

A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS PRELIMINARES DE M&A E A PERDA DE UMA CHANCE

O presente artigo visa analisar, de maneira não exaustiva, uma questão de extrema relevância no que diz respeito à concretização de negócios em geral, porém aplicada de maneira mais específica às operações de fusão e aquisição de empresas, os chamados “M&A’s”.

Como introdução, importante apontar que o fato que motivou este artigo foi um caso levado à justiça do estado de São Paulo¹, bem como um artigo publicado no “Valor”², no qual empresa pleiteava que a outra parte arcasse com os custos relativos às etapas anteriores à concretização da negociação, que acabou não sendo levada a efeito, por divergências nessa fase de tratativas da negociação.

A discussão acerca do processo em questão não se dá por conta da empresa “prejudicada” ter utilizado a via judicial para suprir um direito que acreditava ter sido violado, já que os contratos preliminares podem perfeitamente estabelecer a obrigação de ser concretizado o contrato definitivo,

¹ Processo: 0005452-31.2013.8.26.0100, relator CARLOS ALBERTO GARBI, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial/ TJSP.

² <http://www.valor.com.br/legislacao/5045960/tj-sp-nega-indenizacao-por-perda-de-uma-chance>, por Joice Baceolo

mediante cumprimento do que o mesmo determinar. O ponto debatido está no argumento utilizado pela requerente para motivar a indenização, a “*perda de uma chance*”.

Dado o exposto no parágrafo anterior, é de suma importância a explicação do princípio da *perda de uma chance* aplicado ao nosso ordenamento jurídico.

O princípio da *perda de uma chance* tem sua origem no ordenamento jurídico francês, que passou a conceder indenizações a este título, que difere completamente da figura do dano moral, já consolidado em nosso sistema legal.

Ocorre que um dos principais problemas envolvendo a figura da *perda de uma chance*, no Brasil, reside no fato de que há certa dúvida no que diz respeito à diferença entre dano moral e *perda de uma chance*, já que ambos são subjetivos em sua quantificação.

Fato é que o dano moral só é caracterizado quando afeta subjetivamente, emocionalmente a pessoa; já a *perda de uma chance* é caracterizada quando há um efetivo prejuízo patrimonial decorrente da impossibilidade de algum fato ocorrer futuramente, mesmo que o prejuízo seja subjetivo no que tange a seu cálculo.

Como leciona Gagliano e Filho:

O dano moral é "[...] aquele representativo de uma lesão a bens e interesses jurídicos imateriais, pecuniariamente inestimáveis, a exemplo da honra, da imagem, da saúde, da integridade psicológica etc.”³

Já nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, a *perda de uma chance* é caracterizada quando:

“Em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futura para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”⁴

Ou seja, a *perda de uma chance* deve estar sempre relacionada a um possível benefício patrimonial futuro, a uma possibilidade que pode ser quantificada em termos monetários com mais objetividade do que a indenização por dano moral, que trata de um dano já sofrido pela vítima.

Porém, é importante ressaltar que o resultado favorável deve ser razoável, e não uma mera possibilidade remota, como leciona Sergio Cavalieri Filho:

“A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil:** obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2

⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012. P.75

*vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os **oportunistas**, e não reparando as **oportunidades perdidas**.*⁵

Finalizada a questão relacionada à teoria da *perda de uma chance*, adentramos especificamente na questão relacionada às negociações empresariais em geral, no caso deste artigo, mais especificamente as operações de M&A (*Mergers and Aquisitions*), já que o tema é extremamente extenso.

Nas negociações entre empresas, principalmente nos casos envolvendo fusões e aquisições, os valores em discussão são, de uma maneira geral, extremamente elevados, gerando para ambas as partes da negociação um custo altíssimo atrelado às despesas com avaliações, assessorias financeiras e contábeis, além de honorários advocatícios. Por este motivo, caso o negócio não seja efetuado, é de se esperar que a parte que se sentir “prejudicada” não ficará feliz com o prejuízo relacionado a tais custos, podendo acreditar que a não concretização do negócio se trata da “*perda de uma chance*”, já que outros negócios poderiam ser fechados com outros potenciais interessados.

Um dos argumentos levantados em defesa das empresas que isso alegam é a questão relativa ao efeito vinculante dos memorandos de entendimentos (contratos preliminares), que podem, ou não, estabelecer a obrigatoriedade da celebração do contrato definitivo, prevendo indenizações ou até mesmo depósitos iniciais não reembolsáveis para o início das negociações.

⁵ FILHO, Sergio Cavaliere. Op. Cit. 2012. P. 81/82

A celebração de contrato preliminar que obriga a celebração de um contrato definitivo, em si, não é um problema; aliás, a maioria dos contratos preliminares estabelece alguma obrigação em relação ao fechamento do negócio. O problema surge quando o contrato determina que não há obrigação legal nenhuma até o fechamento do contrato definitivo; neste caso, não há como alegar que houve *perda de uma chance* por conta da crença em que o negócio seria fechado, como ocorreu no caso que motivou a elaboração do presente artigo.

Nos casos em que o contrato preliminar não estabelece obrigações até o fechamento do contrato definitivo, não se pode falar em *perda de uma chance*, já que pela própria natureza, as operações de M&A possuem uma dinâmica extremamente volátil, com idas e vindas durante as tratativas da operação, que pode mudar suas características incontáveis vezes ao longo do desenvolvimento do negócio. Sendo assim, há que se respeitar o que foi celebrado em contrato, não deixando brechas para que a parte que se sentiu prejudicada por um fato que é corriqueiro no mundo dos negócios, se aproveitar da situação perfeitamente lícita, para angariar uma indenização pela perda de uma possível e remota chance.

Como citado no acórdão proferido em sede de apelação:

“Tendo as partes litigantes da demanda expressamente convencido, e assim reiterado sucessivamente, que as negociações que estavam sendo realizadas não tinham caráter vinculativo e que não haveria responsabilidades, de qualquer natureza, sobre as tratativas até

que o contrato definitivo fosse celebrado (teor das cláusulas 6 e 8 do Term Sheet), não há como se imputar à ré a responsabilidade que pretendem os autores”⁶

Como conclusão, o judiciário brasileiro, **felizmente**, no caso que motivou este artigo, decidiu por respeitar o estabelecido em contrato celebrado entre as partes, respeitando então o princípio da autonomia da vontade das partes, ao invés de conceder indenização por perda da chance simplesmente porque havia uma remota possibilidade da empresa que se sentiu prejudicada ter realizado outros negócios pelas mesmas condições à época dos fatos, já que no caso concreto, o contrato preliminar determinava que não havia *qualquer* obrigação legal entre as partes até a celebração de um possível contrato definitivo para a aquisição. Isso demonstra um avanço do posicionamento do judiciário em relação à liberdade entre as partes de estabelecerem as disposições contratuais que forem mais convenientes.

Neste sentido leciona brilhantemente Maria Helena Diniz:

“O princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”⁷

A par disso tudo, como lição adicional se tira que uma assessoria experiente em negociações da espécie é essencial para possibilitar que os anseios das partes envolvidas num M&A sejam

⁶ Processo: 0005452-31.2013.8.26.0100, relator CARLOS ALBERTO GARBI, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial/ TJSP.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23).

suplantados, com o que se torna possível evitar, ou ao menos amenizar, os dissabores decorrentes de uma tentativa de negócio malsucedida.

São Paulo, 21 de junho de 2017.

NICHOLAS PERRY – LANARI ADVOCAÇIA SOCIETÁRIA