerca da existência do MoU.

179. Igualmente não há violação à confidencialidade o fato de o MoU, em sua cláusula x, prever que seria, se concretizado o negócio, instituída uma diretoria estatutária, com diretor presidente, diretor vice-presidente e diretor financeiro.

180. Mesmo porque a cláusula xxx do MoU determina que o diretor financeiro seria indicado pelo Consulente e/ou por quaisquer membros de sua família, assim entendida como seus ascendentes ou seus descendentes até o quarto grau.

181. Assim, no contexto do MoU, não só o Consulente, como seu filho, se celebra a operação, teriam poderes para indicar o diretor financeiro.

182. E, nessa toada, indicaram o Sr. X para que encaminhasse seu currículo para os Requerentes a fim de exteriorizar o firme propósito das negociações até então em curso.

183. Além disso, não haveria óbice quanto a tal prática com antecedência, sendo, inclusive, bem-vinda. Isso porque a indicação seria para a posição de diretor financeiro, pelo que propiciaria maior tempo para que os Requerentes avaliassem sua adequação ao cargo.

184. Assim, uma vez que a indicação de Sr. X é consistente com o MoU, não importando revelação de dados nem de informações negociadas naquela esfera, igualmente inexistente violação da confidencialidade quanto a tal fato.

## E. RESPOSTA AOS QUESITOS

i) A situação jurídica de desistência do MoU envolve a incidência da teoria denominada *perda de chance*? Por quê?

185. A situação retratada na consulta não dá ensejo à incidência da perda de chance como figura apta a conferir pretensão indenizatória aos Requerentes. Os requisitos para configuração do instituto são que: (i) exista uma chance; (ii) ela seja real e séria; (iii) tenha sido perdida por ação culposa da outra parte; e (iv) seja quantificada a probabilidade da chance perdida.

186. Não há ação culposa por parte do Consulente, uma vez que o MoU não era vinculativo, de tal maneira que seria cabível realizar ou não a operação societária subjacente. Inexistiu ilícito contratual, pelo que indevida qualquer indenização.

187. Igualmente não se configura ter ocorrido uma chance, pois Sócios estavam impossibilitados de entabular tratativas com qualquer outro interessado na aquisição de ações da Companhia, em função da exclusividade pactuada no MoU. Se existiram sondagens, Sócios não poderiam ter negociado a respeito, motivo pelo qual infactível atribuir a tais conjecturas mínima plausibilidade de ocorrência, não sendo consideradas reais nem sérias.

188. Também não foi precisado o grau de probabilidade de verificação da oportunidade perdida, o que impede a caracterização da chance perdida.

ii) O pleito indenizatório de R\$ xx formulado pelos Requerentes é compatível com a responsabilidade pela perda de chance?

189. O pedido formulado busca indenização decorrente da não celebração de negócio, o qual geraria ganhos aos seus respectivos sócios, os quais foram frustrados. É nítida a pretensão de lucros cessantes, incabível na situação jurídica descrita pelos Requerentes.

190. A base conceitual da perda de chance é distinta dos lucros cessantes. Em realidade, a perda de chance representa hipótese de dano emergente, cuja configuração é bastante diferente daquela exposta no caso concreto.

191. Em outras palavras, a pretensão indenizatória não se enquadra com a responsabilidade pela perda de chance, sendo com ela incompatível, notadamente porque não indicou o grau de probabilidade de ocorrência e qual teria sido a chance perdida.

192. Portanto, a causa de pedir trazida pelos Requerentes, que é baseada na perda de uma chance, é inconciliável com o pleito formulado de indenização por lucros cessantes, pelo que é insuscetível de acolhimento.

iii) Tendo em vista os fatos expostos sobre relatórios apresentados por assessores externos, houve violação à cláusula de confidencialidade prevista no MoU? Nesse contexto, qual a prática empresarial?

193. A prática empresarial indica que qualquer operação societária, no curso de sua negociação, é permeada pela realização de auditorias externas. Em regra, são efetuadas auditorias legal, contábil e financeira, sem prejuízo de outras especialidades, conforme o segmento e o interesse das partes. No caso concreto não foi distinto, uma vez que os Requerentes e o Consulente estipularam detalhadamente que seriam empreendidas auditorias nas modalidades legal, contábil e financeira.

194. Para tanto, são contratados os auditores, que são assessores externos independentes, justamente porque devem desfrutar de autonomia, com liberdade para examinar dados, documentos, procedimentos e condutas, entre outras atribuições, a fim de extrair suas conclusões sobre potenciais contingências e outros elementos objeto da análise, apontando também a sua probabilidade de materialização. Nesse âmbito, devem ser assertivos e técnicos.

195. Portanto, as conclusões apresentadas pelos assessores externos do Consulente em seus respectivos relatórios de auditoria, por mais detalhados que sejam, mesmo que imputando possíveis desdobramentos legais, em qualquer esfera, não consubstanciam violação ao acordo de confidencialidade, que é mantido, mesmo porque tais relatórios são sigilosos, compartilhados apenas entre as Partes e seus assessores.

iv) A mera indicação de um profissional para entrevista com os Requerentes, com a ciência e autorização destes, importa violação à cláusula de confidencialidade prevista no MoU?

196. Segundo o MoU, se concretizado o negócio, a empresa seria constituída por uma diretoria estatutária, incluindo um diretor financeiro, que seria indicado pelo Consulente e/ou seus ascendentes e descendentes. Portanto, tinha a possibilidade de solicitar que Sr. X encaminhasse suas referências aos Requerentes para que eventualmente se conhecessem pessoalmente.

197. A indicação do Sr. X representa conduta compatível com o curso das negociações preliminares até então mantidas. E também com a relevância do cargo, pelo que o quanto antes os Requerentes entrevistassem Sr. X, melhor seria para avaliar sua adequação ao posto.

198. A confidencialidade estipulada no MoU era relativa aos dados e informações, não impedindo que o Consulente compartilhasse a necessidade de indicar um diretor financeiro caso levado a efeito o negócio, nem que efetivamente, por meio de seu filho, colocasse Sr. X em contato com os Requerentes.

v) A mensagem eletrônica enviada por Sr. X se apresentando a Sr. Z e encaminhando seu *curriculum vitae* consubstancia violação ao MoU?

199. O correio eletrônico remetido não representa ofensa ao MoU. O seu conteúdo não indica conhecimento de informação inerente às bases à época em curso de negociações preliminares, nem do que convencionado no MoU.

200. Pelo seu contexto não há como estabelecer relação de causalidade entre o *e-mail* e possíveis danos. Mesmo porque o correio eletrônico em si não consubstancia ilícito contratual.

---

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A contratação pública e a resolução alternativa de litígios: as implicações do Memorando de Entendimento (MOU), de Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia e Sandra Patrícia Marques Pereira – *RDCI* 123/125-138 (DTR\2021\269);
- Cláusula arbitral inserta em contrato empresarial complexo. Impossibilidade de enfrentamento do mérito pelo poder judiciário, de Thiago Rodovalho – *RArb* 55/351-373 (DTR\2017\6785); e
- Da negociação preliminar à não contratação: a necessidade de proteção de legítimas expectativas, de Marília Siqueira da Costa – *RDPriv* 96/77-109 (DTR\2018\21280).

#### Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2020\363471.