

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 Consultente informa que houve aproximação com interessados, em conjunto denominados “Sócios”, em razão da intenção de o Consultente 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 Consultente 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 Consultente 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 Consultente 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 Consultente 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 Consultente, 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.