

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 26**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho  
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**Janeiro / Junho de 2020**



## REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 26 Janeiro/Junho de 2020

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

**EDITORES:** Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

**CONSELHO EDITORIAL:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**CONSELHO EXECUTIVO:** Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

**PARECERISTAS DESTE NÚMERO:** Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ), Sergio Negri (UFJF) e Unie Caminha (UNIFOR).

**PATROCINADORES:**



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — n° 26 (janeiro/junho 2020)  
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ  
Campinho Advogados  
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

\* Publicado no segundo semestre de 2021.

## Colaboraram neste número

### **Alexandre Libório Dias Pereira**

Docente associado da Universidade de Coimbra desde março de 2020. Doutor em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra.

E-mail: [aldp@fd.uc.pt](mailto:aldp@fd.uc.pt)

### **Daniel Fortes Aguilera**

Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.

E-mail: [dfortes@terratavares.com.br](mailto:dfortes@terratavares.com.br)

### **Elisa Mara Coimbra**

Doutoranda em Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Advogada da Financiadora de Estudos e Projetos – Finep. Integrante do Grupo de Pesquisa “Argumentação, direito e inovação” da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Integrante do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo Estudos – GDAC. Colaboradora do Núcleo Jurídico OIC-IEA/USP.

E-mail: [elisacoimbra775@yahoo.com.br](mailto:elisacoimbra775@yahoo.com.br)

### **Henrique Cunha Souza Lima**

Professor de Pós-Graduação em Direito e Tecnologia nas instituições Pontifícia Católica de Minas Gerais – PUC-Minas e *SKEMA Business School*. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, com formação complementar pela *University of Leeds*, Inglaterra.

terra, cursando módulos da graduação e do LL.M. Advogado.

E-mail: henriquesouzalima@gmail.com

### **Ives Nahama Gomes dos Santos**

Mestranda em Direito Constitucional Público pela Universidade Federal do Ceará – PPGD/UFC, com mobilidade acadêmica na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais – NECC/UFC. Pesquisadora do Projeto Pesquisa Empírica e Jurimetria – PROPED (UNIFOR). Pesquisadora do Grupo de Direito Penal Econômico e da Empresa – G.DPEE da Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Pesquisadora do grupo de estudos Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Advogada.

E-mail: ives-nahama@hotmail.com

### **João Luís Nogueira Matias**

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, com aulas na graduação e na pós-graduação. Professor Titular do Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará – UFC. MBA em Gestão de Empresas Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Juiz Federal.

E-mail: joaoluisnm@uol.com.br

### **José Luiz de Moura Faleiros Júnior**

Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Doutorando em Direito, na área de estudo “Direito, Tecnologia e Inovação” pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Digital, Direito Civil e Empresarial. Advogado.

E-mail: jfaleiros@usp.br

### **Marcos Vinício Chein Feres**

Professor Associado da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação Es- trito Senso em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Univer- sidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Doutor em Direito pela Univer- sidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito pela Uni- versidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Bolsista de Produ- tividade do CNPq e Professor Colaborador do Programa em Pós-Gra- duação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Desempenhou a função de Diretor da Faculdade de Direito da UFJF (2006-2014). Desempenhou a função de Vice-Reitor da UFJF (2014-2016), assumindo o exercício da Reitoria de novembro de 2015 a abril de 2016. Compõe, como participante, a *Collaborative Research Network* (047) da *Law and Society Association*, sobre “economic and social rights”. Possui projetos na área de Propriedade Intelectual e Teoria do Direito Aplicada financiados pela FAPEMIG e pelo CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em pesquisa empíri- ca em direito aplicada ao Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: Pesquisa Empírica em Direito, Argumentação, Direito e Inovações Tecnológicas, Direito Econômico, Direito de Propriedade Intelectual (Marcas, Patentes e Inovação e Transferência de Tecnologia) e Metodologia da Pesquisa e do Ensino Jurídico.

E-mail: mvchein@gmail.com

### **Marvio Bonelli**

Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Ja- neiro – UERJ. Advogado.

E-mail: mbi@bmalaw.com.br

### **Pedro Guilhardi**

Doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. LL.M. em *Comparative and International Dispute Resolution* pela *Queen Mary, University of London*. Advogado em São Paulo.

E-mail: pguilhardi@nanni.adv.br

### **Pedro Henrique Carvalho da Costa**

Mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pesquisador do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor da Pós-Graduação em Direito Empresarial Aplicado e Análise Econômica do Direito das Faculdades da Indústria (FIEP). Advogado.

E-mail: [pedro.h.carvalho.costa@gmail.com](mailto:pedro.h.carvalho.costa@gmail.com)

### **Raíssa Mendes Tomaz**

Doutoranda em Ciências-Jurídico Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra. Pesquisadora associada do Centro de Investigação de Direito Público – CIDP da Universidade de Lisboa

E-mail: [raissamendestomaz@gmail.com](mailto:raissamendestomaz@gmail.com)

# Sumário

A FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA EM PORTUGAL Raíssa Mendes Tomaz e Alexandre Libório Dias Pereira .....	1
ESTUDO EMPÍRICO SOBRE O PERFIL DOS CONDENADOS POR <i>INSIDER TRADING</i> PELA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM. HÁ O EFEITO EDUCATIVO DAS DECISÕES? João Luís Nogueira Matias e Ives Nahama Gomes dos Santos .....	31
VALIDADE E CONFIABILIDADE DAS INFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS PARA PESQUISAS EMPÍRICAS: O CASO DOS REGISTROS DE PATENTE NO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL Elisa Mara Coimbra e Marcos Vinício Chein Feres .....	61
CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA: ENQUADRAMENTO NORMATIVO, POTENCIALIDADES E REQUISITOS DE VALIDADE Daniel Fortes Aguilera e Marvio Bonelli .....	85
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIOS EM SOCIEDADES LIMITADAS COM APENAS DOIS SÓCIOS Pedro Henrique Carvalho da Costa .....	123
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DE <i>CROWDFUNDING</i> DE RECOMPENSA E DE PRÉ-VENDA PELA FRAUDE POR TERCEIROS FINANCIADOS Henrique Cunha Souza Lima .....	147
<i>ACCOUNTABILITY</i> E DEVIDA DILIGÊNCIA COMO VETORES DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NOS MERCADOS RICOS EM DADOS José Luiz de Moura Faleiros Júnior .....	183
GARANTIAS GENÉRICAS OU <i>OMNIBUS</i> NO DIREITO BRASILEIRO Pedro Guilhardi .....	213



# A FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA EM PORTUGAL<sup>1</sup>

## THE PRE-CONTRACTUAL PHASE OF THE FRANCHISE CONTRACT IN PORTUGAL

*Raíssa Mendes Tomaz\**  
*Alexandre Libório Dias Pereira\*\**

*Resumo:* Este trabalho busca fazer uma análise da legislação aplicável ao contrato de franquia no âmbito pré-contratual. Busca-se verificar a fase da formação do contrato, discutindo a aplicação da culpa *in contrabendo* e da boa-fé como bases para a exigência da obrigação de *disclosure*. Faz-se também um breve comparativo com o direito comparado. A atipicidade do contrato de franquia em Portugal torna estas situações intrigantes devido à multiplicidade de soluções que um contrato complexo como este pode apresentar. Conclui-se, após o estudo dos temas supracitados, que a análise casuística dos conflitos referentes à formação do contrato de franquia se configura, devido à atipicidade do contrato no direito nacional, como o meio mais adequado para dirimir conflitos referentes a este tipo contrato em Portugal.

*Palavras-chave:* Franchising. Disclosure. Contrato de distribuição. Concorrência. Indenização de clientela. Stock.

*Abstract:* This study aimed to analyze the law applicable to the franchise agreement in the pre-contractual post. After this review, we started to check the phase of contract formation, discussing the implementation of culpa *in contrabendo* and good faith as the basis for

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 07.05.2021 e aceito em 05.07.2021.

\* Doutoranda em Ciências-Jurídico Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra. Pesquisadora associada do Centro de Investigação de Direito Público – CIDP da Universidade de Lisboa. E-mail: raissamendestomaz@gmail.com

\*\* Docente associado da Universidade de Coimbra desde março de 2020. Doutor em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra. E-mail: aldp@fd.uc.pt

the requirement of the disclosure, also making a short comparison with foreign law. The atypical nature of the franchise agreement in Portugal makes these intriguing situations due to multiplicity of solutions that a complex contract as the franchise can present. It was concluded after analyzing the aforementioned issues, the case by case analysis of conflicts regarding the formation and termination of the franchise agreement, appears as the most appropriate means to resolve conflicts over franchise agreement in Portugal.

*Keywords:* Franchising. Disclosure. Contract of dependence. Competition law. Clientele indemnity. Stock.

*Sumário:* Introdução. 1. *Culpa in contrahendo*. 2. A boa fé nos contratos. 3. Dever de informação. 4. Características da fase pré-contratual no contrato de franquia 4.1. *Disclosure* no direito comparado. 4.2. *Disclosure* em Portugal. 5. Tipos de contrato preliminares. Conclusão.

## **Introdução.**

O presente artigo tem como objetivo analisar a fase de formação do contrato de franquia, elencando alguns problemas recorrentes nestas etapas e que acabam por ocasionar muitas discussões e impasses doutrinários devido ao fato de o contrato de franquia ainda se afigurar como um contrato atípico na legislação portuguesa. Para tanto, faz-se um levantamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dos ordenamentos jurídicos dos outros contratos de distribuição – assim como o direito comunitário –, no intuito de contribuir na solução de possíveis questionamentos que surgem na fase pré-contratual do contrato de franchising, sendo tal análise em conjunto indispensável para que se promova uma visão completa sobre o tema.

O referido tema tem grande relevância porque trata da dinâmica de um dos tipos contratuais que mais se expandem na economia global. Atualmente, a franquia é responsável por boa parte das expansões de mercado de empresas dos mais diversos ramos. A versatilidade, aliada com a redução de custos, populariza esta modalidade de contrato. No entanto, ele é considerado como um contrato

complexo, em que o feixe de relações que incorpora merece uma análise individualizada.

Ao longo desta análise, detalhar-se-á a formação do contrato ou, em outras palavras, a fase pré-contratual, e serão analisadas as obrigações pré-contratuais e os tipos de contratos preliminares aplicados ao contrato de franchising. O estudo é feito com base na boa-fé nos contratos e no desenvolvimento da *culpa in contrabendo* no direito europeu, e de que forma isto inclui a obrigação de *disclosure* prevista ao contrato de franquia. Além disso, é feita uma breve menção sobre os tipos de contratos preliminares adotados, que se configuram em instrumentos cada vez mais utilizados pelas partes, como uma forma de garantir a aplicabilidade prática desta investigação.

### **1. *Culpa in contrabendo*.**

O contrato é um instrumento privilegiado na instituição da dimensão valorativa da margem de liberdade dos particulares, sendo dotado de certo carácter autónomo.<sup>2</sup> A ampliação do âmbito dos contratantes em potencial, impulsionada pelo desenvolvimento do *marketing*, da publicidade e da mercadologia, cria a necessidade de uma progressão mais demorada entre o momento da negociação e do acordo definitivo.<sup>3</sup> Neste contexto, surgem contratos, antecedidos por processos cada vez mais complexos, que objetivam a celebração do negócio final. No teor deste *iter negotii*, podem ser incluídos estudos individuais, entrevistas, propostas contratuais, de duração, complexidade e custos variados. O conteúdo deste processo, a princípio, está a critério das partes, com base do princípio da liberdade contratual.<sup>4</sup>

---

2 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 219.

3 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra editora, 1994, p. 46.

4 O princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405 do Código Civil Português, tem no

Contudo, o desenvolvimento da liberdade contratual acaba por originar a modalidade dos contratos de adesão, que paradoxalmente se configuram em uma limitação de ordem prática à liberdade de modelação dos contratos. As finalidades dos contratos de adesão são claras, as empresas se beneficiam deste modelo quando suas atividades são direcionadas a um número elevado e indeterminado de clientes. No entanto, também são evidentes as suas desvantagens. Este tipo contratual restringe drasticamente a liberdade factual de contratar do consumidor individual, além de facilitar uma possível cartelização de setores econômicos. O crescimento da incidência desta forma de contratar exigiu uma ampliação do dever de proteção, antes restrito ao período contratual, para o momento pré-contratual. Esta proteção deve estar presente no momento anterior às negociações formais, bastando que uma das partes atinja uma proximidade negocial.<sup>5</sup> Também se incluem nesta proteção os valores patrimoniais, além dos terceiros relacionados à ocasião pré-negocial. A liberdade contratual não pode ser confundida com um total afastamento do ordenamento jurídico quanto às regras aplicáveis, deixando tudo a critério das partes envolvidas. Antes, trata-se de uma possibilidade dos sujeitos participarem diretamente da modelação de seus interesses dentro de um quadro de valores jurídicos e econômicos.

A atenção para a responsabilidade, até então pouco explorada na área da formação dos contratos, é denominada por Jhering,<sup>6</sup> em

---

negócio jurídico uma manifestação própria de outro princípio correlato, o princípio da autonomia privada. Trata-se de conceder aos particulares o direito de autorregulamentação dos seus interesses e de autogoverno da sua esfera jurídica. Este princípio se manifesta na *soberania do querer* e encontra nos contratos bilaterais a sua mais ampla dimensão. Ter a faculdade de fixar o conteúdo de um contrato implica em uma maior liberdade no momento da sua celebração. A liberdade contratual supõe o reconhecimento, em maior ou menor escala, do mercado como regulador da atividade econômica, e apesar de não estar expressamente prevista na constituição portuguesa, se constitui em dos princípios integradores da iniciativa privada prevista no art. 61 da Constituição (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 102-108).

5 CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 547.

6 Ainda que Jhering não forneça uma fundamentação muito clara do que é a figura da *culpa*

seu célebre ensaio em 1861, como *culpa in contrabendo*. O direito romano é muito insatisfatório nas bases desta responsabilidade pré-contratual, que vai de encontro com o desenvolvimento das atividades econômicas, enquanto estas, cada vez mais, exigem das partes uma maior lealdade e probidade nas transações. É necessária, pois, a instalação de exigências de ordem ética e social, traduzida na consagração dos limites da autonomia privada.<sup>7</sup> O regime dessa responsabilidade pré-contratual tem uma natureza híbrida e mista, condizente com a índole da culpa nas formações dos contratos, localizada em uma região nebulosa entre a responsabilidade contratual e extracontratual.<sup>8</sup>

A culpa *in contrabendo* se refere a contextos particularizados, não é compatível com o direito delitual, pois estabelece uma série de comportamentos genéricos, independentemente de qualquer contexto em concreto. Segundo Manuel Carneiro da Frada,<sup>9</sup> trata-se de uma terceira via da responsabilidade civil, porque não pode ser considerada como uma responsabilidade obrigacional, já que os deveres referentes à formação dos contratos não são obrigações em sentido estrito – por não se adequarem ao conceito de uma obrigação de prestar, prevista no art. 397 do Código Civil português. Também vale salientar que a culpa *in contrabendo* não é reconhecida em todos os sistemas

---

in contrahendo, não se pode negar que sua obra foi pioneira na discussão do tema da responsabilidade pré-contratual, sendo responsável pelo pré-entendimento que se mantém hoje. Em sua obra, o autor defende que o fundamento da ação de indenização da *culpa in contrabendo* não pode ser a *buona fides* do comprador, além de afirmar que a diligência em *contrabendo* não se inicia com a proposta, porque esta, enquanto não aceita, não é capaz de gerar qualquer lesão. JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrabendo ou Indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 33.

7 COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Op. Cit.*, p. 34.

8 VICENTE, Dário Moura. *Culpa na formação dos contratos*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 275.

9 FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma "terceira via" no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 95.

jurídicos, como, por exemplo, nos sistemas da *common law*. Nestes sistemas, a mera abertura das negociações não cria, entre as partes, nenhum tipo de relação jurídica passível de responsabilização.<sup>10</sup>

## 2. A boa-fé nos contratos.

Esta preocupação da ordem jurídica com os valores éticos-jurídicos da comunidade demonstrada pela culpa *in contrabendo* encontra clara sintonia com o princípio da boa-fé. A boa-fé, segundo Mota Pinto,<sup>11</sup> consiste no abandono da ideia do direito puramente positivista, permitindo a utilização de princípios extralegais. No âmbito específico dos contratos, a boa-fé se configura numa regra de conduta, que impõe aos contratantes um comportamento honesto, correto e leal. O Decreto Lei n. 446/85 de 25 de outubro fixa o princípio da boa-fé como princípio geral de controle relativo às cláusulas contratuais. Configura-se como um critério para determinar o exercício legítimo da liberdade contratual e está presente durante toda a existência do contrato, sendo uma espécie de matriz dos deveres laterais. Sua violação, consequentemente, pode ocasionar uma responsabilidade contratual, pós-contratual ou pré-contratual, a depender do caso concreto.<sup>12</sup>

---

10 Dário Vicente critica justamente este ponto da falta de homogeneidade entre os ordenamentos, afirmando que a globalização econômica também deve implicar em uma globalização dos princípios jurídicos (Ver VICENTE, Dário Moura. *Op. Cit.*, p. 275-277). Na Itália, a culpa *in contrabendo* presente no art. 1337 do Código Civil Italiano de 1942 é considerada uma mera recepção formal do pensamento alemão da época, porque o termo *buona fede*, equivalente à boa-fé, não é definido em nenhuma outra lei italiana.

11 PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. Cit.*, p. 124.

12 Mario Júlio Costa afirma que a violação da obrigação de informação pode conduzir inclusive ao abortamento das negociações, impondo à parte que, sem demora, preste a devida informação. Se deste atraso decorrer algum tipo de prejuízo, a parte autora responde com base na responsabilidade pré-contratual. Deste posicionamento se percebe o quão impactante é o dever lateral de informação no momento da negociação, visto que ele influencia diretamente na declaração negocial da aceitação (Ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op. Cit.*, p. 60).

A culpa *in contrabendo* ou culpa na formação dos contratos, encontra-se prevista na legislação portuguesa no art. 227 do Código Civil<sup>13</sup> e pauta a conduta das partes nos princípios da boa-fé, entendida pelo seu sentido ético, tanto na parte negociatória como na fase decisória. O dano que o artigo deseja reparar é o dano da confiança, desejando colocar o lesado na posição que estaria caso não tivesse depositado sua confiança no sujeito em questão. Ela permite controlar o conteúdo do contrato, com o intuito de evitar abusos e injustiças. Apesar de teoricamente se dirigir à fase pré-contratual, a culpa *in contrabendo*, em Portugal, atua de maneira independente da figura do contrato. Em outras palavras, ela não depende da validade ou até da conclusão do contrato para ser verificada. Contudo, o legislador não indica no art. 227 quais são estes deveres pré-contratuais, apenas consagra o preceito ético da boa-fé na fase negocial do contrato.

Este preceito ético deve estar presente na ruptura das negociações e também nos casos em que o contrato se conclui e se torna nulo e ineficaz. A boa-fé atua como um mecanismo de integração do conteúdo vinculativo da relação obrigacional, fundando deveres acessórios entre as partes, uma espécie de instrumento operativo que visa fixar as cláusulas contratuais, atuando como modelo limitador.<sup>14</sup> Este posicionamento já se encontra amadurecido na legislação angolana sobre os contratos de franquia, por exemplo, que estabelece no art. 41 da Lei 18/03,<sup>15</sup> um artigo específico referente à boa-fé, exigindo a sua observância durante toda a relação contratual, com o objetivo da realização plena do fim contratual.

---

13 Art. 227. 1. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder culposamente pelos danos que causou à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do art. 498.

14 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Op. Cit.*, p. 542-562.

15 Art. 41. No cumprimento das suas obrigações contratuais, o *franchisado* e *franchisor* devem proceder de boa-fé, em ordem à realização plena do fim contratual.

### 3. Dever de informação.

Segundo Menezes Cordeiro,<sup>16</sup> a culpa *in contrabendo* prevê deveres de proteção, esclarecimento e lealdade. O dever de proteção sofre uma extensão contínua e é aplicado até no momento que antecede as negociações formais. Já o dever de esclarecimento recai sobre as partes contratantes, prevendo uma série de sanções como a conclusão ou anulamento do contrato, caso este se baseie em falsas informações ou até devido a ameaças ilícitas. Segundo o autor, independentemente do regime dos vícios na formação da vontade, tal situação implica no dever de indenizar, e em casos nos quais um contratante exigir uma proteção especial, este dever é intensificado.

O terceiro grupo, que é bastante similar ao dever de esclarecimento, é o dever de lealdade, que não reside propriamente no âmbito informativo, mas no comportamento subjetivo das pessoas. Estes deveres de informação obrigam os contraentes à prestação de todos os esclarecimentos necessários para a aceitação da proposta contratual, já os deveres de lealdade obrigam as partes a não adotarem comportamentos que desviem a negociação de um viés honesto. Incluem-se neste, além dos deveres de informação, os deveres de sigilo, por exemplo. O que se procura vedar, no caso, é qualquer comportamento que frustre o escopo da formação válida do contrato por meio da declaração negocial.

Dentre esses deveres acessórios relacionados à culpa *in contrabendo* e à boa-fé, destaca-se o dever de informação. Informação, segundo Sinde Monteiro,<sup>17</sup> em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma situação de fato, seja ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outro tipo de relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a informação se esgota na pura exposição objetiva dos

---

16 CORDEIRO, António Menezes. *Op. Cit.*, p. 549-551.

17 MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 15.

fatos, estando ausente qualquer proposta de conduta. A informação é um dever lateral importante em casos em que a relação jurídica é mais duradoura, os indivíduos que carecem de conhecimentos técnicos ou factuais indispensáveis para a tomada de uma decisão recorrem a quem supostamente possui esses dados. A violação dos deveres de atuação impostos pela boa-fé na fase pré-contratual referentes à informação pode ser verificada tanto por omissão, silenciando elementos que a contraparte tem interesse de conhecer, como por ação, no fornecimento de informações inexatas. Se as negociações envolvem profissionais no desempenho do seu ofício, cabe as partes observar obrigações particulares de competência e honestidade que não são exigíveis de um leigo. Tudo isto decorre das próprias características da parte envolvida.

Os ditames da boa-fé consistem em um complexo feixe de deveres, no qual o dever de informação se encontra incluído como parte integrante da ideia de proteção da confiança.<sup>18</sup> A *culpa in contrahendo* se configura em uma legitimação do processo de formação do contrato, compreendendo que este não se traduz num ato simples, mas sim em um conjunto de atividades complexas que objetivam a decisão definitiva de contratar, assim como posteriormente a sua conclusão. Nos casos de danos patrimoniais provocados por informações deturpadas, quando se comprova que o autor tem consciência do dano que pode causar e, mesmo assim, induz terceiros a erro, não é equivocado afirmar que há uma ofensa também aos bons costumes.

O *Misrepresentation Act*,<sup>19</sup> elaborado em 1967, é um importante passo referente ao dever legal da *duty of disclose*, porque prevê um regime mais favorável para parte lesada no caso da violação do dever de informação. Segundo Sinde Monteiro,<sup>20</sup> a indenização só

---

18 FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. Cit.*, p. 96.

19 ATIYAH, P.S.; TREITEL, G.H. *Misrepresentation Act 1967. The Morden Law Review*, New York City, v. 30, n. 4, p. 869-888, jul. 1967. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1967.tb01149.x/pdf>. Acesso em: 07 mai. 2015.

20 MONTEIRO, J. Sinde. *Op. Cit.*, p. 145-154.

não é válida nos casos em que se comprove que a parte autora acredita que os fatos fornecidos são verdadeiros.

Tal posição se constitui em um grande avanço no ordenamento dos países da *common law*, porque abandona a ideia de que, para se exigir uma indenização, deve se comprovar uma *special relationship* entre as partes. O termo *misrepresentation* consiste em uma falsa afirmação de um fato atual ou passado, feita por uma das partes e dirigida a outra parte, que de alguma forma a induza a contratar. Precisa ser uma afirmação objetiva, não podendo recair sobre publicidade e nem se constituir como uma declaração ambígua. Além disso, deve ser material e contar com o elemento da confiança. Devido a todas estas exigências, o silêncio não é considerado uma *misrepresentation* segundo o direito inglês, o que se exige no caso é ação positiva, uma conduta que implique em uma declaração. Segundo Vasconcelos,<sup>21</sup> a *misrepresentation* não é uma ação dolosa, porque não é feita com o intuito de enganar, mas consiste em afirmações prestadas à contraparte sobre perspectivas do negócio, que elaboradas de forma negligente, acabam por não corresponder à realidade.

Porém, é importante pontuar que, por mais abrangentes que as exigências de informação e boa-fé sejam, elas não podem se confundir com uma garantia de sucesso empresarial. É o que afirma Maria Santos,<sup>22</sup> quando diz que as partes devem sempre agir com boa-fé, mas nem por isso pode ser o franqueador responsabilizado pelo fracasso da empresa do franqueado. Monteiro<sup>23</sup> corrobora essa ideia ao afirmar que a contraparte não pode exigir a inexistência de risco na escolha do seu parceiro contratual; este risco é inerente a todo e qualquer negócio, faz parte da natureza do investimento. Moura Vicente<sup>24</sup>

---

21 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 81.

22 SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *O contrato de franquia*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009. p. 25.

23 MONTEIRO, J. Sinde. *Op. Cit.*, p. 357.

24 VICENTE, Dário Moura. *Op. Cit.*, p. 270.

complementa ao afirmar que não existe, na ordem jurídica portuguesa, nenhum dever geral de informar ou esclarecer à contraparte acerca da totalidade de circunstâncias de fato e direito determinantes na hora de contratar. O dever de informar para o autor se dá somente no padrão de diligência exigível ao comum das pessoas.<sup>25</sup> Também não é errado exigir que o dever de atuar com probidade, lealdade e com base na boa-fé deve ser observado por ambas as partes contratantes. A obrigação de sigilo quanto às negociações é outra obrigação, que assim como o direito à informação, decorre deste posicionamento legislativo.

Mesmo com essas ressalvas feitas pela doutrina, é inquestionável que a imposição da necessidade de esclarecimento na fase pré-contratual dos contratos se constitui em um grande avanço no sentido de se alcançar uma igualdade material entre as partes no momento da contratação. Reconhece-se que, com a vida em comunidade, é necessário que o interesse individual seja por vezes sacrificado em favor do interesse coletivo, e a imposição da responsabilidade no momento da formação dos contratos, sob a figura da *culpa in contrahendo*, constitui-se como mais um importante passo neste sentido.

#### **4. As características da fase pré-contratual do contrato de franquia.**

A fase negocial do contrato de franquia se inclui no grupo de contratos que demandam atenção na fase pré-contratual. Ela é com-

---

25 Sinde Monteiro relembra que a responsabilidade por informações deturpadas não pode ser considerada irrestritamente como danosa, não se pode deixar de levar em consideração que a vontade do próprio lesado influi no momento da contratação. A responsabilidade do informante deve ser confrontada com a do sujeito que decide. Se toda informação incorreta fornecida der aso a uma indenização, se ocasiona uma extrema reserva social devido ao que o autor define como *responsabilidade por declarações*. O dever de esclarecimento ou explicação restringe-se drasticamente em casos que o risco é conscientemente assumido, neste âmbito se inclui boa parte dos negócios jurídicos bilaterais, como é o caso dos contratos (Ver MONTEIRO, J. Sinde. *Op. Cit.*, p. 24).

posta de obrigações especiais para as partes signatárias, no sentido de promover uma melhor adequação ao negócio jurídico que pretendem constituir. Conforme se disse anteriormente, o contrato de *franchising* é uma modalidade de investimento econômico muito mais democrática de acesso ao mercado, e em decorrência de todas essas vantagens que o contrato possui – e também devido aos investimentos de grande monta que podem ser feitos no caso concreto – constata-se a necessidade de uma regulação prévia à constituição do contrato, com o objetivo de evitar abusos por parte do franqueador ou franqueado. A necessidade de regulação também pode ser justificada pelo princípio da lealdade que envolve o contrato de franquia, decorrente do posicionamento de parte da doutrina ao afirmar que este se configura como um contrato *intuitu personae*,<sup>26</sup> aquele em que a confiança se constitui em um elemento inerente ao tipo.

Segundo Amoroso,<sup>27</sup> um estudo de mercado deve ser feito antes da instalação de uma rede de franquias, sendo responsabilidade do futuro franqueador promover uma análise do seu projeto, verificando a originalidade do produto ou serviço, a adaptação da fórmula às diversas condições regionais, a concorrência e se a transferência do *know-how* é possível.<sup>28</sup> Em suma, o franqueador tem que demonstrar a validade do seu negócio antes de criar uma rede de franquias. Para isto também é necessário estabelecer um perfil dos seus fran-

---

26 Este posicionamento é defendido por Ana Paula Ribeiro (Ver RIBEIRO, Ana Paula, *Op. Cit.*, p. 47), com base na teoria de BESSIS, Phillippe. *Le contrat de Franchisage: Notions Actuelles et Apport du Droit Européen*. Paris: Montchrestien, 1986. p. 57-58.

27 AMOROSO, Marisa; BONANI, Giuseppe. GRASSI, Paolo. *Manuale del Franchising*. Rimini: Maggioli Editore, 1996, p. 103.

28 Acórdão do Tribunal Da Relação de Lisboa Processo n.1601.11.7TVLSB.L1-7 de 01-27-2015 decide que esse dever não pode ser confundido como uma garantia de excelência do negócio. O estudo prévio de viabilidade não tem poder de garantir se as projeções previstas vão se concretizar. Desta forma, entende-se que o direito de informação que o franqueador possui não pode ser confundido com a garantia de sucesso do negócio, eliminando o risco empresarial inerente a qualquer empreendimento (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão n.1601.11.7TVLSB.L1-7. Relator: Maria do Rosário Morgado. *Diário da República Eletrônico*. Lisboa, 27 jan. 2015).

queados, se estes podem ou não ser pessoas jurídicas, se devem ter experiência no ramo, qual o capital exigido para dar início a atividade, entre outras características. Estes estudos precisam ser realizados para que o franqueador possa apresentar os elementos que qualificam a empresa e o contrato por meio da oferta de franquia aos seus candidatos, também denominada *package* ou *portfolio*.

A exigência do dinheiro de entrada ou *front Money* se refere ao capital que o candidato deve desembolsar para ter acesso ao *know-how*, ao uso da marca e à assistência técnica por parte do franqueador, como uma espécie de contraprestação pelos benefícios prestados.<sup>29</sup> Nos Estados Unidos, esta taxa inicial é muito comum, geralmente se trata de um valor elevado, e em muitos casos não se constata o pagamento de *royalties* após o pagamento do *front money*. Já na Europa, o fenômeno é inverso, a exigência de *front-money* é pouco observada, sendo mais comum o uso do pagamento dos *royalties*. Em Angola, a prestação do *front money* é prevista no art. 44<sup>30</sup> da Lei de Contratos de Distribuição n. 18/03, junto com as remunerações referentes à publicidade e *royalties* periódicos, sob o título de direito de entrada. A natureza desse capital de entrada é de um investimento a longo prazo, que só tem o seu retorno de acordo com o desenvolvimento do próprio negócio.

O surgimento de problemas durante o período negocial vem exigir do legislador uma posição mais direcionada para esta fase delicada do contrato. O problema mais comum enfrentado por parte dos franqueadores é referente à comunicação de informações que integram o saber-fazer. Além de outros elementos essenciais, os franqueadores demandam um mecanismo de proteção de saber-fazer

---

29 AMOROSO, Marisa; BONANI, Giuseppe. GRASSI, Paolo. *Op. Cit.*, p. 135.

30 Art. 44 A remuneração da franquia é a estabelecida no contrato, podendo incluir: a) o pagamento de um direito de entrada; b) o pagamento de uma *royalty* – remuneração periódica, fixa ou variável, que pode ser calculada em função do volume de negócios, das receitas brutas ou da quantidade de bens fornecidos pelo *franchisador*; c) o pagamento de uma taxa de publicidade.

que inclua a fase pré-contratual. O conhecimento adquirido na fase negociatória, assim como o da fase contratual, também exige proteção. Já os franqueados enfrentam problemas relativos às informações prestadas pelos franqueadores que, muitas vezes e de forma arbitrária, omitem elementos importantes do negócio, comprometendo o real consentimento da contraparte, além de colocar o franqueado em uma posição completamente desfavorável no momento da contratação. Em termos simples, é necessário tentar coibir práticas ligadas à difusão do slogan *get rich quick*, que podem ser potencialmente danosas às partes contratantes.<sup>31</sup>

#### **4.1. Disclosure no direito comparado.**

Quem primeiro atenta para a devida regulação desta fase preparatória foi a legislação americana, por meio da lei federal de 1979, que impôs ao franqueador a obrigação de oferecer ao franqueado todas as informações necessárias para uma melhor avaliação do risco do investimento. Os Estados Unidos deram origem a este documento que influencia ativamente a legislação mundial, o chamado *Disclosure Act*.<sup>32</sup> Esta lei entra em vigor em 21 de outubro de 1979 e cria a figura do *basic disclosure document*, que deve fornecer todas as informações necessárias sobre o novo negócio ao franqueado e, em caso de sua não observância, acarreta pesadas sanções ao franqueador. Seguindo este exemplo, o estado canadiano de Alberta também adota medidas no sentido do fornecimento de informações sérias e leais por meio do *Alberta Franchises Act*, que prevê a possibilidade de o franqueado resolver o contrato em caso de não observância.

O dever de informação é logo acompanhado pela legislação francesa por meio da Lei Doubin n. 89-1008 de 31 de dezembro de

---

31 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 77-80.

32 FEDERAL TRADE COMMISSION. *Disclosure Act*. 1979. Disponível em: [www.ftc.gov/](http://www.ftc.gov/). Acesso em: 17 mar. 2015.

1989 que, além de impor ao franqueador a obrigação de prestar informações sinceras sobre as especificações da rede de franquia, também impõe um prazo de entrega para este documento de 20 dias anteriores à celebração do contrato. Por meio deste documento legislativo, a França é considerada como a primeira nação a dar uma disciplina orgânica à fase pré-contratual. A diferença entre a legislação americana e francesa é que a última não exaure os tipos de contratos que são influenciados por esta legislação, enquanto a primeira afirma expressamente que se refere aos contratos de franquia.

Além da referida lei, o Decreto Lei n. 91-337 vem especificar as informações que o documento deve ter, como, por exemplo: a identificação do franqueador, seu respectivo domicílio bancário, data de criação da empresa, contas anuais, duração do contrato proposto, suas condições de prorrogação e cessação, entre outras, o que garante a introdução de um importante conceito de transparência no momento das negociações contratuais. Tal exigência encontra-se presente no artigo da *Chambre de Commerce et d'Industrie Territoriale de l'Aisne*<sup>33</sup> sobre o modelo do contrato de franquia francês.

Além da França, a Espanha também adota essa exigência de informação pré-contratual<sup>34</sup> por meio da Lei n. 7/1996 de 15 de janeiro, que impõe a entrega do documento com as referidas informações em um prazo de 20 dias anteriores contados da celebração do contrato ou da entrega pelo futuro franqueado de qualquer prestação pecuniária.

Na Itália, o contrato de franquia é tipificado, devido a isto os deveres pré-contratuais são um pouco mais complexos e não se en-

---

33 CCI HAUTS DE FRANCE. *Chambre de Commerce et d'Industrie Territoriale de l'Aisne*. Disponível em: <http://www.aisne.cci.fr/>. Acesso em: 17 mar. 2014.

34 Enrique Guardiola Scarrera afirma que o caráter de contrato de adesão que o contrato de franquia possui é diluído em virtude dessa exigência da entrega do *disclosure document* que, de acordo com a legislação espanhola, deve conter todas as informações necessárias para que o candidato decida se integra ou não a rede (Ver GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Op. Cit.*, p. 268).

cerram na exigência de entrega da *disclosure*. O legislador italiano também exige que o franqueador tenha constituído uma rede previamente experimentada<sup>35</sup> no mercado para que seja considerado apto a celebrar futuros contratos de franquia e esta exigência é alvo de crítica por boa parte da doutrina italiana.<sup>36</sup> O art. 4 da *Legge 6 di maggio* de 2004 exige que o franqueador deve conceder, no período de 30 dias contados da data da assinatura do contrato, todas as informações necessárias de modo exato e completo, ainda que não tenha sido requisitado pelo contratante. Posição claramente influenciada pela doutrina americana da Federal Trade Commission. Qualquer mudança no contrato também deve respeitar esta antecedência prevista na lei. No caso de comprovação de um *vizio de consenso*, situação em que as informações concedidas são consideradas inverídicas, a contraparte, com base no art. 8 da mesma lei, pode requerer a anulação do contrato.

A função do período de 30 dias é a de conceder ao candidato um período *di riflessione* para verificar minuciosamente o conteúdo do contrato. Frignani<sup>37</sup> não considera este período longo e é taxativo

---

35 Ana Dassi fornece uma breve definição do que é esse contrato de experimentação, denominado contrato de pilotage. O art. 2 do Código da Associazione Italiana del *Franchising* exige que antes de a franquia ter a sua sede, deve ter feito uma experimentação no mercado, com sucesso, pelo período mínimo de um ano, com ao menos uma unidade piloto. É diferente do contrato preliminar, ou *pré-Franchising*, que é aquele em que o franqueador e franqueado experimentam a fórmula por um período determinado (Ver DASSI, Ana. *Op. Cit.*, p. 36).

36 Fabio Borlotti afirma que a exigência de prévia atividade não é de fácil constatação na prática devido à ausência de um sistema de registro obrigatório dos franqueadores, não há como se ter um controle efetivo da observância desse pressuposto. Além disso, afirma que a obrigação de *disclosure* não tem força coercitiva completa devido ao fato de o legislador não ter previsto nenhuma sanção específica para o seu descumprimento (Ver BORLOTTI, Fabio. *Op. Cit.*, p. 80). Aldo Frignani complementa a ideia ao afirmar que a exigência dessa experimentação prévia afasta investidores, que acabam por optar por outros países da comunidade europeia onde esse requisito não seja necessário. Por outro lado, o franqueado tem a plena liberdade no modelo desta experimentação, podendo até optar pelo modelo do *master Franchising*, tal opção não descaracteriza a exigência de experimentação. O contrato de pilotagem ou *contratto pilota* tem o mesmo objeto e conteúdo do contrato de franquia, a distinção no caso é que a transmissão dos bens e do *know-how* tem uma duração limitada (FRIGNANI, Aldo. *Il contratto di Franchising*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 21-33).

ao afirmar que a obrigação do *disclosure* não deve ser exercida de forma verbal, devido à dificuldade de comprovação documental do ato. Outra exigência interessante apontada pelo autor é referente à necessidade de demonstração da lista de franqueados, que garante ao candidato um melhor poder de escolha quanto à localização do seu empreendimento. Já no que diz respeito às decisões judiciais e arbitrais expostas, entende-se que estas devem ter algum liame subjetivo com a atividade franqueada. Apesar de ser um defensor da obrigação de *disclosure*, o autor faz algumas ressalvas nas informações fornecidas.<sup>38</sup> A falta de assistência técnica também é considerada como uma violação da comunicação das partes segundo o Tribunal de Veneza na decisão de 01.10.2007, que considera tal atitude como uma “informação falsa”, porque o contrato de franquia tem como um dos seus elementos fundamentais a prestação de assistência técnica pelo franqueador.

Também se encontra na legislação brasileira um instrumento equivalente ao modelo americano, francês e espanhol, a chamada circular de oferta de franquia - COF. Previsto nos arts. 3 e 4 da Lei 8.995,<sup>39</sup> este documento, que visa dar maior transparência ao contrato, contém todas as informações a respeito da situação jurídica e financeira do franqueador e da empresa, tais como: o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações e equipamentos, condições de pagamento, remuneração pelo uso de sistema e marca, além do texto completo do contrato que visa celebrar com a contraparte. Este documento deve ser entregue, em linguagem clara e acessível, no prazo de 10 dias antes da celebração do contrato. O não

---

37 *Ibidem*, p. 78.

38 Para uma informação ser considerada incompleta, por exemplo, ela deve ser substancial, de relevância, grave, não pode ser um mero erro numérico, como dizer que existem 199 franqueados quando, na verdade, são 200 (Ver FRIGNANI, Aldo. *Op. Cit.*, p. 129).

39 Fábio Coelho afirma que a lei 8.955 não é criada no sentido de tipificar o contrato de franquia, mas apenas com o intuito de garantir que os futuros franqueados consigam acesso ao modelo americano da *disclosure*, no sentido de ter acesso a todas as informações consideradas necessárias para a sua ponderação (COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p. 127).

cumprimento dessa premissa faculta ao franqueado arguir a anulabilidade do contrato e a restituição dos valores já pagos ao franqueador. A responsabilização civil compreende perdas e danos causados ao franqueado em virtude da falsa informação prestada, já a responsabilização penal se encaixa no tipo penal do art. 171<sup>40</sup> do Código Penal Brasileiro referente ao estelionato.

Macau tem um posicionamento interessante no que diz respeito às informações pré-contratuais referentes ao contrato de franquia. O art.680 do Código Comercial<sup>41</sup> de Macau elenca todas as informações que devem ser prestadas na fase pré-contratual. Não se trata de uma lista taxativa por certo, mas de uma boa referência que o franqueado tem na fase de negociação. Informações como as contas anuais do franqueador referentes aos dois últimos exercícios, a-

---

40 Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

41 Art. 680.1. O franqueador é obrigado a prestar, por escrito e com a antecedência adequada, informações completas e verdadeiras ao interessado, por forma a que este possa fazer uma ponderação criteriosa e esclarecida das vantagens e inconvenientes da celebração do contrato, entre outras: a) Identificação do franqueador; b) Contas anuais do franqueador relativas aos dois últimos exercícios; c) Acções judiciais em que estejam ou tenham estado envolvidos o franqueador, os titulares de marcas, patentes e demais direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos à franquia, e seus subfranqueadores, que, directa ou indirectamente, possam vir a afectar ou impossibilitar o funcionamento da franquia; d) Descrição detalhada da franquia; e) Perfil do franqueado ideal no que se refere à experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente; f) Necessidade e extensão da participação directa e pessoal do franqueado no exercício da franquia; g) Especificações quanto ao montante estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em funcionamento da franquia; h) Valor das retribuições periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, especificando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam; i) Composição da rede de franquia, lista dos franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram da rede nos últimos 12 meses; j) Rentabilidade das empresas dos franqueados e incidência de falências; l) Experiência profissional adquirida, o seu saber-fazer e métodos empresariais; m) Serviços que o franqueador se obriga a prestar ao franqueado durante a vigência do contrato. 2. O franqueador deve também facultar ao interessado, com a antecedência adequada, o modelo do contrato tipo e, se for o caso, também do pré-contrato de franquia adotado, com o texto completo, inclusive dos respectivos anexos.

ções judiciais em que a franquia está envolvida, perfil do franquiado ideal, especificações quanto ao investimento inicial, valor dos *royalties* periódicos, lista de franqueados e franqueadores, serviços que o franqueador se dispõe a prestar ao franqueado, rentabilidade de empresas e incidência de falências são algumas das informações que podem ser exigidas pelo franqueado no momento da contratação. É um rol completo e bastante amplo, um pouco semelhante ao modelo italiano, mas mais detalhado porque inclui, na sua segunda parte, regulação referente aos contratos preliminares de franquia, o que não acontece na Itália devido à exigência de experimentação prévia da fórmula. Além disto, também vale ressaltar a obrigação de informação prévia sobre qualquer alteração na apresentação dos bens ou na sua composição conforme prevê o art. 688,<sup>42</sup> o que mais uma vez demonstra a preocupação do legislador de Macau com a devida prestação de informações durante o contrato de franquia.

Já em Angola, apesar da tipificação do contrato de franquia efetuada por meio da já citada Lei n. 18/03, este diploma não fala expressamente na exigência da *disclosure*, no entanto inclui no art. 41.1.c),<sup>43</sup> referente às obrigações do franqueado, a obrigação de guardar o devido sigilo sobre todas as informações fornecidas pelo franqueador. O referido artigo prevê que é obrigação do franqueado guardar sigilo sobre todas as informações recebidas, sejam elas sobre processos de fabricação, *know-how*, publicidade, técnicas de venda, etc. O legislador angolano visa incluir todo tipo de informação concedida e garantir a devida tutela legal do seu sigilo, por um lapso de tempo que perdure enquanto existir o controle pelo franqueador e até após o seu termo.

---

42 Art. 688. O franqueador é obrigado a informar antecipadamente o franqueado de toda e qualquer alteração introduzida na composição e apresentação dos bens, nas condições de venda ou na prestação do serviço ou quaisquer outras que digam respeito à exploração da franquia.

43 Art. 41.1. 1. Constituem obrigações do *franchisado*, nomeadamente: c) guardar segredo sobre toda a informação que lhe seja transmitida pelo *franchisador*, incluindo sobre processos de fabrico e *know-how*, durante todo o período de duração do controlo e após o seu termo.

No âmbito internacional, a UNIDROIT – Internacional Institute for the Unification of the Private Law, publica em setembro de 2002, em Roma, um modelo de legislação uniforme sobre a franquia, denominado Model Franchise Disclosure Law.<sup>44</sup> O art. 6 do documento enumera as informações que devem ser fornecidas no contrato, além disto, o Model Franchise estabelece uma sanção no caso do não cumprimento da obrigação de *disclosure*, o franqueado pode optar por resolver o contrato ou obter a sua anulação. Trata-se de importante modelo de referência para outros países, porque fornece detalhes precisos das exigências específicas que a modalidade contratual possui.

#### **4.2 Disclosure em Portugal.**

Em Portugal, não se encontra expressamente na legislação tal vedação legal, entretanto, alguma doutrina não admite um total vácuo legislativo no que tange a essa disciplina.<sup>45</sup> A comunidade portuguesa é signatária de dois instrumentos que regulam a disciplina, o *Model Franchise Disclosure Law* e o *European Code and Ethics for Franchising*. Tais instrumentos preveem a aplicação da figura do documento de *basic disclosure*, que deve ser entregue ao candidato no período de 15 dias a um ano antes da data da celebração do contrato. Além disto, o já citado art. 227 impõe as partes um dever de boa-fé nas preliminares do contrato e estabelece que a parte contratante deve se responsabilizar por eventuais abusos que efetuar nesta fase.

A legislação portuguesa referente às cláusulas contratuais gerais, que não raro são incluídas nos contratos de franquia, também

---

44 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Model Franchise Disclosure Law*. 2002. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2015.

45 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Transparency in business networks: pre-contractual disclosure obligations in *Franchising* agreements. *Estudos selecionados do Instituto Jurídico Portucalense*, Coimbra, v. 2, 2014. p. 17.

atenta para a necessidade de informação integral e adequada, além de atribuir à parte que fornece as informações o ônus de provar que as mesmas são devidamente prestadas. Atenta-se para a característica presente do art. 5 da LCCG de que a informação deve ser prestada na sua íntegra, sob pena de ser considerada inexistente de acordo com o art. 8, b) do mesmo diploma. O dever de informação se encontra consagrado no art.6 e admite variações na sua extensão, mas em suma prevê que se deve tornar acessível ao aderente todas os esclarecimentos necessários para a real compreensão do conteúdo contratual.<sup>46</sup> Menezes Cordeiro<sup>47</sup> exemplifica que as situações de remissões para cláusulas não existentes ou colocadas em lugares não visíveis, devem ser equiparadas como falta de informação. Já Pinto Monteiro<sup>48</sup> equipara a informação em excesso com a falta de informação em determinados casos, porque o consumidor ou o aderente, a depender do caso, não consegue analisar com cuidado contratos muito extensos. Assim, os contratos de adesão também devem ser atentos a este tipo de situação, caso contrário podem considerados inexistentes de acordo com o DL 445/85 de 25 de outubro.

Vasconcelos<sup>49</sup> defende que, devido à complexidade do contrato de franquia, o dever de informação deve ser ampliado a ponto de permitir que o franqueado visualize todo o sistema em funcionamento. Ao visualizar a fórmula em funcionamento, o candidato pode propor questões que atendam aos seus interesses, sendo esta uma forma eficaz de superar o déficit de informação entre as partes. Joerges<sup>50</sup> complementa a ideia afirmando que as bases legais para a *disclosure* fazem parte da natureza legal do contrato, que por se tratar de um

---

46 MONTEIRO, António Pinto. O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 62, v. I, p. 118-138, jan. 2002.

47 CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 589.

48 MONTEIRO, António Pinto. *Op. Cit.*, p. 115-119.

49 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 80.

50 JOERGES, Christian. *Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos, 1991. p. 50.

contrato de longo prazo, a figura do franqueador deve inspirar segurança ao franqueado. Toda esta proteção ao direito da informação<sup>51</sup> visa equalizar o claro desequilíbrio que envolve as partes no momento da contratação visto que o franqueador possui exclusividade no acesso de muitas informações do novo empreendimento. Se não há regulação própria a respeito, facilmente se pode conduzir o franqueado a erro. Além do dever de informação, também é possível de depreender desta legislação um dever de lealdade e esclarecimento.<sup>52</sup>

Mesmo depois dessa clara exigência legislativa do dever de lealdade no momento da celebração do contrato de franchising, podem-se constatar casos em que uma das partes fornece informações distorcidas e falsas sobre o negócio discutido. Este é o caso da *misrepresentation*, que segundo Césare Vaccá,<sup>53</sup> pode ter sido feita com o objetivo de dolo ou por negligência, caso em que será chamada de *negligent misrepresentation*. O autor italiano coíbe este comportamento com base na legislação italiana, que por meio da *Legge 6 Maggio 2004 n. 129*, também impõe ao franqueador a entrega do documento no qual constem as informações sobre o futuro negócio no prazo de 30 dias antes da celebração do contrato. O contrato de *affiliazione commerciale* deve adotar um bom comportamento contratual de acordo boa-fé, sendo absolutamente vedadas tentativas de enganar ou tentar induzir o contratante a erro. Já em Portugal, caso seja constatada uma *misrepresentation*, o candidato adquire o direito de anular o contrato e a ser indenizado com base no art. 227 do Código Civil.

---

51 Fabio Borlotti assinala que a proteção ao direito de informação dos contratantes está presente até em países que recentemente introduziram a matéria de contratos na sua legislação, como, por exemplo, a Federação Russa. O art. 1027 do Código Civil Russo descreve o contrato de concessão de venda de uma forma muito similar ao contrato de franquía. Outros exemplos são a Armênia (Código Civil, Capítulo 53, art. 969 e seguintes) e a Geórgia (Código Civil, art. 607 e seguintes) (Ver BORLOTTI, Fabio. *Op. Cit.*, p.15-17).

52 SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 25.

53 VACCÁ, Césare. *Gli accordi di Franchising, il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto*. Genova: Diritto del Comercio Internazionale, 1990. p. 255.

Vale salientar que, apesar de se supor que o dever de lealdade e informação recai somente sobre o franqueador, também se defende que estes mesmos deveres devem ser observados pelo franqueado. Se isso não for exigido por parte do franqueado, este pode facilmente, dotado de má-fé, conduzir o franqueador a erro somente para adquirir conhecimento de *know-how*, por exemplo. Segundo a escolha do franqueado deve estar sujeita aos mesmos deveres, porque o franqueador precisa sempre prezar pela continuidade uniforme da sua rede, e para isto necessita de informações claras e precisas de quem pretende contratar.<sup>54</sup>

A obrigação de informação deve ser mútua durante toda a formação do contrato, independentemente de qualquer cláusula expressa,<sup>55</sup> tal fato decorre da própria concepção do contrato de franquia, que é um contrato de colaboração.<sup>56</sup> Trata-se do fenômeno de *feedback*<sup>57</sup> ou fertilização cruzada, que surge a partir das obrigações decorrentes do conteúdo essencial do contrato de franquia. Dentre as informações que não devem ser consideradas integrantes do dever de *disclosure*: nome de fornecedores, com intuito de evitar que os candidatos lidem diretamente com eles, e o nome de clientes, em respeito à *privacy*, entre outros.<sup>58</sup> Em suma, a norma de transparência, para ser considerada válida, deve ser mútua e bilateral. A cooperação entre as partes não pode ser confundida com uma dependência.

Desta forma, percebe-se que, antes mesmo da formalização do contrato de franquia, recai sobre ambas as partes o dever de fornecer informações sérias e reais sobre suas qualificações técnicas, sob pena de futura anulabilidade. Essa confiança entre as partes, se-

---

54 RIBEIRO, Ana Paula da Costa. *Op. Cit.*, p. 48.

55 MONTEIRO, António Pinto. Contratos de agência, de concessão e de franquia (Franchising). *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, ano 1984, n. 3, p. 303-327, 1984.

56 *Ibidem*.

57 RIBEIRO, Maria Fátima. *Op. Cit.*, p. 111.

58 FRIGNANI, Aldo. *Op. Cit.*, p. 95.

gundo estudos por parte dos autores Karlijn J. Nijmeijer, Isabelle N. Fabbrocotti e Robbert Huijsman,<sup>59</sup> configura-se como um dos elementos que mais influenciam no sucesso empresarial de uma franquia. Contudo, as partes não podem fazer uso desse dever para se furtar ao risco que a participação no comércio implica, conforme diz Vasconcelos.<sup>60</sup> Também se deve evitar o desvirtuamento do dever de informação e lealdade que a fase negociatória do *franchising* possui; este não pode ser estendido de forma irrestrita, também deve ser passível de limites.

## 5. Tipos de contratos preliminares.

Antes da celebração do contrato principal, muitas vezes podem se constatar casos em que seja interesse de uma das partes contratuais – ou de ambas – constituir algum dos tipos de contratos preliminares antes de formalizar o contrato de *franchising* em definitivo. Tal necessidade pode ser justificada por inúmeras razões, tal como a necessidade do franqueado de se familiarizar com a rede, a impossibilidade de constituição do contrato principal por falta de condições materiais provisórias, o interesse de se experimentar a viabilidade econômica de uma franquia, entre muitas outras. Vasconcelos<sup>61</sup> elenca os tipos de contratos preliminares que podem ser aplicados ao contrato de franquia. São eles: o pré-contrato de franquia, o contrato de pré-franquia e o contrato de promessa de franquia.

O contrato de pré-franquia é utilizado nos casos em que o franqueador ainda não se encontra seguro da viabilidade econômica do seu *know-how*, ou seja, ele ainda não se encontra certo a respeito

---

59 NIJMEIJER, Karlijn; FABBRICOTTI, Isabelle N.; HUIJSMAN, Robbert. Making Franchising Work: a framework based on a Systematic Review. *International Journal of Management Reviews*, London, v. 16, n. 1, p. 63, jan. 2014.

60 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 81.

61 *Ibidem*, p. 84.

da criação da rede, ainda é uma espécie de aspirante a franqueador. O que o franqueador almeja é um acordo entre um ou mais franqueados, para experimentação e desenvolvimento durante um determinado período de tempo. Segundo Vasconcelos,<sup>62</sup> o franqueador, neste caso, quer testar sua fórmula empresarial no mercado; ao final deste prazo deve optar por montar o sistema de franquias ou abandonar o projeto. Se optar pela primeira opção, caberá ao franqueado escolher se vai aderir ao sistema ou não, concedendo à parte um claro direito de preferência decorrente deste acordo preliminar, conforme defende Henrique Mesquita.<sup>63</sup> Não há aqui a prestação de *front-money* ou *royalties* a princípio.

O contrato de promessa de franquias será aplicado nos casos em que uma das partes assume a obrigação de celebrar contrato futuro de franquias, que por algum motivo não pode ser celebrado no momento presente, como a ausência temporária do capital necessário, por exemplo. O autor Mário Júlio de Almeida Costa<sup>64</sup> defende que o fator que diferencia o contrato-promessa dos atos de negociação é a ausência de eficácia contratual específica. Os atos de negociação, apesar de dotados de relevância jurídica, carecem dessa eficácia, ao contrário do que se verifica no contrato-promessa que, segundo o autor, pode ser incluído no processo de elaboração de um negócio jurídico.

Ou seja, esse será o modelo de contrato preliminar adotado quando houver realmente um desejo de contratar já mais amadurecido, apenas por conveniência das partes é que se opta por não formalizar o contrato no momento. Segundo Vasconcelos,<sup>65</sup> este modelo de

---

62 *Ibidem*, p. 85.

63 MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ônus reais*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 207.

64 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15.

65 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 87.

contrato de promessa não é passível de execução específica, por se tratar de um contrato de prestação infungível, não podendo ser substituído por uma decisão judiciária. Segundo Fernando de Gravato Moraes,<sup>66</sup> se um contrato possui obrigação de natureza pessoal infungível, o contrato-promessa não é submetido à execução específica, porque a natureza da obrigação se configura como uma das exceções legislativas à figura da execução específica; esta seria inviabilizada por completo.

Já o pré-contrato de franquia é a modalidade mais aplicada na prática negocial. É utilizada quando o interesse do franqueador é de dar ao candidato a franqueado um período de tempo para se familiarizar com a franquia, e assim ter mais elementos para a escolha final sobre a titularidade do franqueado. Também são verificados em casos que o franqueado, mesmo após todas as informações prestadas, opte por testar o poder atrativo da marca, a eficiência da assistência, entre outros aspectos.<sup>67</sup> Em termos simples, consiste em uma experimentação do saber fazer.<sup>68</sup> É um contrato preliminar criado com o intuito de contornar o risco de se celebrar um contrato de franquia, pois exige a demonstração prática por ambas as partes de que podem executar as cláusulas contratuais exigidas. Com efeito, trata-se de uma negociação séria e leal, visto que envolve direitos de confidencialidade.<sup>69</sup>

Contudo, não existe qualquer obrigação de se celebrar o contrato definitivo, já que se configura como um prazo de experiência, em que ambas as partes analisam na prática a viabilidade econômica do investimento. Além disso, o seu conteúdo não é cristalizado, imutável e pode variar caso se opte por um contrato definitivo. Caso não seja celebrado, o candidato não pode concorrer com o franqueador

---

66 MORAIS, Fernando de Gravato. *Contrato-promessa em geral, contratos-promessa em especial*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 118.

67 VASCONCELOS, Luís Pestana de. *Op. Cit.*, p. 84.

68 RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op. Cit.*, p. 123.

69 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 85.

durante um determinado período de tempo, em uma determinada área e para alguma doutrina, tal acordo sequer dá direito à preferência por parte do franqueado.<sup>70</sup>

Esta modalidade de contrato preliminar é amplamente utilizada por países como a França,<sup>71</sup> e tem como objetivo promover certa segurança nas negociações do *franchising*. Mesmo se tratando de uma modalidade socialmente típica de contrato, o risco que cerca as partes é relativamente maior do que em outros tipos contratuais, devido ao desequilíbrio de informações em que as partes se encontram. A existência destas modalidades contratuais preliminares tem clara influência na constituição de um contrato de franquia que resulte em um sucesso para ambas as empresas envolvidas, sendo altamente recomendável a todos os tipos de contrato de *franchising*, principalmente em casos em que o franqueado se considere inexperiente comercialmente.

O direito italiano traz uma discussão interessante a respeito dos contratos preliminares que também pode ser ampliada para outras legislações em que o contrato de franquia é tipificado, pois questiona se os requisitos referentes ao principal contrato de franquia, presentes na *Legge 6 maggio de 2004 n. 129*, devem ser ampliados aos contratos preliminares.<sup>72</sup> A existência desta variedade de contratos preliminares de franquia se justifica devido à complexidade que este tipo de contrato possui e que é, conseqüentemente, transferida

---

70 Para Ana Paula Ribeiro, esse pacto de preferência é duvidoso, porque a obrigação em questão não é uma obrigação de igualdade de condições para se escolher determinada pessoa como seu contraente, em caso de celebração contratual (Ver RIBEIRO, Ana Paula. *Op. Cit.*, p. 49).

71 CCI HAUTS DE FRANCE. *Op. Cit.*

72 O posicionamento do autor, com base em uma discussão do Tribunal de Genova de 15 de janeiro de 2008, é de que o contrato preliminar, assim como contrato principal, também se configura um consenso entre as partes, devendo estar sujeito aos mesmos requisitos. Visto que o objetivo do contrato preliminar é a formação de contrato principal válido, este deve também respeitar as mesmas exigências sob pena de frustração do objetivo da sua existência. (FRIGNANI, Aldo. *Op. Cit.*, p. 99).

para a sua fase pré-contratual. Os deveres de lealdade, probidade, informação e sigilo decorrem das próprias características do contrato estudado, que demanda uma proteção e tutela mesmo quando as negociações ainda não se configuram em uma aceitação das partes.

## **Conclusão.**

A análise da fase pré-contratual do contrato de franquia feita no segundo capítulo é de extrema relevância pelo fato de esse contrato ser uma das modalidades contratuais mais utilizadas pelos novos empreendedores. Tal popularidade, por outro lado, pode causar abusos por parte dos contratantes, seja o franqueador ou o franqueado. A existência do dever de lealdade, informação e esclarecimento durante todo o período das negociações vêm no sentido de acompanhar a natureza que o contrato de franquia possui, que se refere a uma estreita colaboração entre as partes contratuais, a fim de que consigam transmitir ao consumidor a ideia de unidade que a rede exige. Sem esta mútua colaboração não há como se obter resultados satisfatórios no empreendimento.

O desequilíbrio de qualificação e informação entre as partes torna esse tipo de contrato dependente da confiança entre os envolvidos, afinal, um empresário cede a um terceiro todo o conhecimento adquirido ao longo da experiência profissional, além da sua marca e imagem diante dos consumidores. É compreensível que haja certo receio na escolha do franqueado, o franqueador deve se cercar de todas as informações possíveis para a sua escolha, visto que este terceiro representa a empresa em seu nome. Por outro lado, o franqueado também tem o direito de saber, com seriedade e lealdade, a real situação do negócio a que deseja associar-se, já que invariavelmente esse empreendimento dispõe de custos relativamente elevados. A inexperiência do franqueado não pode ser utilizada como motivo para a má-fé por parte dos empresários franqueadores. A confiança deve ser mútua. A existência de contratos preliminares como o pré-contrato de

franquia, contrato de promessa de franquia e o contrato de pré-franquia tem o intuito justamente de fortalecer a confiança entre as partes. O contrato de pré-franquia e o pré-contrato de franquia, por exemplo, são acordos em que não existe realmente uma obrigação de contratar, um tipo de contrato de experiência, em que as partes testam a viabilidade do empreendimento que pretendem realizar.

Estes são alguns dos pontos polêmicos discutidos por esta pesquisa, contudo se encontram longe de exaurir totalmente o estudo referente ao tema, que poderá ser aprofundado ou ter seu posicionamento questionado com base em outros entendimentos doutrinários.



# **ESTUDO EMPÍRICO SOBRE O PERFIL DOS CONDENADOS POR *INSIDER TRADING* PELA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM. HÁ O EFEITO EDUCATIVO DAS DECISÕES?<sup>1</sup>**

## **AN EMPIRICAL STUDY ON THE PROFILE OF THE CONDEMNED BY *INSIDER TRADING* BY THE COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM. IS THERE AN EDUCATIONAL EFFECT OF DECISIONS?**

*João Luís Nogueira Matias\**  
*Ives Nahama Gomes dos Santos\*\**

*Resumo:* Investiga-se, por meio do multimétodo, a maneira como o uso de informação privilegiada (*insider trading*) é tratado nos Processos Administrativos Sancionadores (PAS), no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Por meio de uma pesquisa empírica, tendo como recorte temporal o período de 2004 até 2019, a pesquisa procurou delimitar qual o perfil das pessoas físicas condenadas, ou seja, se mantinham ou não relação com a companhia, tendo sido verificado que, em sua maioria, as condenações foram aplicadas aos membros internos. Outras variáveis na linha investigativa fo-

---

1 Artigo recebido em 06.09.2021 e aceito em 10.09.2021.

\* Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, com aulas na graduação e na pós-graduação. Professor Titular do Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará – UFC. MBA em Gestão de Empresas Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Juiz Federal. E-mail: joaoluism@uol.com.br

\*\* Mestranda em Direito Constitucional Público pela Universidade Federal do Ceará – PPGD/UFC, com mobilidade acadêmica na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais – NECC/UFC. Pesquisadora do Projeto Pesquisa Empírica e Jurimetria – PROPED (UNIFOR). Pesquisadora do Grupo de Direito Penal Econômico e da Empresa – G.DPEE da Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Pesquisadora do grupo de estudos Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Advogada. E-mail: ives-nahama@hotmail.com

ram: quais os cargos dos condenados, quais as penas aplicadas e, por fim, se no teor do dispositivo das decisões dos PAS haveria a recomendação de a companhia instituir boas práticas educacionais internas, de modo a efetivar o caráter preventivo das sanções. A pesquisa verificou, no entanto, que as decisões condenatórias ainda não utilizam todo o potencial da sua finalidade educativa, o que auxiliaria no bom funcionamento das companhias.

*Palavras-chave:* Insider trading. Processos Administrativos Sancionadores (PAS). Perfil dos condenados. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Estudo Empírico.

*Abstract:* The purpose of the article is to investigate, through the multi method, how the matter of insider trading is dealt with in the Sanctioning Administrative Proceedings (SAP), within the scope of the Comissão de Valores Mobiliários (CVM). From an empirical perspective, within the time frame starting in 2004 until 2019, the research sought to delimit which profile of individuals condemned by the practice, that is, whether they maintained relationship with the company, and it was verified that the majority of convictions were applied to the internal members of the companies. Other variables in the investigative line were: which positions were most condemned, which were the penalties applied and, finally, if in the content of the recommendation of the sentence of the PAS there would be a recommendation that the condemned company institute good internal educational practices, so to implement the preventive nature of sanctions. However, the research found that the condemnatory sentences did not value the educational purpose, being merely symbolic, not helping the companies to function properly.

*Keywords:* Insider Trading. Sanctioning Administrative Processes (SAP). Profile of convicts. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Empirical Study.

*Sumário:* Introdução. 1. Informação, mercado(s) e *full disclosure*: em busca da eficiência informacional. 2. O estado da arte dos processos sancionadores da CVM: análise de dados. 2.1. A metodologia aplicada na pesquisa. 2.2. Sobre o perfil dos indiciados e efetivamente condenados por *insider trading*. 2.3. Sobre as penas aplicadas. 2.4. So-

bre o caráter preventivo das penas. 3. Além das penas: a prevenção como caminho para a redução dos danos à eficiência informacional. Considerações finais.

## **Introdução.**

O inciso VI, do artigo 4º, da Lei 6.385/76, prevê o princípio do *full disclosure* (ou da transparência) e estabelece ser atribuição da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Conselho Monetário Nacional (CMN) assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados, dispondo, ainda, que à CVM cabe o papel fundamental na regulação do mercado, principalmente no que concerne ao dever de informar.

Já a Instrução CVM nº 358/2002 configura-se como o marco regulatório sobre a divulgação e uso de informações e sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, dispondo, no artigo 13º, sobre as consequências jurídicas do uso de informações privilegiadas, ou seja, informações não públicas até o momento da negociação.

Em países de vários níveis de desenvolvimento, tem curso a aplicação de severas penas aos *insiders*, inclusive com privação de liberdade. Embora haja relativo sucesso na repressão e prevenção a ilícitos praticados contra o mercado de capitais, percebe-se que muito ainda poderia ser feito com suporte na utilização de comandos preventivos (re) educacionais aplicados nos casos de condenações.

Nestas circunstâncias, a pesquisa partiu das seguintes perguntas centrais: - quais os incentivos para o fortalecimento do combate à informação privilegiada decorrentes da condenação de membros internos das companhias pela prática de *insider trading*? - Além dos efeitos repressivos, decorrem aspectos preventivos?

Recorre-se à metodologia multimétodo, analisando processos administrativos sancionadores da CVM, no período da vigência da Instrução Normativa de nº 358/2002, até o último mês da pesquisa, em maio de 2020.

De início, se contextualiza a ideia de eficiência informacional, vital para o bom funcionamento dos mercados, em especial do mercado de valores mobiliários. Em seguida, mostra-se a pesquisa empírica, com a análise dos dados sobre condenação por *insider trading*. Na sequência, aborda-se a importância da adoção de atitudes preventivas educacionais, como meio de mitigar os danos à eficiência informacional. Na sequência, vêm as considerações finais.

## **1. Informação, mercado(s) e *full disclosure*: em busca da eficiência informacional.**

Com a inserção da sociedade no contexto da modernidade reflexiva, em que confronto consigo uma espécie de espelho social, as fontes de perigos já não são o desconhecimento, mas, sim, o conhecimento<sup>2</sup>. Percebe-se que a importância das informações e os seus fluxos de interação constituem proposições insurgentes na sociedade reflexa.<sup>3</sup> A informação, ou seja, o conhecimento dos fatos, tem valor imensurável e direciona as ações das pessoas que a detêm.<sup>4</sup>

A informação é um bem, dotado de valor econômico<sup>5</sup> e representa um anseio e uma busca humana basilar, seja para questões simples do dia a dia, entre as relações interpessoais, seja para o desenvolvimento tecnológico, científico e até mesmo místico.<sup>6</sup>

---

2 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012. Tradução de: Magda Lopes.

3 TRANFIELD, David; DENYER, David; SMART, Palminder. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. *British journal of management*, v. 14, n. 3, 2003, p. 207-222.

4 WANG, William KS; STEINBERG, Marc I. *Introduction: Insider Trading*. 3<sup>rd</sup>. Oxford: Oxford University Press, 2010.

5 PRATAS, Marta Alexandra Fialho. *O insider trading nos mercados financeiros*: o papel da informação no funcionamento dos mercados e sua regulação. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

6 EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de capitais*: regime jurídico. 3<sup>o</sup>. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 460.

No mercado financeiro, o poder da informação na tomada de decisões é demonstrado não somente pelo caráter de influência que experimenta no âmbito negocial das partes envolvidas, mas por abranger, também, a capacidade de que uma assimetria informacional, fora das marcas admitidas, é passível de afetar diretamente a credibilidade dos investidores no funcionamento e estrutura de todo o mercado.<sup>7</sup>

É competência dos órgãos reguladores assegurar a transparência das informações relevantes (princípio do *full disclosure*). Do princípio, deriva a obrigação de propagar informações com teor que influencie a compreensão e o conhecimento na avaliação dos fatos.<sup>8</sup>

O princípio da transparência tem previsão no art. 4º, VI, da Lei 6.385/76, o qual dispõe que é uma das funções precípua do Conselho Monetário Nacional e da Comissão de Valores Mobiliários “[...] assegurar acesso do público a informações sobre valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido”. Busca-se assegurar a simetria informacional entre os agentes econômicos, o que torna o mercado mais digno de confiança, permitindo, ainda, a almejada redução dos custos de transação<sup>9</sup> e um funcionamento equitativo do mercado.<sup>10</sup>

Dispõe-se, também, que devem proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários, consoante a letra c, do inciso IV, do artigo 4º, da Lei nº 6.385/76.

---

7 FERREIRA, Laila Cristina Duarte. *Divulgação de informações no mercado de valores mobiliários brasileiro: a regulação da atividade jornalística*. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

8 BAINBRIDGE, Stephen M. *Research handbook on insider trading*. Edward Elgar Publishing, 2013. Disponível em: <http://www.ssrn.com>. Acesso em: 10 maio 2020.

9 EIZIRIK, Nelson *et al.* *Op. Cit.*, p. 480.

10 Elzirik, Nelson. *O papel do Estado na regulação do mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Ibmecc - SP, 1977, p. 6.

A cotação dos valores mobiliários, quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo que gerem direito de participação, listados no art. 2º da Lei 6385/76<sup>11</sup>, deverá refletir apenas as informações publicamente disponíveis,<sup>12</sup> com os preços refletindo todas as variáveis suscetíveis de influenciar nos investimentos,<sup>13</sup> afinal, a obtenção de informações tem um custo para os agentes econômicos e estes competem entre si, tomando decisões com base em cada nova informação que é divulgada.<sup>14</sup>

A ampla informação é o meio de alcançar a eficiência informacional, expressa na velocidade e na exatidão de reflexo nos preços a partir de cada divulgação.<sup>15</sup> Para que se assegure concorrência perfeita, nuclear é viabilizar a ampla informação e conhecimento de mercado por parte dos agentes, ou seja, todos os atores envolvidos nas relações tendo completo conhecimento das condições de mercado, com plena paridade de informações.<sup>16</sup>

É certo que uma decisão de investimento no mercado sem a detenção de toda informação necessária enseja prejuízos não só ao investidor, mas, também, ao mercado de maneira plural, como parte de um todo.<sup>17</sup>

---

11 GIRÃO, Luiz Felipe de Araújo Pontes; MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. Avaliação de empresas e probabilidade de negociação com informação privilegiada no mercado brasileiro de capitais. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 49, n. 3, p. 462-475, 2014.

12 DUBEUX, Júlio Ramalho. *A comissão de valores mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 49.

13 MALKIEL, Burton G.; FAMA, Eugene F. Efficient capital markets: A review of theory and empirical work. *The Journal of Finance, New York*, v. 25, n. 2, p. 383-417, 1970.

14 *Ibidem*, p. 385.

15 GILSON, Ronald J.; KRAAKMAN, Reinier H. *The Mechanisms of Market Efficiency Twenty Years Later: The Hindsight Bias*. Stanford Law & Economics, 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=462786>. Acesso em: 20 mai. 2020.

16 GUESTRIN, Sergio G. *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho: de las fallas del mercado al sistema jurídico*. Buenos Aires: Edital Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

17 FERREIRA, Laila Cristina Duarte, *Op. Cit.*, 2013.

Não será qualquer informação que se submeterá à regra da ampla publicidade e da impossibilidade de uso indevido, como descrito no parágrafo 4º, do artigo 155, da Lei nº 6.404/76, devendo a informação revestir-se de determinados atributos que justifiquem a severidade do tratamento previsto na legislação.

Sobre a noção de informação relevante, em sintonia com a previsão do artigo 157, § 4º, da Lei nº 6.404/76, a Instrução Normativa de nº 358/2002 da CVM, assim considera a informação passível de influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia, no que se inclui qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração que venha influir na cotação, na decisão de compra e venda e na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.

Assim, entende-se informação privilegiada como um dado regido pela confidencialidade,<sup>18</sup> visto que as informações são obtidas em razão do cargo que se ocupa, bem como em decorrência da sua materialidade, conforme redação do art. 2º da ICVM 358/02. É privilegiada a informação que contém o trinômio: obtida em virtude da função/cargo que exerce, ainda não divulgada e considerada detentora de conteúdo capaz de influenciar, de maneira notória, as relações mercantis.

Complementa o sistema de publicidade e de vedação de informações privilegiadas o dever de guardar sigilo, exposto no art. 8º da Instrução 358/2002. O sigilo é referente às informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, sendo, portanto, informações pri-

---

18 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS – IOSCO. *Objectives and Principles of Securities Regulation*. Madrid. 2003. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2020.

vilegiadas até a serem tornadas públicas ao mercado, também devendo exercer a função de vigilância de seus subordinados, podendo responder solidariamente, caso haja o descumprimento e uso dos dados.

A prática de *insider trading* está ligada, de maneira geral, a duas proibições: a realização de negócios em posse de informação material que não é pública, logo, privilegiada, e revelar essa informação a terceiros.<sup>19</sup> Além dessas, segundo as noções da IOSCO, convém que não se permita que pessoas com informações privilegiadas façam recomendações de compra ou venda ou adquiram de outra pessoa para comprar, vender ou assinar um contrato de subscrição, compra ou venda, de quaisquer valores mobiliários, com base em informações privilegiadas.<sup>20</sup>

Com efeito, a CVM exerce papel fundamental na efetivação do dever de informar e do *full disclosure*,<sup>21</sup> sendo instrumento para busca da eficiência informacional do mercado, mitigando o desequilíbrio econômico, a assimetria informacional e o uso de informação privilegiada.<sup>22</sup>

Transpondo o seu papel repressor, a CVM atua prevenindo ofensas à eficiência informacional. Passa-se à análise do estado da arte nos processos sancionadores, por meio de estudo empírico.

---

19 PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora Matilde; VILELA, Renato. *Insider trading: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 102.

20 IOSCO, *Op. Cit.*, 2003, p. 14.

21 CHARÃO, Anderson Pereira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A (in)eficiência econômica da punição do insider trading à luz da análise econômica do direito e da jurisprudência da comissão de valores mobiliários. *Economic Analysis of Law Review*, v. 10, n. 1, p. 142-157, 2019.

22 JAKOBI, Karin Bergit. *A atuação da CVM na regulação do mercado de capitais e na consagração do full disclosure, sob o enfoque da análise econômica do direito*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

## **2. O estado da arte dos processos sancionadores da CVM: análise de dados.**

Deve-se estar atento a que o sucesso na repressão e prevenção a ilícitos praticados contra o mercado de capitais não seja arrimado apenas pelo volume de condenações,<sup>23</sup> nem pela mera aplicação de sanções rígidas em termos pecuniários.

Na pesquisa, objetivou-se averiguar o perfil dos condenados e a existência de comandos preventivos (re) educacionais aplicados nos casos de *insider trading*. De início, é explicada a metodologia da pesquisa. Em seguida serão mostrados os dados.

### **2.1. A metodologia aplicada na pesquisa.**

O artigo se utiliza da metodologia multimétodo, termo utilizado por Peter Cane e Herbert M. Kritzer na obra *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*,<sup>24</sup> para especificar trabalhos que se valham de mais de uma técnica de pesquisa.

Antes de escolher um método de análise, o problema de pesquisa foi delimitado na seguinte pergunta central: - a partir da condenação, por parte da CVM, de membros internos das companhias pela prática de *insider trading*, quais os reflexos preventivos para o fortalecimento do combate ao uso da informação privilegiada?

O ponto de partida para a revisão de literatura foi realizado recorrendo-se à base de dados *Web Of Science*, com a chave de pesquisa "*insider trading*". Foi refinado nas categorias: "*business finance or law or criminology penology*", com o recorte temporal em "todos

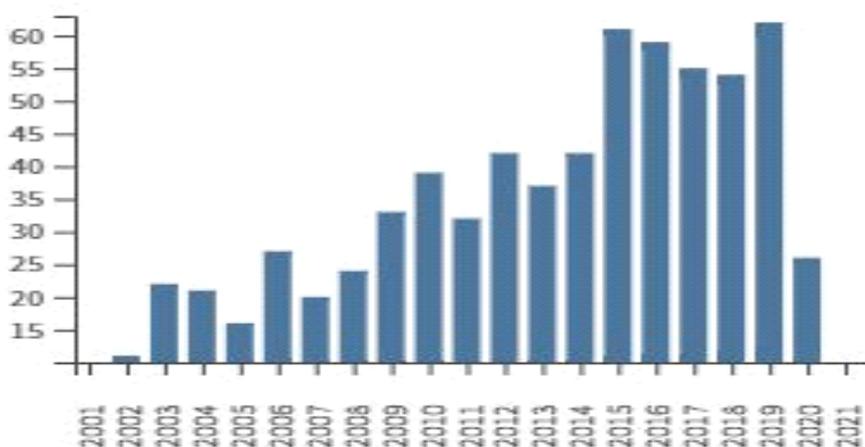
---

23 ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o Mercado de Capitais*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

24 CANE, Peter; KRITZER, Herbert. *The Oxford handbook of empirical legal research*. OUP Oxford, 2010.

os anos”. Assim, verificam-se a relevância do tema, a possibilidade de pesquisa, a viabilidade e quais os referenciais teóricos utilizáveis na elaboração do artigo e qual o recorte temporal a ser aplicado. Os dados mais expressivos constam dos anos de 2002 até 2020, com picos nos anos de 2017 ao ano de 2019, conforme gráfico abaixo:

Figura 1 - revisão de literatura realizada em 25 de abril de 2020 na base de dados *Web Of Science*.



Fonte: Web of Science

Foi percebido que o recorte temporal indicado pelo algoritmo do *Web Of Science* encontrava relação com os marcos nacionais sobre a temática, tendo como recorte nacional a Instrução 358/2008 da CVM e a última reforma legislativa em 2017 (ano de um dos picos de produção de artigos), com a promulgação da Lei nº 13.506/17, sendo mantidos, portanto, por esses motivos, os recortes de 2002 ao ano de 2020.

No segundo momento, a pesquisa passou a ter uma abordagem quantitativa, coletando dados dos PAS julgados na CVM no período pretendido e sistematizando os dados que puderam ser coleta-

dos no *site* da autarquia, a partir da ferramenta “busca avançada”, com as palavras-chaves: “*insider trading*” e “*insider trading*” AND “artigo 13 da Instrução CVM nº 358/02”, sendo somente essas duas chaves de pesquisa as escolhidas, por se almejar uma objetividade na pesquisa, tendo como resultados (população) juntos, somando mais de um mil resultados que, quando refinados pelo item “processo administrativo sancionador”, foram reduzidos para 122 decisões, sendo todos analisados.

Menciona-se, ainda, que só foram analisados PAS com referência ao artigo 13 da Instrução CVM nº 358/02, o que resultou em uma amostra final de 45 decisões, que foram transportadas para uma planilha do *Excel*. Processos que tratavam de diversas infrações, conjuntamente no mesmo PAS, foram analisados, mas somente os dados que tratam de *insider trading* foram tratados.

Os gráficos, tabelas e polímero de frequência que seguem abaixo são as espécies de figuras utilizadas por serem as mais indicadas pela estatística descritiva. Tais figuras foram geradas pela plataforma *Flourist* e *Infogram*, todos de autoria própria, para que se pudesse passar a vivência do fenômeno em estudo de maneira mais interativa.<sup>25</sup>

Desse modo, a partir de tal metodologia para conhecer e confirmar o sistema de aplicação e exigibilidade das regras que vedam o uso de informação privilegiada, bem como se nos PAS há a dedicação para o aspecto preventivo da prática, se passa agora a mostrar os resultados de pesquisa quantitativa-descritiva em busca de resposta(s) para a problemática condutora da investigação.

## **2.2. Sobre o perfil dos indiciados e efetivamente condenados por *insider trading*.**

De posse dos dados, após a busca com as palavras-chave: “*insider trading*” e “*insider trading*” e “artigo 13 da Instrução CVM nº

---

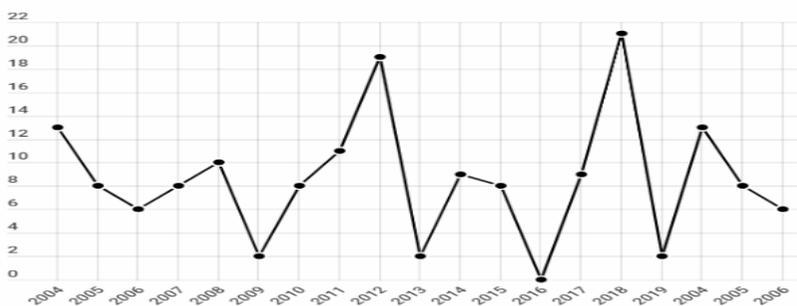
25 GUEDES, Terezinha Aparecida *et al.* *Estatística descritiva*. Projeto de ensino aprender fazendo estatística, [s.n], p. 1-49, 2005.

358/02”, refinados pelo item “processo administrativo sancionador”, constatou-se que alguns processos julgados após a entrada em vigor da Instrução nº 358/02 ainda se pautavam na Instrução anterior e, portanto, não foram objetos da pesquisa.

Em realidade, no recorte temporal realizado, o primeiro processo efetivamente julgado sob a Instrução normativa nº 358/02 era datado de 2004, especificamente o PAS Nº 25/04, com julgamento em 30 de setembro de 2008<sup>26</sup>. O último processo julgado foi em 2019, o PAS nº 19957.001639/2016-15 (RJ2016/2384), julgado dia 26 de novembro de 2019<sup>27</sup>.

Das 45 decisões que constituem a amostra do artigo, há o seguinte panorama de indiciados, sem separação por espécie de participação no mercado (externo, interno ou pessoa jurídica), conforme se visualiza no polígono de frequência 1.

Figura 2 – Polígono de frequência 1: número total de indiciados por *insider trading* anualmente, no período de 2002-2015



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

26 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS nº 25/04. Relator: Diretor Eli Loria. Rio de Janeiro, 30 set. de 2008. *Diário Eletrônico da CVM*. 2008. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2008/2008093\\_0\\_PAS\\_2504.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2008/2008093_0_PAS_2504.pdf). Acesso em: 20 jun. 2020.

27 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS nº RJ2016/2384 (19957.001639/2016-15). Relator: Diretor Gustavo Machado Gonzalez. Rio de Janeiro, 26 nov. 2019. *Diário Eletrônico da CVM*, 22 jan. 2020. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2019/RJ2016-2384.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Como se nota, o ano com menor número de indiciados por *insider trading* foi 2016, com nenhum indiciado,<sup>28</sup> e o ano com maior número de indiciados por *insider trading* foi 2018, com o total de 21 pessoas (físicas e jurídicas) indiciadas perante a autarquia por uso de informação privilegiada.

O número de indiciamentos é fortemente influenciado pela lógica do funcionamento dos processos.<sup>29</sup> Se várias pessoas estiverem conexas a uma mesma prática, utilizando, de maneira ilícita, informações privilegiadas, serão vários os indiciados no mesmo processo, o que influenciará no número de processos e de indiciamento. Em oposto, se forem poucas pessoas, ou somente uma pessoa suspeita, o número de indiciados será menor.

Sabendo-se que o número de indiciados no período analisado foi de 136 pessoas (jurídicas e ou físicas), é relevante para o escopo da pesquisa classificar quem são esses agentes.

A classificação para os *insiders* primários foi de “internos” (pessoas com acesso à informação em virtude de sua função), para os *insiders* secundários (investidores, pessoas que não tem nenhum acesso interno à companhia emissora da informação privilegiada) foi “externo” e para as pessoas jurídicas (externas à organização da companhia) foi de “PJ”.

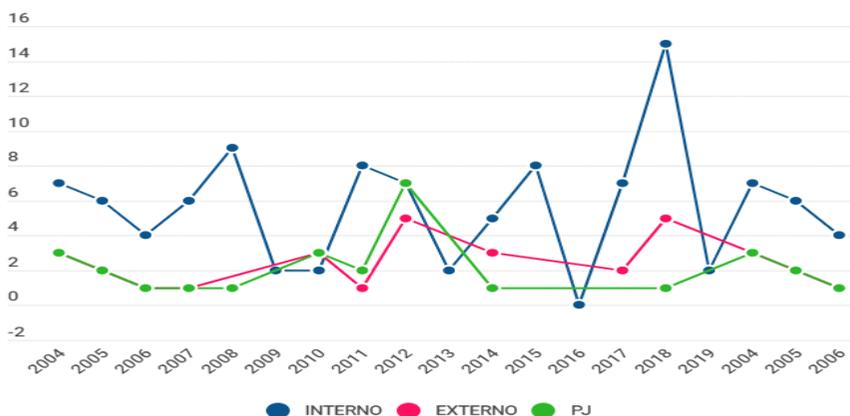
Conforme se visualiza no polígono de frequência 2.

---

28 Nenhuma ação foi verificada no ano de 2016, com o recorte temporal e de palavras-chave realizado no estudo. Não significa, porém, que não tenha havido nenhum julgamento, só significa que não foi encontrado nesta pesquisa.

29 PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora Matilde; VILELA, Renato. *Op. Cit.*, p. 102.

Figura 3 - Polígono de frequência 2: número total de indiciados por *insider trading* anualmente, no período de 2002-2015, divididos por classificação de atuação no mercado de capitais: “interno”, “externo” e “PJ”.



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

Foram quantificados 90 indiciados na categoria “internos”, 24 na categoria “externos” e 22 na categoria “PJ”, percebendo-se que a quantidade de entes “internos” indiciados, em uma escala global, é consideravelmente maior do que as outras duas categorias quase que somadas.

Somente no ano de 2010, o número de “externos” foi maior do que o dos “internos”, sendo 3 “externos” e 3 “PJ”, contra 2 indiciados “internos”, conforme indicado no polígono de frequência 2.

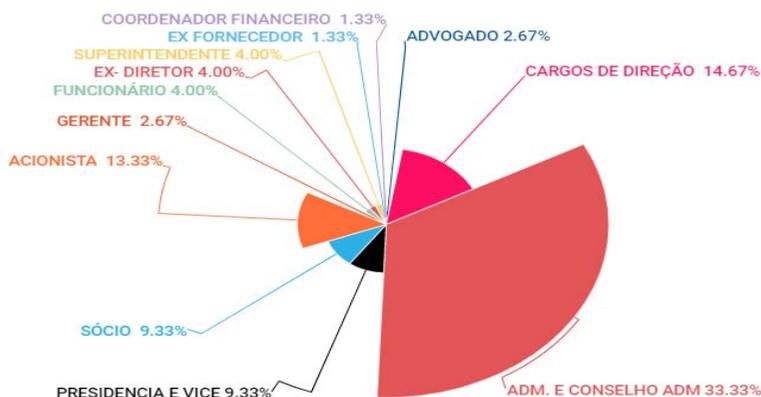
O gráfico 1 mostra o indiciamento por cargos observados na categoria “internos” no período de 2004 a 2019, conforme o recorte temporal já mencionado.

A apresentação do gráfico não foi feita ano a ano por uma questão estética e metodológica. Se todos os dados dos 90 indiciados fossem mostrados em crescimento anual, o gráfico perderia o caráter

explicativo e poderia induzir o leitor ao erro, o que não é a intenção. Os cargos, contudo, que apresentaram maior incidência nos indiciamentos por *insider trading* possuem gráficos próprios, os gráficos 3, 4 e 5.

Por tal motivo, o gráfico 1 é apresentado de maneira global, sem que se tenha a evolução por ano, mas, sim, com base no todo (90). Desse modo, cada porcentagem apresentada diz respeito a uma parte (x%) do todo (100%).

Figura 4 - Gráfico 1: indiciamento por cargos observados na categoria “internos” no período de 2004 a 2019.



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

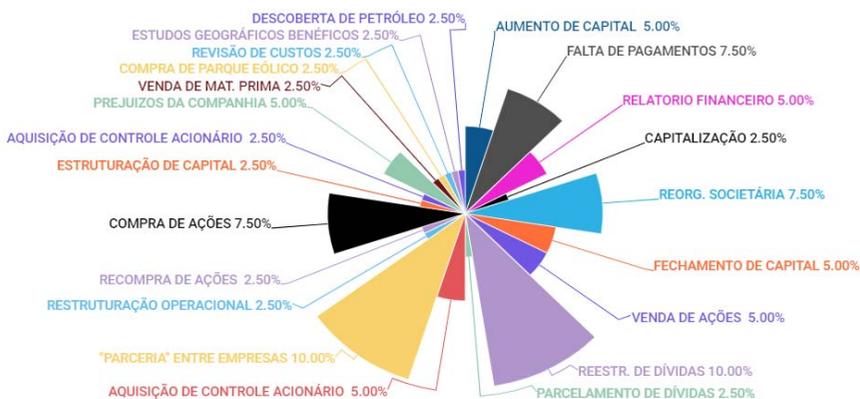
Algumas explicações são necessárias sobre a categorização dos cargos. Quando se menciona “diretor”, todas as categorias de direção foram incluídas para que se tivesse uma menor variedade e devida precisão. Todos os cargos que tinham como foco direção de departamentos, por ex.: diretor financeiro, diretor jurídico, diretor de vendas, foram denominados somente “cargos de direção”. Igual junção foi feita na categoria “administração e conselho administrativo”, pois, conforme foi verificado, os cargos enquadrados nessa categoria,

por terem similitude de importância (e funções), poderiam ser contabilizados em um só bloco.

Assim, conforme o gráfico 1, algumas categorias são preponderantes na frequência dos indiciamentos, sendo elas: “adm. e conselho adm.”, com 33,3%, “cargos de direção” com 14,67%, “acionista” com 13,33%, e “sócio” e “presidência e vice”, ambos com 9.33% de frequência no total dos 90 indiciados “internos”.

Um dado importante a ser apresentado diz respeito ao conteúdo das informações objeto dos PAS. Como demonstrado no tópico 1, a prática de *insider trading* se consuma a partir do conhecimento e (má) utilização de informação privilegiada, ainda não sabida pelo mercado, que é capaz de influenciar no valor de ativos. A partir do estudo empírico aqui realizado, acessam-se as categorias de informação utilizadas pelos indiciados nos PAS. O Gráfico 2 aclara as categorias.

Figura 5 - Gráfico 2: tipos de informações utilizadas pelos indiciados nos PAS, no período de 2004 a 2019.



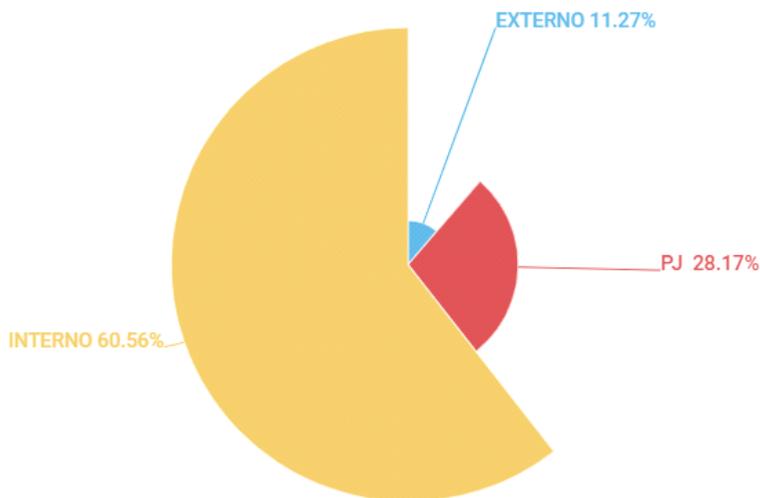
Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

O que se percebe diante do gráfico acima, é que a variedade de informações privilegiadas utilizadas de maneira ilícita faz com que o perfil destas não possa ser traçada com maiores filtros ou padrões. Contudo, pode-se observar uma preponderância, mesmo que mínima, das categorias de reestruturação de dívidas (10%), reorganização societária (7.50%), compra de ações (7.5%), venda de ações (5%), e aquisição de controle acionário (5%).

Com suporte nesse panorama geral, já se sabendo quem e quantos são os indiciados e quais as informações utilizadas para lastrear o início dos PAS, tem-se a questão dos absolvidos e dos indiciados nos PAS da CVM no período 2004 a 2019.

Os gráficos 3 e 4 demonstram a quantidade de absolvições e condenações no período, de acordo com cada categoria de atuação no mercado de capitais: “interno”, “externo” e “PJ”.

Figura 6 - *Gráfico 3*: absolvições no período, de acordo com cada categoria de atuação no mercado de capitais: “interno”, “externo” e “PJ”.

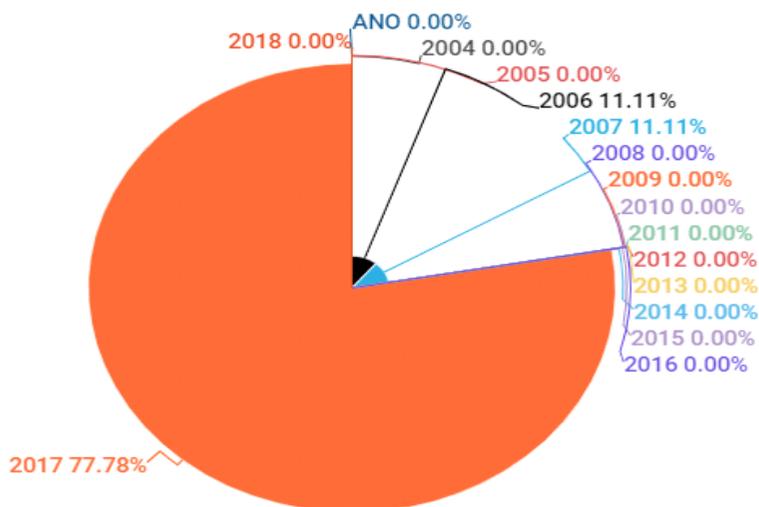


Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

Da análise do gráfico, nota-se é que, dos 136 indiciados, 71 entes foram absolvidos, e 60.56% dos absolvidos foram agentes internos, o que é um número bem significativo.

Malgrado, porém, o alto índice de absolvição, as condenações também são volumosas, sendo o total de 65, porém, deste número, a maioria também é dos agentes internos, conforme se visualiza no gráfico 4.

Figura 7 - Gráfico 4: condenações no período, de acordo com cada categoria de atuação no mercado de capitais: “interno”, “externo” e “PJ”.



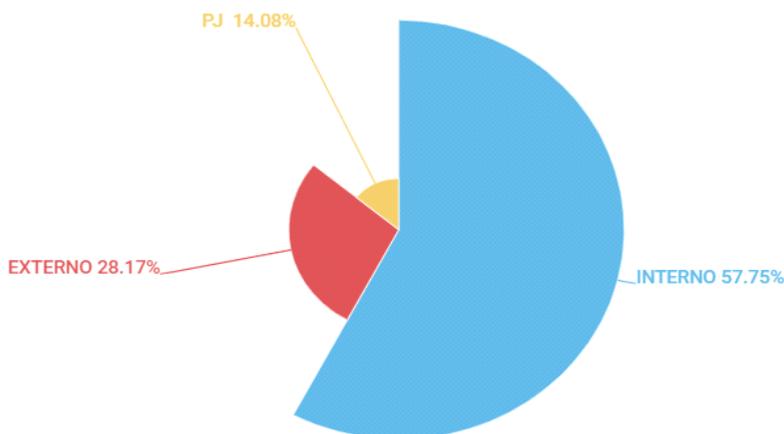
Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

Para que se observe de maneira precisa, os gráficos 6, 7, e 8 apresentam o indiciamento, separado por cargos, mas em escala anual, para que se perceba que cada ano teve um ator específico nos PAS julgadores de *insider trading*. Sendo na mesma proporção dos indiciados, os maiores cargos ocupantes condenados os “cargos de

direção”; “administrador e conselho de administração” e “presidente e vice-presidente”.

Percebe-se, ainda, que, mesmo com a crescente condenação de pessoas com posições importantes nas companhias, a exemplo dos sócios e diretores, o caráter preventivo no sentido educacional não foi exercido pelas penas, ou sequer mencionado nos votos dos PAS, conforme a tabela 1 demonstrará, no momento oportuno.

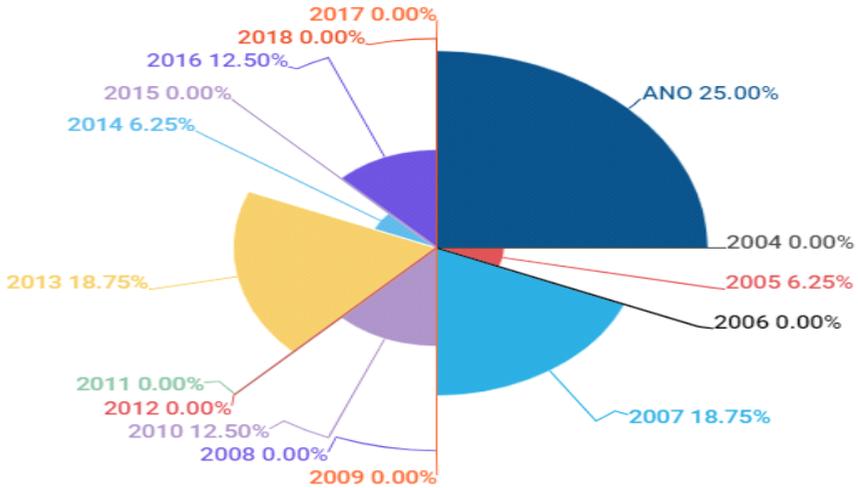
Figura 8 - *Gráfico 5*: condenações no período de 2004 a 2019, para “cargos de direção”.



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

Aqui, percebe-se que, nos anos de 2006 e 2007, a porcentagem de condenações para a categoria “cargos de direção” teve um índice de 11.11%, mantendo um índice de 0% de 2010 até 2016, mas com um salto para 77.78% em 2017, quando foram julgados 6 PAS.

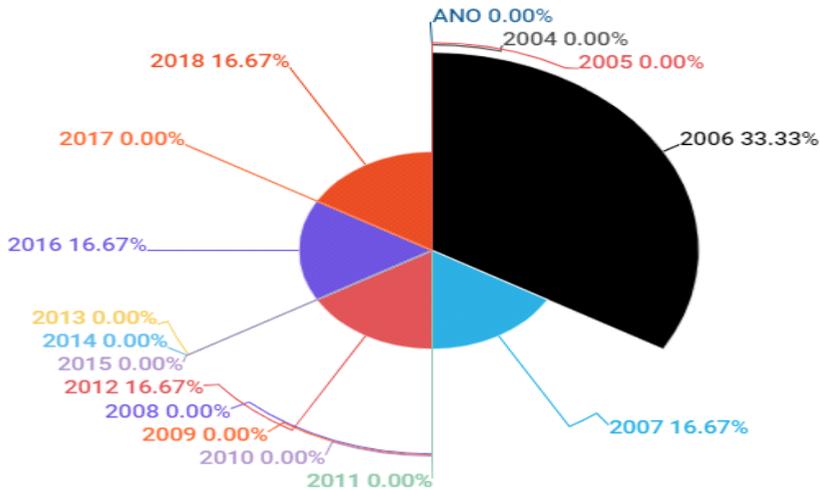
Figura 9 - *Gráfico 6*: condenações no período de 2004 a 2019, para “administrador e conselho de administração”.



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

No gráfico 6, nota-se que, nos anos de 2007 e 2013, a porcentagem de condenações para a categoria “administrador e conselho de administração” teve um índice de 18.75%, mantendo um índice de 0% de 2010 até 2012, tendo aparições em 2005 e 2014 de 6.25% ao ano.

Figura 10 - Gráfico 7: condenações no período de 2004 a 2019, para “presidente e vice-presidente”.



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

No gráfico 7, percebe-se que nos anos de 2008 a 2011, as condenações para a categorias mantiveram o índice de 0% de 2010 até 2012, havendo, nos anos de 2012, 2016 e 2018, um índice igualitário de condenações, sendo a porcentagem fixada em 16.67. O ano de 2006 merece destaque para a categoria, pois o índice de condenações, saindo da marca de 0% em 2004 e 2005, vai para 33.33% no ano de 2006, quando 3 PAS foram julgados e, dentre os condenados, alguns ocupavam cargos de presidente ou vice.

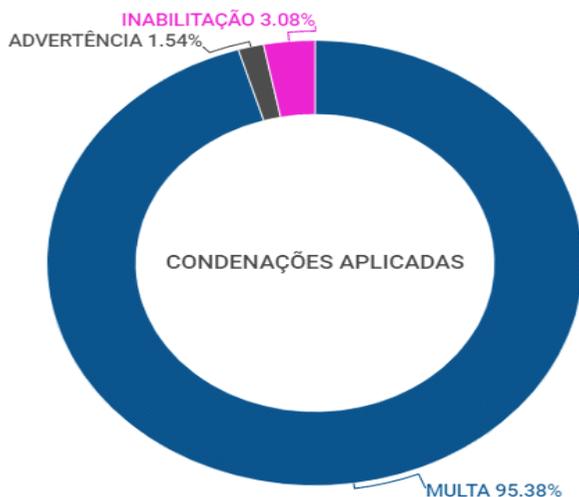
### 2.3. Sobre as penas aplicadas.

No que diz respeito às sanções aplicadas, o artigo 11 da Lei nº 6.385, de 1976, prevê as penalidades nas seguintes modalidades: advertência, multa, suspensão para o exercício de cargo em companhia,

inabilitação temporária, suspensão ou cassação da autorização ou registro para o exercício das atividades de mercado e proibição temporária para a prática de determinadas atividades.

Dos 65 indiciados punidos pela prática de *insider trading*, mostrados no Gráfico 5, as multas compreendem quase a totalidade das condenações, ocupando 97.18% das decisões nos Votos dos PAS, conforme a distribuição do Gráfico 8.

Figura 11 - Gráfico 8: distribuição das punições por *insider trading*, por tipo, no período de 2004 a 2019.



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

Da análise do gráfico, percebe-se que, mesmo tendo possibilidades diversas, os PAS da CVM foram majoritariamente no sentido de punir os indiciados com a penalidade pecuniária, algumas vezes chegando ao valor de R\$440.780.423,00 (quatrocentos e quarenta milhões, setecentos e oitenta mil, quatrocentos vinte e três reais), no PAS nº RJ2014/0578 (19957.000594/2015-72), em que a pena foi conjugada com a inabilitação temporária por 7 (sete) anos.

## 2.4. Sobre o caráter preventivo das penas.

A pesquisa tem por objetivo aferir qual a contribuição da CVM, no exercício de seu poder sancionador, para a prevenção de condutas ofensivas à eficiência informacional do mercado.

A busca nos 45 PAS, no recorte temporal de 2004-2019, em específico nos condenatórios de membros internos, permitiu aferir se havia nas respectivas companhias boas práticas de governança, programas educacionais para o fortalecimento do princípio da transparência ou recomendações educacionais, ou se houve, por parte da CVM, recomendações específicas para tais práticas.

Foi verificado, contudo, que a CVM, no ato sancionador, em sua maioria, não se dedicou a recomendar boas práticas, mesmo com a crescente condenação de membros internos de companhias atuantes nos mercados.

É dizer: os reflexos para o fortalecimento da tutela da informação privilegiada nas sociedades de capital aberto que decorreriam de sugestão de instituição de boas práticas de governança, de agendas educacionais, de programas de *compliance* ou de *Chinese Wall*, ou, até mesmo, de programas de ensino básico, parece não ter pertinência ou espaço nos votos sancionadores.

O espaço para se tentar a prevenção ou o estímulo de práticas educacionais parece ter sido ocupado por montantes, cada vez mais vultosos, de multas dos agentes internos das companhias emissoras.

O total de 98,63%, mencionado no gráfico 9, indica que a CVM não se dedicou à exploração do caráter preventivo educacional que as suas decisões poderiam ter, no sentido de: verificar se na companhia a que o agente interno condenado pertencia tinha práticas educacionais e propor a sua reformulação ou fortalecimento.

Figura 12 - *Gráfico 9*: verificação de recomendações educacionais, no corpo do voto condenatório nos PADs, no período de 2004 a 2019.



Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

O único processo em que a CVM ensaiou uma reflexão acerca do fortalecimento ou instituição das boas práticas educacionais para atuação no mercado no tocante à necessidade de simetria informacional foi o PAS nº 04/04<sup>30</sup>, julgado em 28 de junho de 2006, cujos indicados eram advogados, sendo um interno e outro externo à companhia emissora. O trecho do voto é trazido no quadro.

---

30 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS nº 04/04. Relator: Diretor Marcelo Fernandez Trindade, Rio de Janeiro, 28 jun. 2006. *Diário Eletrônico da CVM*, 2006. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2006/20060628\\_PAS\\_0404.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2006/20060628_PAS_0404.pdf). Acesso em: 20 jun. 2020.

<i>Quadro:</i> conteúdo da recomendação de boas práticas preventivas no PAS nº 04/04, julgado em 28 de junho de 2006.	
INFORMAÇÕES DO PAS	RECOMENDAÇÃO
<p>PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 04/04</p>	<p>(...) convocam a uma reflexão sobre a necessidade de os escritórios de advocacia estabelecerem códigos de conduta e políticas de negociação (ou de não negociação) com valores mobiliários de emissão de clientes ou partes adversas, bem como sobre a necessidade de os acordos de confidencialidade comumente celebrados no dia a dia da advocacia empresarial serem específicos quanto à vedação à negociação de valores mobiliários, a fim de evitar processos como este, que lançam dúvida (indevida) sobre a conduta ética dos profissionais do direito.</p>

Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados pela CVM (2020).

Do teor do voto, nota-se que a reflexão sobre a necessidade de se instaurar códigos de conduta e políticas de negociação (ou de não negociação) com valores mobiliários, prezando pela simetria de informações, a fim de se efetivar o princípio da transparência e evitar processos sancionadores, somente ocorreu quando um advogado foi condenado, sendo a questão tratada mais como um ato falho da pro-

fissão de advogado do que uma falha no sistema de tutela à simetria informacional e transparência dos mercados.

No PAS nº 25/2010<sup>31</sup>, onde dois sócios da companhia emitente restaram condenados às multas de R\$135.550,00 (cento e trinta e cinco mil e quinhentos e cinquenta reais) e R\$1.315.944,00 (um milhão trezentos e quinze mil e novecentos e quarenta e quatro mil reais), o relator menciona que a CVM havia firmado acordo de cooperação técnica com o Tribunal de Contas da União com intuito de proceder ao intercâmbio de conhecimento e base de dados entre as instituições, para melhor aferir vínculos entre pessoas naturais e jurídicas, a fim de delinear as condutas dos *insiders*. Nessa mesma decisão, contudo, não há nenhuma menção a esforços para fiscalização e realização de práticas educacionais, a fim de que não se evite a existência de *insiders*.

A omissão da CVM é preocupante, indicando um menosprezo do caráter preventivo da pena e do seu aspecto educacional mais amplo. O estímulo a práticas educacionais é capaz de inibir o uso de informação privilegiada, com a divulgação dos elementos que caracterizam a prática, permitindo dirigir os esforços punitivos para aqueles que realmente sabem o quão nociva a utilização de informações privilegiadas é, mas não a evitam.

### **3. Além das penas: a prevenção como caminho para a redução dos danos à eficiência informacional.**

Em 2017, a *Price waterhouse Coopers* (PwC) apresentou um estudo global que revelou as tendências dos CEOs a serem forçados

---

31 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS nº 25/2010, Relator: Diretor Leonardo P. Gomes Pereira, Rio de Janeiro, 4 jul. 2017. *Diário Eletrônico da CVM*, 2017. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2017/25\\_2010.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2017/25_2010.pdf). Acesso em: 19 jun. 2020.

a deixar o cargo por lapsos éticos, observando que os agentes exerciam, ao usar a informação privilegiada, uma maneira de corrupção.

No estudo da PwC,<sup>32</sup> observa-se que o *insider trading* é o tipo mais comum de corrupção que não envolve propriedade do governo, sendo o marco representativo da existência do ânimo corruptivo em corporações, mercado de ações e de compra e venda de ativos:

O estudo analisou as sucessões de CEOs nas maiores 2.500 empresas públicas do mundo nos últimos 10 anos e demonstrou que a rotatividade forçada em decorrência de lapsos éticos aumentou de 3,9% de todas as sucessões em 2007-11 para 5,3% em 2012-16. Na Europa Ocidental, o número de CEOs forçados a sair por lapsos éticos aumentou de 4,2% para 5,9%, enquanto nos países do BRIC o aumento foi de 3,6%, para 8,8%.<sup>33</sup>

Haja vista esse quadro, a pergunta que se faz é: - o que fazer para reverter essa situação alarmante? As punições estão, de fato, se mostrando efetivas? Percebe-se que não. Impõe-se uma atuação preventiva, por meio de práticas educacionais, o que não tem sido realizado. Necessário, então, é mencionar que a proposição de incremento das medidas educativas é uma proposta, não uma solução a ser extraída dos dados.

No sítio da BM&FBovespa e a CETIP (B3),<sup>34</sup> foi encontrada uma notícia datada de 2015, em que se destacava a criação da “Câma-

---

32 PRICE WATERHOUSE COOPERS, *Global study on CEO trends indicates a significant uptick in CEOs forced out of office for ethical lapses*. 2017. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/news-room/press-releases/2017/global-study-on-ceo-trends-indicates-a-significant-uptick-in-ceos-forced-out-of-office-for-ethical-l.html>. Acesso em: 30 maio 2020.

33 PWC. *Op. Cit.*, 2017.

34 BRASIL. Brasil, bolsa, educação. *B3 apresenta Programa Destaque em Governança de Estatais*. São Paulo. 2015. Disponível em: [http://www.b3.com.br/pt\\_br/noticias/governanca-de-estatais-8AE490CA646C8899\\_01648491608657A4.htm](http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/governanca-de-estatais-8AE490CA646C8899_01648491608657A4.htm). Acesso em: 10 mai. 2020.

ra Consultiva de mercado de Governança de Estatais”, projeto que visava a atuar para aprimorar a transparência na divulgação de informações. Os detalhes de funcionamento, contudo, se realmente foi implantada e se teve permanência ao longo dos anos, ou ainda mais detalhes de suas diretrizes não foram divulgados, tampouco houve menção de qualquer viés educacional a fim de evitar a prática da conduta de *insider trading*; frisando-se, ainda, que a adesão das empresas à câmara era voluntária, sem nenhuma vinculação ou obrigação.

Propõe-se que a CVM deva incentivar as boas práticas, utilizando-se no novo direito sancionador do caráter preventivo educacional da pena. Pode-se estimular o aprendizado sobre, por exemplo: a) o papel de cada agente no mercado; b) o que é informação; c) o que é informação privilegiada; d) o papel da informação na volatilidade dos mercados e sua influência nos preços; e e) as consequências da utilização de informação privilegiada. Isto para que, após a implementação dessas práticas educacionais, possam ser colhidos os frutos do caráter preventivo positivo.<sup>35</sup>

A CVM pode tentar fazer com que a suas penas atendem mais do que à mera função repressora, sejam mais do que simplesmente pecuniárias, estimulando boas práticas de mercado, assim o índice de prática de *insider trading*, que foi crescente nos anos de 2004-2019, pode vir a decrescer.

### **Considerações finais.**

Deve ser reconhecido que há grande preocupação de prote-

---

35 Em tempo, é válido mencionar que a proposta de incremento das medidas educativas é uma proposta e não uma solução que pode ser extraída dos dados. A proposta é colocada nos termos propostos, levando-se em consideração o referencial do qual parte o trabalho: o diálogo entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, notadamente, o caráter preventivo positivo.

ção dos investidores na ordem jurídica nacional. Objetiva-se que o mercado de capitais seja justo, eficiente e transparente, com a redução de risco sistêmico e da assimetria informacional. Para que isso aconteça, muito importante é a atuação da CVM, não apenas por meio da regulação, mas por intermédio da função sancionadora. A aplicação de sanções, por si, já é forte incentivo para que se evitem práticas nocivas ao mercado, contudo, não suficientes para que deixem de ocorrer, como a pesquisa demonstrou.

Com amparo na combinação de métodos quantitativos e qualitativos, procurou-se compreender o contexto da definição do *insider trading* e a sua punição no âmbito dos PAS da CVM, com destaque para o número de processos instaurados e julgados, para o perfil de indiciados e efetivamente condenados por *insider trading* e para verificar se o caráter preventivo educacional decorreu das sanções ou foi mencionado nos votos das decisões.

Foi percebido que, mesmo com a crescente condenação de pessoas com posições importantes nas companhias, o caráter preventivo educacional não foi exercido pelas penas, ou sequer mencionado nos votos dos PAS. Desse modo, vislumbra-se é que, após a pesquisa, apesar de o discurso mobilizado pelos diretores da autarquia demonstrar preocupação com a nocividade do uso de informação privilegiada, em termos empíricos, foi demonstrado que a construção argumentativa dos operadores não fomenta a implementação de boas práticas para a tutela do mercado.

Em decorrência desse quadro, propõe-se que a CVM deva incentivar “boas práticas”, estimulando o aprendizado sobre: a) o papel de cada agente no mercado; b) o que é informação; c) o que é informação privilegiada; d) o papel da informação na volatilidade dos mercados, sua influência nos preços; e e) as consequências da utilização de informação privilegiada. Impõe-se, entretanto, mencionar que a sugestão de incremento das medidas educativas é uma proposta, não uma solução a extrair dos dados.

Estima-se que, após a implementação dessas práticas educacionais, seja alcançado um modelo mais eficaz na busca do mercado informacional eficiente.

# **VALIDADE E CONFIABILIDADE DAS INFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS PARA PESQUISAS EMPÍRICAS: O CASO DOS REGISTROS DE PATENTE NO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL<sup>1</sup>**

## **VALIDITY AND RELIABILITY OF TECHNOLOGICAL INFORMATION FOR THE EMPIRICAL RESEARCH: THE CASE OF PATENT APPLICATIONS IN THE NATIONAL INSTITUTE OF INDUSTRIAL PROPERTY**

*Elisa Mara Coimbra\**  
*Marcos Vinício Chein Feres\*\**

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 16.07.2021 e aceito em 28.09.2021.

\* Doutoranda em Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Advogada da Financiadora de Estudos e Projetos – Finep. Integrante do Grupo de Pesquisa “Argumentação, direito e inovação” da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Integrante do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo Estudos – GDAC. Colaboradora do Núcleo Jurídico OIC-IEA/USP. E-mail: elisacoimbra775@yahoo.com.br

\*\* Professor Associado da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Bolsista de Produtividade do CNPq e Professor Colaborador do Programa em Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Desempenhou a função de Diretor da Faculdade de Direito da UFJF (2006-2014). Desempenhou a função de Vice-Reitor da UFJF (2014-2016), assumindo o exercício da Reitoria de novembro de 2015 a abril de 2016. Compõe, como participante, a *Collaborative Research Network* (047) da *Law and Society Association*, sobre “economic and social rights”. Possui projetos na área de Propriedade Intelectual e Teoria do Direito Aplicada financiados pela FAPEMIG e pelo CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em pesquisa empírica em direito aplicada ao Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: Pesquisa Empírica em Direito, Argumentação, Direito e Inovações Tecnológicas, Direito Econômico, Direito de Propriedade Intelectual (Marcas, Patentes e Inovação e Transferência de Tecnologia) e Metodologia da Pesquisa e do Ensino Jurídico. E-mail: mvchein@gmail.com

*Resumo:* Este artigo visa estudar a qualidade dos dados de propriedade intelectual disponibilizados pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), considerando os conceitos de validade e de confiabilidade definidas por Lee Epstein e Gary King. O problema inicialmente identificado foi o de como coletar dados existentes nos bancos de dados de institutos de propriedade intelectual, comparando duas fontes possíveis, ambas do próprio INPI – uma fonte oficial formalizada, dotada de confiabilidade por lei, e uma fonte oficial, porém não legalmente formalizada (banco de busca de dados eletrônico), mais amigável do ponto de vista tecnológico. A importância deste trabalho é validar uma metodologia a ser posteriormente inseridas em pesquisas empíricas que se utilizem de tais informações tecnológicas, especialmente para trabalhos acadêmicos ou mercadológicos, assim como para formulação de políticas públicas. Também foi utilizado o *software* Anaconda, uma distribuição Python de código livre, licença New BSD, disponível gratuitamente, para viabilizar a comparação entre as fontes anteriormente indicadas.

*Palavras-chave:* Pesquisa empírica em Direito. Técnica de Pesquisa. Coleta de dados. Propriedade Intelectual.

*Abstract:* This article aims to study the quality of intellectual property data provided by the National Institute of Industrial Property, taking into account the concepts of validity and reliability defined by Lee Epstein and Gary King. The problem initially identified was how to collect data concerning the database of intellectual property institutes, comparing two possible sources, both from the INPI – an official formalized source, endowed with reliability by law, and an official source but not legally formalized (electronic database), more tech-friendly. The importance of this work is to validate a methodology approach in order to be later inserted at empirical research which may use this kind of data, especially not only for academic and market-oriented works but also for public policy formulation. In addition, the Anaconda software, a free source Python distribution, New BSD License, available for free, had been utilized so as to enable a comparison between the sources previously indicated.

*Keywords:* Empirical legal research. Research Technique. Data Collection. Intellectual Property.

*Sumário:* Introdução. 1. Recorte metodológico. 2. Limites comparativos das fontes de dados relacionados à propriedade intelectual. 3. Discussão de Resultados. Conclusão.

## **Introdução.**

A investigação a respeito da propriedade intelectual tem se revelado tema de destaque pelo mundo a fora, especialmente pela sua relação com a inovação, esta considerada como um dos *drivers* do crescimento econômico.<sup>2</sup> No entanto, a relação entre propriedade intelectual e inovação não é uma relação estática e definitiva. Tanto é assim que existe uma cizânia literária entre, de um lado, os estudos econômicos que demonstram que a propriedade industrial fomenta a inovação de maneira determinante<sup>3</sup> e, por outro lado, estudos que demonstram que propriedade industrial não fomenta significativamente a inovação.<sup>4</sup> Além disso, segundo Hudson e Minea,<sup>5</sup> a propriedade industrial afeta a inovação de maneira não linear, de modo que um sistema de proteção de patente forte nem sempre colabora para o processo de inovação.

Neste cenário, é a análise empírica que permite o estudo dos dados primários,<sup>6</sup> especialmente neste tema, cujas numerosas variáveis impactam como a propriedade intelectual influencia a inovação,

---

2 DAHLSTRAND, A. L.; STEVENSON, L. Innovative entrepreneurship policy: linking innovation and entrepreneurship in a European context. *Annals of Innovation & Entrepreneurship*, v. 1, n. 1, 2010, p. 5602; OECD/Eurostat. Oslo Manual: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation. 4. ed. Paris/Eurostat, Luxembourg: OECD Publishing, 2018.

3 PAPAGEORGIADIS, N.; SHARMA, A. Intellectual property rights and innovation: A panel analysis. *Economics Letters*, 141: 70-72, 2016.

4 QIAN, Y. Do national patent laws stimulate domestic innovation in a global patenting environment? A cross-country analysis of pharmaceutical patent protection, 1978–2002. *The Review of Economics and Statistics*, v. 89, n. 3, p. 436-453, 2007.

5 HUDSON, J.; MINEA, A. Innovation, intellectual property rights, and economic development: a unified empirical investigation. *World Development*, Amsterdam, n. 46, p. 66-78, 2013.

6 MACHADO, M. R. Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: *Rede de Estudos Empíricos em Direito*, p. 119-160, 2017.

observadas por meio de regras de inferência.<sup>7</sup> Isso porque a propriedade intelectual é um instrumento jurídico de apropriação de ativos intangíveis por meio do direito de propriedade conferido a todos aqueles que preencham determinados requisitos legais.<sup>8</sup> Portanto, estudos empíricos são mais que recomendáveis, são imprescindíveis não apenas para uma compreensão adequada do tema como para a elaboração de políticas públicas industriais, de inovação e/ou de desenvolvimento.<sup>9</sup>

Neste contexto, estuda-se, aqui, a qualidade dos dados de propriedade intelectual disponibilizados pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, sob uma perspectiva metodológica. O problema inicialmente identificado foi o de como coletar dados confiáveis concernentes aos institutos de propriedade intelectual de maneira adequada e a mais facilitada possível, considerando que o veículo oficial de publicação de atos, decisões, despachos e matérias relacionadas aos serviços do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), a Revista da Propriedade Industrial (RPI), não está totalmente disponível, desde a criação do órgão (1971), bem como considerando a dificuldade de consulta das informações, quando disponível.

Para tal, toma-se como estratégia metodológica deste trabalho comparar as informações obtidas de outra fonte que não a RPI, um banco de dados desenvolvido pelo próprio INPI (“consulta à base de dados do INPI”), com os dados das RPI disponíveis. Neste sentido, foram consideradas as limitações deste banco indicadas pelo próprio órgão em relação ao recorte temporal a partir do qual os dados passaram a ser inseridos. O objetivo é o de extrair o máximo de informações confiáveis deste banco devido às possibilidades tecnológicas disponíveis na plataforma que o compreende. Afinal, a consulta a um

---

7 EPSTEIN, L.; KING, G. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Vários Tradutores. São Paulo: Direito GV, 2013.

8 BARBOSA, D. B. 2010. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

9 FERREIRA, A. A.; GUIMARÃES, E. R.; CONTADOR, J. C. Patente como instrumento competitivo e como fonte de informação tecnológica. *Gestão & Produção*, v. 16, n. 2, p. 209-221, 2009; OCDE. *Manual de Oslo: Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3. ed. Trad. Rio de Janeiro: Finep, 2005.

sistema de dados eletrônico ainda que incompleto facilita muito o trabalho do pesquisador que pode se dedicar mais especialmente ao seu problema original, poupando tempo e recursos.

Para tal, utiliza-se como marco teórico as considerações de Lee Epstein e Gary King<sup>10</sup> sobre a importância dos dados, dos processos de como os dados são observados, bem como do processo pelo qual as observações potenciais são geradas, a fim de subsidiar a subsequente investigação por inferência nos estudos empíricos relacionados à propriedade intelectual.

Ressalta-se ainda que a questão apresentada surgiu no contexto de uma pesquisa de doutorado que visa estudar como a proteção jurídica da propriedade intelectual configura-se como um mecanismo para alavancar o processo de inovação, no sentido de auxiliar a sociedade empresária, no caso a Embraer, na criação de uma vantagem competitiva no seu setor econômico específico.

## **1. Recorte metodológico.**

De acordo com Lee Epstein e Gary King,<sup>11</sup> a inferência, definida pelos autores como o aprendizado de fatos que não conhecemos pelo uso de fatos conhecidos, requer dados. Neste sentido, faz-se necessária a coleta de dados, bem como de críticas a esses dados, de modo a se tirar o máximo proveito em prol de mais qualidade às possíveis conclusões.

Ainda segundo Lee Epstein e Gary King,<sup>12</sup> a recomendação por coletar a maior quantidade de dados não é incompatível com a possibilidade de serem utilizados métodos mais facilitados de fazê-la, haja vista que a tarefa mais especializada de um pesquisador empírico está relacionada ao processo de fazer as inferências.

Neste contexto, a primeira dúvida que surgiu durante a pes-

---

10 EPSTEIN, L.; KING, G. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Vários Tradutores. São Paulo: Direito GV, 2013.

11 *Ibidem*, p. 11.

12 *Idem*.

quisa para a tese de doutorado que envolve dados de propriedade intelectual estava relacionada com qual método de coleta seria o mais adequado e facilitado para o pesquisador, pois existiriam duas fontes de dados possíveis, ambas do próprio INPI, uma fonte oficial formalizada (RPI) e uma fonte oficial, porém não legalmente formalizada (banco de busca de dados eletrônico). Embora a fonte oficial formalizada seja a dotada de confiabilidade por lei, a fonte não legalmente formalizada seria mais amigável do ponto de vista tecnológico por oferecer ferramentas para a construção do banco de dados personalizado para as possíveis pesquisas, inclusive a que se intenta realizar em nível de doutorado.

Desse modo, de um lado, está o repositório das RPI, veículo oficial de publicação do INPI, destinado a publicar seus atos, despachos, decisões e matérias relacionadas aos seus serviços, originalmente previsto no artigo 9º, p.u., da Lei nº 5.648/1970. Por outro lado, está a base de busca também do próprio INPI, que funciona a partir da utilização de palavras-chave e filtros que parametrizam os resultados da pesquisa, mas não é o veículo oficial de publicação, além de conter uma restrição por limitação temporal indicada pelo próprio órgão que varia a depender da categoria do serviço.

Mais especificamente, o problema foi investigar se a base de dados não formalizada poderia ser considerada confiável do ponto de vista de conter as informações utilizadas na pesquisa de doutorado e quais seriam os seus limites, a fim de se otimizarem os recursos disponíveis sem comprometer os resultados finais e, eventualmente, validando ou invalidando outras pesquisas que se utilizam de uma fonte ou outra.

Portanto, antes de explicitar a pesquisa metodológica prévia à coleta de dados em si, faz-se necessário esclarecer, de forma sintética, o objeto da tese de doutorado, a fim de justificar as escolhas feitas na próxima seção.

O problema originalmente apresentado foi o de descrever como a proteção da propriedade intelectual relaciona-se com o processo de inovação, considerando, em primeiro lugar, que a propriedade intelectual é um mecanismo jurídico de apropriação do conhecimento, hábil a incrementar o avanço das fronteiras tecnológicas e, em segundo lugar, que a propriedade intelectual pode potencializar

a vantagem competitiva de uma sociedade empresária em relação aos concorrentes que temporariamente não poderão se apropriar da tecnologia em questão.

Em outras palavras, propôs-se a seguinte pergunta de pesquisa: como a proteção jurídica da propriedade intelectual, no caso Embraer, pode se configurar como um mecanismo para alavancar o processo de inovação, no sentido de auxiliá-la a potencializar uma vantagem competitiva no seu setor econômico específico?

Assim sendo, a hipótese preliminarmente indicada foi a de que os direitos de propriedade intelectual, seja qual modalidade for, marca, patente, desenho industrial, direitos decorrentes de transferência de tecnologia, entre outros, podem ser mecanismos de apropriação do conhecimento utilizados pela Embraer, no sentido de potencializar uma vantagem competitiva no setor econômico no qual está inserida.

A proposta foi a de analisar de forma estruturada em um caso concreto como a Embraer tem protegido o seu conhecimento, ao longo dos anos, e analisar a repercussão destas políticas na história da sociedade empresária para criar uma vantagem competitiva. O objetivo seria o de conferir como e quando a proteção da propriedade intelectual foi administrada, contextualizando no processo de inovação as suas tendências e os seus benefícios em relação às estratégias de crescimento da empresa.

Sabe-se pela bibliografia revisada e indicada acima que, até o momento, não existe um modelo teórico consolidado para explicar se a propriedade intelectual fomenta a inovação e como dar-se-ia esta relação. Por isso, optou-se por estudar um caso concreto em que fosse evidente a ocorrência do processo de inovação, a fim de identificar como a propriedade intelectual interagiria com a inovação neste contexto. Por conseguinte, a estratégia pela pesquisa empírica foi a melhor opção. No entanto, para tal faz-se necessário verificar adequadamente a confiabilidade dos dados utilizados para que as conclusões possam ser as mais acertadas possível.

De um lado, sobre a confiabilidade, Lee Epstein e Gary King<sup>13</sup> ensinam que “é a extensão à qual se pode replicar uma medida, reproduzindo o mesmo valor (indiferente de ser este o valor correto ou não) no mesmo padrão para o mesmo tópico a um mesmo tempo”. O exemplo trazido pelos autores é: se alguma pessoa subir consecutivamente em uma balança, ela registrará sempre o mesmo valor. Por outro lado, a validade está relacionada com a correção do registro.<sup>14</sup>

Portanto, simplesmente escolher aleatoriamente um modelo teórico ainda não consolidado e, a partir dele, dedutivamente propor hipóteses para, em seguida, extrair conclusões, não contribuiria para o avanço da questão, dada a provável superação deste modelo inicial, deixando igualmente para trás as conclusões dele extraídas.

Ocorre que a coleta de tais dados não se revelou uma iniciativa simples como inicialmente planejado, devido às dificuldades apresentadas na próxima seção.

## **2. Limites comparativos das fontes de dados relacionados à propriedade intelectual.**

A verificação de como a Embraer utiliza o sistema de proteção da propriedade intelectual fez com que fosse necessário compreender como funciona o registro das propriedades intelectuais e direitos correlatos, bem como os mecanismos de dar publicidade a estas informações, a fim de que os dados pudessem ser posteriormente coletados. Por isso, houve necessidade de procurar o INPI, já que é o escritório de patentes nacional, órgão responsável pelo processamento de pedidos de patentes e outros direitos de propriedade industrial

---

13 *Ibidem*, p. 105.

14 *Ibidem*, p. 111; para uma compreensão sobre a diferença entre validade e confiabilidade aplicadas, ver: FERES, M. V. C.; SILVA, A. R.; MORAIS, A. R.; SOUZA, A. M. de. A medida da inovação farmacêutica e os pedidos de patente: o caso da doença de chagas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 118–135, 2018.

no Brasil (Lei nº 5.648/1970), considerando que a proteção da propriedade intelectual é territorial, ou seja, uma patente protegida no Brasil tem proteção em todo o âmbito nacional apenas (Lei nº 9.279/1996).

Portanto, a despeito de considerar por lei a RPI como fonte oficial das publicações do INPI, identificou-se a ferramenta de “consulta à base de dados do INPI” (<https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/LoginController?action=login>). Ao clicar na consulta à base de dados identifica-se a seguinte tela:

Figura 1 - Tela inicial da consulta sugerida pelo site do INPI à base de dados de propriedade Industrial



Fonte: Site do INPI. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/rpi/>.

Nesta modalidade de consulta, a base de dados é classificada em categorias específicas: marca, patente, desenho industrial, indicação geográfica, programa de computador, topografia de circuito integrado, transferência de tecnologia, informação tecnológica de paten-

tes. Assim, para usufruir da consulta, faz-se necessária a escolha prévia da categoria de propriedade intelectual que se pretende pesquisar.

Em seguida, são abertas duas possibilidades de pesquisa: a pesquisa avançada e a pesquisa básica. Para utilizar os filtros da pesquisa avançada, é necessário conhecer previamente alguns parâmetros, os quais, na base de dados de patentes, são classificados como: números, datas, classificação, palavras-chave, depositante/titular/inventor. Abaixo:

Figura 2 - Tela da pesquisa avançada após escolher a pesquisa à base de dados de patentes.

**PESQUISA AVANÇADA**  
*Forneça abaixo as chaves de pesquisa desejadas. Evite o uso de frases ou palavras genéricas.*

<b>Números</b>	
(21) Nº do Pedido: <input type="text"/>	<input type="radio"/> Calendário de Patentes expiradas/a expirar <input type="radio"/> Patente Concedida
(33)/(31) País/Nº da Prioridade: <input type="text"/>	
(86) Nº do Depósito (PCT): <input type="text"/>	
<b>Datas</b>	
(22) Data Depósito: <input type="text"/>	a <input type="text"/>
(32) Data da Prioridade: <input type="text"/>	a <input type="text"/>
(86) Data do Depósito (PCT): <input type="text"/>	a <input type="text"/>
(87) Data da Publicação (PCT): <input type="text"/>	a <input type="text"/>
<b>Classificação</b>	
(51) Classificação IPC: <input type="text"/>	
Palavra-chave no classificador IPC: <input type="text"/>	
<b>Palavra Chave</b>	
(54) Título: <input type="text"/>	
(57) Resumo: <input type="text"/>	
<b>Depositante/Titular/Inventor</b>	
(71/73) Nome do Depositante/Titular: <input type="text"/>	
CPF/CNPJ do Depositante: <input type="text"/>	
(72) Nome Inventor: <input type="text"/>	

Fonte: Site do INPI

Interessante registrar que, a depender da categoria de propriedade intelectual escolhida, os filtros da pesquisa avançada variam de acordo com as suas peculiaridades. De qualquer modo, para continuar a pesquisa, algum tipo de dado prévio a respeito da propriedade

intelectual escolhida faz-se necessário. Por isso, tal tipo de busca não é adequado para o tipo de análise que se pretende neste trabalho, pois se desconhece, a princípio, como a Embraer utilizou o sistema de proteção da propriedade intelectual ao longo do tempo, ou seja, previamente se desconhece quaisquer características dos direitos de propriedade intelectual e direitos correlatos requeridos e concedidos ao longo do tempo (marco zero da pesquisa).

Ocorre que, ao se retornar ao ponto de partida, dando a devida atenção aos limites da base de dados utilizada, identificou-se a restrição contida na Figura 1 (parte inferior) no sentido de que o acervo da base de dados está restrito aos documentos publicados a partir de 2000, exceto para os contratos de tecnologia, cujo acervo da base de dados está restrito aos documentos publicados a partir de 2009. Assim, pode-se supor que tal modalidade de pesquisa tem uma alta probabilidade de resultar em “falso negativo”, de modo que não é possível, por ora, atestar a confiabilidade do resultado observado na Figura 4.

Diante dessa restrição temporal na busca por produtos anteriores ao ano 2000, recorre-se à Revista de Propriedade Industrial (doravante RPI), publicada pelo INPI, considerada o canal oficial de publicações relativas às atividades do INPI, com o intuito de se realizarem as buscas por dados nela.

Ocorre que, embora atualmente as últimas edições estejam em formato eletrônico, nem sempre foi assim. Na verdade, a maior parte delas foi publicada fisicamente. Por isso, foi necessária uma visita à biblioteca do INPI para se constatar que a primeira RPI foi publicada fisicamente em 1972, mais precisamente em 04/04/1972 e que as RPI físicas estavam sendo digitalizadas bem como recebendo uma camada de OCR (*Optical Character Recognition*), ferramenta que permitiria a localização de palavras-chave. Verificou-se também que as edições de RPI mais recentes, a partir de 2005, foram publicadas já em formato eletrônico, o que não exigiria o processo de digitalização, pois já estavam disponíveis.<sup>15</sup>

---

15 Vide: DE ARAUJO, G. G. *et al.* Bases de Dados de Patentes: uma análise a partir do portal de periódicos da CAPES. *Cadernos de Prospecção*, Salvador, v. 12, n. 5 Especial, p. 1500, 2019.

Neste momento, vislumbra-se a possibilidade de organização de um banco de dados personalizado para a pesquisa e, por isso, mais confiável, haja vista que as RPI correspondem aos veículos oficiais de publicações do INPI concernente à questão de propriedade intelectual.

Verificou-se que as RPI em formato digital (sejam as digitalizadas com camada de OCR sejam as eletrônicas desde a origem) estavam disponíveis no próprio site do INPI (<http://revistas.inpi.gov.br/rpi/>).

Figura 3 - Tela de consulta das RPI disponíveis para consulta de acordo com os serviços do INPI.

NÚMERO REVISTA	DATA	SEÇÃO I COMUNICADOS	SEÇÃO II CONTRATOS DE TECNOLOGIA	SEÇÃO III DESENHOS INDUSTRIAIS	SEÇÃO IV INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS	SEÇÃO V MARCAS	SEÇÃO VI PATENTES	SEÇÃO VII PROGRAMA DE COMPUTADOR	SEÇÃO VIII TOPOGRAFIA DE CIRCUITO INTEGRADO
2547	29/10/2019	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF
2546	22/10/2019	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF	PDF   XML	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF
2545	15/10/2019	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF	PDF   XML	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF
2544	09/10/2019	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF	PDF   XML	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF
2543	01/10/2019	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF	PDF   XML	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF
2542	24/09/2019	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF	PDF   XML	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF
2541	17/09/2019	PDF	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF	PDF   XML	PDF   TXT	PDF   TXT	PDF
		Buscar Comunicados	Buscar Contratos	Buscar Desenhos	Buscar Indicações	Buscar Marcas	Buscar Patentes	Buscar Programas	Buscar Topografia

Fonte: Site do INPI. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/rpi/>.

Nele, discutem-se as diferentes bases de dados de patentes no mundo, incluindo as RPI e a consulta à base de dados do INPI. Interessante registrar que, a despeito da existência de diversas plataformas, os dados primários que alimentam estas plataformas são provenientes dos escritórios nacionais de patentes, informados por compromissos assumidos em tratados ou convênios.

Manualmente, iniciou-se um trabalho de *download* dos documentos para descoberta do grau de completude das RPI digitais em relação ao universo total de publicações. A identificação quanto ao grau de incompletude foi relativamente simples, uma vez que, desde 1972, as RPI gozam de numeração ininterrupta, de modo que a RPI1 foi publicada em 04/04/1972 e a última RPI, até a conclusão da coleta (30/10/2019), a RPI2546, foi publicada em 22/10/2019. Tal trabalho iniciou-se pela Seção VI (Patentes) porque se imaginou ser uma das mais relevantes para o trabalho, considerando o maior volume de literatura que trata o instituto em comparação com os demais.<sup>16</sup>

Neste processo, verificou-se que: (a) as RPI de 1972 e 1973 estavam digitalizadas na íntegra sem qualquer edição faltante; (b) as RPI de 1975 a 1981 (inclusive) estavam parcialmente digitalizadas, identificando-se diversas edições faltantes; e (c) a partir de 1982 não se identificou incompletude no processo de análise manual, embora algumas falhas de digitalização ou de OCR.

Constatou-se que, se se quisesse um banco de dados o mais completo possível, contendo todas as RPI disponíveis, incluindo os diversos tipos de proteções do sistema de propriedade intelectual, nomeadas pelo INPI como “serviços”, os quais correspondem a cada uma das seções, ter-se-ia que automatizar de alguma maneira o processo de *download* dos arquivos das RPI.

Para isso, iniciou-se um processo de catalogação dos arquivos de RPI disponíveis, de acordo com cada uma das seções, uma vez que, pelo *site*, não se identificou a possibilidade de, por meio de um

---

16 COULTER, M. B. *Property in ideas: The Patent question in Mid-Victorian Britain (Inventions)*. Kirksville: Truman State Univ., 1991; MACHLUP, F. *An economic review of the patent system*. Study nº 15. Washington: Committee on the Judiciary, 1958; MACHLUP, F.; PENROSE, E. The patent controversy in the nineteenth century. *The Journal of Economic History*, v. 10, n. 1, p. 1-29, 1950; MACLEOD, C. *Inventing the industrial revolution: The English patent system, 1660-1800*. Cambridge University Press, 2002; MALAVOTA, L. M. A construção do sistema de patentes no Brasil: um olhar histórico. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011; e MOSER, P. Patents and innovation: evidence from economic history. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 27, n. 1, p. 23-44, 2013.

filtro, consultar todas as seções de uma edição qualquer, aleatoriamente escolhida. Por isso, iniciou-se, a classificação escolhendo uma seção específica, avançando para a seguinte até a análise de todas. A partir dos dados retornados, foi elaborada uma planilha no Programa Microsoft Office Excel, licença Office 365.

Figura 4 - Consulta para identificar quais as RPI disponíveis digitalmente de 01/01/1972 a 26/10/2019, concernentes à seção de Patentes.

The screenshot shows a search interface for RPI (Registered Trademarks) with the following elements:

- Filtro RPI**: Search filter header.
- RPI de Patentes**: Selected search category.
- Selecione o tipo Pesquisa:** Radio buttons for "por número" (selected) and "por data".
- Data Inicial:** 01/01/1972
- Data Final:** 26/10/2019
- Buscar**: Search button.

Below the search interface is a table with the following data:

Baixar:	Número:	Nome:	Data:	Tamanho:
PDF   TXT	2546	Patentes2546.pdf	22/10/2019	4.38 MB
PDF   TXT	2545	Patentes2545.pdf	15/10/2019	4.22 MB
PDF   TXT	2544	Patentes2544.pdf	08/10/2019	4.61 MB
PDF   TXT	2543	Patentes2543.pdf	01/10/2019	6.19 MB
PDF   TXT	2542	Patentes2542.pdf	24/09/2019	5.25 MB
PDF   TXT	2541	Patentes2541.pdf	17/09/2019	4.93 MB
PDF   TXT	2540	Patentes2540.pdf	10/09/2019	5.33 MB
PDF   TXT	2539	Patentes2539.pdf	03/09/2019	2.66 MB
PDF   TXT	2538	Patentes2538.pdf	27/08/2019	6.27 MB
PDF   TXT	2537	Patentes2537.pdf	20/08/2019	4.21 MB

Fonte: Site do INPI. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/rpi/>.

Este processo foi realizado para cada uma das seções, de modo que foram identificados um total de 4702 arquivos de RPI com edições ordinárias e 1 arquivo denominado pelo próprio INPI como RPI 2202-extra com os normativos vigentes à época.

No entanto, percebeu-se que alguns arquivos, correspondentes a algumas edições, estavam em duplicidade, pois foram encontrados tanto por meio da busca dentro da seção de patentes quanto da seção de marcas. Isso pode ser explicado porque, em dado período, as seções não eram subdivididas em mais de uma publicação, quan-

do no formato físico, ou em mais de um arquivo, quando no formato eletrônico.

Dessa forma, foram excluídos os arquivos repetidos da planilha, de modo que dos 4702 arquivos, foram excluídos 630 em duplicidade, resultando em 4072 arquivos disponíveis, sendo: 1970 encontrados na seção de patentes, 910 encontrados na seção de marcas, 334 encontrados em duplicidade tanto na seção de patentes quanto de marcas, 143 encontrados na seção de contratos de transferência de tecnologia, 143 encontrados na seção de desenho industrial, 143 encontrados na seção de indicações geográficas, 143 encontrados na seção de programas de computador, 143 na seção de topografia de circuitos integrados, 143 na seção de comunicados.

A respeito dos dados acima, o que chama a atenção é que, desde o início da RPI, coexistiram as seções de patentes e a seção de marcas, de modo que, por lógica, deveria estar disponível a mesma quantidade de arquivos em cada uma destas seções.

No entanto, tal informação não se verifica. Quando se buscam os arquivos da RPI na seção de patentes, são encontrados 2304 arquivos na seção de patentes e 1244 arquivos na seção de marcas. Isso conduz à conclusão de que, por equívoco, alguns arquivos foram indexados em uma seção sem serem indexados na outra seção. Por exemplo, a RPI 551 aparece apenas na seção de Patentes, no entanto, quando se investiga o conteúdo da RPI, identifica-se uma seção destinada a tratar apenas do conteúdo marcário.

Apenas a partir da RPI 1592, de 10/09/2011, é que se constata uma separação em dois arquivos, um deles com conteúdo exclusivo relacionado a patentes e outro a marcas. Para evitar falhas, todos os arquivos disponíveis foram catalogados na planilha elaborada, ainda que em duplicidade. A duplicidade foi desconsiderada apenas quando os arquivos continham o mesmo nome, independentemente da seção indexada (marcas ou patentes).

Outro dado interessante é refletir a respeito das demais seções (contratos de transferência de tecnologia, desenho industrial, indicações geográficas, programas de computador, topografia de circuitos integrados e comunicados), as quais foram criadas concomitantemente, de modo que individualmente têm a mesma quantidade de arquivos.

Em seguida, considerando o tempo que seria gasto no *download* dos mais de 4000 arquivos, buscou-se uma alternativa mais automatizada para a questão. Assim, lançou-se mão do Anaconda, uma distribuição Python de código livre, New BSD *License*, disponível gratuitamente na internet. Foi realizada a seguinte série de comandos:

Quadro 1 – Linha de comando utilizada no Python.

```
from pathlib import Path
import requests

From openpyxl import load_workbook
arquivo_excel = load_workbook('Revistas.xlsx')
Plan1 = arquivo_excel.active

for i in range(1,4704):
    a=Plan1.cell(column=4, row=i)
    filename = Path('%s'%(a.value))
    url = 'http://revistas.inpi.gov.br/pdf/%s'%(a.value)
    response = requests.get(url)
    filename.write_bytes(response.content)
```

Fonte: Elaboração Própria.

Em síntese, a linha de comando significa que, uma vez dada a ordem, o computador baixaria do *site* do INPI todas as RPI encontradas, cujos nomes dos arquivos constaram da tabela Excel construída

anteriormente. Lembrando que foram incluídos todos os arquivos disponíveis, de todas as seções disponíveis até o dia 29/10/2019. O computador ficou 4 dias e 4 noites realizando o *download* automático dos arquivos, totalizando, ao final, um banco de dados de 126 GB, aproximadamente, composto por 4073 arquivos (4072 RPI ordinárias e 1 RPI extra). Ressalta-se que algumas revistas disponíveis apenas em formato .txt não foram baixadas automaticamente. No entanto, assim o foram manualmente, de modo a completar o *download* de todo o acervo disponível.

Finalizado este processo, foi analisada a qualidade dos arquivos baixados e verificaram-se algumas falhas na camada de OCR de algumas edições físicas que foram digitalizadas. Por exemplo, a RPI 340 não tem a camada de OCR em todas as folhas, de modo que se fizermos uma busca por palavra no documento, o resultado seria um “falso negativo”.

Além disso, foram observados alguns erros no *upload* das RPI no *site* do INPI. Por exemplo, às RPI203, RPI204, RPI205, foi atribuído o ano de 1977 como o ano da publicação. Ocorre que tal informação é inconsistente, considerando que a RPI202 é de 05/09/1974 e a RPI206 é de 03/10/1974. Assim, infere-se que as três revistas são de 1974, supondo-se que houve apenas um erro de digitação.

Acrescenta-se ainda que quando se busca especificamente pelas RPI não disponíveis no *site* do INPI, a consulta retorna com a informação de que não foram encontrados documentos.

Figura 5 – Resultado da busca pela RPI223 não disponível.

↓ Códigos e Abreviações

Filtro RPI Fechar

RPI de Patentes

Selecione o tipo Pesquisa:  por número  por data

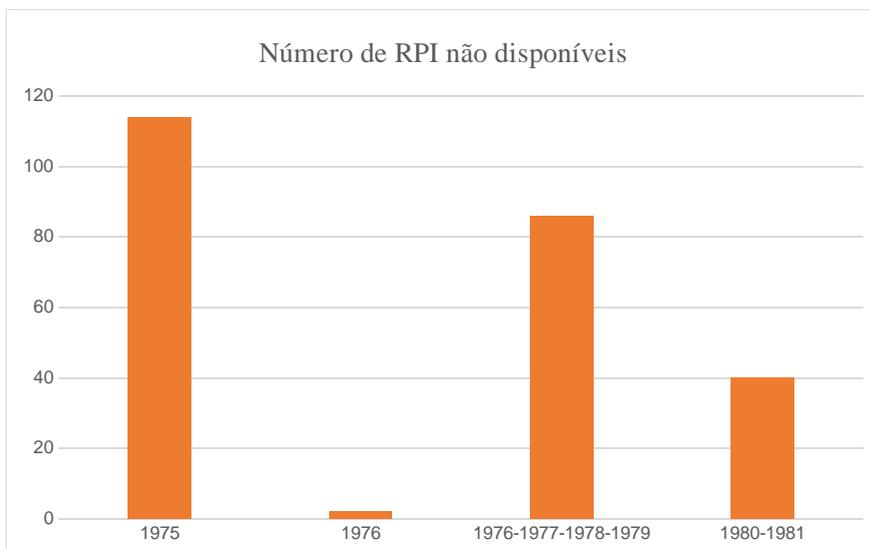
Numero Revista:

Baixar:	Número:	Nome:	Data:	Tamanho:
Nenhum Documento encontrado com os dados informados!				

Fonte: Site do INPI. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/rpi/>.

Ocorre que, apesar das inconsistências encontradas, o banco de dados é bastante representativo, dada a robustez de seus dados.

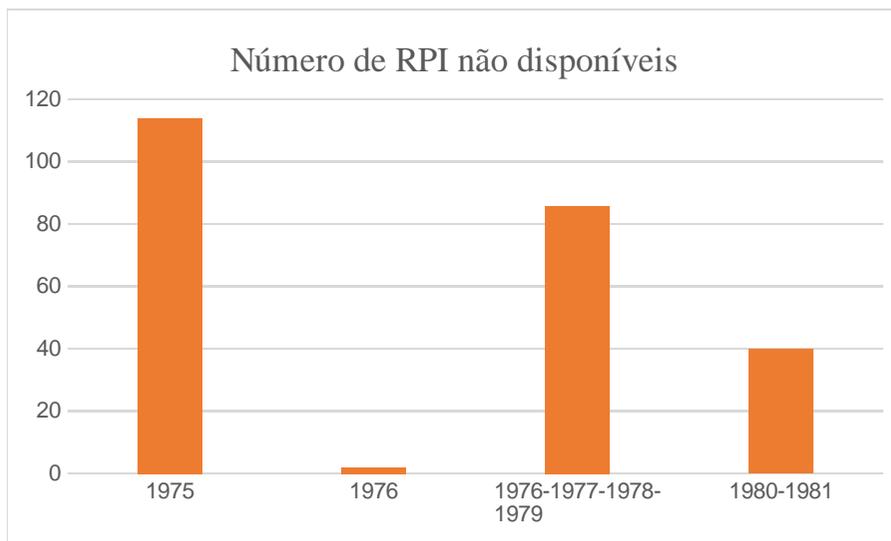
Figura 6 - Número de RPI disponíveis no site do INPI.



Fonte: Elaboração Própria.

O gráfico acima indica todas as RPI disponíveis em formato digital (digitalizadas ou eletrônicas) encontradas no *site* no INPI, considerando que, a partir de 1982, as RPI disponíveis correspondem às RPI existentes. Por sua vez, as RPI não disponíveis correspondem ao gráfico abaixo:

Figura 7 – Número de RPI não disponíveis.



Fonte: Elaboração Própria.

Pelo gráfico, observa-se que apenas no intervalo, compreendido entre 1975-1981, é que se registram publicações não disponíveis. Portanto, apenas neste período é que se incorrerá na possibilidade de “falsos negativos”, o que pode ser superado por uma complementação de outros dados disponíveis, ainda que de fontes secundárias.

### **3. Discussão de Resultados.**

A partir da identificação dos limites de cada fonte de dados (RPI ou consulta à base de dados do INPI), iniciou-se a elaboração de uma planilha com a identificação de todas as referências à palavra Embraer, pontuando o instituto de propriedade intelectual envolvido, suas características, bem como o despacho relacionado, a partir dos arquivos baixados. Para solucionar a falha de OCR destes arquivos,

utilizou-se o software livre PDF-X *Change Viewer*, de propriedade da Microsoft Windows, o qual dispõe desta ferramenta. Por meio deste programa de computador, foi possível corrigir as falhas de OCR, evitando falsos negativos quando requeridas as localizações das referências à Embraer. No entanto, identificaram-se alguns arquivos digitalizados como imagem, inviabilizando a localização da palavra-chave e acrescentando novas possibilidades de falsos negativos.

A elaboração manual da planilha permitiu identificar que, diferente do que se pensava, o sistema de consulta do INPI, inicialmente rechaçado devido à limitação temporal indicada na Figura 1, poderia ser sim utilizado para facilitar a busca por dados. Apesar da limitação temporal, à medida que fossem ocorrendo novas publicações, o sistema era alimentado com informações básicas do processo original, uma vez que este número permanecia o mesmo ao longo do tempo.

Por exemplo, verificou-se que a primeira referência à Embraer encontrada nas RPI baixadas, observando a ordem cronológica das publicações, relacionada ao processo nº 000.587, de 16/02/1973, na seção “Pedidos de averbação de contratos aprovados” da RPI 78, de responsabilidade da Secretaria de Informação e Transferência de Tecnologia (à época), cuja Concedente é a Société pour le Perfectionnement des Matériels et Equipements Aérospatiaux (SOPEMA) e a Cessionária é a EMBRAER, também pode ser encontrada no sistema de consulta do INPI, utilizando os parâmetros indicados abaixo:

Figura 8 - Tela do sistema INPI correspondente ao primeiro registro da palavra Embraer encontrada nas RPI.

The screenshot displays the INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) website interface. At the top, there is a header with the Brazilian flag, the text 'BRASIL', and 'Acesso à informação'. Below this is a blue banner with the INPI logo and 'Ministério da Economia'. The main content area is titled 'Consulta à Base de Dados do INPI' and includes navigation links like 'Consultar por: Pesquisa Base Contratos | Finalizar Sessão' and '[ Início | Ajuda? ] Anterior 607/607'. The central section is titled 'Transferência de Tecnologia' and lists registration details: 'Nº do Requerimento: 730587', 'Nº do Protocolo: 1058437', 'Entrada: 16/02/1973', 'Categoria Contratual: SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E CIENTÍFICA', 'Nome da Cedente: SOPEMEA - SOC. POUR LE PERFECT. DES MATER. ET EQUIP. AEROSP.', 'País da Cedente: FRANÇA', 'Nome da Cessionária: EMBRAER - EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S/A', 'País da Cessionária: BRASIL(SP)', and 'Setor da Cessionária: CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE AERONAVES (35.31-9)'. Below this, there are two tables: 'Petições' and 'Publicações'. The 'Publicações' table has columns for RPI, Data RPI, Doc, Carta, Despacho, and Complemento do Despacho, with one entry for RPI 2503 on 26/12/2018. At the bottom, it states 'Dados atualizados até 31/03/2020 - Nº da Revista: 2569'.

Fonte: Site do INPI Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/rpi/>.

Isso porque, embora o despacho original não conste no sistema, dada a limitação temporal descrita na Figura 1, os despachos subsequentes a 2009, no caso o constante da RPI 2503 indicado pela elipse, garante a inserção dos dados básicos originais no sistema, tal como o ocorrido. De semelhante modo, foram cotejadas outras referências encontradas nas RPI com o sistema de consulta do INPI e não se visualizaram inconsistências. No entanto, não havia descrições mais detalhadas do conteúdo técnico do ato averbado, o qual poderia ser estudado mais perfunctoriamente se analisada a RPI.

Além disso, observou-se que, especialmente na seção de transferência de tecnologia, cuja restrição temporal é mais severa, provavelmente por alguma orientação interna do próprio INPI, houve o arquivamento dos processos administrativos de averbação dos contratos de transferência de tecnologia que estavam vencidos.<sup>17</sup> Observa-se que a obrigação de averbar contratos de transferência de tecnologia advém tanto da Lei nº 5.772/1971<sup>18</sup> quanto da Lei nº

9.279/1996<sup>19</sup> que estabeleceram a obrigação de o INPI averbar a transferência de tecnologia, hoje principalmente para produzir efeitos em relação a terceiros.

Por conseguinte, com a publicação do despacho de arquivamento, o banco de dados do INPI foi alimentado com dados básicos originais. Tal fato ficou explícito à medida em que se coletavam as informações, pois na maioria dos casos em que houve arquivamento, eles ocorreram no mesmo período (anos 2018-2019) e o histórico dos andamentos processuais estavam incompletos. Nesse sentido, tanto um contrato de 1972 quanto um da década de 2000, foram arquivados no mesmo momento. Portanto, embora em uma primeira análise o método de consulta às RPI pudesse ser considerado como a fonte mais óbvia por ser o veículo oficial de divulgação dos atos do INPI, a ferramenta de consulta à base de dados do INPI revelou-se mais adequada para a pesquisa por diversos fatores, seja pela sua confiabilidade, completude seja pela facilidade de manuseio das informações.

Assim, a consulta à base de dados do INPI corresponde a um avanço não só tecnológico, mas institucional na medida em que facilita o acesso ao estado da técnica da propriedade intelectual, a despeito das limitações relativas aos depósitos/registros mais antigos. Desse modo, se a pesquisa de doutorado fosse relacionada ao conteúdo técnico em si, ou seja, relacionada à descrição da tecnologia, às reivindicações, desenhos técnicos etc., poder-se-ia vislumbrar uma

---

17 Os dados registrados no INPI a respeito das averbações dos contratos de transferência de tecnologia foram utilizados, por exemplo, na pesquisa de Hemais, Barros e Rosa (E.O. Contratos de transferência tecnológica: Um estudo sobre aquisição de tecnologia em Polímeros no Brasil. *Polímeros*, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 242-250, 2004).

18 Art. 126. Ficam sujeitos à averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para os efeitos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970, os atos ou contratos que impliquem em transferência de tecnologia.

19 Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro.

dificuldade adicional em atender a questão, visto que tal informação não foi migrada para a consulta à base de dados do INPI no período não compreendido antes da restrição indicada para cada seção.

## **Conclusão.**

Ao longo da pesquisa, verificou-se que, conquanto existam duas fontes para a coleta de dados sobre propriedade intelectual, ambas possuem limitações. Enquanto a RPI foi criada para dar publicidade aos atos oficiais do escritório nacional de patentes, a consulta à base de dados do INPI foi criada com preocupações voltadas à difusão da tecnologia, tanto que é relativamente simples a consulta à descrição técnica, reivindicações e desenho técnico disponíveis no momento da publicação da invenção ou correlato, observada a limitação temporal indicada em cada seção. Portanto, este trabalho pretendeu discutir qual das fontes seria a mais adequada para a busca de dados que subsidiem as pesquisas empíricas sobre propriedade intelectual, especialmente na área do direito e ciências sociais, menos voltadas ao aprofundamento do conhecimento tecnológico ou estado da técnica em si.

Assim, por meio dessa técnica comparativa entre as duas fontes de dados, foi possível identificar que a consulta à base de dados do INPI revelou-se como uma fonte adequada para a coleta de dados básicos da propriedade intelectual em suas diversas modalidades, já que estas não estão restritas às limitações temporais consignadas pelo próprio INPI. Portanto, de um lado, é possível considerar válidos e confiáveis os dados extraídos da plataforma. No entanto, por outro lado, caso a pesquisa esteja relacionada ao conteúdo tecnológico (descrição da tecnologia, às reivindicações, desenhos técnicos), a consulta à base de dados do INPI pode não atender satisfatoriamente, pois se restringe à limitação temporal indicada em cada uma das seções, sendo, portanto, recomendável a complementação com a consulta às RPI.



# CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA: ENQUADRAMENTO NORMATIVO, POTENCIALIDADES E REQUISITOS DE VALIDADE<sup>1</sup>

**NON-COMPETE CLAUSES: LEGAL FRAMEWORK,  
POTENTIALITIES AND VALIDITY REQUIREMENTS**

*Daniel Fortes Aguilera\**  
*Marvio Bonelli\*\**

*Resumo:* Este artigo se propõe a apresentar o enquadramento normativo das cláusulas de não concorrência no ordenamento jurídico nacional. Para tanto, serão indicados os fundamentos que respaldam essa espécie de compromisso. Em seguida, serão estudados os requisitos necessários à validade das cláusulas de não concorrência, à luz dos entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do CADE, bem como a possibilidade de se reconhecer a existência de compromissos anticoncorrenciais em caso de omissão legal e contratual.

*Palavras-Chave:* Cláusulas de não concorrência. Requisitos de validade. Contrato de trespasse. Cláusulas implícitas de não concorrência.

*Abstract:* This paper aims to present the legal framework of the non-compete clauses in the Brazilian law system. The study will analyze the validity of this kind of agreement, as well as the it will indicate the validity requirements that a non-compete clauses must met. Finally, the existence of a non-compete obligation in case of legal and contractual omission will be brought to discussion.

*Keywords:* Non-compete clauses. Validity requirements. Asset purchase. Non-compete clauses in case of legal and contractual omission.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 31.08.2021 e aceito em 23.09.2021.

\* Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.  
E-mail: dfortes@terratavares.com.br

\*\* Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.  
E-mail: mbi@bmalaw.com.br

*Sumário:* Introdução. 1. Conceito e enquadramento normativo. 2. Parâmetros de Validade. 2.1. Limitação temporal. 2.2. Limitação territorial. 2.3. Limitação material. 2.4. Contraprestação. 2.5. Acessoriedade. 2.6. Legítimo interesse. 3. Dever de não concorrência em caso de omissão legal e contratual. Conclusão.

## **Introdução.**

As cláusulas de *non-competete* possuem grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Em um contexto empresarial marcado pela relevância da *expertise* técnica e do controle de dados e de informações, torna-se premente o desejo de sociedades, empresários e empregadores em instituir mecanismos que protejam o *know-how* e as informações negociais sensíveis, como aquelas relacionadas a fluxos produtivos e opções estratégicas de mercado.

Nesse contexto, as cláusulas de *non-competete* vêm sendo usadas nos mais diversos setores, como em contratos empresariais, contratos de trabalho e em contratos no âmbito de operações societárias. A disseminação de tais avenças aguçou a atenção da doutrina e da jurisprudência, na medida em que geram efeitos práticos sensíveis ao acarretar a restrição, ainda que parcial, da atuação de sociedades, empresários e de empregados. Por esse motivo, surgem discussões relevantes sobre os parâmetros normativos que devem orientar a avaliação da validade desse tipo de compromisso, sobretudo no intuito de evitar situações jurídicas abusivas.

Afinal, a um só tempo, tais cláusulas têm a aptidão de garantir a livre iniciativa econômica e, em um paradoxo que é apenas aparente, a própria livre concorrência. Dessa sorte, a incidência desses esses princípios e direitos constitucionalmente protegidos impedem a formulação de acordos anticoncorrenciais isentos de qualquer restrição.

No campo do direito do trabalho, as cláusulas de não concorrência têm a aptidão de impedir que profissionais com elevado conhecimento técnico e com acesso a informações sensíveis migrem para concorrentes, prejudicando a atividade de seu antigo empregador.<sup>2</sup> Assim como ocorre sob a ótica empresarial, tais compromissos representam relevante sinal de que ambas as partes estão de fato engajadas na construção de um projeto comercial comum e de que irão utilizar todos os seus esforços e recursos para o sucesso daquela empresa ou empreendimento, afastando o risco de que ativos negociais sejam divididos ou direcionados para concorrentes.

Por outro lado, essas cláusulas carregam consigo um elevado risco à liberdade da atividade empresarial e, ainda mais grave, à própria atividade laboral, quando celebrados em relações trabalhistas. Tais compromissos não podem, em absoluto, ser um instrumento utilizado para inviabilizar a concorrência, tampouco o livre exercício profissional. A proteção dos interesses da empresa não pode legitimar uma restrição que impeça o funcionário (ou até mesmo diretores estatutários) de atuar no mesmo ramo de atividades do seu antigo empregador ou em sociedades que concorram com ele. Exige-se, nesse passo, especial e redobrada atenção quanto à interpretação a ser atribuída às cláusulas de *non compete*, que deve ser detalhista e bem delimitada, de acordo com uma série de requisitos de validade, para que não se tornem excessivamente restritivas àquele que se submete aos seus efeitos.

O presente artigo se propõe justamente a analisar, do ponto de vista do direito civil, essas diferentes limitações, abordando o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre cada uma delas, inclu-

---

2 O alerta é feito por José Roberto de Castro Neves: “Razoável, então, que os comerciantes, principalmente as grandes empresas, busquem proteção contra informações de seu negócio, ou mesmo cuja imagem esteja associada ao seu produto ou a ela própria, que venha a trabalhar para uma revisão” (NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 12, p. 205-218, out/dez 2002, p. 205).

sive o posicionamento do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que possui papel extremamente relevante no controle da livre concorrência. Ainda, será discutida a possibilidade de vedação da concorrência em caso de omissão legal e contratual, com o reconhecimento ou não da aplicação analógica do art. 1.147 do Código Civil para outros tipos de contratos e atividades que não o transpasse, seu âmbito natural de incidência.

De início, contudo, cumpre compreender com exatidão o papel exercido pelas cláusulas de não concorrência no ordenamento nacional, sua natureza jurídica, e as disposições normativas que as influenciam, no intuito de entender seu enquadramento normativo.

## **1. Conceito e enquadramento normativo.**

As cláusulas de *non compete* instituem um dever de que uma das partes não concorra com outra em determinadas condições.<sup>3</sup> O objetivo de sua previsão é assegurar, dentro do possível, a fidelização de clientela daquele em favor de quem é instituída, garantindo resultados econômicos favoráveis e o retorno de eventual investimento realizado.<sup>4</sup> Busca-se, assim, evitar que outros sujeitos desviem clientes em razão de seu papel de destaque no mercado ou do *know-how* e das informações que possuem com base no vínculo anterior que

---

3 Nas palavras dos Professores Eduardo Takemi e Wallace Corbo, tais cláusulas visam “impedir a concorrência por um dos contratantes em relação aos demais contratantes ou sociedades que estes integrem, por meio do exercício direto ou indireto da atividade econômica levada a efeito pela sociedade afetada” (KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace. A cláusula de não concorrência, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e requisitos para sua validade à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 279-299, jan./jun., 2014, p. 281).

4 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula de não concorrência na alienação de participação societária: exame de seus requisitos de validade e ineficácia superveniente. *Civillistica.com*, v. 9, n. 2, 2020, p. 15. Disponível em: <http://civillistica.com/clausula-de-nao-concorrencia/>. Data de acesso: 06 fev. 2021.

possuíam com a parte beneficiada pela restrição de concorrência. Protege-se, em última análise, o fundo de comércio da sociedade.<sup>5</sup>

Sua natureza jurídica, por sua vez, equivale a inequívoca *obrigação de não-fazer*,<sup>6</sup> por impor que o sujeito a quem ela se direciona se abstenha de praticar determinado comportamento, nocivo à atividade empresarial daquele em favor de quem o compromisso é celebrado.<sup>7</sup> Na maior parte dos casos, trata-se de uma obrigação *intuitu personae*, voltada exclusivamente à pessoa que a celebra, não se estendendo a terceiros; e acessória, gravitando ao redor de outras obrigações principais.<sup>8</sup>

Não obstante inexistir, no ordenamento jurídico nacional, norma específica positivando um dever genérico e abstrato de não concorrência, há variadas disposições normativas que indicam a licitude das cláusulas anticoncorrenciais. Como antecipado, a validade desse tipo de compromisso decorre inclusive de normas de hierarquia constitucional, notadamente (i) a valorização da livre iniciativa econômica – art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal –; (ii) a livre concorrência – art. 170, inciso IV, da CRFB –; (iii) o livre exercício profes-

---

5 NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 205.

6 Nas lições de Orlando Gomes, a obrigação de não-fazer “exige do devedor uma omissão, compreendendo-se nesta a tolerância, entendida como abstenção de resistência ou oposição a que estaria autorizado, se a obrigação não proibisse”. Por consequência, “[i]mporta auto-restrição mais energética à liberdade pessoal, admitindo-se que não valem as que ultrapassam as fronteiras da liberdade jurídica” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 51).

7 “Uma espécie de obrigação de não fazer é aquela na qual se ajusta que uma das partes não irá prestar serviços profissionais para um grupo de pessoas. Essa estipulação, via de regra, tem lugar entre uma pessoa jurídica e seu ex-funcionário, para vigorar após o encerramento do vínculo trabalhista. Deseja-se, com ela, impedir que o antigo funcionário vá atuar para concorrentes, o que traria uma repercussão ruim para o negócio. Essa estipulação é conhecida como cláusula de não concorrência.” (NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 206).

8 Esse aspecto será melhor explorado mais à frente, no capítulo voltado aos seus requisitos de validade.

sional – art. 153, inciso XXIII, da CRFB; e (iv) a defesa do consumidor – art. 170, inciso V.

Seria possível concluir, em uma análise superficial, que as cláusulas anticoncorrenciais em realidade prejudicam os valores constitucionais exemplificados acima, justamente por limitarem o exercício da atividade empresarial e profissional.<sup>9</sup> Esse entendimento, entretanto, não se sustenta após uma análise mais detida do papel e, principalmente, da interpretação e das limitações que vêm sendo atribuídas às cláusulas de *non compete*. Tais compromissos têm um papel ativo em impedir que profissionais com elevado conhecimento técnico, *know-how* e informações privilegiadas e sigilosas afetem negativamente determinado concorrente, prejudicando sua atividade empresarial, desviando clientela e, por consequência, afetando negativamente a livre concorrência e o poder de escolha do consumidor.<sup>10</sup>

A normativa que orienta e legitima esse tipo de cláusula, contudo, não se limita às normas de hierarquia constitucional. O dispositivo que mais se aproxima de uma previsão legal expressa da obrigação de não concorrer é o artigo 1.147 do Código Civil<sup>11</sup>, voltado à alienação do estabelecimento comercial.

---

9 “Em primeiro lugar, é possível perceber que a cláusula de não concorrência estabelece uma obrigação negativa, de não fazer: a parte obrigada deve abster-se de adotar atos que possam resultar em competição frente às atividades desenvolvidas pela parte que se beneficia da cláusula. Neste sentido, a cláusula de não concorrência é disposição restritiva de direitos, na medida em que afeta, temporariamente, o direito de livre iniciativa de um agente econômico.” (SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da. Aplicação do artigo 1.147 do Código Civil à alienação do controle de sociedades empresárias. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c51a02c186f00636>, p. 9. Acesso em: 29 ago. 2021).

10 Sobre esse ponto, merece destaque a preocupação de Giovanni Ettore Nanni e Adriano Ferriani: “Daí decorre que toda forma de regulação tem como ponto central promover a competitividade honesta, evitando-se o abuso do poder econômico, a eliminação da concorrência e a majoração abusiva dos lucros, exigindo-se a intervenção do Estado para assegurar essas premissas.” (FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 4).

11 Artigo 1.147, Código Civil: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

Ainda que não se proponha a instituir um compromisso geral de não concorrência, uma vez que direcionado exclusivamente aos contratos de *trespasse*, o dispositivo legal demonstra uma tendência do ordenamento jurídico a reconhecer a validade, conveniência e oportunidade de se restringir a concorrência em determinadas hipóteses, no intuito de preservar a atividade empresarial e evitar prejuízos à sociedade.

Há, ainda, outras normas esparsas que reforçam a percepção de que o ordenamento jurídico reconhece a licitude da limitação da concorrência. É o que se extrai de dispositivos (i) penais, notadamente o art. 195 da Lei da Propriedade Industrial, que veda a prática de uma série de atos, caracterizando-os como concorrência desleal; (ii) da Consolidação das Lei do Trabalho, especificamente seu art. 482, alínea (c), que traz como justa causa à rescisão do contrato de trabalho a prática de ato de concorrência ao empregador; e (iii) voltados à proteção do sistema econômico, a exemplo da Lei Federal n. 12.529/11.

Diante de todas essas considerações, é possível concluir pela licitude das cláusulas de não concorrência no ordenamento jurídico nacional. A constatação é corroborada pelo tratamento que outros ordenamentos vêm conferindo a essa espécie de compromisso, não apenas reconhecendo sua adequação aos valores que os orientam, mas até mesmo admitindo-o expressamente. É o caso do artigo 74 do Código Comercial alemão, do artigo 356 do Código das Obrigações suíço e dos Códigos Civis holandês e italiano, respectivamente em seus artigos 1.637 e 4.125.<sup>12</sup>

Nesse contexto, a discussão principal e mais urgente, portanto, deixa de girar ao redor da licitude desse tipo de compromisso, para focar na extensão, nos limites e nos parâmetros de validade que norteiem a celebração das cláusulas de não concorrência. Na conclusão de Eros Grau e Paula Forgioni:

---

12 NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 207.

Assiste razão a Paolo Greco, professor da Universidade de Turim e da Universidade Bocconi, ao ressaltar ser inútil, hoje em dia, retornar-se à questão da admissibilidade dos pactos que impedem ou limitam a concorrência. De fato, estamos agora diante de um problema de limites, de medida, como sempre ocorre quando tratamos da tutela da liberdade de comércio no ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

A instituição de *standards* objetivos na interpretação das cláusulas anticoncorrenciais é fundamental para que não se tornem, elas próprias, prejudiciais aos valores do ordenamento jurídico, principalmente à livre iniciativa econômica e ao livre exercício profissional. É sobre esses limites que o próximo capítulo se debruçará.

## **2. Parâmetros de validade.**

Desde que passaram a receber especial atenção da doutrina e jurisprudência, tem sido lugar comum dizer que as cláusulas de não concorrência não podem representar uma restrição total, incondicional e irrestrita ao exercício de determinada atividade. O fundamento por trás das exigências é tão simples quanto relevante: não permitir que o obrigado por esse tipo de compromisso fique impossibilitado, em absoluto, de exercer sua atividade profissional ou empresarial, sob as mais diversas perspectivas.

Ora denominadas *limitações*, ora consideradas *requisitos de validade*, as exigências irão dialogar com diferentes aspectos e são fundamentais na instituição das cláusulas de *non compete*, ao garantir

---

13 GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. “Cláusula de não concorrência ou de não restabelecimento”. In: GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula A. (Coords.), *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

que o compromisso não represente cerceamento absoluto ao exercício laboral e empresarial e possa vir a ser invalidado judicialmente.

As limitações menos controvertidas são aquelas relacionadas (a) ao tempo, (b) ao espaço e (c) ao objeto do compromisso, tendo sido as duas primeiras reconhecidas no paradigmático julgamento do Recurso Especial n. 1.203.109/MG.<sup>14</sup> A não observância de um ou mais<sup>15</sup> desses parâmetros levaria à invalidade ou pelos menos à revi-

---

14 “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. [...] CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo. [...] 5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena. 6. São válidas as cláusulas contratuais de não concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente. 7. Recurso especial provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Recurso Especial 1.203.109/MG. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 05 maio 2015).

15 A cumulatividade dos requisitos é uma questão controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O melhor entendimento, contudo, parecer ser o de que os requisitos são de fato cumulativos, isto é, para a cláusula de não concorrência ser válida os parâmetros quanto ao objeto, espaço e tempo devem ser observados, ou, como sustenta Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “ao menos, [...] da limitação temporal, complementada pela presença alternativa do limite espacial ou de ramo de atividade” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Editora Singular, 2004, v. 1, p. 686-691.). Nesse mesmo sentido, ver: NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 205-219; MENDONÇA, Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 2, n. 462, Rio de Janeiro: Imprensa, 1963, p. 447-448; FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 28; NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos: prejudicialidade externa entre processos. *In: NERY JUNIOR., Nelson. Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2014, v. 7. Na jurisprudência: BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial 1.203.109-MG, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 05 maio 2015, votação unânime, o qual declarou que, pelo menos, são cumulativos os requisitos quanto ao tempo e quanto ao território. Em sentido contrário, é ver-se o entendimento de: COMPARATO, Fábio Konder. “As cláusulas de não concorrência nos shopping centers” *In: Revista de Direito Mercantil*, n. 97, p. 23-28, janeiro/março, 1995, p. 27-28; COELHO, Fábio Coelho. *Curso de direito Comercial*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316; e BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 253-254.

são judicial da cláusula. Recentemente, outras limitações passaram a ser suscitadas, com maior ou menor grau de intensidade, notadamente: (d) a necessidade de haver uma contraprestação à obrigação de não-concorrer, (e) a acessoriedade do compromisso e (f) a existência de legítimo interesse para a estipulação desse tipo de obrigação.<sup>16</sup>

## 2.1. Limitação temporal.

O primeiro limite pacificamente atribuído às cláusulas de *non compete* é o temporal. Tais compromissos não devem instituir uma obrigação de não fazer demasiadamente longa, tampouco eterna. As partes devem estipular um prazo determinado e razoável ao longo do qual a obrigação produzirá efeitos, para, de um lado, garantir a proteção do fundo de comércio e, de outro, a livre iniciativa ou o livre exercício do trabalho de quem se submete aos seus efeitos.<sup>17</sup>

Como consequência natural dessa constatação, surge a indagação de qual seria o prazo razoável para que a cláusula de não concorrência restringisse o exercício profissional e a atividade empresarial.

A doutrina e jurisprudência usam, por analogia,<sup>18</sup> o prazo de 5

---

16 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 15.

17 Nesse sentido, Arnaldo Wald e Alberto Xavier destacam que “a razão de ser das restrições apontadas na doutrina limitação da cláusula no tempo e no espaço consiste em harmonizar a validade desta estipulação com o princípio constitucional de que ‘é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a ei estabelece’. (CF, art, 153, § 23.). Com efeito, o princípio da liberdade do trabalho seria ofendido se se estipulasse que alguém não poderia trabalhar em qualquer setor de atividade, em qualquer lugar e para todo o sempre. Mas, obviamente, essa liberdade não é atingida se a restrição for temporária livremente consentida e justamente retribuída” (WALD, Arnaldo; e XAVIER, Alberto. Pacto de não concorrência: validade e seus efeitos no Direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, v. 2, p. 847-863, dez. 2010).

18 V. a doutrina de Carlos Maximiliano: “Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe falta de dispositivo expresse, a interpretação pressupõe a existência do mesmo; a primeira [interpretação extensiva] tem por escopo a pesquisa de uma idéia superior aplicável também ao caso não contemplado no texto; a segunda busca o

anos previsto no art. 1.147 do Código Civil, segundo o qual “[n]ão havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. Contudo, o prazo de 5 anos não é uma regra rígida e inflexível que deverá ser aplicada a todos os casos, a torto e a direito. Trata-se de mero parâmetro, que poderá ser adaptado, caso, por exemplo, a atividade no caso concreto exija um investimento tamanho a ponto de justificar da contraparte um afastamento maior do mercado em que atuava.<sup>19</sup>

O próprio Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, publicado em 2016, destacou que, muito embora a obrigação de não concorrência deva observar, a princípio, o período de 5 anos,<sup>20</sup> pode, “entretanto, esse prazo ser reduzido ou estendido a depender do período de maturação do negócio envolvido”.<sup>21</sup>

Para ilustrar melhor esse posicionamento, merece destaque o Ato de Concentração nº 08012.009211/2008-46, julgado pelo CADE em 12 de novembro de 2008. O caso versava sobre o contrato que regia a aquisição de ativos relacionados à produção e comercialização de produto veterinário, no qual foi estabelecida uma cláusula de não concorrência cujo prazo era de 10 anos. A Procuradoria sugeriu

---

sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma nova, esta apenas esclarece a antiga; numa o que se estende é o princípio; na outra, na interpretação, é a própria regra que se dilata” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 215).

19 Por outro lado, entende-se, *a contrario sensu*, que esse raciocínio possa ser aplicado para justificar a abusividade de uma cláusula de cinco anos, se os investimentos do caso concreto não fundamentem tal restrição, muito embora se reconheça que ônus probatório dessa hipótese seria mais alto.

20 Ratificando um posicionamento consolidado na Súmula nº 5 do CADE, 2009: “É lícita a estipulação de cláusula de não concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”.

21 Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/contribuicoes-da-sociedade/consulta-publica-sobre-proposta-de-novo-regimento-interno>. Acesso em: 29 ago. 2021.

sua redução para o prazo de cinco anos, usual nos contratos apreciados pelo CADE.

Em seu voto, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo ressaltou que a extensão da cláusula a períodos mais longos tem sido excepcionalmente aceita quando (a) os investimentos são mais vultosos, (b) estão envolvidos planos estratégicos de longo prazo, e (c) a maturação mais lenta e a tradição de relações duradouras com fornecedores e clientes justificam a dilação da cláusula. Portanto, com base nas particularidades do caso concreto, cujos investimentos demandavam recursos significativos e a implementação de medidas de longo prazo, considerou-se razoável o prazo de 10 anos.<sup>22</sup>

Em suma, as cláusulas anticoncorrenciais devem ter um prazo determinado, limitado e justificado com base na racionalidade econômica do negócio celebrado entre partes, de modo que não cerceiem excessiva ou indefinidamente a atividade de quem se submete às suas disposições. Muito embora o prazo de cinco anos funcione como regra geral, as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em consideração de sorte a justificar uma eventual redução ou prorrogação de tal prazo. Não havendo limite temporal na fixação do compromisso, doutrina e jurisprudência usualmente propõem restringir a cláusula para um período específico, garantindo sua validade, ainda que por um determinado prazo, em prestígio à autonomia privada.

## **2.2. Limitação territorial.**

Da mesma forma, a abrangência da cláusula de *non compete*

---

22 Nesse mesmo sentido, veja-se: CADE, A/C nº 08012.002814/2009-06, julgado em 17 de junho de 2009. O caso versava sobre a aquisição do controle individual sobre a Joint Venture Areva NP S.A.S., e suas afiliadas, pela Areva S.A. Na oportunidade, o CADE entendeu que a cláusula de não concorrência de oito anos prevista no acordo seria válida tendo em vista a especificidade do setor afetado, caracterizado por planos estratégicos de longo prazo e marcado por investimentos vultosos.

também deve ser geograficamente limitada ao território relevante de atuação das partes envolvidas para, assim, evitar uma disputa de mercado ou de clientela.<sup>23</sup> Por consequência, a obrigação de não competir deverá produzir efeitos apenas na “zona em que se trava a concorrência, não valendo fora do âmbito de influência dos estabelecimentos concorrentes”.<sup>24</sup>

Pensando sob o ponto de vista geográfico, realmente não será merecedora de tutela a cláusula que, por exemplo, proíba o antigo diretor de uma cervejaria brasileira de atuar em cargo semelhante em uma companhia do mesmo setor, porém cuja atuação esteja restrita a um país vizinho. Sem dúvida, o conhecimento e *know-how* que tal profissional carrega é valioso, mas a simples inexistência de competição concreta entre as sociedades naquele território impede que se imponha uma restrição ao profissional, até em razão da ausência de qualquer prejuízo à companhia brasileira. Vale ressaltar que a conclusão poderá ser diferente caso seja demonstrado, no caso concreto, que a companhia brasileira tenha traçado planos efetivos e concretos de expansão, nos anos seguintes, de sua produção para países vizinhos.

A aplicação da limitação territorial é muito discutida quando se trata de estabelecimentos comerciais em *shoppings centers*.<sup>25</sup> Nesse

---

23 Nesse sentido, destaca-se, mais uma vez, a lição de Nelson Nery Junior, que aponta que “deve estar expresso na convenção contratual que a não concorrência restringe-se à área em que poderia, em concreto, haver uma disputa de mercado ou de clientela, ou seja, em áreas em que um dos concorrentes já está estabelecido; não é válida, portanto, cláusula que imponha a não concorrência fora da área geográfica que sofre influência dos estabelecimentos concorrentes” (NERY JUNIOR, Nelson, *Op. Cit.*, p. 8). No mesmo sentido caminham os ensinamentos de Wallace Corbo e Eduardo Takemi, segundo os quais: “A abrangência da cláusula deve-se limitar ao mercado relevante geográfico, restringindo sua delimitação espacial aos locais nos quais atua a sociedade empresária” (KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 290).

24 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Op. Cit.*, p. 689.

25 Sobre o tema da concorrência em *shopping centers*, vale a transcrição dos ensinamentos de Fábio Konder Comparato: “Tais limitações indiretas à concorrência correspondem, sem dúvida, a um efeito natural do conjunto de contratos criadores do centro comercial, pois, tratando-se,

setor, é comum a estipulação de “cláusulas de raio”, que visam proteger os *shoppings*, a fim de evitar que os lojistas concorram contra o proprietário do empreendimento central. As cláusulas de raio são, portanto, um verdadeiro incentivo para que os lojistas concentrem todo o seu potencial em atrair clientela para o próprio *shopping*, convergindo seus esforços para o projeto comum. O foco é proteger a viabilidade e lucratividade da atividade econômica e, por esse motivo, tais cláusulas são reconhecidamente válidas.<sup>26</sup>

Entretanto, o entendimento que costuma prevalecer é de que as cláusulas de raio, quando impostas de forma irrestrita nos contratos de locação, têm o potencial de fechar o mercado, configurando conduta anticompetitiva. A jurisprudência do CADE<sup>27</sup> aponta que o parâmetro para aferição da validade das cláusulas de raio deve ser de 2 km, muito embora, mais uma vez, a definição objetiva dessa restrição possa variar à luz do caso concreto. Isso porque a razoabilidade da extensão do limite varia de acordo com uma série de fatores, como a natureza da atividade comercial e a densidade demográfica da região, justificando cláusulas de raio mais restritas em áreas metropoli-

---

como foi visto mais acima, de relações contratuais de organização, por meio da técnica grupal, a função econômica desses contratos vai no sentido de colaboração entre as partes e não da competição entre elas.” (COMPARATO, Fábio Konder, *Op. Cit.*, p. 27).

26 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial n. 1535727/RS, Relator: Min. Marco Buzzi. Data do Julgamento: 20 jun. 2016, Data de Publicação: 20 jun. 2016. No caso, entendeu o Relator que “11. A aventada modificação unilateral das normas gerais complementares do empreendimento de 2.000 (dois mil) para 3.000 (três mil) metros de raio, desde que não tenha sido imposta unilateralmente para os contratos de locação em curso quando da modificação estatutária, não apresenta qualquer ilegalidade, pois, o dono do negócio pode impor limitações e condições para o uso de sua propriedade por terceiros”.

27 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46, Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Junior. Data do Julgamento: 22 jun. 2016, (Representante: Ministério Público Federal do Rio de Janeiro e Representada: Shopping Iguatemi em Porto Alegre); BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48, Conselheiro Relator João Paulo de Resende. Data do Julgamento: 11 nov. 2015 (Representante: CADE Ex Officio Representadas: Shopping Eldorado, Shopping Morumbi, Shopping Jardim Sul, Shopping Villa Lobos e Shopping Higienópolis).

tanais, como Rio de Janeiro e São Paulo, e outras mais amplas em áreas menos densamente povoadas.

### **2.3. Limitação material.**

Para ser válida, a cláusula de não concorrência deverá também ser restrita ao ramo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento titular da clientela, não se estendendo a outro tipo de atividade empresarial.<sup>28</sup> Assim, entende-se que a cláusula de *non compete* deve ser lida e interpretada à luz do mercado de atuação do sujeito em favor de quem é celebrada, não apenas sob o ponto de vista geográfico, mas também relativamente ao produto ou serviços relevantes à atividade exercida.

Com efeito, se o fundamento da licitude da cláusula de não concorrência reside ora no risco de desvio de clientela do estabelecimento, ora na transferência de *know-how* da companhia para concorrentes, tais cláusulas deverão, então, ser lidas na estrita medida das razões que justificam sua validade. Caso contrário, tais compromissos seriam meramente instrumentos limitadores da livre concorrência.

Dessa forma, não há muita dúvida de que, caso o dono de uma rede de academias venda seus estabelecimentos (ou a participação societária referente a tal empreendimento) para um terceiro, o alienante poderá investir, por exemplo, em uma rede de restaurantes. Cláusulas excessivamente amplas e abstratas, que impeçam aquele que se submete a seus efeitos de praticar toda e qualquer atividade, naturalmente não devem ser ratificadas *in totum* pelo intérprete, que deve limitá-las ao escopo de atuação do sujeito beneficiário pelo

---

28 Nesse sentido: NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 210; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Op. Cit.*, p. 689; NERY JUNIOR, Nelson, *Op. Cit.*, p. 7-8; e GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A cláusula de não concorrência nos contratos de franquia: considerações acerca da função social do contrato e da boa-fé objetiva. *Revista de direito privado*, v. 84, p. 51-73, dez. 2017).

compromisso. Contudo, há exemplos que residem em uma zona cinzenta, nos quais será mais desafiador definir se o campo de atuação de um empreendimento abrange, ou não, determinada atividade.

Importa, ainda, reforçar que a análise da amplitude objetiva da cláusula de não concorrência demanda um estudo de dados concretos e técnicos acerca do que define a atividade desenvolvida e dos riscos concorrenciais que lhe possam ser causados, análise que naturalmente ultrapassa aspectos eminentemente jurídicos.<sup>29</sup> Um bom parâmetro para ajudar na determinação do mercado de atuação do beneficiário da cláusula de *non compete* é a análise do objeto social da sociedade previsto no contrato ou estatuto social. Muito embora as cláusulas que versam sobre o objeto social sejam geralmente amplas, invariavelmente elas são um bom indicativo acerca do ramo e do tipo de atividade que os sócios visam desenvolver.

#### **2.4. Contraprestação.**

Um requisito recorrentemente trazido para questionar a validade das cláusulas de não concorrência é a eventual ausência de contraprestação à pessoa que deixará de atuar no setor de mercado estabelecido no compromisso contratual.<sup>30</sup> Essa exigência é de aplicação menos pacífica e, muitas vezes, é lida e aplicada de forma superficial.

A necessidade de contraprestação como requisito à validade das cláusulas de *non compete* deve ser lida sob uma ótica simples, mas nem sempre bem compreendida: as cláusulas de não concorrência devem ser interpretadas como negócios jurídicos bilaterais, isto é, um negócio jurídico caracterizado “pela reciprocidade das presta-

---

29 No caso de investimento robusto em programas de nutrição e treino *fitness online* (incluindo aplicativos, *websites* e outras mídias), seria possível caracterizar tal empreendimento como concorrente aos estúdios físicos de academia?

30 NERY JUNIOR, Nelson, *Op. Cit.*, p. 6-8.

ções”, em que “[c]ada uma das partes deve e é credora, simultaneamente”.<sup>31</sup> Por conta de tal bilateralidade entre as prestações, deverá o intérprete identificar um sinalagma entre elas, exigindo uma prestação em favor de quem se submete à limitação de concorrência.<sup>32</sup>

Com efeito, se, de um lado, há o adquirente do fundo de comércio (credor da obrigação de não-fazer); do outro lado, há antigo dono do fundo (devedor da obrigação de não-fazer), o qual terá um prejuízo econômico ao deixar de atuar no ramo que ele domina por certo período e em determinado espaço territorial. Ainda assim, não se pode exigir uma remuneração específica decorrente exclusivamente da cláusula de não concorrência. Isso porque, no contrato de trespasse, por exemplo, as partes preveem uma série de termos e condições específicos, dentre elas o preço e a forma de pagamento pela aquisição do fundo de comércio. E é justamente nessa rede de obrigações recíprocas, notadamente no valor pago pela transferência, que reside, ainda que indiretamente,<sup>33</sup> a contraprestação pela obrigação de não-concorrer.<sup>34</sup> Mesma lógica orienta, por exemplo, o impe-

---

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. 3, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 140-142.

32 Nesse sentido ensina o autor italiano Tulio Ascarelli: “nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação sinalagmática, enquanto a obrigação de uma das partes dependa da existência de uma obrigação válida contrária ou enquanto a inexecução da obrigação de uma das partes autorize a não-execução da obrigação da parte contrária” (ASCARELLI, Tulio. *Problema da Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 157). Ainda sobre a definição de sinalagma, ver a lição de Antonio Junqueira Azevedo (AZEVEDO, Antonio Junqueira. (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, p. 363).

33 O próprio Professor Antonio Junqueira Azevedo já discorria sobre a possibilidade de haver sinalagmas indiretos que seriam característicos, por exemplo, em contratos de colaboração e associativos (AZEVEDO, Antonio Junqueira, *Op. Cit.*, p. 363).

34 De forma análoga, veja-se o caso do profissional que se desliga da empresa, trazido pelo Professor José Roberto Castro Neves. O autor explica que, nesse momento, uma série de obrigações são contratadas entre o ex-empregado e a antiga empregadora, como prêmios, gratificações, seguros, etc. Assim, seria natural que a cláusula de não concorrência venha inserida nesse acordo, sem que se faça referência diretamente à remuneração decorrente do dever de não

dimento de concorrer em contratos de alienação de participação societária.

É possível, ainda que a contraprestação pela obrigação de não concorrer tenha outras facetas. Imagine-se, por exemplo, uma cláusula de não concorrência inserida no bojo de um contrato de trabalho, limitando a atividade do empregado por determinado tempo após sua saída da sociedade que o empregava. Nesse caso, poderão ser interpretadas como contraprestação da obrigação de não concorrer o conjunto de multas e/ou verbas indenizatórias devidas em razão do encerramento forçado do vínculo e/ou, até mesmo, o salário do empregado, que naturalmente é influenciado pela limitação que lhe será imposta após sua o encerramento do vínculo de trabalho.

Tal raciocínio pode ser analogamente aplicado no contexto da relação jurídica entre uma sociedade e seus diretores estatutários, muito embora tais situações tenham naturezas jurídicas distintas. Destaca-se, contudo, que o encerramento seja do contrato de trabalho ou do vínculo entre diretor e uma sociedade pode ocorrer por uma série de razões, de sorte que o ordenamento jurídico não precisa tutelar todas essas situações de maneira idêntica. Ora as partes podem prever, no contrato, consequências jurídicas distintas para a destituição sem justa causa de um diretor, para su destituição por justa causa e para renúncia espontânea do diretor ao seu cargo.

No primeiro cenário, a obrigação de não concorrer só parece ser merecedora de tutela se estiver atrelada ao pagamento de alguma espécie de multa ou outra contraprestação pecuniária qualquer capaz

---

trabalhar para empresa rival, mas haja vantagem econômica do contratado que justifique o dever negativo (NEVES, José Roberto de Castro, *Op. Cit.*, p. 211). Nesse sentido, destaca-se o entendimento do Desembargador Cesar Ciampolini ao julgar como válida cláusula que limitava a atuação do ex-Diretor Presidente de uma companhia aberta que havia renunciado a seu cargo, imotivadamente: “A compensação pela contratação da não concorrência, aliás, não é uma exigência apontada de forma unânime pela doutrina nem nas relações laborais e, assim sendo, torna-se ainda mais discutível numa relação empresarial e estatutária” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª CRDE, Agravo de Instrumento nº. 2172981-45.2016.8.26.0000, Relator: Cesar Ciampolini. Data de Julgamento: 09 nov. 2016).

de justificar e remunerar o diretor pelo tempo em que permanecerá impossibilitado de atuar como tal. Isso porque, como o encerramento do vínculo ocorreu por iniciativa da sociedade, seria abusivo reconhecer a validade de uma cláusula que impedisse um diretor executivo de exercer sua profissão por uma decisão unilateral e desmotivada da sociedade. Por outro lado, no segundo e no terceiro cenários, pode ser reconhecida como válida a obrigação de não concorrer, não obstante a ausência de uma multa ou contraprestação direta, uma vez que o encerramento do vínculo se deu, respectivamente, por culpa ou vontade do próprio diretor.

Em outras palavras, a contraprestação deve estar associada, em caráter mais amplo, ao equilíbrio da relação contratual, impedindo que uma das partes seja submetida indevidamente a um compromisso unilateral de não concorrer, que representaria, nessas condições, imposição de um simples impedimento do exercício da atividade profissional. À guisa de parcial conclusão, não há óbices em que se reconheça a contraprestação como requisito à validade da cláusula de não concorrer. Essa exigência, contudo, deve ser lida em uma chave complexa, que leve em consideração a integralidade da relação contratual existente entre os sujeitos e o equilíbrio das prestações, e não como uma mera contraprestação pecuniária direta e imediata, devida exclusivamente por força da obrigação *non compete*.

## **2.5. Acessoriedade.**

Há também outro requisito muitas vezes ignorado pela doutrina e jurisprudência civilistas, mas trazido com frequência nas decisões administrativas do CADE:<sup>35</sup> a natureza acessória das cláusulas de

---

35 Remete-se ao caso *Mitchel v Reynolds* do século XVIII em que se distinguiu as restrições à concorrência entre gerais e particulares. Ao passo que as restrições gerais deveriam ser consideradas ilegais, já que eram estabelecidas apenas com o objetivo de limitar a concorrência, as chamadas restrições particulares, que via de regra são firmadas como estipulações acessórias de uma transação principal, poderiam ser válidas, a depender da análise do caso concreto,

não concorrência.<sup>36</sup> Em resumo, o requisito da acessoriedade impede que a cláusula de *non compete* seja um fim em si mesma, evitando que se torne um mero instrumento estratégico para afastar artificialmente possíveis concorrentes. Como se pode perceber, há uma relação latente entre a acessoriedade desse tipo de compromisso e a exigência de contraprestação em razão da sua celebração.

A validade da cláusula, como um todo e também especificamente de cada um dos seus limites (territorial, temporal e material), deve estar amparada por uma função jurídica, a qual poderá ser, muitas vezes, reconhecida no caso concreto a partir de uma análise econômica do negócio. Isto é, a extensão da obrigação de não concorrer só será merecedora de tutela jurídica na medida em que seja instrumento para o desenvolvimento e o sucesso de um determinado negócio ou atividade empresarial.<sup>37</sup>

O compromisso desempenha um objetivo claro: preservar a legítima expectativa de lucratividade do empreendimento, seja impedindo o desvio de clientela, seja evitando a transferência de conhecimento e *know-how*. Assim, mitigam-se eventuais perdas econômicas

---

sempre levando em conta a razoabilidade. Um segundo caso que traz referência ao requisito da acessoriedade é o chamado *US v. Addyston Pipe & Steel*, em que se firmou a doutrina das *Ancillary Restraints*, segundo a qual as restrições são aceitáveis quando inseridas num contexto maior de uma operação, de modo que essa obrigação de não concorrer seria apenas um elemento auxiliar, acessório, subordinado, mas essencial ao sucesso da transação.

36 Guia de análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado em 2016 pelo Cade – item nº 6; KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 281; NAVAS, Amanda R. E. Análise in casu de cláusulas de não concorrência em contrato de distribuição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, p. 1209-1246, mar. 2013; e GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A cláusula de não concorrência nos contratos de franquia: considerações acerca da função social do contrato e da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 84, p. 51-73, dez. 2017).

37 Wallace Corbo e Eduardo Takemi dão um passo além para, amparando-se na jurisprudência do CADE, considerar que a cláusula de não concorrência deve ser dotada de essencialidade em relação ao negócio principal (KATAOKA, Eduardo Takemi; e CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 281).

que o adquirente de determinado empreendimento terá, caso seu parceiro passa a com ele concorrer.

Em rigor, a cláusula de não concorrência não pode ser celebrada impositivamente, como um fim em si mesmo, no exclusivo intuito de retirar determinado *player* do mercado sem motivos fáticos ou jurídicos que justifiquem essa obrigação. Dependerá, ao revés, da existência de um negócio ou atividade que justifique, do ponto de vista econômico e financeiro, a restrição da atividade concorrencial. Se não há benefício – ou ao menos mitigação de riscos – àquele em favor de quem a cláusula é celebrada, sua instituição não merecerá tutela pelo ordenamento jurídico.

Isso não significa dizer que a obrigação anticoncorrencial não possa ser o elemento central de determinado instrumento jurídico ou mesmo objeto de um negócio jurídico autônomo, voltado exclusivamente para esse fim, desde que se insira no contexto de um negócio mais amplo com concessões e obrigações mútuas.

Mais uma vez, ressalte-se ainda que a validade de tal cláusula (e o *design* do seu escopo de aplicação) deverá ser interpretada à luz do caso concreto, da atividade prestada e das partes envolvidas, e principalmente deverá ser verificado se há ou não assimetria informacional e econômica na relação. A imposição de uma obrigação de não concorrência desacompanhada de outras concessões e obrigações mútuas e desprovida de legítimas justificativas econômicas, como um fim em si mesmo, pode representar o exercício de uma posição abusiva por parte daquele em favor de quem a cláusula é celebrada, em detrimento daquele que está submetido às suas disposições.

## **2.6. Legítimo interesse.**

Finalmente, há, ainda, quem sustente a existência de um último requisito de validade: a existência de legítimo interesse do beneficiário da cláusula de *non compete* que justifique a restrição da con-

corrência imposta ao devedor da obrigação. Nas palavras de Adriano Ferriani e Giovanni Ettore Nanni:

A respeito do legítimo interesse do credor, deve-se perquirir se a cláusula de não concorrência é necessária ao credor, isto é, se resulta de imperativo justificável, razoável e proporcional ao credor no bojo de seu ramo de atividade empresarial ou se tem por objetivo, unicamente, causar dano ao devedor.<sup>38</sup>

Como se percebe, a exigência é marcada por elevada abstração e, ao fim e cabo, não parece se distanciar do inerente controle valorativo do conteúdo e das limitações necessárias à validade desse e de qualquer outro compromisso celebrado no exercício da autonomia privada, devendo, ao revés, ser extraído dos demais requisitos de validade apresentados ao longo desse breve trabalho.

O merecimento de tutela<sup>39</sup> das cláusulas de não concorrência pressupõe a existência de um legítimo interesse que justifique a sua celebração, inclusive limitando a obrigação de não fazer para que não ultrapasse a finalidade para a qual se destina. Tais compromissos só deverão ser tutelados pelo intérprete caso suas disposições e delimitações sejam adequadas à defesa legítima do fundo de comércio e da clientela daquela em favor de quem são instituídos. Em ou-

---

38 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 36.

39 Eduardo de Nunes Souza, ao apresentar o filtro do merecimento de tutela, o define como a contraposição de interesses lícitos e legítimos que, quando em conflito, devem ser valorados e sobrepesados, no intuito de se aferir qual deles é predominante na concretização dos valores do ordenamento jurídico: “Por vezes, porém, atos particulares que não apresentam fundamento para sua supressão podem sujeitar-se a outra espécie de valoração, baseada em seu potencial de promover valores do ordenamento. Esse julgamento, o merecimento de tutela aqui proposto em sentido estrito, não classifica os atos como ilegítimos ou legítimos (ainda que, ao final, um dos atos venha a ser reprimido), mas procura identificar qual deles deve merecer tutela privilegiada em face do outro no caso concreto.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 58, abr./jun. 2014).

tras palavras, a validade das cláusulas anticoncorrenciais pressupõe que os interesses por trás da sua celebração sejam legítimos e conformes o ordenamento jurídico. Trata-se, ao fim e cabo, de um controle valorativo da extensão das cláusulas, necessário para justificar a sua existência e a sua extensão, sendo certo que, caso sejam excessivas e demasiadamente amplas, revelar-se-ão contrárias aos valores que buscam tutelar e, nesse passo, não deverão ter sua validade reconhecida pelo intérprete.

O intérprete, portanto, não estará alheio ao exame do legítimo interesse quando avaliar se, por exemplo, uma obrigação de não-competição abrange desnecessariamente atividades que não estão necessariamente vinculadas ao mercado relevante do interessado; que ultrapassam seu território de atuação; ou que são excessivas do ponto de vista temporal, considerando o perfil e natureza da atividade exercida. Da mesma forma, deve-se perquirir se a cláusula de não concorrência foi estipulada em função do sucesso de um negócio efetivo, remetendo-se, assim, ao requisito da acessoriedade. A avaliação sobre se a cláusula de *non compete* atende aos requisitos listados nesse trabalho é pressuposto à verificação de seu merecimento de tutela e, portanto, à presença de um legítimo interesse que a oriente.

Em suma, a existência e a extensão das cláusulas de não concorrência devem ser proporcionais e adequadas aos interesses em jogo e, principalmente, aos valores do ordenamento jurídico que justificam a licitude desse tipo de compromisso. Esse controle, contudo, é inerente a qualquer ato praticado em livre exercício da autonomia privada, que deve ser sempre exercida de acordo com os valores do ordenamento. A ideia de legítimo interesse como um novo e específico requisito de validade das cláusulas de *non compete*, para além dos demais já explorados anteriormente, parece-nos mera tautologia.<sup>40</sup> O legítimo interesse, ao contrário, perpassa e se concretiza jus-

---

40 Nesse sentido, destaca-se a lição de Arnaldo Wald, Alberto Xavier, que já relacionavam a limitação temporal e geográfica com a ideia de legítimo interesse: “42. Colocando-nos seja no campo do Direito do Trabalho, seja no do Direito Civil, não vemos motivo para discutir a

tamente na aplicação dos demais parâmetros de validade das cláusulas, fundamentais ao reconhecimento do seu merecimento de tutela.

### **3. Dever de não concorrência em caso de omissão legal e contratual.**

Cumprido, agora, tecer comentários acerca de aspecto especialmente polêmico das cláusulas de *non compete*, a saber, se existe ou não de um dever abstrato de não concorrência quando não há previsão legal ou contratual instituindo-o. Em outras palavras, não se estando diante de um contrato de *trespasse* – e, portanto, tampouco de aplicação do art. 1.147 do Código Civil – e sendo as disposições contratuais omissivas quanto ao tema, há de se reconhecer uma cláusula implícita de não concorrência?

Essa discussão foi antecipada no *leading case* brasileiro, cuja conclusão foi diametralmente oposta ao que hoje determina o art. 1.147 do Código Civil. Em julgamento que remonta à década de 1910, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a renúncia ao direito de exercer determinada atividade deveria ser expressa, permitindo, assim, ao Conde Álvares Penteado, retirante da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, continuar a exercer seu ofício.<sup>41</sup> Concluiu-se, em síntese, pela inexistência de uma obrigação implícita de não concorrência, com possibilidade de que o Conde praticasse sua atividade pro-

---

licitude da cláusula de não concorrência, desde que limitada no tempo e no espaço, correspondendo a um interesse legítimo das partes e tendo tido uma adequada compensação contratual, conforme bem salientaram as leis estrangeiras, os acórdãos dos tribunais e os autores que se dedicaram ao estudo da matéria” (WALD, Arnoldo; XAVIER, Alberto, *Op. Cit.*, p. 9-10).

41 FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O restabelecimento do alienante após a transferência do estabelecimento. *Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*, n. 23, 1998, p. 116-118. Para uma análise mais aprofundada do instigante episódio, que contou com a participação de diversos juristas de renome da época veja-se: PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 19-33; e DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 237-246.

fissional, em concorrência com a Companhia, em que pese tivesse se retirado da sociedade recentemente.

Muito embora não se possa desconsiderar que o ordenamento jurídico e os valores vigentes à época fossem totalmente distintos, a referência histórica contribui para demonstrar, simultaneamente, a relevância do tema, sua sensibilidade, não raro sendo objeto de instigantes discussões práticas, e a multiplicidade de entendimentos que o permeiam.

Defendeu-se, no Capítulo II mais acima, que as diversas normas extraídas de todo o ordenamento jurídico permitem concluir pela inequívoca licitude dos compromissos de não concorrência, desde que levem em consideração os diversos requisitos de validade ao qual devem se submeter, a fim de não restringir excessivamente a livre iniciativa econômica, a livre atividade empresarial e o direito ao trabalho.

Essa constatação, contudo, não equivale ao reconhecimento de um dever geral e abstrato de não concorrência. Não há como se desconsiderar o eloquente silêncio do legislador em trazer uma norma que instituisse uma obrigação dessa natureza e que fosse dotada de tamanha amplitude. O Código Civil, a bem ver, limitou um dever de não concorrência exclusivamente aos contratos de trespasse, no referido art. 1.147.

A omissão não soa despropositada. O estabelecimento comercial é elemento marcante da sociedade empresária, possuindo grande papel na captação da clientela e na sua fidelização. A vedação legal à concorrência fixada no Código Civil, nesse passo, tem por objetivo impedir que o alienante do estabelecimento se restabeleça no mesmo mercado após a operação, oferecendo concorrência ao adquirente e causando desvio de clientela.<sup>42</sup>

---

42 SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da, *Op. Cit.*, p. 16.

Nesse contexto, a menção específica à obrigação de não concorrência exclusivamente para essa espécie contratual parece demonstrar uma preocupação do legislador em não estendê-la a outras atividades negociais. Mesma lógica orienta a previsão contida no art. 482, alínea *c*, da CLT. Nesse caso, a vedação legal decorre da proteção do empregador, evitando que, durante a vigência do contrato de trabalho, o empregado se valha de seu vínculo empregatício para fazer concorrência àquele que o emprega. Também nesse caso o escopo da norma restritiva é específico e bem delimitado.

A existência de um dever implícito de não concorrência se mostra controverso em operações societárias, em especial no contexto de alienação do controle acionário. Diversos autores que defendem a aplicabilidade do art. 1.147 à alienação da participação societária, fazendo-o com base principalmente na similitude entre esse tipo de operação e a alienação do estabelecimento. Nesse sentido é o posicionamento de Adriano Ferriani e Giovanni Ettore Nanni<sup>43-44</sup>:

Não há diferença substancial entre os regimes jurídicos aplicáveis, porque não só a natureza da cláusula de não concorrência remanesce a mesma, como notadamente o interesse jurídico de proteção da livre concorrência e da livre iniciativa estará sempre presente, além do interesse eco-

---

43 O entendimento é compartilhado por GRECHI, Frederico Price, “A Cláusula de não Concorrência na Cessão do Estabelecimento Empresarial na Perspectiva Civil-Constitucional”. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.), *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364.

44 Também Fábio Konder Comparato, ao discorrer sobre as cláusulas de não concorrência em contratos de *shopping centers*, defende a existência de uma obrigação implícita nesse sentido, ainda que fazendo referência ao regimento interno dos grandes estabelecimentos comerciais: “Pode-se, pois, sustentar que essas limitações à concorrência, sendo um efeito natural dos contratos de constituição e exploração dos centros comerciais, existem sempre como cláusula implícita e devem ser aplicadas, mesmo na ausência de estipulação expressa. Ao celebrarem contrato de locação de dependências num shopping center os comerciantes lojistas aderem ao regimento interno e, portanto, aceitam convencionalmente as normas limitadoras da concorrência.” (COMPARATO, Fábio Konder, *Op. Cit.*, p. 27-28).

nômico envolvido a respeito do conglomerado de ativos envolvidos em negócios dessa natureza, incluindo a expectativa da geração de proventos por intermédio da clientela, assim como o retorno dos investimentos efetuados.<sup>45</sup>

Em sentido contrário, há quem se posicione pela inexistência de uma obrigação implícita de não concorrência nas hipóteses em que houver omissão legal e contratual, e, portanto, pela inaplicabilidade da regra do *trespasse* às alienações societárias, inclusive às operações de alienação societária. O fundamento, nesse caso, está associado (i) ao princípio da legalidade, que impede a instituição de obrigação legal não prevista em lei e não extraída do ordenamento jurídico, (ii) à defesa da autonomia privada e (iii) à impossibilidade de aplicação analógica de determinação legal que represente restrição de direitos. No entendimento<sup>46</sup> de Eduardo Takemi Kataoka e Wallace Corbo: “parece mais adequado reconhecer que, em regra, a inexistência de previsão contratual ou legal impede o reconhecimento de cláusulas de não concorrência tácitas em uma generalidade de espécies de negócios jurídicos”.<sup>47</sup>

---

45 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 24.

46 O entendimento é compartilhado por Ricardo Villela Mafrá Alves da Silva: “Não obstante a similaridade dos efeitos econômicos gerados pela alienação de controle societário e pela transferência de estabelecimento, acredita-se que a resposta seja negativa. O artigo 1.147 do Código Civil, em razão de sua natureza, não comporta interpretação extensiva ou por analogia.” (SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da, *Op. Cit.*, p. 17-19).

47 KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 286. Ao defender tal posicionamento, os autores trazem a seguinte fundamentação: “Nada obstante, fato é que – em termos gerais – está-se aqui analisando matéria submetida aos princípios da legalidade, da livre iniciativa e da autonomia da vontade. Do primeiro, decorre a impossibilidade de se impor ao particular obrigação não prevista em lei e que não decorre diretamente de imperativo constitucional. O segundo, por sua vez, pretende garantir o livre desenvolvimento da atividade econômica, desde que submetidas aos parâmetros constitucionais e legais da boa-fé e da função social da empresa. Por fim, a autonomia da vontade impõe que, havendo receio de prejuízo às atividades econômicas de uma das partes, os contratantes negociem a inclusão de cláusula objetivando precisamente impedir tal situação”.

Também a jurisprudência vacila. No Tribunal de Justiça de São Paulo é possível encontrar julgados que ora reconhecem um dever implícito de não concorrer no caso de exercício do direito de retirada<sup>48</sup> e que ora afastam esse tipo de obrigação, diante da inexistência de convenção contratual nesse sentido.<sup>49</sup>

Atualmente, prevalece na jurisprudência o entendimento pela inaplicabilidade do art. 1.147 a situações que não sejam relativas à alienação do estabelecimento, justamente em razão da impossibilidade de que seja atribuída interpretação extensiva a norma restritiva de direitos. Veja-se, a título exemplificativo, julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, este último no qual a matéria de fundo não chegou a ser decidida, por incidência dos óbices previstos nas Súmulas 5 e 7 do Tribunal:

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. CESSÃO DE QUOTAS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL DE NÃO CONCORRÊNCIA POR PARTE DO SÓCIO CEDENTE DAS QUOTAS. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1.147 DO CÓDIGO CIVIL, QUE TRATA DO TRESPASSE DE

---

48 “Abstenção de prática de concorrencial desleal em atividade empresarial. Sócio retirante que constitui outra empresa, no mesmo ramo de atividade e na mesma praça da sociedade da qual se retirou. Ato de deslealdade configurado. Implícita, no contrato de cessão das cotas societárias, a cláusula de não restabelecimento. [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 9142767-40.2002.8.26.0000, Relator: Des. José Roberto Bedran. Data do Julgamento: 18 maio 2002).

49 “Apelação cível. Obrigação de não fazer. Ex-sócio que restabeleceu no mercado com a mesma atividade econômica da sociedade comercial anterior. Ausência de impedimento. Não há convenção entre as partes que estabeleça a proibição do réu em ingressar no mercado com a mesma atividade que exercia quando sócio do apelante [...]. Não há caracterização de concorrência desleal. A livre concorrência é um dos princípios que regem a atividade econômica [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº. 9195254-11.2007.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Ribeiro da Silva. Data do Julgamento: 14 dez. 2011).

ESTABELECIMENTO. INTERPRETAÇÃO RESTRI-  
TIVA. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.  
RECURSO NÃO PROVIDO.<sup>50</sup>

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO  
ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DISSO-  
LUÇÃO DA SOCIEDADE. INAPLICABILIDADE  
DO ARTIGO 1147 DO CÓDIGO CIVIL. NEGATI-  
VA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO  
OCORRÊNCIA. MATÉRIA QUE DEMANDA REE-  
XAME DE FATOS, PROVAS E CLÁUSULAS CON-  
TRATUAIS. SUMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO IN-  
TERNO NÃO PROVIDO.<sup>51</sup>

O entendimento que vem prevalecendo é, a nosso ver, acerta-  
do. A especificidade das normas extraídas dos art. 1.147 do Código  
Civil e art. 482, c, da CLT não permitem o reconhecimento de um  
dever geral, abstrato e genérico de não concorrência. Dessa forma,  
sem manifestação das partes nesse sentido, a obrigação de não con-  
corrência não pode ser automaticamente transferida, de forma inte-  
gral, para outros tipos contratuais e atividades negociais que não o  
trespasse, como, por exemplo, a cessão e venda de quotas ou ações  
ou, até mesmo, a incorporação de sociedades, em especial diante da  
elevada complexidade desse tipo de operação.

Ainda que, como defendido ao longo desse trabalho, a valida-  
de das cláusulas de não concorrência possa ser extraída diretamente  
de outros dispositivos, inclusive de matriz constitucional, o reconhe-  
cimento de uma obrigação tão ampla violaria os mesmos valores que  
as cláusulas de não concorrência buscam concretizar, notadamente a  
livre iniciativa econômica e a livre concorrência. As amarras que se-

---

50 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial  
Apelação Cível n. 1020995-55.2016.8.26.0196, Relator: Des. Alexandre Lazzarini. Data do Julga-  
mento: 15 jul. 2020.

51 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo Interno no Agravo em Recurso  
Especial nº. 1.239.219/RS, Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 08 mai. 2018.

riam geradas caso se instituísse uma obrigação dessa natureza seriam excessivas e impactariam negativamente na própria atividade comercial.

Como indicado, a norma extraída do art. 1.147 do Código Civil traz evidente carga restritiva de direitos, de modo que deve ser interpretada de forma estrita, não podendo ser objeto de processo analógico ou de interpretação extensiva.<sup>52</sup> Nesse sentido, veja abaixo doutrina especializada no assunto:

O princípio geral de hermenêutica – as leis que abrem exceção a regras gerais ou restringem direitos só abrangem os casos que especificam – corresponde à repulsa da analogia na aplicação dessas leis, equivale à interpretação estrita dessas mesmas leis.

Embora não fosse expressamente consignado na Lei de Introdução do Código Civil, tal princípio é reconhecido por nossa doutrina e jurisprudência, inclusive pela do Supremo Tribunal.<sup>53</sup>

Essa constatação não impede, contudo, que as disposições normativas que orientam a aplicação do art. 1.147 sejam utilizadas para balizar a interpretação de cláusulas de não concorrência constantes em outros tipos contratuais. A título de exemplo, caso um contrato de compra e venda de quotas sociais não contenha uma cláusula de não concorrência, o comprador não poderá impor a vedação do art. 1.147 do Código Civil. Por outro lado, caso outro contrato dessa natureza preveja uma cláusula anticoncorrencial, mas não estipule um prazo de vigência<sup>54</sup> ou, ainda, estipule um prazo excessivo<sup>55</sup>, o

---

52 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, v. 1, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

53 SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 435-436.

54 Nesse sentido, v. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 16ª Câmara Cível,

intérprete poderá fazer uso da analogia do prazo de cinco anos do art. 1.147 do Código Civil a fim de conservar a vontade das partes de sujeitar o devedor a uma obrigação de não-concorrer e, ao mesmo tempo, afastar eventual abusividade da disposição contratual. A aplicação da norma legal, nesse caso, concretiza a autonomia das partes em instituir a obrigação de *non compete*.

A dúvida sobre a existência de um dever implícito de não concorrer surge também no âmbito das sociedades limitadas. Muito embora tanto a conclusão quanto o seu fundamento sejam discutíveis, há de se apontar que alguns autores defendem que a aplicação dos deveres de lealdade dependerá das características da sociedade e de seus sócios. Isto é, quanto mais forte for o caráter pessoal da sociedade, centrada essencialmente na figura dos sócios e com uma estrutura enxuta, torna-se mais relevante admitir um dever implícito de não competir, sob risco de violação à lealdade. Em sociedades marcadas pela importância do capital, e menos pessoais, o reconhecimento de uma obrigação nesse sentido sem expressa previsão contratual seria mais remoto.<sup>56</sup>

---

Apelação Cível nº. 1.0024.06.044308-2/002 (0443082-97.2006.8.13.0024), Relator: Des. Wagner Wilson. Data de Julgamento: 20 mar. 2013, no qual o prazo de 5 anos do art. 1.147 do Código Civil foi aplicado, por analogia, à hipótese de sócio retirante vinculado à cláusula de não concorrência sem limitação temporal previsto instrumento de alteração contratual.

55 Nesse sentido, v. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª CC, Apelação Civil nº. 70036049377, Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Data de Julgamento: 08 nov. 2012, v.m, no qual a cláusula de não concorrência não respeitou os limites temporal, espacial e material, mas ela não foi declarada nula. O tribunal reconheceu a abusividade parcial da cláusula e ela foi readequada.

56 “Por um lado, silentes os contratos sociais, o aplicador do direito deverá se debruçar nas características específicas da sociedade sob estudo. No caso dessa sociedade limitada constituir uma sociedade de pessoas – com características pessoais –, entendemos que o dever de não competir seria implícito a essa sociedade, somente podendo ser violado mediante autorização expressa dos demais sócios. Por outro, tratando-se de uma sociedade eminentemente de capital, tal obrigação não poderia ser presumida, devendo constar no contrato social e nos documentos societários a expressa vedação ao dever de não competir. Assim, inverte-se a presunção aos olhos da lei.” (NASCIMENTO, Bruno Maglione; ARAÚJO, Caio Vasconcelos; IDEHARA, Cristiana; e LONGA, Daniel Pinheiro. Do dever de não competir dos sócios de uma sociedade

Finalmente, há ainda um último comentário relevante. A inexistência de um *dever implícito* de não concorrência não autoriza que as partes atuem em desacordo com as normas de boa-fé que orientam as relações contratuais e a prática negocial. Dentre as três funções amplamente atribuídas à boa-fé objetiva<sup>57</sup>, ganha relevância, para o presente estudo, aquela que impõe o respeito a deveres anexos à prestação principal, especialmente o dever de lealdade.

Em rigor, da mesma forma que os corolários da boa-fé objetiva devem orientar a interpretação da cláusula de não concorrência, direcionando seu escopo de incidência, tampouco a inexistência de compromisso desse tipo permite às partes agir de modo desleal para propositadamente captar a clientela alheia com base em iniciativas ilícitas, valendo-se, por exemplo, de informações exclusivas a que se teve acesso em razão da relação prévia com o agora concorrente – como base de clientes ou outras informações negociais sensíveis – ou do uso estabelecimento ou nome empresarial similares.<sup>58-59</sup>

---

limitada. *Revista de Direito Privado*, v. 98/2019, p. 109–125, mar./abr. 2019).

57 Confira-se, para todos, a lição de Anderson Schreiber: “Do ponto de vista dogmático, tem-se, por toda parte, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber (a) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (b) função restritiva do exercício de direitos; e (c) função criadora de deveres anexos à prestação principal.” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 404).

58 Quanto a esse último aspecto, o risco de confusão do público é inclusive um dos elementos determinantes que orientam o Instituto Nacional da Propriedade Industrial a permitir ou não o registro de marcas. Confira-se o item 5.11 de seu Manual: “A análise da possibilidade de colidência entre os sinais em cotejo compreende a avaliação de seus aspectos gráfico, fonético e ideológico com o objetivo de verificar se as semelhanças existentes geram risco de confusão ou associação indevida. Trata-se, portanto, de etapa essencial do exame do requisito da disponibilidade, juntamente com a análise da afinidade mercadológica, abordada no item 5.11.2 Exame da afinidade mercadológica”.

59 O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que duas marcas que transmitem a mesma ideia não podem conviver, sob risco de causar confusão ao público: “RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITO MARCÁRIO. AÇÃO DE NULIDADE. SINAIS EVOCATIVOS. REGISTRABILIDADE. SUFICIENTE DISTINTIVIDADE. IMITAÇÃO IDEOLÓGICA. OFENSA AO ART. 124, XIX, DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. [...] 4- A Lei 9.279/96 contém previsão específica que impede o registro de marca quando se constar a

Esses deveres anexos se perpetuam mesmo após a extinção do contrato e o encerramento de sua eficácia imediata. Nas palavras de Adriano Ferriani e Giovanni Ettore Nanni, “a cláusula de não concorrência deve ser interpretada na dinâmica de uma obrigação como um processo, encerrando eficácia pós-contratual”.<sup>60</sup>

A incidência da boa-fé na criação de deveres de lealdade que limitem a concorrência entre as partes deve dialogar intimamente com a natureza do contrato e das partes envolvidas na relação contratual. Isso porque a boa-fé objetiva não incide de maneira idêntica para todo vínculo contratual. O *standard* de comportamento a ser exigido das partes varia de acordo com a espécie de contrato e as características das partes, especialmente se o vínculo é paritário ou assimétrico.<sup>61</sup> Nesse contexto, a verificação de assimetria ou hipossuficiência de uma das partes influenciará sensivelmente no reconhecimento do dever de lealdade e na sua extensão, bem como na interpretação das demais disposições do contrato, especialmente aquelas que tragam restrição de direitos ao polo mais vulnerável da relação. Essa preocupação ganha ainda maior relevância caso se esteja diante de contrato de adesão, para os quais os arts. 423<sup>62</sup> e 424<sup>63</sup> do Código

---

ocorrência de “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia” (art. 124, XIX). 5- A imitação ideológica ocorre quando uma marca reproduz a mesma ideia transmitida por outra, anteriormente registrada e inserida no mesmo segmento mercadológico, levando o público consumidor à confusão ou à associação indevida. [...] 7- Vale consignar que, para a tutela da marca, basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos. Precedentes. [...] 10- RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº. 1.721.697/RJ. Relatora: Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi. Julgado em 22 mar. 2018).

60 FERRIANI, Adriano; NANNI, Giovanni Ettore, *Op. Cit.*, p. 22.

61 “Cada relação obrigacional exige um juízo de valor extraído do ambiente social, considerados o momento e o lugar em que se realiza; mas esse juízo não é subjetivo, no sentido de irradiar-se das convicções morais do intérprete’. Seu sentido deve ser buscado nos parâmetros de lealdade e confiança mútuas próprios de cada tipo de relação jurídicas, guardadas as suas especificidades.” (SCHREIBER, Anderson, *Op. Cit.*, p. 406).

Civil estabelecem regras rígidas de proteção ao aderente. Mais uma vez nas lições de Eduardo Takemi e Wallace Corbo:

É certo que a verificação, na prática, de hipossuficiência técnica de um dos contratantes, de lesão ou – em última análise – de adesividade contratual podem ensejar um quadro diverso – em que a interpretação do contrato deverá ser favorável à parte mais frágil, implicando o reconhecimento do dever de não-concorrer.<sup>64</sup>

A nosso ver, essa linha de entendimento, ao atribuir especial destaque à natureza do contrato e à posição das partes, inclusive reforça a conclusão pela impossibilidade de aplicação analógica do art. 1.147 do Código Civil à alienação de participação societária. Em regra, esse tipo de operação é marcada por densas discussões sobre os efeitos da saída do sócio e, como regra, contam com participação de advogados ou assessoria jurídica direta a todos os envolvidos. Nesse contexto, diante da não previsão de cláusula de não concorrência, pode-se assumir que o reconhecimento de um dever dessa espécie representaria intervenção excessiva e despropositada na autonomia privada, sem que haja justificativa jurídica para tanto.<sup>65</sup>

Conclui-se, em suma, pela inexistência de um dever abstrato de não concorrência e pela impossibilidade de aplicação analógica

---

62 Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

63 Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

64 KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 286.

65 Esse é o entendimento de Eduardo Takemi e Wallace Corbo: “Mas, em se tratando de relações levadas à efeito (sic) no âmbito empresarial, a generalização deste posicionamento conduziria a um indevido paternalismo contratual (que não se confunde, por certo, com a aplicação de princípios constitucionais e legais como a boa-fé e a função social dos contratos e da empresa).” (KATAOKA, Eduardo Takemi; CORBO, Wallace, *Op. Cit.*, p. 286).

do art. 1.147 a espécies contratuais e a operações negociais, inclusive a alienação de participação societária. Essa constatação não impede, contudo, que se reconheça a antijuridicidade da postura de determinada parte em, atuando contrariamente aos deveres de lealdade anexos à boa-fé objetiva, se valer de iniciativas ilícitas para desviar clientela e fazer concorrência desleal, conduta essa que deve ser sempre interpretada à luz das características concretas daquela relação contratual específica.

### **Conclusão.**

É impossível ignorar a relevância e o destaque que vêm sendo atribuídos às cláusulas de *non compete* na prática negocial e na atividade empresarial contemporâneas. Como não poderia deixar de ser, o ordenamento jurídico nacional, atento a essa nova realidade fática, reconhece a licitude desse tipo de compromisso, tão comum em diversas relações empresariais e trabalhistas. Simplesmente não há mais espaço para que se defenda a antijuridicidade das cláusulas de *non compete*, entendimento que se revelaria descolado da realidade negocial, da principiologia constitucional e do caminho que vem sendo trilhado pelos ordenamentos de diversos outros países de tradição similar à brasileira.

Tampouco se pode admitir cláusulas de não concorrência demasiadamente amplas, que acabem por restringir definitivamente o exercício da atividade empresarial ou laboral, em violação direta à livre iniciativa econômica, à livre concorrência e ao direito ao trabalho. Justamente por isso, doutrina, jurisprudência e também o CADE têm atuado ativamente na fixação de balizas normativas que limitem a incidência desse tipo de compromisso, as quais se revelam fundamentais à manutenção da sua validade.

Buscou-se, nesse trabalho, desenvolver e explicar cada uma dessas limitações, com a indicação dos fundamentos que justificam sua exigência e dos posicionamentos jurídicos que reconhecem, em

maior ou menor medida, a sua incidência. Os três requisitos de validade mais tradicionais – a saber, as limitações (i) temporal, (ii) territorial e (iii) material – são pacificamente reconhecidos pela doutrina e aplicados de maneira unânime pela jurisprudência e pelo CADE.

As exigências mais controversas, por sua vez, são aquelas relacionadas (iv) à necessidade de contraprestação, (v) à acessoriedade e (vi) ao legítimo interesse. Para a primeira limitação, importa ressaltar que a contraprestação não pode ser lida de maneira rasa, associada exclusivamente a uma remuneração pela abstenção em concorrer. Deve, ao revés, ser interpretada como a necessidade de que o compromisso de não concorrência possua inerente caráter bilateral, instituindo benefícios – *contraprestações* – também em favor do devedor da obrigação de não fazer, inclusive de modo indireto. A acessoriedade, por sua vez, impõe que a cláusula de *non compete* não seja compromisso alheio a outras disposições, com a única finalidade de inviabilizar a atividade negocial. Isso não significa dizer, contudo, que não possa existir um contrato cuja prestação principal seja aquela de não concorrência, mas tão somente o reconhecimento de que o propósito final da obrigação é a proteção do fundo de comércio e da atividade empresarial, motivo pelo qual não pode se tornar um fim em si mesmo, instituído com a única finalidade de prejudicar aquele que se submete aos seus efeitos. Finalmente, a nosso ver, o legítimo interesse não representa requisito de validade efetivamente autônomo, mas, em diálogo com as demais limitações, mera exigência de que a instituição da cláusula de não concorrência respeite a função que o ordenamento jurídico lhe atribui para, mediante a incidência dos demais requisitos de validade, não represente uma restrição excessiva da atividade empresarial.

Cumpramos ressaltar, ainda, que todos esses requisitos de validade devem ser lidos à luz das particularidades do caso concreto, notadamente da natureza da atividade em questão e da relação existente entre as partes, comportando eventuais, mas necessárias relativizações, seja para que as limitações incidam de forma mais incisiva ou para que sejam flexibilizadas.

Defendeu-se, por fim, a inexistência de um dever geral de não concorrência no ordenamento jurídico nacional. A opção do legislador em instituir uma obrigação dessa natureza exclusivamente para o contrato de *trespasse*, no art. 1.147, parece corroborar essa constatação. A impossibilidade de aplicação extensiva do dispositivo legal em caso de omissão contratual decorre da axiologia constitucional, categórica em defender a livre concorrência e a livre iniciativa econômica, e da impossibilidade de que seja atribuída interpretação extensiva a disposições legais que restringem direitos.

Essa afirmativa não significa, no entanto, que as partes de determinada relação não possam ser responsabilizadas em caso de violação dos deveres de lealdade anexos à boa-fé objetiva, que impedem a prática de atos ilícitos com vistas à obtenção indevida de clientela e ao esvaziamento do fundo de comércio de concorrentes e, principalmente, antigos parceiros comerciais ou empregadores. Também para essa análise ganham especial relevância as particularidades da relação e da atividade desenvolvida, bem como as próprias características das partes, notadamente se existe ou não assimetria e hipossuficiência.

Os pontos sobre os quais se buscou discorrer ao longo desse trabalho estão longe de ser irrelevantes. Em um contexto global marcado pelo dinamismo da atividade econômica e por uma concorrência cada vez mais agressiva, a atenção às balizas normativas que orientam os compromissos anticoncorrenciais é preocupação que deve estar no cerne de toda e qualquer atividade empresarial.



# **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIOS EM SOCIEDADES LIMITADAS COM APENAS DOIS SÓCIOS<sup>1</sup>**

## **THE (UN)CONSTITUTINALITY OF EXTRAJUDICIAL SHAREHOLDER EXCLUSION IN LIMITED LIABILITY COMPANIES WITH ONLY TWO SHAREHOLDERS**

*Pedro Henrique Carvalho da Costa\**

*Resumo:* O artigo tem como objetivo analisar a mudança legislativa promovida no parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil pela Lei nº 13.729/2019, que permitiu a exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedades limitadas com apenas dois sócios. Far-se-á uma análise do instituto da exclusão extrajudicial, como cláusula opcional de contratos sociais, que permitem a sócios majoritários excluir minoritários em sociedades limitadas quando estes estiverem praticando atos de inegável gravidade em face da sociedade, desde que respeitados os quóruns necessários e a realização de uma reunião ou assembleia prévia para isso, na qual é assegurado ao sócio excludente o direito de defender-se das acusações. Na sequência, será analisada a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações interprivadas, verificando a incidência direta dos preceitos constitucionais a relações que não somente as do Estado. Serão tecidos comentários quanto à constitucionalização do direito privado, especificamente referente ao direito empresarial, com análise de um julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual essa eficácia foi assegurada em um procedimento de exclusão extrajudicial de só-

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 21.08.2021 e aceito em 11.10.2021.

\* Mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pesquisador do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor da Pós-Graduação em Direito Empresarial Aplicado e Análise Econômica do Direito das Faculdades da Indústria (FIEP). Advogado. E-mail: pedro.h.carvalho.costa@gmail.com

cio. A análise da Lei nº 13.729/2019 e da alteração que promoveu levará à conclusão de sua inconstitucionalidade, vez que tolheu os princípios da ampla defesa e do devido processo legal em sociedades limitadas com apenas dois sócios, cuja eficácia é direta e prescinde de previsão contratual. Por fim, recomenda-se uma mudança legislativa, no sentido de apenas permitir a exclusão em sociedades com dois sócios pela via judicial.

*Palavras-chave:* sociedade limitada com dois sócios. Exclusão extrajudicial de sócios. Eficácia direta dos direitos fundamentais. Lei nº 13.729/2019. Inconstitucionalidade.

*Abstract:* The objective of this paper is to analyze the statutory change enacted on the sole paragraph of Article 1.085 of the Civil Code by Federal Statute n. 13.729/2019, which permitted the extrajudicial exclusion of shareholders holding a minority of the equity on limited liability companies with only two shareholders. First, the extrajudicial exclusion institute will be analyzed, as an optional clause for articles of association, which enable shareholders that hold a majority of the equity in a limited liability company exclude minority ones when these are practicing acts of undeniable severity against the company, as long as the respective quorums are respected and a shareholders' meeting is held for such a decision, in which the minority shareholder has the right to defend themselves from the accusations. Following up, the horizontal effectiveness of fundamental rights on private relations will be analyzed, from which it will be concluded that such effectiveness does not apply only to the State and its relations. Comments will be made about the constitutionalisation of private law, specifically of commercial law, with the analysis of a precedent from the Supreme Federal Tribunal, in which such effectiveness was ensured in a procedure of extrajudicial exclusion of a shareholder. The analysis of Federal Statute n. 13.729/2019 and the alterations it enacted leads to the conclusion of its unconstitutionality, since it impaired the principles of *audi alteram partem* and due process of law in companies with only two shareholders, principles whose effectiveness is direct and waives contractual stipulation. Finally, a legislative change is recommended, so that only judicial exclusion is possible in such companies.

*Keywords:* Limited liability company with two shareholders. Extrajudicial exclusion of shareholders. Direct effectiveness of fundamental rights. Federal Statute n. 13.729/2019. Unconstitutionality.

*Sumário:* Introdução. 1. A fundamentação da exclusão extrajudicial em sociedades limitadas. 2. A incidência de direitos fundamentais nas relações societárias. 3. A exclusão extrajudicial em sociedades limitadas com apenas dois sócios: liberdade contratual x ampla defesa e devido processo legal. Conclusão.

## **Introdução.**

O presente artigo analisará a temática da exclusão extrajudicial de sócios em sociedades limitadas, instrumento que a sociedade pode dispor em seu contrato social para o encerramento de vínculos societários sem ter de se buscar o Poder Judiciário ou a arbitragem para tal, tratando especificamente acerca do uso desse mecanismo em sociedades limitadas com apenas dois sócios.

Primeiramente, o instituto da exclusão extrajudicial será analisado, verificando como ele é disposto no Código Civil, destacando pontos positivos e negativos da regência legal. O artigo do Código Civil que dispõe sobre essa matéria, o 1.085, deixa a cargo dos sócios uma regulamentação mais detalhada e a especificação de quais situações serão consideradas como justa causa para validar uma exclusão, devendo sempre ser assegurado, contudo, o direito do sócio que se pretende excluir de defender-se das alegações em uma reunião de sócios.

Na sequência, será introduzida a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações particulares. Para tal análise, far-se-ão comentários a respeito da constitucionalização do direito privado e de como os direitos fundamentais, previstos constitucional-

mente, podem e devem ser aplicados às relações societárias, inclusive se expondo o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A temática da constitucionalidade da exclusão de sócios em sociedades com apenas dois sócios será então analisada. Comentar-se-ão as mudanças introduzidas no direito societário pela Lei nº 13.729/2019, especificamente quanto à disciplina da exclusão extrajudicial. Perquirir-se-á se a mudança trazida, que permite a exclusão de sócios em sociedades com apenas dois membros se realizar sem a necessidade de reunião para deliberação do tema, não padece de inconstitucionalidade. Far-se-á uma análise dos direitos fundamentais envolvidos – especialmente a liberdade contratual, de um lado, e a ampla defesa e o devido processo legal, do outro – para se chegar à conclusão da inconstitucionalidade da mudança legislativa.

Para se chegar às conclusões pretendidas, utilizar-se-á do método dedutivo, com base na revisão bibliográfica de autores brasileiros de direito societário e de outras áreas necessárias para a análise, como o direito civil e o direito constitucional.

## **1. A fundamentação da exclusão extrajudicial em sociedades limitadas.**

A sociedade limitada, ao contrário de outros tipos societários, como a sociedade anônima e a sociedade em nome coletivo, surgiu por iniciativa parlamentar, para oferecer a pequenos e médios empresários uma estrutura jurídica que, ao mesmo tempo, outorgasse o benefício da limitação de responsabilidade, como nas companhias, porém sem a complexidade de constituição e manutenção destas, tendo a simplicidade de constituição das sociedades contratuais.<sup>2</sup>

---

2 MIRANDA, Maria Bernadete. Fundamentos jurídicos da exclusão extrajudicial de sócio na sociedade limitada. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 71/2016, jan./mar. 2016, p. 100.

No Brasil, a limitada foi introduzida no ordenamento jurídico por meio do Decreto 3.708/19, sendo o quarto país no mundo a legislar sobre essa matéria, mesmo antes de países como Estados Unidos da América e França.<sup>3</sup> A principal característica desse tipo societário, que se manteve com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, é a limitação da responsabilidade dos sócios ao valor de suas respectivas quotas e, solidariamente, até a integralização do capital social.<sup>4</sup>

A sociedade limitada é considerada um modelo híbrido entre sociedades de capital e sociedades de pessoas, apresentando características de ambas.<sup>5</sup> Similar às demais sociedades de pessoas, ela é constituída por um contrato social e, ao menos nas menores limitadas, a identidade pessoal dos sócios é relevante para o empreendimento, predominando o *intuitu personae*. Ao mesmo tempo, a maleabilidade de sua estrutura torna-a também apta para negócios de grande monta, na qual será mais relevante os montes que os sócios investem na sociedade do que a relação entre si.

Uma forma de definir se uma sociedade limitada é de capital ou de pessoas é analisar os termos de seu contrato social no que se referem ao ingresso de novos sócios. Quanto mais difícil for o ingresso de novos membros (necessitando quóruns altos para que isso seja aprovado), ela terá mais feições de uma sociedade de pessoas.<sup>6</sup>

Conforme mencionado, a limitada será constituída por um contrato social, que deverá ser registrado na Junta Comercial da sede da sociedade. O Código Civil traz o conteúdo mínimo que o contrato social deve ter em seu artigo 997.<sup>7</sup> Note que, conforme o *caput* do

---

3 TOKARS, Fábio. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 28.

4 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentário aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 366.

5 *Ibidem*, p. 367.

6 *Idem*.

7 Artigo 997 do Código Civil. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I - nome, nacionali-

artigo, esses são apenas seus elementos essenciais, necessariamente presentes em todo ato constitutivo de sociedades contratuais – com as devidas adaptações a cada um dos tipos societários, bem como se se trata de sociedade unipessoal ou pluripessoal –, sendo lícito aos sócios preverem outras cláusulas que quiserem, desde que não expressamente vedadas em lei. Exemplos de cláusulas que podem ser incluídas no contrato social incluem cláusula compromissória de arbitragem, cláusulas relativas à transferência de quotas (como *tag along* e *drag along*) e uma cláusula autorizando a exclusão extrajudicial de sócios.

Esta última está prevista no Código Civil em seu artigo 1.085:

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Esse dispositivo permite aos sócios que, no momento de constituição da sociedade ou mediante posterior alteração do contrato social, seja possível que um sócio, praticando atos de inegável gravidade em face da sociedade, seja excluído por justa causa, sem a neces-

---

dade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

sidade de um processo judicial ou arbitral para tal, conforme seria necessário caso seguido o rito do artigo 1.030 do Código Civil.<sup>8</sup>

Os atos que o sócio que se pretende excluir está praticando devem ser considerados, pela maioria dos sócios, como de má-fé e desleais para com a sociedade, colocando em risco a própria sobrevivência da sociedade.<sup>9</sup> As ações praticadas pelo sócio em questão devem ser imediatamente contra os interesses da sociedade e, mediatamente, contra os interesses dos sócios, por afetar direitos como a obtenção de lucros.<sup>10</sup>

A expressão “atos de inegável gravidade” é propositalmente aberta, permitindo que os sócios, ao redigirem o contrato social, determinem situações que podem se enquadrar como justa causa para a exclusão extrajudicial. A ausência de previsões expressas pode levar a questionamentos judiciais ou arbitrais acerca da existência ou não de justa causa para uma determinada exclusão. Exclusões infundadas, ainda, podem acarretar a responsabilização dos sócios majoritários.<sup>11</sup> Vale destacar que não há diferença semântica ou valorativa entre as expressões “atos de inegável gravidade” e “falta grave”, ambas as expressões denotam o mesmo objetivo e os mesmos fatos.<sup>12</sup>

A simples quebra da *affectio societatis* não é fundamento sufi-

---

8 Artigo 1.030 do Código Civil. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

9 BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 227.

10 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial: sociedades*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 142.

11 BOITEUX, Fernando Netto. A exclusão indevida de sócios e suas consequências. Legislação aplicável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 841, nov. 2005, p. 153.

12 ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: LUPION, Ricardo (org.). *Sociedades Limitadas: estudos em comemoração aos 100 anos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 331.

ciente para a exclusão de um sócio.<sup>13</sup> Pode-se argumentar que, em virtude de atos praticados pelos sócios, ela restaria rompida,<sup>14</sup> porém são os atos em si que constituem a justa causa. Em outras palavras: o rompimento da *affectio* é consequência, não fundamento para a exclusão.<sup>15</sup>

A exclusão de forma extrajudicial é mecanismo que tem como objetivo assegurar a preservação da empresa,<sup>16</sup> princípio fundamental do direito societário, permitindo que a sociedade prossiga sua existência sem o sócio que esteja causando problemas de forma célere e eficiente. Considerando a gravidade da medida, ela deve ser a última opção dos sócios, somente se justificando quando os atos praticados pelo sócio realmente forem intoleráveis no âmbito societário e não houver outra medida para remediar a situação.<sup>17</sup>

Por muito a doutrina debateu acerca de qual seria a natureza jurídica da exclusão de sócios. Dentre as teorias que tomaram destaque, inclui-se: a de a exclusão ser fundada na finalidade pública do instituto, tendo caráter penal; o exercício de um direito de poder disciplinar, de forma similar ao poder disposto pela Administração Pública; a natureza contratual do instituto, tendo como causa o inadim-

---

13 Esse entendimento, apesar de controverso nos tribunais estaduais, foi consolidado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o 67º enunciado, com a seguinte redação: *a quebra do affectio societatis não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade.*

14 Ressalva-se o entendimento do autor sobre esse tema, de que a *affectio societatis* é um conceito vago e impreciso no direito societário, bem como que não se verificam maiores vantagens em sua manutenção no ordenamento jurídico, especialmente pela jurisprudência e seu uso indevido. Para mais informações, ver FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social.* *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 149/150, p. 108-130, 2009.

15 TOKARS, Fábio, *Op. Cit.*, p. 364.

16 MIRANDA, Maria Bernadete, *Op. Cit.*, p. 108.

17 ADAMEK, Marcelo Vieira Von, *Op. Cit.*, p. 332.

plemento por parte de um sócio, o que legitimaria sua exclusão. Esta última teoria é a mais aceita pela doutrina atualmente.<sup>18</sup>

Não se trata de um poder absoluto de sócios majoritários determinarem a exclusão dos minoritários. O parágrafo único do artigo 1.085 estabelece a necessidade de uma deliberação social para que a exclusão seja consolidada:

Parágrafo único. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. (Redação dada pela Lei nº 13.792, de 2019).

Portanto, o procedimento a ser seguido pela sociedade é: a maioria dos sócios, representando mais da metade do capital social, deve convocar uma assembleia ou reunião para se deliberar acerca da exclusão de um sócio minoritário. Nesse conclave, o sócio que se pretende excluir terá direito de defesa, podendo arguir em face dos demais sócios as razões para sua permanência na sociedade. Realizada sua defesa e debatido o assunto entre os presentes, os demais sócios decidirão acerca de sua exclusão ou não.

Ante ausência de quórum específico para essa deliberação, autores tendem a considerar que o quórum aplicável é o da maioria absoluta do capital social.<sup>19</sup> Vale destacar que o sócio que se pretende excluir, por força do parágrafo segundo do artigo 1.074 do Código Civil,<sup>20</sup> não vota nesta deliberação, por lhe dizer respeito diretamente,

---

18 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Op. Cit.*, p. 142-145.

19 *Ibidem*, p. 148.

20 Artigo 1.074 do Código Civil. A assembléia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com

portanto o quórum deve ser computado sem sua participação, porém sua participação deve ser computada para o quórum da instalação da deliberação.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto nota uma incongruência no Código Civil, vez que o quórum para a destituição de sócio da administração da sociedade é de 2/3 do capital social, ao passo que, para a exclusão de sócios, algo mais grave, o quórum seria menor.<sup>21</sup>

Uma possível solução para a questão do quórum é sua interpretação como um quórum complexo, que exige não apenas a maioria do capital social, mas também que essa maior seja expressa pela maioria dos sócios, contados por cabeça. Essa solução é defendida por Marcelo Adamek e Luis Felipe Spinelli, que propõem uma leitura atenta do *caput* do artigo 1.085 – “[...] quando a *maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social* [...]” –, que foi redigido de forma diferente das demais previsões de quóruns societários.<sup>22</sup> Essa solução parece ser a mais adequada, respeitando a redação do artigo e a excepcionalidade da medida, que deve exigir um quórum maior do que apenas maioria absoluta do capital social.

A necessidade de realização de assembleia ou reunião para se determinar a exclusão de sócios merece destaque. Apesar de ser uma medida que, em teoria, assegura ao sócio que se pretende excluir o direito de ampla defesa e a possibilidade de convencer os demais sócios da necessidade de sua permanência, em realidade o sócio se defenderá em face daqueles que, em sua maioria, almejam sua exclusão, sendo um procedimento muitas vezes estritamente formal, com poucas chances de sucesso.<sup>23</sup>

---

qualquer número. § 2º Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.

21 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Op. Cit.*, p. 473.

22 SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 360.

23 LANA, Henrique Avelino. Recesso e exclusão de sócios em sociedades limitadas: dissolução parcial. *Revista de Estudos Jurídicos UNA*, Belo Horizonte, vol. 5, 2019, p. 10.

Isso fica evidente quando se considera que o quórum para se buscar a exclusão de um sócio é de mais da maioria dos sócios, possuidores de mais da metade do capital social. Ou seja, os sócios que pretendem excluir outro já possuem a maioria necessária para a exclusão, independentemente do posicionamento dos demais. Não se pode deixar de considerar, todavia, a possibilidade de algum dos sócios mudar seu posicionamento após a reunião ou verificar que a saída de outro sócio implicaria numa descapitalização significativa da sociedade, algo que seria prejudicial para a preservação da empresa, votando contra a exclusão por conta disso.

Em situações que o sócio excluído não concorde com a deliberação, acreditando ter a exclusão sido efetivada de forma injusta e em desacordo com as previsões legais e contratuais, é possível o questionamento do conclave perante um juiz ou árbitro, haja vista a inafastabilidade do controle jurisdicional – preceito de índole constitucional –, que permite ao julgador averiguar se a situação efetivamente se enquadrava como justa causa.<sup>24</sup>

Na forma como está atualmente disposta no Código Civil, considera-se que a exclusão extrajudicial realiza um papel importante para a preservação da harmonia da sociedade e, ao mesmo tempo, pode servir como palco para abusos de maioria.

## **2. A incidência de direitos fundamentais nas relações societárias.**

A discussão pretendida neste artigo implica, necessariamente, numa introdução ao tema da eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. O debate posto é de se os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, vinculam somente o Estado, como forma de agir e de planejar suas políticas públicas, ou se afetam diretamente os particulares em suas relações descoladas com o Estado.

---

<sup>24</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira Von, *Op. Cit.*, p. 351.

Essa questão pode ser analisada sob o prisma mais amplo da constitucionalização do direito privado, fenômeno que buscou colocar a constituição no centro do ordenamento jurídico, não apenas num sentido hierárquico, mas axiológico. A ideia era romper com a dicotomia estrita entre Estado e sociedade, figuras que “somam-se em direção à ética una que é a defesa material da dignidade da pessoa humana”.<sup>25</sup>

A eficácia dos direitos fundamentais aos particulares pode ocorrer de duas formas: a primeira seria de forma indireta, pela qual se argumenta que os direitos fundamentais devem ser levados em consideração quando da elaboração de leis, que expressariam esses valores fundamentais, porém sem haver uma aplicação direta dos preceitos constitucionais; a segunda prega pela aplicação direta, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre pessoas privadas.<sup>26</sup> Vale destacar, contudo, que os dois modelos não são mutuamente excludentes.<sup>27</sup>

A doutrina da eficácia imediata encontrou grande recepção no Brasil, sendo pouco contestada em trabalhos acadêmicos.<sup>28</sup> Na própria Constituição Federal é possível verificar a tendência por esta concepção: o § 1º do artigo 5º prevê de forma expressa que os direitos fundamentais não necessitam de intermédio legal, sendo aplicáveis imediatamente.<sup>29</sup>

---

25 PAULINI, Umberto. FACHIN, Melina Girardi. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: FACHIN, Luiz Edson. TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 196.

26 *Ibidem*, p. 203-204.

27 *Ibidem*, p. 204.

28 RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 295.

29 Artigo 5º da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

Esse debate manteve-se centrado, de certa forma, no direito civil, cuja doutrina explorou de forma intensa as relações em suas normas e a Constituição. O direito empresarial, por sua vez, manteve-se distante do fenômeno.<sup>30</sup> Somente mais recentemente autores comercialistas começaram a reconhecer a importância dos princípios constitucionais para sua disciplina, reconhecendo também o isolamento que isso causou ao direito empresarial, alheio a esta nova realidade.<sup>31</sup>

A ordem econômica constitucional é estabelecida no artigo 170 da Constituição Federal,<sup>32</sup> que coloca a livre-iniciativa como um de seus fundamentos, observados os ditames da justiça social. Não é possível assegurar a livre-iniciativa empresarial, portanto, sem considerar a coexistência desse princípio com os demais direitos fundamentais garantidos, devendo os fins das sociedades empresariais irem ao encontro desses direitos.<sup>33</sup> Os princípios norteadores do Código Civil, especificamente o da socialidade, o da eticidade e da operabilidade, devem ser observados nas relações econômicas empresariais.<sup>34</sup>

No direito societário, a quebra com a concepção estritamente privatista da disciplina implica no reconhecimento de interesses en-

---

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

30 POZZO, Emerson Luís Dal. *Paradigmas da função social da empresa em crise: da função social à função socioeconômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 148.

31 COELHO, Fábio Ulhoa. O projeto do Novo Código Comercial. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, vol. 29/2012, jan./jun. 2012, p. 202.

32 Artigo 170 da Constituição Federal. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

33 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. VIANNA, Guilherme Borba. Titularidade patrimonial na empresa frente à ordem civil-constitucional e o papel empresarial para a dignidade da pessoa humana: primeiras anotações. *Scientia Iuris*, Londrina, vol. 12, 2008, p. 76.

34 *Ibidem*, p. 77.

volvidos que vão além dos interesses dos sócios para a formação do interesse social.<sup>35</sup>

Quanto ao reconhecimento da incidência de direitos fundamentais nas relações societárias, cita-se o Recurso Extraordinário n. 158215,<sup>36</sup> julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1996. Nele, debatia-se acerca da exclusão de um associado de uma cooperativa, a qual havia sido realizada sem a observância do devido processo legal. O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, entendeu que os princípios do devido processo legal e do contraditório deveriam ter sido observados pela cooperativa, restando o julgado ementado da seguinte forma:

DEFESA - *DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM*. A intangibilidade do preceito constitucional assegurado do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado

---

35 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº. 158215. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 30 abr. 1996. Data de Publicação: 07 jun. 1996.

Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. *Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa.* Simple desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (grifos nossos)

Em seu voto, o relator consignou que era obrigação da cooperativa assegurar o direito dos associados de defenderem-se das alegações, restando ilegal e inconstitucional a exclusão sumária. Esse julgado foi posteriormente citado como precedente no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 346501, em 2004,<sup>37</sup> que abordou situação similar. Em outro caso semelhante, no Recurso Extraordinário n. 201819, em 2005, a incidência dos mesmos direitos fundamentais foi reconhecida em uma associação sem fins lucrativos,<sup>38</sup> entidade não societária, porém igualmente associativa.

O disposto no artigo 1.085 do Código Civil, em seu parágrafo único, está em sintonia com a incidência de direitos fundamentais nas relações particulares, não outorgando um direito potestativo dos sócios majoritários de excluïrem sócios minoritários, mas somente após

---

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 346501, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 16 dez. 2004. Data de Publicação: 25 fev. 2005.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº. 201819. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 11 out. 2005. Data de Publicação: 27 out. 2006.

um procedimento interno, no qual seja devidamente garantida a oportunidade do sócio se defender. Caso um contrato social preveja um mecanismo distinto para a exclusão de sócios, não apenas padecerá de ilegalidade, porém também de inconstitucionalidade.

### **3. A exclusão extrajudicial em sociedades limitadas com apenas dois sócios: liberdade contratual x ampla defesa e devido processo legal.**

Em 2019, foi promulgada a Lei n. 13.729/2019, que promoveu mudanças em alguns pontos da disciplina das sociedades limitadas no Código Civil. A mais notável delas foi a alteração do parágrafo único do artigo 1.085, criando uma ressalva para os casos de exclusão extrajudicial: agora, não é mais necessária a realização de uma reunião para se excluir um sócio em sociedades limitadas que possuam somente dois sócios.

As reuniões para se deliberar sobre a exclusão de sócios, conforme exposto, muitas vezes se revestem de caráter estritamente formal, já tendo a maioria sido formada para a exclusão. É possível, igualmente, a alteração do posicionamento de determinados sócios na deliberação, a depender da habilidade do sócio se defender das acusações.

Em sociedades com apenas dois sócios, o conclave era ainda mais proforma, pois o majoritário já possui sua decisão acerca da exclusão,<sup>39</sup> sendo pouco realista pensar que o minoritário o convenceria, durante a reunião, a não prosseguir com a exclusão, sendo possível que ambos os sócios discutissem sua permanência a qualquer momento, revelando-se desnecessária a convocação de uma reunião específica para esse tema.

---

39 COUTO FILHO, Fábio Costa. A minireforma da sociedade limitada de janeiro de 2019. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 86/2019, out./dez. 2019, p. 129.

Essa mudança pode servir de palco para abusos de maioria, na qual o sócio majoritário, por simples desentendimento com o sócio minoritário, decide alterar o contrato social de forma unilateral, promovendo sua exclusão do quadro societário, havendo ou não justa causa. O sócio majoritário estaria utilizando o instituto da exclusão extrajudicial para seu próprio interesse, a despeito do que pode ser mais interessante para a sociedade.

Após a exclusão, o sócio excluído terá direito a receber o valor patrimonial de sua quota em, caso o contrato social não preveja prazo distinto, noventa dias. A depender da participação do sócio excluído na sociedade, isso pode implicar numa descapitalização considerável da sociedade.<sup>40</sup>

Considere-se a seguinte situação: uma sociedade A, na qual há somente dois sócios, um com participação societária de 60% e o outro com os 40% restantes. Ambos acabam tendo um desentendimento por razões alheias à sociedade, mas que impedem o prosseguimento de sua relação. O sócio majoritário, em um ímpeto movido por seu descontentamento, registra uma alteração do contrato social da sociedade A, na qual exclui o sócio minoritário sem seu conhecimento.

Situações como essa não são difíceis de imaginar na prática empresarial, em que o sócio majoritário não levou em conta que o minoritário tem direito aos seus 40% da sociedade como haveres, os quais devem ser devidamente pagos. Muito provavelmente, o sócio majoritário não levou em consideração a necessidade de pagamento de haveres elevados quando do registro da minuta.

Caso o sócio minoritário queira anular esse registro, será necessário o ingresso de uma demanda no Poder Judiciário ou em arbitragem visando ou seu reingresso na sociedade ou a responsabilização do sócio majoritário por perdas e danos.

---

<sup>40</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Op. Cit.*, p. 154.

Outra situação que pode ser verificada é na ocorrência de faltas graves por ambos os sócios. Luis Felipe Spinelli comenta que não seria possível a exclusão de somente um deles nesse caso, por violar o princípio da igualdade de tratamento, sendo mais adequada a dissolução total da sociedade caso se verifique que ela não pode preencher seu fim social.<sup>41</sup>

Com a nova possibilidade do Código Civil, é possível que, em uma situação similar, a despeito de também estar cometendo faltas graves perante a sociedade, o sócio majoritário exclua o minoritário e se mantenha sócio, possivelmente continuando com o cometimento de atos de inegável gravidade perante a sociedade.

Verifica-se, com esses exemplos, a ineficiência dessa alteração legislativa. Se a tentativa era evitar que sócios ingressassem em juízo, prestigiando a célere exclusão extrajudicial, o que se terá na prática é um possível aumento de demandas que tentem reverter essas modificações societárias.

Medida mais adequada teria sido uma alteração legislativa para prever que, em sociedades com somente dois sócios, a exclusão somente pode ocorrer conforme o artigo 1.030 do Código Civil, que dispõe sobre a exclusão judicial. Essa seria a única forma de assegurar ao sócio minoritário o direito de defender-se das acusações do sócio majoritário, levando os argumentos de ambas as partes a um juiz ou árbitro.

Essa foi a escolha realizada pelo direito italiano, pelo qual a exclusão em sociedades de pessoas de dois membros sempre será realizada de forma judicial. Em Portugal, isso também é regra para as sociedades em nome coletivo, havendo controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de se operar a exclusão pela modalidade extrajudicial em sociedades por quotas.<sup>42</sup>

---

41 SPINELLI, Luis Felipe. *Op. Cit.*, p. 248.

42 *Ibidem*, p. 242-243.

O sistema do Código Civil de exclusão extrajudicial, antes da alteração, foi elaborado justamente para assegurar o direito de ampla defesa, como expressão dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>43-44</sup> A nova redação do parágrafo único do artigo 1.085 essencialmente cria um direito potestativo do sócio majoritário de excluir o minoritário, vez que será ele que afirmará a ocorrência de justa causa, existente ou não na realidade, o que parece ir de encontro ao pretendido pelo Código Civil.

Poder-se-ia argumentar que há outro direito fundamental em tela, que justificaria exclusões nessas situações, que é a liberdade contratual. Esta representa o poder que as partes têm de livremente dispor sobre as cláusulas de seus contratos.<sup>45</sup> O sócio minoritário, ao ingressar na sociedade, concordou com a redação do contrato social, inclusive com esta cláusula. Ainda, haveria uma renúncia tácita ao direito de ampla defesa, algo que seria permitido, por se tratar de relações privadas e de direitos disponíveis.

Essa argumentação foi reforçada com a Lei n. 13.874/2019, a Lei de Liberdade Econômica, que positivou<sup>46</sup> o chamado princípio da intervenção mínima nas relações contratuais privadas,<sup>47</sup> indicando

---

43 GONÇALVES, Ewerton Meirelis. *Direitos e garantias fundamentais no direito societário*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, 2013, p. 87.

44 Em sentido contrário, entendendo que o direito de defesa do sócio excluindo se resume ao direito de ser ouvido pelos demais, não se confundindo com o devido processo legal e defendendo a inaplicabilidade desse princípio nas exclusões extrajudiciais, ver SPINELLI, Luis Felipe, *Op. Cit.*, p. 349-351.

45 NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, out./dez. 2002, p. 54.

46 Artigo 421 do Código Civil. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019) Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

47 Alinha-se com o entendimento de críticos da Lei de Liberdade Econômica quanto a esse ponto, no sentido de ser um princípio desprovido de real conteúdo jurídico e sem previsão, a rigor, no ordenamento jurídico, sendo que a intervenção nas relações privadas sempre foi

uma tentativa de fortalecimento dos direitos advindos da liberdade econômica, inclusive a contratual.

Retoma-se a argumentação com base na incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Os direitos de ampla defesa e do devido processo legal não necessitam de expressa previsão no contrato social para que sejam efetivados e exigidos na prática. Além de previsão legal, eles são assegurados constitucionalmente,<sup>48</sup> o que implica em sua observância em todas as relações societárias.

Mesmo que a previsão constitucional seja a processos judiciais e administrativos, o devido processo legal deve ser observado sempre que houver situações jurídicas com desequilíbrio de poder, como forma de evitar abusos e arbitrariedades daqueles que dispõem do poder, com fundamento não somente neste princípio, mas também nos da igualdade substancial, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.<sup>49</sup> A interpretação sistemática é tão fundamental que já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos momentos, conforme os julgados citados previamente.

A garantia do devido processo legal em entidades privadas não necessita de estruturas complexas, sendo assegurada em atos simples, que assegurem a dignidade de seus membros. Qualquer sanção imposta a um membro de uma sociedade sem que lhe seja garan-

---

médica excepcional, cf. TEPEDINO, Gustavo. CAVALCANTI, Lais. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 505.

48 Artigo 5º da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

49 BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 161, jul. 2008, p. 303-304.

tido o direito de ser ouvido previamente pode, inclusive, tolher a legitimidade da deliberação.<sup>50</sup>

Há, nessa situação, um conflito entre os princípios constitucionais analisados: de um lado, a liberdade contratual; do outro, o devido processo legal e a ampla defesa. Princípios, por sua vez, devem ser entendidos no sentido que Robert Alexy forneceu, como mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em graus distintos em relações jurídicas distintas. A aplicação de um princípio em um determinado caso, em detrimento de outros, não invalida estes, que continuarão válidos no ordenamento jurídico.<sup>51</sup>

Afirmar que a ampla defesa e o devido processo legal devem prevalecer no conflito discutido não significa reduzir a importância da liberdade contratual, mas apenas que, nessa situação analisada em específico, aqueles princípios devem prevalecer, por conta da carga de valores que carregam, os quais são muito sensíveis ao ordenamento jurídico para serem evitados de forma leviana.

Teria agido melhor o legislador caso tivesse restringido a exclusão de sócios em sociedades com apenas dois sócios à forma judicial exclusivamente,<sup>52</sup> evitando o potencial desequilíbrio de poderes que serão ocasionados com a mudança legislativa. Espera-se que a jurisprudência pátria siga o caminho dos julgados do Supremo Tribunal Federal analisados, relativizando a modificação realizada e garantindo os direitos fundamentais dos sócios envolvidos.

---

50 ANDRADE, Cássio Calvacante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 948, out. 2014, p. 93.

51 BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, 2020, p. 154.

52 Mesmo discordando acerca da incidência do princípio da ampla defesa nas exclusões extrajudiciais, Luis Felipe Spinelli também defende que a exclusão em sociedades com apenas dois sócios somente deveria ocorrer de forma judicial, cf. SPINELLI, Luis Felipe, *Op. Cit.*, p. 242.

## **Conclusão.**

Neste artigo, foi possível realizar um estudo acerca da exclusão extrajudicial de sócios em sociedades limitadas, em particular considerando recentes alterações ao Código Civil, problematizando a questão da exclusão em sociedades com apenas dois sócios.

A exclusão extrajudicial é prevista no artigo 1.085 do Código Civil como mecanismo de manutenção da harmonia das relações internas da sociedade, permitindo que sócios representantes da maioria (tanto em número de sócios quanto do capital social) excluam sócios que estejam praticando atos em prejuízo da sociedade, pondo em risco sua continuidade. É necessário que o contrato social preveja expressamente a possibilidade de exclusão pela via extrajudicial, assegurando o direito de defesa do sócio que se pretende excluir.

A garantia do direito de defesa do sócio é assegurada não somente pelo disposto no Código Civil, mas também por força da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas. Fato este assegurado pela Constituição Federal, a temática insere-se no debate maior sobre a constitucionalização do direito privado, impondo a observância dos preceitos constitucionais nas relações com maior independência do Estado.

Mesmo no direito empresarial, que sentiu esse fenômeno em menor intensidade do que o direito civil, é necessário observar os princípios constitucionais quando do estudo e aplicação de suas normas. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, inclusive, pela incidência de normas constitucionais em casos de exclusões de sócios, em aplicação direta da Constituição Federal.

A mudança do parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil, promovida pela Lei nº 13.729/2019, ao eliminar a necessidade de realização de assembleias para a exclusão de sócios em sociedades limitadas com somente dois sócios, apesar de ser algo que era realizado somente por formalidade, vai de encontro ao que a Constituição Federal e o próprio Código Civil preconizam. Não era intenção do

legislador criar um direito potestativo do sócio majoritário excluir o minoritário, que é essencialmente o que está previsto atualmente, já que sempre caberá àquele a decisão de excluir este, havendo ou não justa causa na realidade, algo que pode levar a um aumento em demandas judiciais e arbitrais sobre exclusão de sócios, ao contrário do que parece ter sido a intenção da modificação realizada.

Os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal devem ser observados nas relações entre privados, não somente pelo disposto no artigo 5º da Constituição Federal, mas também como expressão dos objetivos maiores da Constituição, que são uma valorização dos princípios da igualdade substancial e da solidariedade. Uma mudança legislativa mais favorável teria sido impedir a possibilidade de exclusão extrajudicial nestas sociedades, somente autorizando a exclusão pela via judicial, na qual efetivamente se verificaria o direito à defesa do sócio minoritário. Enquanto não for verificada uma nova mudança legislativa, espera-se que a jurisprudência aja de forma a evitar possíveis abusos que podem ser realizados por conta da mudança.



# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DE CROWDFUNDING DE RECOMPENSA E DE PRÉ-VENDA PELA FRAUDE POR TERCEIROS FINANCIADOS<sup>1</sup>**

## **CIVIL LIABILITY OF PRE-SALE AND REWARD CROWDFUNDING PLATFORMS IN THE EVENT OF FRAUD BY THE FINANCED THIRD-PARTY**

*Henrique Cunha Souza Lima\**

*Resumo:* As plataformas de *crowdfunding* revolucionaram as formas tradicionais de financiamento privado, permitindo uma aproximação entre investidores e projetos inovadores. Contudo, na medida em que recente, o fenômeno ainda carece de regulação mais abrangente, ensejando múltiplas controvérsias. O objetivo da presente pesquisa é detalhar um, dentre os diversos aspectos polêmicos que a temática suscita: em que medida as plataformas de *crowdfunding*, nas modalidades de “pré-venda” e de “recompensa”, podem ser responsabilizadas pela eventual fraude praticada por aqueles que recebem o investimento, e se essa responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

*Palavras-chave:* *Crowdfunding*. Plataformas. Pré-venda. Recompensa. Responsabilidade Civil.

*Abstract:* Crowdfunding platforms have diversified the possibilities for privately financing innovative projects, but the regulation on the matter is still incipient and gives rise to a series of controversies.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 07.08.2021 e aceito em 20.09.2021.

\* Professor de Pós-Graduação em Direito e Tecnologia nas instituições Pontifícia Católica de Minas Gerais – PUC-Minas e *SKEMA Business School*. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, com formação complementar pela *University of Leeds*, Inglaterra, cursando módulos da graduação e do LL.M. Advogado. E-mail: henriquesouzalima@gmail.com

The objective of the present study is to analyse one specific debated aspect of crowdfunding regulation: the civil liability regime for "pre-sale" and "reward" crowdfunding platforms in the event of fraud by the financed party, and whether such liability is objective or subjective, according to the Brazilian legal system.

*Keywords:* Crowdfunding. Platforms. Pre-sale. Reward. Civil Liability.

*Sumário:* Introdução. 1. O *Crowdfunding*. 1.1. Breve Notícia Histórica. 1.2. *Crowdfunding*: entre o Conceito e suas Formas. 2. As Relações Jurídicas no *Crowdfunding*. 2.1. As Plataformas de *Crowdfunding* na Modalidade de Recompensa. 2.2. As Plataformas de *Crowdfunding* na Modalidade Pré-Venda. 3. A Responsabilidade Civil e a Internet. 3.1. A Responsabilidade Civil de Provedores de Serviços na Internet. 3.2. A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico. 4. A Responsabilidade Civil das Plataformas de *Crowdfunding*. Conclusões.

## **Introdução.**

A velocidade com que novas tecnologias são desenvolvidas faz com que o operador do direito enfrente inúmeros obstáculos em sua compreensão e regulação. Não por outro motivo, já se defendeu a desnecessidade do estudo do “direito cibernético”.<sup>2</sup> Entretanto, a intensidade com que a internet altera a dinâmica das relações sociais e jurídicas hodiernas impede que essa nova realidade seja negligenciada.

---

2 “A few years ago, at a conference on the ‘Law of the Cyberspace’ held at the University of Chicago, in a room packed with ‘cyberlaw’ devotees (and worse), Judge Frank Easterbrook told the assembled listeners that there was no more a ‘law of cyberspace’ than there was a ‘law of the horse’”. LESSIG, Lawrence. *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, v. 113, n. 01, p. 501-546, Apr. 1999, p. 02.

Nesse sentido, o estudo do chamado *crowdfunding* mostra-se essencial, seja porque a doutrina nacional a seu respeito ainda é incipiente, seja pela evidência de que, não obstante sua recente criação, o modelo já movimenta bilhões de dólares anualmente: apenas em 2015, estima-se que aproximadamente U\$ 34 bilhões foram levantados por meio do crowdfunding.<sup>3</sup>

Naturalmente, não é o objetivo deste trabalho abordar o papel do direito na interface com novas tecnologias em geral, diante da complexidade do tema e dos múltiplos enfoques possíveis. Tampouco irá se debater todos os aspectos e controvérsias relacionadas ao fenômeno do *crowdfunding*, como o enquadramento dos produtos do *crowdfunding* como valor mobiliário.<sup>4</sup> Busca-se, aqui, *abordar a responsabilidade jurídica das plataformas de captação de recursos, nas modalidades de recompensa e de pré-venda, por atos ou omissões fraudulentas de terceiros que tenham recebido investimento por meio delas*, evidenciando se essa responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

Diante do crescente volume de investimentos realizados por meio dessas plataformas, a análise de sua responsabilidade mostra-se curial, e o direito brasileiro ainda não oferece respostas claras quanto a que tipo de proteção os investidores fazem jus em caso de fraude nos projetos investidos.

A estrutura da pesquisa foi organizada em 04 (quatro) capítulos.

---

3 Estatísticas disponíveis em CROWDEXPERT. Crowdfunding Industry Statistics 2015-2016. Disponível em: <http://crowdexpert.com/crowdfunding-industry-statistics/>. Acesso em: 13 jun. 2016.

4 Para esse estudo, recomenda-se a leitura de HEMINWAY, Joan Macleod. What is a Security in the *Crowdfunding* Era? *The Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal*. Columbus: The Ohio State University. v. 07, n. 02, p. 335-371, 2012 e NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. O Capitalismo Eletrônico Informático. Sistemas “High Frequency Trading” ou “Algotraders” das Corretoras de Valores. Plataformas de “*Crowdfunding*”. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III*. Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

No primeiro capítulo será dada breve notícia histórica do fenômeno do *crowdfunding*, procurando-se defini-lo e pontuar suas diferentes formas. No segundo capítulo, a pesquisa estudará a interface do instituto da responsabilidade civil com a internet, em especial no que diz respeito aos provedores de conteúdo e aos intermediários do comércio eletrônico. Após a compreensão de como essa responsabilidade é tratada no direito brasileiro, o quarto capítulo abordará especificamente a responsabilidade das plataformas de *crowdfunding* nas modalidades recompensa e pré-venda, à luz do direito norte-americano e do nacional.

## **1. O Crowdfunding.**

### **1.1. Breve Notícia Histórica.**

O *crowdfunding*, em seu sentido axiológico, refere-se a um financiamento (*funding*) por uma coletividade (*crowd*).

Naturalmente, seu formato atual, por meio de plataformas *online*, é recente e advém de algumas iniciativas dos anos 2000. Contudo, a ideia de um financiamento coletivo remonta ao menos a 1713, quando o Papa Alexandre contou com o apoio de 750 investidores para concluir a tarefa de traduzir e manuscruver as *Ilíadas* de Homero do grego para o inglês.<sup>5</sup>

Em outro exemplo clássico de financiamento coletivo, houve uma campanha nos Estados Unidos, em 1885, com a finalidade de arrecadar recursos para a construção de um pedestal para a Estátua da Liberdade, presente dos franceses aos norte-americanos. A campanha, veiculada pelo jornal *The New York World*, angariou contribui-

---

5 KAZMARK, Justin. *Kickstarter Before Kickstarter*. Disponível em: <https://www.kickstarter.com/blog/kickstarter-before-kickstarter?ref=hello>. Acesso em: 14 jun. 2016.

ções de mais de 100.000 pessoas de todo o mundo, alcançando sua meta para realização da obra.<sup>6</sup>

Nota-se, portanto, que a ideia por detrás do *crowdfunding* não é recente. Contudo, com o advento da internet, foi possível reviver o instituto e aumentar sua abrangência. Em 2003, por exemplo, foi lançada nos Estados Unidos a plataforma *ArtistShare*, em que músicos buscavam doações de fãs para financiar seus projetos musicais, sendo previsto um programa de recompensas para aqueles que contribuíssem.<sup>7</sup> Dentre outras plataformas de destaque, vale pontuar o papel da *Indiegogo*, de 2008,<sup>8</sup> e da *Kickstarter*, lançada em 2009,<sup>9</sup> que marcaram o histórico do *crowdfunding* ajudando na sedimentação do instituto como forma de captação de recursos privados em escala global.

Em verdade, tem-se que o *crowdfunding* em plataformas digitais decorre de dois institutos anteriores, o *crowdsourcing* e a *microfinance*.<sup>10-11</sup> O primeiro conceito parte da ideia de uma coleta de

---

6 BBC. *The Statue of Liberty and America's Crowdfunding Pioneer*. BBC News (29 de abril de 2013). Acesso em: <http://www.bbc.com/news/magazine-21932675>. Disponível em: 14 jun. 2016.

7 Para maior detalhe quanto ao histórico do *crowdfunding* na era digital, ver: FREEDMAN, David M. e NUTTING Matthew R. *A Brief History of Crowdfunding Including Rewards, Donation, Debt, and Equity Platforms in the USA*. 2015. Disponível em: <http://www.freedman-chicago.com/cc4i/History-of-Crowdfunding.pdf>. Acesso em: 14 jun. de 2016.

8 INDIEGOGO. *About Us*. Disponível em: <https://www.indiegogo.com/about/our-story>. Acesso em: 14 jun. 2016.

9 KICKSTARTER. *Kickstarter Basics*. Disponível em: <https://www.kickstarter.com/help/faq/kickstarter+basics?ref=footer>. Acesso em: 14 de jun. 2016.

10 “*Crowdfunding* is the natural derivative of microfinance and crowdsourcing, two innovations that have grown impressively during the past two decades.” FINK, Andrew. Protecting the Crowd and Raising Capital Through the JOBS Act. (25 de abril de 2012), p. 07. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2046051>. Acesso em: 18 jun. 2016.

11 “El *crowdfunding* es una materia nueva con un desarrollo exponencial. Surge como una variante del crowdsourcing, puesta en contacto a través de internet de la gente interesada em contribuir a la realización una obra, cuya principal manifestación es Wikipedia.” ZUNZUNE-

contribuições por diferentes indivíduos a fim de se alcançar um objetivo – o foco, portanto, é naquele que contribui.<sup>12</sup> Por outro lado, a *microfinance*, ou *micro-lending*, envolve o empréstimo de pequenas quantias de dinheiro a, geralmente, devedores com baixa renda – o foco, portanto, é na figura daquele que recebe o empréstimo.<sup>13-14</sup>

Assim, é possível perceber que o *crowdfunding* por meio de plataformas digitais é um fenômeno recente, mas advindo de um longo histórico de iniciativas, e possui desenvolvimento exponencial.<sup>15</sup>

---

GUI, Fernando, *Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (Crowdfunding - Spanish Crowdfunding Act)* (30 de junho de 2015), p. 04. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2628249>. Acesso em: 14 jun. 2016.

12 “Internet-based *crowdfunding* is a merger of two distinct antecedents, crowdsourcing and microfinance. Crowdsourcing is, quite simply, ‘collecting contributions from many individuals to achieve a goal’. It divides ‘an overwhelming task...into small enough chunks that completing it becomes ... feasible’. Wikipedia is probably the most prominent example of crowdsourcing – an entire encyclopedia consisting of articles written and edited by the general public.” BRADFORD, C. Steven. *Crowdfunding* and the federal securities laws. *Columbia Business Law Review*, v. 2012, n. 1, 2012, p. 18-19. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1916184](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916184). Acesso em: 14 jun. 2016.

13 “The other antecedent of *crowdfunding* is micro-lending, sometimes called microfinance. Micro-lending involves lending very small amounts of money, typically to poorer borrowers. Micro-lending can be traced back to Irish loan funds in the 1700s, but it became prominent in recent times through the work of Muhammad Yunus and the Grameen Bank. Yunus’s project began when he loaned \$27 of his own money to 42 villagers in Bangladesh. He subsequently established a multi-branch bank, the Grameen Bank, that specialized in such loans. In 2006, Yunus and the Grameen Bank shared the Nobel Peace Prize. Micro-lending has its detractors, but it has ballooned into a multi-billion-dollar industry. Micro-lending is defined primarily by the recipient-very small entrepreneurial ventures.” BRADFORD, C. Steven. *Crowdfunding* and the federal securities laws. *Columbia Business Law Review*, v. 2012, n. 1, 2012, p. 18-19. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1916184](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916184). Acesso em: 14 jun. 2016.

14 “The broader *crowdfunding* movement has its roots in the microfinance and microcredit trend pioneered by Nobel Prize winner Muhammad Yunus.” WEINSTEIN, Ross S. *Crowdfunding in the U.S. and Abroad: What to Expect When You’re Expecting*. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 46, Iss. 2, Artigo 6, 2013, p. 428. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol46/iss2/6>. Acesso em: 14 jun. 2016.

15 ZUNZUNEGUI, Fernando, *Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (Crowdfunding - Spanish Crowdfunding Act)*, 2015, p. 04. Disponível em:

Cabe, então, tentar defini-lo, bem como examinar, brevemente, seus principais formatos.

## **1.2. *Crowdfunding*: entre o Conceito e suas Formas.**

Como visto, o *crowdfunding* é fruto de uma construção humana histórica e, em virtude de suas particularidades, várias foram as tentativas de conceituá-lo.

De acordo com a *Securities and Exchange Commission* (“SEC”, órgão norte-americano análogo à Comissão de Valores Mobiliários brasileira), por exemplo, o termo se refere “a um método de financiamento em que o dinheiro é levantado por meio de solicitação de investimentos individuais de pequena monta ou de contribuições por um número considerável de pessoas”.<sup>16</sup>

O conceito, apesar de correto, talvez não seja suficientemente abrangente para definir o *crowdfunding*. Em outra construção mais acertada, Norberto Montani Martins e Pedro Miguel Bento Pereira da Silva definiram o instituto no sentido de que:

o *crowdfunding* ou financiamento coletivo conecta diretamente, *por meio da Internet e das mídias sociais*, as pessoas que podem doar, emprestar ou investir dinheiro com aquelas que necessitam deste dinheiro para financiar um projeto ou negócio que desejam realizar, através de pequenas contribuições de um grande número de indi-

---

<http://ssrn.com/abstract=2628249>. Acesso em: 14 jun. 2016.

16 “*Crowdfunding* generally refers to a financing method in which money is raised through soliciting relatively small individual investments or contributions from a large number of people.” SEC. *Investor Bulletin: Crowdfunding for Investors*, 2016. Disponível em: [https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/ib\\_crowdfunding.html](https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/ib_crowdfunding.html). Acesso em: 14 jun. 2016.

víduos, que juntos, de forma anônima, formam a massa crítica para viabilizá-los.<sup>17</sup>

Naturalmente, contudo, pelo dinamismo do desenvolvimento tecnológico e pela complexidade das relações humanas e comerciais, o apego a um conceito restrito de *crowdfunding* pode se mostrar inviável, sendo recomendável estar atento para novos formatos desse fenômeno em constante evolução.

Ressalta-se que diversas outras foram as tentativas de conceituação,<sup>18-19</sup> mas o termo mostra-se como verdadeiro “guarda-chuva”, descrevendo variados formatos de financiamento de iniciativas por diferentes grupos de pessoas.<sup>20</sup>

---

17 MARTINS, Norberto Montani; DA SILVA, Pedro Miguel Bento Pereira. Funcionalidade dos sistemas financeiros e o financiamento a pequenas e médias empresas: o caso do crowdfunding. *Revista Economia Ensaios*, Uberlândia, v. 29, n. especial (Associação Keynesiana Brasileira), dez. 2014, p. 19-20.

18 “*Crowdfunding* engages a wider array of donors, who may choose to support a greater number of enterprises and who may contribute more funds and possibly do so more quickly and with less effort by and risk to the entrepreneur. Not only does *crowdfunding* provide a mechanism to entrepreneurs of raising capital, but it also provides an opportunity for investors — including those with limited means — to purchase equity in enterprises they would like to support or think will be profitable. Because of the way it facilitates both groups’ respective interests, *crowdfunding* democratizes entrepreneurship.” KASSINGER, Theodore W. et al. Democratizing Entrepreneurship: Na Overview of the Past, Present and Future of *Crowdfunding*. *Securities Regulation & Law Report*, v. 45, n. 05, 04 fev. 2013, Bloomberg BNA, p. 210.

19 “*Crowdfunding* refers to the efforts by entrepreneurial individuals and groups – cultural, social, and for-profit – to fund their ventures by drawing on relatively small contributions from a relatively large number of individuals using the internet, without standard financial intermediaries.” MOLLICK, Ethan R., The Dynamics of *Crowdfunding*: An Exploratory Study (26 de junho de 2013). *Journal of Business Venturing*, v. 29, n. 1, jan. 2014, p. 01–16, p. 02. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2088298>. Acesso em: 14 jun. 2016.

20 “*Crowdfunding* is an umbrella term used to describe an increasingly widespread form of fundraising whereby groups of people pool money, typically (very) small individual contributions, to support a particular goal. Despite increased attention by policymakers, regulators, investors, and founders, however, the mechanisms and dynamics of *crowdfunding* in general, and equity *crowdfunding* in particular, are not yet well understood [...] As we noted at the outset, the umbrella term “*crowdfunding*” encompasses various types of fundraising that can range from collecting donations to selling equity stakes via the Internet. But a clear definition

No que toca às suas formas, ao menos oito modalidades emergem, cada uma com suas nuances. Não sendo o objeto deste trabalho o de detalhar pormenorizadamente todas elas, opta-se por refletir o trabalho de Norberto Montani Martins e Pedro Miguel Bento Pereira da Silva, autores que, de maneira elucidativa, compuseram esses principais formatos:<sup>21</sup>

<b>Diferentes Tipos de Crowdfunding Tipo</b>	<b>Características</b>	<b>Principal Interesse</b>
Doações	Pessoas fornecem recursos para a realização de um determinado projeto/negócio, sem que nada seja prometido em retorno.	Social
<i>Recompensas</i>	Produtos/serviços, tipicamente de baixo valor material e baixo valor em relação ao da contribuição, são ofertados como contrapartida às contribuições.	Material
<i>Pré-ventas</i>	As campanhas visam vender adiantadamente um novo produto/ serviço ou adiantar recursos para o desenvolvimento de um novo produto/ serviço, oferecendo-o em troca das contribuições.	Material
Empréstimo Social	Há a possibilidade de realizar empréstimos a juros nulos para projetos, comumente de cunho social, por determinado prazo e depois receber os recursos de volta.	Social

---

of the term has yet to be proposed". AHLERS, Gerrit K.C. *et al. Signaling in Equity Crowdfunding*, out. 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2161587>. Acesso em: 15 jun. 2016.

21 MARTINS, Norberto Montani; DA SILVA, Pedro Miguel Bento Pereira, *Op. Cit.*, p. 20-21.

Empréstimos/ Empréstimos aos pares	Um empreendedor ou uma pequena empresa, ao invés de recorrer a um banco ou similar, contrai um empréstimo, pactuando o pagamento de juros e principal, junto ao coletivo de contribuidores, que assumem a posição de credores.	Financeiro
Dívida	Um empreendedor ou uma pequena empresa contrai uma dívida junto aos contribuidores, que assumem a posição de credores.	Financeiro
Divisão dos lucros	Estabelecem-se arranjos de repartição dos lucros futuros entre os contribuidores e os empreendedores/empresas.	Financeiro
Participações	A campanha oferece a participação no negócio/projeto através da compra de uma parcela da titularidade do mesmo, tal como no caso de uma ação. Ao invés de recorrer a investidores anjos ou fundos de <i>venture capital</i> , o empreendedor ou a empresa busca investidores no coletivo de pessoas.	Financeiro
Híbridos	Mesclam formas distintas onde o interesse financeiro é predominante ou formas financeiras com outras onde o interesse social/material é mais importante (e.g., empréstimos com pré-venda).	Diversos

Todas as modalidades possuem em comum o envolvimento de um *risco* para os investidores que, de alguma forma, buscam um resultado específico de seu investimento, seja o recebimento de participação societária, seja o recebimento de mercadorias ou mesmo a utilização dos recursos para elaboração de produtos ou atividades sociais que lhe sejam caras.

A divisão das plataformas nas oito modalidades acima, entretanto, não é unânime, havendo quem proponha outros critérios para a classificação.<sup>22-23</sup> A divisão em oito modalidades é apenas a que mais pormenoriza os tipos de *crowdfunding*. Fica aberta a questão quanto ao que pode acontecer às plataformas de *crowdfunding* caso aqueles que recebem investimentos por meio delas não observem suas contraprestações ou os encargos inerentes aos projetos financiados.

Em vista da amplitude do tema, *o presente trabalho analisará tão somente a responsabilidade das plataformas de recompensa e de pré-venda, nos casos de fraude praticada pelos agentes financiados*. É o que passamos a elucidar.

## **2. As Relações Jurídicas no *Crowdfunding*.**

Antes de analisar se podem as plataformas de *crowdfunding* ser civilmente responsabilizadas pela fraude de terceiros, essencial

---

22 Alguns autores, por exemplo, classificam como *crowdfunding* de recompensa aquele em que os investidores recebem o produto em cuja produção investiram, aqui trabalhada como modalidade diversa, de pré-venda. Vide: “We focus on reward-based *crowdfunding* where funders are rewarded for their contributions by receiving the product if it gets produced”. ELLMAN, Matthew; HURKENS, Sjaak. *Optimal Crowdfunding Design*. 1º de outubro de 2014). *NET Institute Working Paper*, nº 14-21. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2507457>. Acesso em: 27 jun. 2016, p. 02.

23 “Existem quatro tipos de *crowdfunding* sendo praticados no mundo: (1) o baseado em doações (donation based), filantropia sem expectativa de um retorno financeiro, (2) o baseado em recompensas (reward based), em que o apoiador faz a sua contribuição em troca de um prêmio ou a possibilidade de pré-encomendar um produto, (3) com base em pequenos empréstimos (lending based), que oferece a possibilidade para que os empreendedores atuem como tomadores, enquanto contribuintes assumem a posição de credores; e (4) financiamento de micro e pequenas empresas (MPes) por meio de vendas de ações (equity based).” MONTEIRO, Mônica de Carvalho Penido. *Crowdfunding no Brasil: uma Análise Sobre as Motivações de Quem Participa*. 2014, 120f. Dissertação (Mestrado Executivo em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE), Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 10.

perquirir a natureza das relações jurídicas estabelecidas entre as plataformas, os investidores, e os investidos, tanto na modalidade “recompensa” quanto na “pré-venda”.

Vale pontuar que boa parte das plataformas *online* traz modalidade híbrida, com características de mais de uma forma de *crowdfunding*. Na prática, evidencia-se que as modalidades de recompensa e pré-venda são muitas vezes trabalhadas em conjunto.<sup>24</sup> Por exemplo, em eventual campanha para criação de um novo jogo de computador, no caso de doação de baixo valor, o investidor seria recompensado (o investidor receberia uma carta de agradecimento, escrita a próprio punho, dos criadores do jogo). Caso o valor doado fosse mais considerável, a recompensa entregue pode ser a própria cópia do produto oferecido (o jogo criado, ainda no exemplo), configurando-se, assim, relação de pré-venda.

Mesmo que seja essa a realidade de muitas plataformas, as relações jurídicas estabelecidas em cada uma das duas modalidades são diferentes e merecem estudo de forma individualizada.

## **2.1. As Plataformas de *Crowdfunding* na Modalidade Recompensa.**

O *crowdfunding* de recompensa, no inglês, *reward crowdfunding*, é modalidade considerada *não-financeira*, na medida em que os investidores não esperam um retorno financeiro de seu inves-

---

24 “O que são as recompensas? É um incentivo que você pode oferecer em troca de doações para sua campanha. Os contribuidores dão preferência à recompensas com valor emocional atribuído, por isso ofereça recompensas exclusivas e simbólicas que o façam se sentir parte do seu projeto. Podem ser físicas ou intangíveis como um agradecimento nas redes sociais *ou uma cópia online da sua obra*. Lembre-se que as recompensas não podem ter caráter monetário, como retorno financeiro ou porcentagem nas ações da empresa!”. KICKANTE. *Descubra Como Atrair Kickadores com Boas Recompensas*. Disponível em: <http://www.kickante.com.br/bau-de-ideias/criar-lancar-campanha-crowdfunding/recompensas>. Acesso em: 27 jun. 2016 (g.n.).

timento, mas apenas que (i) seja o projeto financiado concluído e (ii) seja-lhes entregue uma prometida recompensa.<sup>25</sup>

As recompensas oferecidas tendem a ser simbólicas, com maior valor sentimental que material, como, por exemplo, o envio de cartões de agradecimento assinado pelos financiados, um jantar com os idealistas do projeto, ou brindes personalizados.<sup>26</sup> Na medida em que tais recompensas são eminentemente simbólicas, nota-se que a principal razão pela qual o investidor financia o projeto em questão é por acreditar nele e buscar um senso de pertencimento à comunidade que usufruirá da futura prestação do serviço/criação do produto.

Diferentemente do que acontece no *crowdfunding* de pré-venda, a ser analisado abaixo, a relação jurídica estabelecida entre investidor e financiado, em regra, *não é onerosa*. Em verdade, o *principal objetivo* de quem doa é o auxílio financeiro àquele projeto específico, sendo a recompensa um *objetivo secundário*, um estímulo para que as doações sejam sempre as mais generosas possíveis, ao trazerem ao investidor a sensação de *fazerem parte* da criação (senso de comunidade e pertencimento).<sup>27</sup>

---

25 “Reward *crowdfunding* is one of the non-financial *crowdfunding* models. Funders of these campaigns do not expect a financial return on their pledge, they rather expect non-financial rewards based on the size of their pledge. The model is often compared to pre-purchasing, and a majority of the crowdfunders are assumed to be future consumers of the product.” ANDERSEN, Lasse Magnus Klæbo; MAURITZEN, Lars Joakim. *Crowdfunding as a Tool for Startups to Raise Capital*. 2015, 109f. Dissertação (Mestrado em Business Analysis and Performance Management) – Norwegian School of Economics, p. 71.

26 “The reward and pre-purchase *crowdfunding* models are similar to each other, and often appear together on the same sites. The reward model offers something to the investor in return for the contribution, but not interest or a part of the earnings of the business. The reward could be small, such as a key chain, or it could be something with a little more cachet, such as the investor’s name on the credits of a movie”. BRADFORD, C. Steven. *Crowdfunding and the Federal Securities Laws*. *Columbia Business Law Review*, v. 2012, nº 1, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1916184>. Acesso em: 27 jun. 2016, p. 10.

27 “Why do people back projects? To start, they want to support what you’re doing. But they also want to feel like they’re getting something in return — and rewards let them share in your

Em vista disso, não há, de imediato, contrato previsto no Código Civil Brasileiro (“CC”) totalmente adequado a essa relação jurídica. A vinculação à entrega de uma recompensa denota possível onerosidade no contrato, o que impediria sua classificação como doação, nos termos dos art. 538 e seguintes do CC.

Entretanto, acredita-se que a obrigação de entrega de recompensa, via de regra, *não impossibilita a configuração do negócio como doação*, na medida em que *o suposto sinalagma é mais de ordem moral que obrigacional*: os financiados entregam as recompensas como incentivo às doações, uma vez que o financiamento de seu projeto depende eminentemente de sua empatia e credibilidade perante os investidores.

A título ilustrativo, a plataforma norte-americana *Kickstarter* calcula que aproximadamente 9% dos projetos financiados falham em entregar as recompensas prometidas.<sup>28</sup> Entretanto, a própria plataforma entende que essa porcentagem é aceitável, pois há um risco inerente às doações realizadas e, na relação de custo-benefício entre o financiamento de projetos criativos e o risco de não entrega das recompensas, a inovação deve ser priorizada.

A conclusão do projeto financiado, por sua vez, configura encargo incidente sobre a doação, o que não lhe retira o caráter de gratuidade, não obstante tornar-se o contrato bilateral.<sup>29</sup> A inexecução do encargo, por conseguinte, poderia mesmo ensejar a revogação da

---

creation.” KICKSTARTER. *Building Rewards*. Disponível em: <https://www.kickstarter.com/help/handbook/rewards>. Acesso em: 27 jun. 2016.

28 “Is a 9% failure rate reasonable for a community of people trying to bring creative projects to life? We think so, but we also understand that the risk of failure may deter some people from participating. We respect that. We want everyone to understand exactly how Kickstarter works — that it’s not a store, and that amid creativity and innovation there is risk and failure.” KICKSTARTER. *The Kickstarter Fulfillment Report*. Disponível em: <https://www.kickstarter.com/fulfillment>. Acesso em: 27 jun. 2016.

29 Art. 553, *caput*, CC: O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

doação, nos termos dos art. 555<sup>30</sup> e 562<sup>31</sup> do CC, mas, como o risco é inerente ao investimento, não se entende que a revogação deva ser automática, ou mesmo a regra geral.

## **2.2. As Plataformas de *Crowdfunding* na Modalidade Pré-Venda.**

No que toca às plataformas de pré-venda, ocorre, como o próprio nome o diz, verdadeira compra e venda do produto a ser produzido, ou prestação do serviço financiado.<sup>32-33</sup>

Em alguns casos, o valor investido pode ser superior ao que seria o preço final do produto, motivo pelo qual poder-se-ia cogitar que a entrega do produto seria espécie de recompensa, simbolizando a gratidão dos financiados pelo investimento realizado. Isso faz com que parte da doutrina considere ambas as modalidades aqui estudadas de forma conjunta.<sup>34</sup>

---

30 Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

31 Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida.

32 “Several other *crowdfunding* platforms, such as Sellaband, also facilitate revenue-sharing agreements. However, the focus of these sites is generally the facilitation of pre-purchasing, which generally means the pre-selling of music albums to finance their production. The pre-selling aspect is more important in these cases, and thus the author categorizes them as reward-based platforms.” AHLERS, Gerrit K.C. et al. *Signaling in Equity Crowdfunding*, 14 out. 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2161587>. Acesso em: 28 jun. 2016, p. 09.

33 “The pre-purchase model, the most common type of crowdfunding, is similar. As with the reward model, contributors do not receive a financial return-interest, dividends, or part of the earnings of a business. Instead, they receive the product that the entrepreneur is making. For example, if the entrepreneur is producing a music album, contributors would receive the album, or the right to buy the album at a reduced price, upon completion”. BRADFORD, C. Steven. *Crowdfunding and the federal securities laws*. *Columbia Business Law Review*, v. 2012, n. 1, 2012. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1916184](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916184). Acesso em: 28 jun. 2016, p. 11.

34 “Reward-based: people give money to fundraisers in exchange for a specific reward (pro-

De fato, a motivação pelo investimento tende a extrapolar a simples aquisição do que foi financiado, remetendo à busca de “pertencimento” entre investidores, investidos e o projeto.<sup>35</sup> Como coloca Andrew Schwartz, o *crowdfunding* oferece uma série de retornos não-financeiros, tais como entretenimento, possibilidade de expressão política, sentimento de altruísmo, e de pertencimento a uma comunidade,<sup>36</sup> os quais até mesmo mitigam os riscos do investidor.

Não obstante a percepção de tais elementos, acredita-se que o estudo do *crowdfunding* não deve se resumir à análise de retornos como “sentimento de altruísmo”, sob pena de distanciar-se do plano prático. O próprio fato de os valores investidos por meio das plataformas de financiamento coletivo serem expressivos serve como demonstrativo da predominância de interesses econômicos, que não podem ser postos de lado.

Na pré-venda, o recebimento do produto em questão é posto em destaque: o investimento é feito para que o projeto seja realizado, *mas principalmente na medida em que os investidores receberão diretamente uma versão do que foi produzido.*<sup>37</sup>

---

duct or service)” YING, Hu. *Regulation of Equity Crowdfunding in Singapore*. Centre for Banking & Finance Law, Faculty of Law, National University of Singapore, 2015. Disponível em: [http://law.nus.edu.sg/cbfl/pdfs/working\\_papers/CBFL-WP-HY01.pdf](http://law.nus.edu.sg/cbfl/pdfs/working_papers/CBFL-WP-HY01.pdf). Acesso em: 28 jun. 2016, p. 01.

35 Os valores morais possuem relevância *significativa* no funcionamento do *crowdfunding*. Para estudo quanto às motivações, vide GERBER, Elizabeth M.; HUI, Julie S.; KUO, Pei-Yi. *Crowdfunding: Why People are Motivated to Post and Fund Projects on Crowdfunding Platforms*. The ACM SIGCHI Conference on Computer Supported Cooperative Work and Social Computing (CSCW), Workshop on Design, Influence, and Social Technologies. Seattle, WA, 2012. Disponível em: [http://www.juliehui.org/wp-content/uploads/2013/04/CSCW\\_Crowdfunding\\_Final.pdf](http://www.juliehui.org/wp-content/uploads/2013/04/CSCW_Crowdfunding_Final.pdf). Acesso em: 28 jun. 2016 e MONTEIRO, Mônica de Carvalho Penido, *Op. Cit.*

36 Vide SCHWARTZ, Andrew A., The Nonfinancial Returns of *Crowdfunding* (24 de agosto de 2015). *Review of Banking and Financial Law*, v. 34, nº 2, p. 565-580, 2015; University of Colorado Law Legal Studies Research Paper nº 15-12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2649979>. Acesso em: 28 jun. 2016.

37 Isso, entretanto, não neutraliza o risco inerente ao próprio negócio pois os investidores devem ter em mente que, a depender das circunstâncias, o produto final poderá não refletir o

Com isso, tem-se que, independentemente de suas características próprias, a relação jurídica no *crowdfunding* de pré-venda é análoga à da compra-e-venda regulada pelo Código Civil.

### **3. A Responsabilidade Civil e a Internet: Breves Notas.**

Para uma melhor compreensão quanto ao regime de responsabilidade civil das plataformas de *crowdfunding*, é importante verificar, mesmo que brevemente, como é a interface entre o instituto da responsabilidade civil e outras plataformas na internet.

Analisar como os provedores de aplicação e as plataformas de comércio eletrônico podem ser responsabilizadas por atos de terceiros permitirá construção de analogia no que toca à responsabilidade no *crowdfunding* quando de fraude praticada pelos terceiros financiados.

---

que era esperado, ou não venha mesmo a ser produzido. Vide: “Investors in reward crowdfunding, those who do so ‘in return for small rewards or to pre-purchase a product,’ likewise appear to have additional reasons other than a simple economic exchange. These transactions are not ordinary consumer transactions. Experience shows that, in sharp contrast with buying a known product from a known brand, the investor ‘might never receive the promised reward, or the reward or product may not be as valuable as they anticipated.’ Even so, this market has bloomed into the billion-dollar range. The point is that crowdfund investors/donors have proved themselves willing to contribute substantial sums without any apparent expectation to receive much of financial substance in return. Why would they do that? The remainder of this Part catalogs some of the nonfinancial motivations that drive donation and reward crowdfunding and suggests that they may translate well to securities crowdfunding. This list is not meant to be complete, nor are the categories mutually exclusive. It is merely an attempt to show that securities crowdfunding, like reward and donation crowdfunding before, can provide investors with significant nonfinancial benefits of various types.” SCHWARTZ, Andrew A., Op. Cit., p. 574-575; e “People who contribute to crowdfunding appeals in return for small rewards or to pre-purchase a product might never receive the promised reward and, even if they do, the reward or product may not be as valuable as they anticipated. People who make no-interest loans on Kiva may never get their money back.” BRADFORD, C. Steven. Crowdfunding and the federal securities laws. *Columbia Business Law Review*, v. 2012, n. 1, 2012, p. 68. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1916184](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916184). Acesso em: 28 jun. 2016.

### 3.1. A Responsabilidade Civil de Provedores de Serviços na Internet.

Diversos autores se debruçaram sobre a tarefa de delimitar os deveres e o regime de responsabilidade dos provedores de serviço na internet.

Como anota Marcel Leonardi, “[o] provedor de serviços na internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela”,<sup>38</sup> sendo “*gênero* do qual as demais categorias (provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo) são *espécies*”.<sup>39</sup>

Com isso, ao definir a responsabilidade dos provedores de serviço, a doutrina mais acertada cuidou de descrever as espécies acima mencionadas, examinando o regime de responsabilidade civil aplicável a cada uma delas.<sup>40</sup>

Dentre as categorias de provedores de serviço, destaca-se a dos chamados provedores de *conteúdo*, aqueles responsáveis pela disponibilização de informações na internet,<sup>41</sup> informações essas “criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizan-

---

38 LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 19.

39 *Idem*.

40 Vide, por todos, LEONARDI, Marcel, *Op. Cit.*, p. 05-23.

41 DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Formatos e Classificações da Publicidade Eletrônica e seus Controles Legais: licitudes e ilicitudes. *In Direito e Internet II: Aspectos Jurídicos Relevantes* (LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.)). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 151. “Provedor de Conteúdo ou de Informação é a instituição cuja finalidade principal é coletar, manter e/ou organizar informações *on-line* para acesso pela *Internet* por parte dos assinantes da rede. Essas informações podem ser de acesso público incondicional, caracterizando assim um provedor não-comercial ou, no outro extremo, constituir um serviço comercial em que existem tarifas ou assinaturas cobradas pelo provedor”.

do para armazená-las servidores próprios ou serviços de um provedor de hospedagem”.<sup>42</sup>

O provedor de conteúdo nem sempre se confunde com o provedor de informação (por mais que isso possa acontecer), este o verdadeiro “responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo”.<sup>43</sup>

Até a edição do Marco Civil da Internet, alguns autores defendiam que, em decorrência das informações disponibilizadas pelos provedores de conteúdo, seria sua responsabilidade *objetiva*. O risco de responsabilização seria inerente à atividade exercida, podendo mesmo, se configurada relação de consumo, incidir as disposições do Código de Defesa do Consumidor, como propôs Leonardo Parentoni.<sup>44</sup>

Na visão de Marcel Leonardi, os provedores de conteúdo poderiam exercer controle prévio sobre as informações disponibilizadas, com a possibilidade de escolherem o que é divulgado, antes de autorizarem o acesso aos usuários,<sup>45</sup> motivo pelo qual responderiam

---

42 LEONARDI, Marcel, *Op. Cit.*, p. 30. “O provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou serviços de um provedor de hospedagem”.

43 LEONARDI, Marcel, *Op. Cit.*, p. 30.

44 PARENTONI, Leonardo Netto. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet: Breves Notas. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, ano V, n. 25, p. 05-23, fev./mar. 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/299801706\\_Responsabilidade\\_Civil\\_dos\\_Provedores\\_de\\_Servicos\\_na\\_Internet\\_Breves\\_Notas](https://www.researchgate.net/publication/299801706_Responsabilidade_Civil_dos_Provedores_de_Servicos_na_Internet_Breves_Notas). Acesso em: 13 mar. 2017, p. 23. “Por outro lado, a responsabilidade do provedor de conteúdo na internet, em virtude das informações por ele divulgadas, é objetiva e baseia-se no risco inerente a essa atividade, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, sem prejuízo da aplicação das disposições específicas do Código de Defesa do Consumidor, caso se configure relação de consumo”.

45 LEONARDI, Marcel, *Op. Cit.*, p. 31.

concorrentemente com os provedores de informações.<sup>46</sup> Porém, se um provedor se limitasse a transmitir mensagens, sem exercer controle sobre o conteúdo, não deveria responder pelos danos causados por terceiros.<sup>47-48</sup>

Com o advento do Marco Civil da Internet, a discussão ganhou novo relevo. Seu art. 19 expressa:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

---

46 LEONARDI, Marcel, *Op. Cit.*, p. 115.

47 VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: Responsabilidade do Provedor pelo Danos Praticados*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 204. “[S]e o provedor desempenha, no caso, atividade de conexão ou de serviço, limitando-se a transmitir mensagens eletrônicas, sem exercer controle algum sobre o seu conteúdo, não deve responder pelos danos sofridos por terceiro atingido em sua honra. A este caberá apenas demandar o internauta que enviou o material ofensivo. Se, porém, de alguma forma, exerceu, ou se obrigou a exercer, controle sobre o conteúdo dessas mensagens (praticando, pois, atividade de provedor de conteúdo), mas permitindo, ainda assim, a publicação do material ofensivo, inafastável será a sua responsabilização”.

48 REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Responsabilidade por Publicações na Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 203 *apud* SOUTO JÚNIOR, José Humberto. *A Responsabilidade Civil dos Provedores de Hospedagem frente aos Autos Praticados pelos seus Usuários e Terceiros*. Dissertação (Mestrado em Direito). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010, p. 76. “A jurisprudência brasileira, pelo menos até o momento, distancia-se da tendência generalizada assentada em outros países, porquanto o entendimento consolidado nas manifestações alienígenas sobre o tema é o de que, em princípio, o provedor de serviços não é responsável pelo conteúdo ilegal de websites hospedados em seu sistema, a não ser nos casos em que tem prévio conhecimento da ilegalidade e possuir meios para bloquear o acesso ao material ilegal, e desde que o bloqueio se mostre tecnicamente viável e razoável”.

Nota-se que o Marco Civil não elabora distinção pormenorizada entre os diferentes tipos de provedores, limitando-se a trabalhar com a figura do “provedor de aplicações de internet” no transcrito art. 19.

O conceito remete o intérprete à divisão da internet em camadas, sendo a camada de aplicações aquela em que os *softwares* e navegadores de internet, por exemplo, são executados, anterior à camada de conteúdo propriamente dita.<sup>49</sup> O dispositivo, todavia, não define de forma estrita o que entende por provedor de aplicações. Os únicos parâmetros para tanto estão no art. 5º, VII, em que é conceituado o que seriam as “aplicações de internet”.<sup>50</sup>

Apesar do desapego à classificação doutrinária, a expressão utilizada pelo Marco Civil da Internet vem sendo interpretada, por alguns,<sup>51</sup> como sinônima da denominação “provedor de conteúdo” e, por outros, como tudo que não seja “provedor de conexão”.<sup>52</sup> O regi-

---

49 A divisão em camadas, entretanto, não é objeto do presente texto. Para aprofundamento, recomenda-se: SOLUM, Lawrence B.; CHUNG, Minn. The Layers Principle: Internet Architecture and the Law, *Notre Dame Law Review*. Notre Dame: *University of Notre Dame Law School*. v. 79, n. 03, p. 815-948, jan. 2004, p. 816-817 e TANENBAUM, Andrew S.; WETHERALL, David J. *Computer Networks*. 5th Ed. Boston: Pearson, 2011, p. 45: “The application layer contains a variety of protocols that are commonly needed by users. One widely used application protocol is HTTP (HyperText Transfer Protocol), which is the basis for the World Wide Web. When a browser wants a Web page, it sends the name of the page it wants to the server hosting the page using HTTP. The server then sends the page back. Other application protocols are used for file transfer, electronic mail, and network News”.

50 Insere também o art. 15 que “[o] provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento”.

51 TEIXEIRA, Tarcísio. Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico: a Livre Iniciativa e a Defesa do Consumidor. In: DE LUCCA, Newton *et al.* (Coord.) *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet* (Lei nº 12.965/2014). Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 358-359: “É válido ponderar que o Marco Civil da Internet denomina o provedor de conteúdo de ‘provedor de aplicações de internet’”.

52 Para Marcel Leonardi, por sua vez, o conceito “provedores de aplicações’ [...] engloba, nos

me de responsabilidade civil aplicável, até então fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, passa a ter regulamentação legal, com nova roupagem.<sup>53</sup>

Referido art. 19 condiciona a responsabilização dos provedores de aplicações a um descumprimento de ordem judicial. O provedor passa a ser passível de responsabilidade somente se, “após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”.<sup>54-55-56</sup>

---

termos da definição prevista no art. 5º, inciso VII, o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet e abrange, portanto, provedores de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo, entre diversos outros”. LEONARDI, Marcel. Internet e Regulação: o Bom Exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, ano XXXII, nº 115, p. 99-113. Associação dos Advogados de São Paulo - AASP (abr. 2012). Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 28 jun. de 2016.

53 Vide, sobre o tema: LEMOS, Ronaldo; e SOUZA, Carlos Affonso. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda., 2016, p. 67-108.

54 Vale pontuar, também que o art. 18 estabelece que o provedor de conexão à internet “não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”, bem como positiva o art. 21 que “[o] provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”.

55 Vide MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade Civil Indireta dos Provedores de Serviço de Internet e Sua Regulação no Marco Civil da Internet. *Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS: Direito e Novas Tecnologias* (2015). Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/vwk790q7/dTa7488W12NDA0SJ.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2018, p. 500. “A notificação judicial é requisito formal indispensável para a eventual responsabilização do provedor de serviços de Internet. A notificação extrajudicial somente será admitida na hipótese prevista no artigo 21, qual seja, a de conteúdo infringente da intimidade de pessoa retratada sem sua autorização”.

56 O regime difere, por exemplo, da sistemática norte-americana, baseada no notice and takedown.

A redação legal é objeto de muitas críticas, ao ser mais protetiva quanto aos provedores que aos usuários.<sup>57-58-59</sup> Contudo, vale pontuar que a limitação à responsabilidade civil dos servidores possui aspectos positivos, em atenção ao princípio constitucional da livre iniciativa e do fomento à inovação,<sup>60</sup> sendo necessárias reflexões mais profundas antes de se cogitar uma alteração legislativa no Marco Civil.<sup>61</sup>

---

57 SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por Dano Derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro. In: DE LUCCA, Newton *et al.* (Coord.) *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 304: “Ao condicionar a responsabilidade civil ao descumprimento de ‘ordem jurídica específica’, o referido art. 19 promove um espantoso engessamento da tutela dos direitos do usuário da internet, não raro direitos fundamentais expressamente protegidos pela Constituição da República como a honra, a imagem e a privacidade”.

58 THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou Demarcação de Direitos? Democracia, Razoabilidade e as Fendas na Internet do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 261, 28 mai. 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2101322>. Acesso em: 28 jun. 2016, p. 214-215: “O que o Marco Civil traz, portanto, é um instrumento que promove a conduta irrazoável e irresponsável de provedores de serviços na internet. Isto porque, mesmo provedores de serviços que ajam com negligência — ou até mesmo com malícia — na manutenção de conteúdo de cuja existência têm ciência, não poderão ser de qualquer forma responsabilizados, senão pelo descumprimento de ordem judicial extemporânea e, muitas vezes, jurisdicionalmente distante. O Marco Civil, assim, promove também um amplo desincentivo ao desenvolvimento de boas práticas, de direito e de fato. Provedores que direcionam seus serviços ao mercado brasileiro, por exemplo, não têm qualquer responsabilidade de fazê-lo de acordo com as leis que protegem os cidadãos brasileiros”.

59 DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. Uma Análise Crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton *et al.* (Coord.) *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 319: “Pelo que se viu, especificamente na matéria atinente à responsabilidade dos provedores a nova lei, crê-se, andou pouco, ou para trás, criando um sistema muito singular que, no final, desprotege o consumidor vítima e que, neste sentido, somente pode ser recebido e compreendido à luz de uma interpretação sistemática, levando-se em conta normatização subjetivamente especial de particular realização do comando constitucional de tutela do vulnerável e de indenidade pessoal dos indivíduos”.

60 Basta notar, nesse sentido, que se a responsabilização civil de servidores fosse deveras ampla e irrestrita, ela poderia servir como desincentivo à ampliação dos serviços oferecidos na internet.

61 “Finalmente, pensa-se que a responsabilidade civil dos provedores por atos de terceiros

### 3.2. A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico.

A discussão quanto à responsabilidade civil no comércio eletrônico poderia ter sido trabalhada no tópico anterior, enquanto “provedores de aplicações na internet”, no conceito do Marco Civil.<sup>62</sup> Entretanto, por trazer algumas peculiaridades, optou-se por tecer essas breves notas em separado, de modo a colocá-las em evidência.

Em primeiro lugar, faz-se a ressalva de que cada tipo de atividade desenvolvida por *sites* de comércio eletrônico possui características próprias. Por essa razão, Tarcísio Teixeira propôs classificação, distinguindo entre (i) estabelecimentos virtuais; (ii) compras coletivas; (iii) classificados; (iv) comparadores de preços; e (v) intermediários ou facilitadores.<sup>63</sup> Outros autores trazem as particularidades do chamado leilão virtual.<sup>64</sup>

Na medida em que esta análise quanto à responsabilidade civil na internet serve de arcabouço para o trato da responsabilização de plataformas de *crowdfunding*, ela será concentrada na sistemática dos intermediários ou facilitadores, eis que são os mais semelhantes às plataformas *online* de financiamento coletivo.

---

deva ser subjetiva, com fundamento nas argumentações apresentadas no ponto específico. A forma como a sociedade da informação interage por meio da comunicação de massa torna qualquer um passível de ser vítima de alguma forma nos ambientes virtuais. Pensa-se que a responsabilidade subjetiva esteja mais em consonância com a realidade fluida da disseminação de atos ilícitos de terceiros numa tentativa de juridicamente tutelar melhor o assunto”. In: TA-VEIRA JÚNIOR, Fernando. Ponderações Acerca da Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet por Atos de Terceiros. *Revista dos Tribunais*, v. 942, abr. 2014, p. 14.

62 “Pensamos que realmente os *sites* da internet, que fazem intermediação de compras de produtos ou de prestação de serviços, podem ser enquadrados como provedores de conteúdo”. TEIXEIRA, Tarcísio, *Op. Cit.*, p. 359.

63 TEIXEIRA, Tarcísio, *Op. Cit.*, p. 359-365.

64 Vide GOMES, Frederico Félix. Responsabilidade Civil dos Sites de Leilão Virtual. *Revista dos Tribunais*, v. 966, p. 73-80, abr. 2016; e LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 185-190.

Nessa categoria, as plataformas servem de verdadeira intermediação entre os vendedores/prestadores de serviço e os compradores/tomadores e, a depender do *site*, a compra pode ser fechada diretamente com quem oferece o bem ou serviço, ou pela própria plataforma online. Sobre o valor anunciado incide uma comissão, ou o intermediário é remunerado pela quantidade de acessos ao anúncio *online*. São exemplos de intermediários o [www.mercadolivre.com.br](http://www.mercadolivre.com.br) e o [www.decolar.com](http://www.decolar.com).

A jurisprudência pátria quanto ao regime de responsabilidade civil de tais facilitadores ainda é controversa, também não havendo consenso na doutrina quanto ao assunto.

Para alguns, os intermediários se enquadram no conceito de fornecedor do art. 3º do CDC,<sup>65</sup> incidindo o regime de responsabilidade objetiva do art. 14 do CDC.<sup>66</sup> O risco de dano aos compradores/tomadores de serviço seria inerente à atividade desenvolvida pelos intermediários, e eventuais ilícitos praticados por terceiros, sejam eles vendedores ou fornecedores de serviço, deveriam ser antevistos pelas plataformas, que teriam o dever de oferecer a segurança necessária para seus usuários.<sup>67-68-69-70</sup>

---

65 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

66 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

67 “Assim, a existência de dois ou mais sujeitos, a capacidade genérica das partes para contratar e a aptidão para os atos da vida civil, além do assentimento necessário à formulação do pacto nos contratos eletrônicos, tornam esse contrato perfeitamente adaptável às normas do CDC. Esses e muitos outros questionamentos irão, com certeza, surgir. Porém, no nosso entendimento, esses obstáculos não podem servir de base para prejudicar o consumidor”. *In*: VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: Responsabilidade do Provedor pelo Danos Praticados*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 169.

68 Vide estudo da jurisprudência dos Tribunais dos Estados do Rio Grande do Sul, do Mato Grosso do Sul, do Rio de Janeiro e de São Paulo em TEIXEIRA, Tarcísio. *Responsabilidade Civil*

Referida posição foi esposada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.107.024/DF,<sup>71</sup> veiculado no Informativo nº 488/2011. No caso, em que se discutia a responsabilidade do *site* [www.mercadolivre.com.br](http://www.mercadolivre.com.br), chegou-se ao entendimento de que “[o] prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor” e que eventual descumprimento, pelo consumidor, de providência simplesmente mencionada no *site*, “não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada”.

Todavia, em que pese a importância da tutela ao consumidor, e conforme defendido por Tarcísio Teixeira:

[é] notável que muitas vezes a aplicação do CDC ocorre de forma “extremamente” protetiva ao

---

no Comércio Eletrônico: a Livre Iniciativa e a Defesa do Consumidor. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III*: Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 365-369.

69 “Em primeiro lugar, aos provedores deve-se reconhecer uma responsabilidade, não propriamente a de que aqui se vai tratar, por descumprimento ou falha do serviço para o qual foram contratados. E isso à luz da própria legislação consumerista. Tem-se uma responsabilidade contratual perante o usuário”. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade*: Uma Cláusula Geral no Código Civil de 2002, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

70 “A atividade empresarial do site de intermediação, por caracterizar fornecimento de serviço na órbita de consumo, atrai os ônus inerentes aos resultados expressivos alcançados, cabendo-lhe propiciar, aos usuários de seus serviços, meios confiáveis e seguros ao implemento adequado dos negócios, sob pena de caracterizar-se responsabilidade civil objetiva pelos danos causados, segundo a doutrina e a jurisprudência pesquisadas”. FERREIRA, Cláudio Augusto Annuza. *A Responsabilidade Civil na Intermediação do Comércio de Internet*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosenso/direito\\_do\\_consumidor\\_e\\_responsabilidade\\_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/ClaudioA.ugustoAnnuzaFerreira.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosenso/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/ClaudioA.ugustoAnnuzaFerreira.pdf). Acesso em: 28 jun. 2016, p. 16.

71 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quarta Turma, Recurso Especial 1.107.024/DF. Relatora: Min.<sup>a</sup> Maria Isabel Gallotti. Data do Julgamento: 14 dez. 2011.

consumidor, muitas vezes de forma injusta e desequilibrada por tratar-se de consumidor que não guarda a boa-fé, impondo desvantagem aos fornecedores, que por sua vez, acabam por incorporar ao preço de seus produtos e serviços os custos experimentados pelas indenizações pagas.<sup>72</sup>

O próprio CDC, em seu art. 4º, III, insere que deve haver uma

[...] harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Portanto, acredita-se que a imputação de responsabilidade objetiva aos intermediários tratados acima não é sempre compatível com o princípio constitucional da livre-iniciativa<sup>73-74</sup> e de fomento à inovação,<sup>75</sup> devendo ser feita análise mais pormenorizada das circunstâncias de um dado caso antes de se aplicar o CDC.<sup>76</sup>

---

72 TEIXEIRA, Tarcísio, *Op. Cit.*, p. 369.

73 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

74 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

75 Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

76 “Dessa forma, pelo fato de estarem no mesmo plano do ponto de vista constitucional, a defesa do consumidor deve ser feita de forma a alinhar-se com o princípio da livre-iniciativa, não podendo impor responsabilidade objetiva aos intermediários a fim de beneficiar o consu-

É nesse sentido que pondera Tarcísio Teixeira:

parece-nos muito vago e inseguro tentar solucionar os problemas jurídicos decorrentes das compras pela internet aplicando-se cegamente o CDC em favor do consumidor, como um fim em si mesmo. Pensamos que, tendo em vista a dinâmica do comércio eletrônico, em todo momento surgem novos modelos de negócios, muitos apenas remodelados, sendo preciso delimitar a responsabilidade dos intermediários no confronto com os direitos dos consumidores de forma equilibrada, buscando uma solução justa para cada tipo de negócio envolvido. Para tanto, devem ser consideradas as peculiaridades concretas, aplicando-se os princípios não apenas do direito do consumidor, mas também do direito empresarial e da responsabilidade civil.<sup>77</sup>

O próprio STJ, em decisão publicada em 2017, que reitera o entendimento adotado nos autos do AgRg nos EDcl no Ag nº 1.360.058/RS (DJe 27/04/2011), coloca que, em caso de “*fraude perpetrada por terceiros* utilizando-se de anúncio veiculado no site denominado *Mercado Livre*” (g.n.), a responsabilidade “não pode ser imputada ao veículo de comunicação, visto que esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato” entre anunciante e comprador.<sup>78</sup>

---

midor quando essa não é a vontade da lei, nem seria uma posição justa. Assim, notadamente nos negócios celebrados pela internet, o consumidor deve estar ciente de tratar-se de um ambiente que há risco”. TEIXEIRA, Tarcísio. Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico: a Livre Iniciativa e a Defesa do Consumidor. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 371.

77 TEIXEIRA, Tarcísio, *Op. Cit.*, p. 372.

78 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 1.639.028/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 19 abr. 2017.

Em meio às controvérsias que ainda cercam o tema, e não obstante o precedente veiculado no Informativo nº 488/2011, parece que um caminho mais ponderado de fato ganha força, com aplicação do Marco Civil em detrimento da responsabilização objetiva baseada no CDC.

#### **4. A Responsabilidade Civil das Plataformas de *Crowdfunding*.**

Tendo em vista a construção feita até aqui, partindo-se da descrição da atividade das plataformas de *crowdfunding*, passando pelas noções quanto à responsabilidade civil e sua interface com a internet, torna-se possível pensar como deve ser a responsabilização no *crowdfunding*.<sup>79</sup>

A doutrina, legislação e a jurisprudência brasileiras ainda não têm uma resposta imediata ao problema examinado, com regulamentação específica apenas para a modalidade de *crowdfunding* de participações (*equity crowdfunding*).

Trata-se da Instrução Normativa nº 588/2017, da CVM (“ICVM 588”), que “dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo”.<sup>80</sup> Apesar de não regular as modalida-

---

79 “A construção da teoria da responsabilidade no ambiente eletrônico resume a identificar em quais situações os diversos participantes podem ser responsabilizados. Esse raciocínio coaduna-se com o nosso. Contudo, entendemos que o instituto da responsabilidade civil aplicado aos intermediários de compras pela internet deve levar em conta como a responsabilidade é atribuída em outros cenários”. TEIXEIRA, Tarcísio, *Op. Cit.*, p. 368.

80 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 488, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst588.html>. Acesso em: 26 mar. 2020. Ver também: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Crowdfunding de Investimento. Cadernos CVM*, v. 12. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2019. Disponível em: <https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Cadernos/CVM-Caderno-12.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

des objeto deste estudo, a Instrução é interessante ao elencar, dentre os deveres das plataformas, o de “tomar todas as cautelas e agir com elevados padrões de diligência”, informando ainda que as plataformas podem ser responsabilizadas “pela falta de diligência ou omissão” em diversas situações, elencadas em nove alíneas (vide art. 19, I).

Os Estados Unidos, por sua vez, também contam com uma regulação para o *crowdfunding* na modalidade de participações.

O primeiro marco nesse sentido foi o denominado *JOBS Act - Jumpstart Our Business Startups Act*, de 2012,<sup>81</sup> que trata do *crowdfunding* em seu Título III, também chamado de *Capital Raising Online While Deterring Fraud and Unethical Non-Disclosure Act of 2012* – o *CROWDFUND Act*. De modo análogo, a emissão de participação societária é regulada pela *Securities Act*, de 1933,<sup>82</sup> sendo o controle da fraude regulada pelo *Securities Exchange Act*, de 1934.<sup>83</sup>

Em 16 de maio de 2016 o país passou a ter uma regulamentação específica, a *Regulation Crowdfunding*,<sup>84-85</sup> para disciplinar o mencionado *crowdfunding* de participações.

---

81 ESTADOS UNIDOS. *Jumpstart Our Business Startups Act*, tit. III, Pub. L. 112-106, 126 Stat. 306 (2012). Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

82 Em especial, veja-se a seção 4(a)(6): SEC. *Securities Act of 1933*. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

83 Em especial, veja-se a *Rule 10b-5*: SEC. *Securities Exchange Act of 1934*. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

84 The Securities and Exchange Commission today [October 30, 2015] adopted final rules to permit companies to offer and sell securities through *crowdfunding*. In SEC. *SEC Adopts Rules to Permit Crowdfunding - Proposes Amendments to Existing Rules to Facilitate Intrastate and Regional Securities Offerings*. U.S. Securities and Exchange Commission. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-249.html>. Acesso em: 30 jun. 2016.

85 “The final rules and forms are effective May 16, 2016, except that instruction 3 adding part 227 and instruction 14 amending Form ID are effective January 29, 2016”. In SEC. *Regulation Crowdfunding*. Securities and Exchange Commission. Release Nos. 33-9974; 34-76324; File No. S7-09-13. Disponível em: <https://www.sec.gov/rules/final/2015/33-9974.pdf>. Acesso em: 30

À maneira do regramento da CVM, as disposições aprovadas nos EUA permitem antecipar como tende a ser a responsabilização civil das plataformas de *crowdfunding*, em suas diversas modalidades, nos casos de fraude praticadas por terceiros.

A regulação norte-americana fixou diversos parâmetros a serem seguidos tanto pelos investidos (denominados *issuers*), quanto pelas plataformas (no texto original, *intermediaries*). Em suma, as plataformas de *crowdfunding* têm o dever de verificar a medida em que os investidos respeitaram tais parâmetros, averiguando se eles possuem e merecem credibilidade. Não sendo apuradas irregularidades, as plataformas não respondem por eventuais omissões, ilegalidades ou pela fraude perpetuada pelos investidos – sua responsabilidade, *existe*, mas é *subjetiva*, e depende da demonstração da ocorrência de algum tipo de negligência ou culpa por parte da plataforma em questão.<sup>86-87</sup>

---

jun. 2016, p. 01.

86 “In satisfying the requirements of Rule 301(a), we emphasize that an intermediary has a responsibility to assess whether it may reasonably rely on an issuer’s representation of compliance through the course of its interactions with potential issuers.<sup>643</sup> We agree with comments that an intermediary seeking to rely on an issuer representation should consider whether the representation is detailed enough to evidence a reasonable awareness by the issuer of its obligations and its ability to comply with those obligations. The specific steps an intermediary should take to determine whether it can rely on an issuer representation may vary, but should be influenced by and tailored according to the intermediary’s knowledge and comfort with each particular issuer. We believe this approach is generally consistent with the view of one commenter that suggested a tiered approach to compliance obligations where intermediaries should conduct more rigorous compliance reviews and background checks as risk factors increase”. In SEC. *Regulation Crowdfunding*. Securities and Exchange Commission. Release Nos. 33-9974; 34-76324; File No. S7-09-13. Disponível em: <https://www.sec.gov/rules/final/2015/33-9974.pdf>. Acesso em: 30 de jun. 2016, p. 169.

87 “First, *crowdfunding* intermediaries should be liable if they have actual knowledge that statements posted by others on their platforms are false or if they are aware of red flags that should make them aware of the fraud”. BRADFORD, C. Steven, Shooting the Messenger: The Liability of *Crowdfunding* Intermediaries for the Fraud of Others (1º de maio de 2015). 83 *University of Cincinnati Law Review* 371 (2015). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2460000>. Acesso em: 30 jun. 2016, p. 408-409.

*No que diz ao crowdfunding de pré-venda e recompensa no direito brasileiro, acredita-se que a mesma lógica deve ser aplicada. E tal se dá se dá por uma série de razões.*

Em primeiro lugar, quanto ao *crowdfunding* de recompensa, viu-se que a principal relação jurídica estabelecida é análoga a uma *doação com encargo*. Logo, é evidente não se caracterizar relação de consumo, na medida em que não há retirada de um bem da cadeia produtiva;<sup>88</sup> as partes não são credoras e devedoras entre si;<sup>89</sup> nem se verifica uma habitualidade. Assim, a responsabilidade daqueles que recebem investimento é subjetiva e, no caso de fraude,<sup>90</sup> *não pode ser a plataforma de crowdfunding solidariamente* responsável, salvo comprovada culpa.

A relação jurídica estabelecida no *crowdfunding* de pré-venda, por sua vez, possui características passíveis de enquadramento em uma relação consumerista, em que há responsabilização objetiva do fornecedor e, em certos casos, solidária e objetiva dos intermediários. A relação entre o investido e investidor, portanto, pode ser considerada análoga à entre fornecedor e consumidor. Entretanto, defende-se que a responsabilidade objetiva do investido, *não é a mesma da plataforma intermediária, sem regime de necessária solidariedade*.

Como visto, o art. 19 do Marco Civil da Internet coloca ser subjetiva a responsabilidade do provedor de aplicações de internet

---

88 “Ato de consumo é o ato através do qual um sujeito (consumidor) adquire um bem ou serviço a fim de ser seu utilizador final, retirando-o da cadeia produtiva”. GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade Civil: Dano e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 90.

89 “Na relação de consumo, tais elementos são o fornecedor de produtos e o prestador de serviços – de um lado – e o consumido – do outro lado. Na grande maioria das vezes, as partes são credoras e devedoras entre si, eis que prevalecem nas relações de consumo as hipóteses em que há proporcionalidade das prestações (*sinagla*)”. TARTUCE, Flávio. *Manual do Direito Consumidor: Direito Material e Processual*. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2012, p. 60.

90 Em que, naturalmente, haverá dolo.

por danos causados por terceiros. Em vista da amplitude do conceito “provedor de aplicações na internet”, tem-se que as plataformas *online* para captação pública de recursos podem ser nele enquadradas. Com isso, na medida em que os projetos financiados seriam “conteúdo de terceiros”, o Marco Civil da Internet *impede que as plataformas de crowdfunding sejam objetivamente responsabilizadas*.

Não fosse isso o bastante, mas responsabilizar objetivamente as plataformas de *crowdfunding* pela fraude de terceiros seria mesmo ir *na contramão da inovação*, pois inviabilizaria a própria atividade de captação de recursos, o que viola os mencionados princípios constitucionais da livre iniciativa e do fomento à inovação.

As plataformas de *crowdfunding* não podem ser responsabilizadas pelo simples insucesso do projeto financiado, pois esse risco é *inerente ao próprio investimento*. No caso de fraude pelos terceiros investidos, hipótese aqui analisada, tem-se que a responsabilidade das plataformas pode existir, mas apenas na constatação de dolo ou culpa.

À maneira do que coloca a ICVM 588 e o *Crowdfunding Regulation* norte-americano, defender a ausência de responsabilidade no *crowdfunding* também não seria adequado, pois abriria margem à total negligência das plataformas quanto aos projetos nela expostos. É importante haver algum controle sobre os projetos ofertado. Por exemplo, as plataformas podem exigir as informações básicas daqueles que pretendem ser financiados; o plano para execução do projeto; ou mesmo efetuar uma análise superficial da viabilidade do pretendido.

Por conseguinte, as plataformas podem ser responsáveis pela fraude praticada por terceiros, mas essa responsabilidade é *subjetiva*, sendo imperiosa a análise do caso concreto para apurar-se em que medida os danos aos investidores poderiam ter sido evitados.

## Conclusões.

O modelo de negócios proposto pelo *crowdfunding* já é uma realidade, e veio para ficar. Resta ao direito buscar compreendê-lo para que seja possível regulá-lo.

Imputar uma responsabilidade solidária e objetiva às plataformas de *crowdfunding* quanto à fraude praticada por terceiros investidos poderia inviabilizar esse modelo, motivo pelo qual se faz necessário perceber que a proteção ao consumidor não pode ser defendida a qualquer custo. Mesmo porque o enquadramento das relações estabelecidas por meio das plataformas como relações consumeristas não é de todo adequado.

Enquanto as respostas não são sedimentadas, é importante que a busca pela minoração de riscos seja sempre buscada. Assim, ainda que se entenda pela responsabilidade subjetiva das plataformas de *crowdfunding*, recomenda-se que elas sejam sempre diligentes em filtrar projetos fraudulentos. E mais, *recomenda-se que seus riscos sejam securitizados*.

Como nem o direito brasileiro nem o norte-americano chegaram a um consenso quanto ao regime de responsabilidade civil adequado ao *crowdfunding*, uma alternativa que deve ser pensada é a confecção de seguros privados.<sup>91</sup> Tanto os proponentes dos projetos a serem investidos poderiam providenciar o seguro, como forma de garantir sua credibilidade perante o mercado, como poderiam ter as plataformas a iniciativa para tanto, resguardando-se contra eventual – e possível, tendo em vista as incertezas que cercam a disciplina – responsabilidade por condutas fraudulentas em prejuízo dos investidores.

---

91 Quanto ao assunto, no Direito norte-americano, veja-se LI, Timothy Q., *Fraud in Crowdfunding and Antifraud Insurance* (12 de maio de 2013). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2273263>. Acesso em: 30 jun. 2016.

O advento das novas tecnologias demonstra que, muitas vezes, o direito não oferece respostas óbvias aos problemas que estão por surgir. Portanto, mais do que nunca, será necessário envidar esforços para pensar em, e talvez repensar, formatos para essa interface entre o jurídico e o tecnológico.



# **ACCOUNTABILITY E DEVIDA DILIGÊNCIA COMO VETORES DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NOS MERCADOS RICOS EM DADOS<sup>1</sup>**

## **ACCOUNTABILITY AND DUE DILIGENCE AS VECTORS OF CORPORATE GOVERNANCE IN DATA-RICH MARKETS**

*José Luiz de Moura Faleiros Júnior\**

*Resumo:* Quando se pensa na governança de dados, o que se pretende destacar é um desdobramento natural da governança corporativa, cujas origens remontam ao século XX e ao início do fenômeno da globalização, em que as empresas passaram a se integrar dinamicamente em transações mais rápidas, exigindo sistematização de processos e o contato pela Rede Mundial de Computadores. A partir dessa premissa, o presente trabalho buscará esclarecer quais são as diretrizes adequadas para a implementação de políticas de proteção de dados pessoais que configurem o que a doutrina chama de governança de dados – considerada mais específica do que a governança corporativa, embora conexa a ela –, especialmente a partir de dois vetores, aqui tomados como hipótese da pesquisa proposta: o primeiro, a *accountability*, desdobrada da compreensão traçada quanto à governança e às boas práticas para a proteção de dados pessoais; a segunda, a devida diligência empresarial (*due diligence*), considerada importante elemento para a completa compreensão do princípio da prevenção. A pesquisa será realizada a partir do método dedutivo, com aportes bibliográficos. Ao final, uma conclusão será apresentada.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 09.09.2021 e aceito em 11.10.2021.

\* Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Doutorando em Direito, na área de estudo “Direito, Tecnologia e Inovação” pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Digital, Direito Civil e Empresarial. Advogado. E-mail: jfaleiros@usp.br

*Palavras-chave:* *Accountability*. Devida diligência. Governança corporativa. Mercados ricos em dados. Governança de dados.

*Abstract:* When thinking about data governance, what is intended to be highlighted is a natural offshoot of corporate governance, which dates back to the 20th century and the beginning of the phenomenon of globalization, in which companies began to dynamically integrate in faster transactions, demanding systematization of processes and contact by the World Wide Web. Based on this premise, this paper will seek to clarify which are the appropriate guidelines for the implementation of personal data protection policies that configure what the doctrine calls data governance — considered more specific than corporate governance, although connected to it — especially in light of two vectors, taken here as the hypothesis of the proposed research: the first, accountability, which unfolds from the understanding of governance and good practices for the protection of personal data; the second, corporate due diligence, considered an important element for the complete understanding of the principle of prevention. The research will be carried out using the deductive method, with bibliographic contributions. At the end, a conclusion will be presented.

*Keywords:* Accountability. Due diligence. Corporate governance. Data-rich markets. Data governance.

*Sumário:* Introdução. 1. Os mercados ricos em dados e sua preponderância na sociedade da informação. 2. *Accountability* como primeiro vetor: governança e boas práticas na proteção de dados pessoais. 3. A devida diligência como segundo vetor: um desdobramento virtuoso do princípio da prevenção. Conclusão.

## **Introdução.**

A evolução da integração computacional e a facilitação do acesso dos cidadãos ao ambiente virtual vêm tornando cada vez

maior o volume de informações que circula pela rede, configurando o que se convencionou chamar de *Big Data*, o que contribui para o aumento dos riscos de responsabilização pela má curadoria de dados pessoais em decorrência do tratamento dispensado às informações coletadas de forma desordenada (cujos maus resultados são previsíveis), a configurar o tratamento irregular descrito no artigo 44, II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018).

Quando se pensa na governança de dados, o que se pretende destacar é um desdobramento natural da governança corporativa, cujas origens remontam ao século XX e ao início do fenômeno da globalização, em que as empresas passaram a se integrar dinamicamente em transações mais rápidas, exigindo sistematização de processos e o contato pela Rede Mundial de Computadores. Trata-se de reconhecer que as redes não são absolutamente seguras e que não bastam leis que resguardam a privacidade e a proteção de dados pessoais para que se tenha efetiva preservação de direitos.

Há interações de todos os níveis e em todos os segmentos, o que denota exatamente esse aspecto de fluidez da tecnologia e a relevância que este tema tem para a implementação da governança corporativa. Por isso, na sociedade hiperconectada, é preciso ir além da norma, pois já não restam dúvidas do virtuoso papel da governança, pautada em processos e na gestão de riscos relacionados às boas práticas relativas a dados. Nunca se falou tanto em *compliance*, e a principal razão possivelmente é decorrência dessa característica.

A implementação de políticas de governança de dados permite diagnosticar zonas de risco e prevenir responsabilidades quanto à gestão dos dados pessoais, notadamente em face do longo período que se leva até que um marco regulatório específico seja introjetado na sociedade. A partir dessa premissa, o presente trabalho buscará esclarecer quais são as diretrizes adequadas para a implementação de políticas de proteção de dados pessoais que configurem o que a doutrina chama de governança de dados, especialmente, com o objetivo de prevenir demandas e responsabilidades a partir da devida diligên-

cia empresarial (*due diligence*). Com fulcro nessa premissa e no objetivo de tecer considerações mais assertivas sobre o tema, proceder-se-á à análise comparativa, por meio de pesquisa bibliográfica, entre a governança corporativa (mais ampla) e a de dados (mais específica).

A hipótese da pesquisa almejada será estruturada a partir de dois vetores: o primeiro, a *accountability*, desdobrada da compreensão traçada quanto à governança e às boas práticas para a proteção de dados pessoais; a segunda, a devida diligência empresarial (*due diligence*), considerada importante elemento para a completa compreensão do princípio da prevenção. A pesquisa será realizada a partir do método dedutivo, com aportes bibliográficos. Ao final, uma conclusão será apresentada.

## **1. Os mercados ricos em dados e sua preponderância na sociedade da informação.**

Quando os *shareholders* delegam ao administrador o poder de gestão da empresa, entendimentos distintos sobre os melhores procedimentos a serem adotados no zelo quanto ao desenvolvimento corporativo podem conduzir a distorções de interesses de vários outros envolvidos na estrutura corporativa (*stakeholders*). É exatamente isso que a governança corporativa procura superar, explicitando e até mesmo definindo regras cuja observância representa a conformidade (*compliance*) dos membros da corporação<sup>2</sup> a valores éticos que se introjetam nas rotinas e atividades.

---

2 Sobre a governança corporativa, Mariana Pargendler destaca seu valor e a proeminência do debate em torno de sua propagação: “Given the prominence of the corporate governance agenda in the academic and public spheres—and its resilience despite variations in the specific issues of the day—further appraisals of its normative implications are badly needed. There are two competing normative justifications for the obsession with corporate governance: whereas the first view is based on the relationship between corporate governance and shareholder value, the second conception assumes a direct effect of corporate governance practices on

Sobre o tema, convém ressaltar que o *compliance* – termo usualmente empregado como um conceito geral – advém do verbo inglês “*to comply*”, que, em tradução livre, sinaliza o ato de agir de acordo com as regras, englobando leis, marcos regulatórios infralegais e normativas internas e externas do mercado ou da própria corporação. Não obstante, algumas empresas focam em regulamentos internos sem alinhá-los com as questões jurídicas pertinentes, em especial aquelas que dizem respeito à inovação e às mudanças propiciadas por transformações no ambiente regulatório.

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.<sup>3</sup>

Noutras palavras, pode-se dizer que governança corporativa é um conjunto de estratégias utilizadas para administrar a relação entre os acionistas, gestores, investidores, parceiros e que tem a função de parametrizar a direção estratégica e o desempenho das organizações. Apesar de ser assunto recorrente no século XXI, não se trata de tema muito antigo, com origens históricas que remontam ao famoso ‘Caso Watergate’, mas com estruturação mais recente, já que se considera que a publicação, em 1992, do Relatório Cadbury,

---

non-shareholder constituencies and social welfare more generally.” PARGENDLER, Mariana. The corporate governance obsession. *The Journal of Corporation Law*, Iowa City, v. 42, n. 2, p. 359-402, 2016, p. 395.

3 De acordo com André Luiz Carvalho da Silva, que cita entendimento adotado pela Comissão de Valores Mobiliários, pode-se conceituar a Governança Corporativa como: “[...] o conjunto de práticas que tem por finalidade melhorar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, por exemplo, investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. Segundo essa definição, a análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve principalmente: a transparência, equidade, de tratamento dos acionistas e prestação de contas.” SILVA, André Luiz Carvalho da. *Governança corporativa e decisões financeiras no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 2005, p. 15.

foi o marco inicial do tema, sendo este o primeiro ‘código de boas práticas corporativas’.<sup>4</sup>

Por sua vez, a governança de Tecnologia da Informação (TI) contempla o conjunto de políticas, normas, métodos e procedimentos estipulados com a finalidade de permitir à administração o controle da utilização de Tecnologia da Informação, buscando uma eficiente utilização de recursos, minimização de riscos e o apoio aos processos da organização empresarial.<sup>5</sup> Seu objetivo, portanto, é garantir que o uso da TI agregue valor ao negócio. Para o “*Information Technology Governance Institute*” – ITGI, trata-se de responsabilidade exigível dos executivos e da alta direção/administração,<sup>6</sup> consistindo em aspectos de liderança, estrutura organizacional e processos que ga-

---

4 Em 1991, no Reino Unido, foi criado o Comitê Cadbury, presidido por Adrian Cadbury, com o objetivo de delinear os pilares da governança corporativa. As duas principais recomendações do Código eram: (i) que os conselhos de empresas de capital aberto incluíssem pelo menos três diretores não executivos; e (ii) que os cargos de CEO (*Chief Executive Officer*) e Presidente do Conselho dessas empresas deveriam ser ocupados por duas pessoas diferentes.

5 FERNANDES, Aguinaldo Aragon; ABREU, Vladimir Ferraz. *Implantando a Governança de T.I.: da estratégia à gestão dos processos e serviços*. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2008, p. 23.

6 Partindo da ideia de que a cúpula estratégica da corporação está sujeita a erros, Michael Jensen e William Meckling escreveram seu emblemático artigo “Theory of the firm” (“Teoria da firma”, no português), publicado em 1976, no qual declararam a inexistência do “agente perfeito” em qualquer organização. Nos dizeres dos próprios autores: “While the literature of economics is replete with references to the “theory of the firm,” the material generally subsumed under that heading is not actually a theory of the firm but rather a theory of markets in which firms are important actors. The firm is a “black box” operated so as to meet the relevant marginal conditions with respect to inputs and outputs, thereby maximizing profits, or more accurately, present value. Except for a few recent and tentative steps, however, we have no theory which explains how the conflicting objectives of the individual participants are brought into equilibrium so as to yield this result. The limitations of this black box view of the firm have been cited by Adam Smith and Alfred Marshall, among others. More recently, popular and professional debates over the “social responsibility” of corporations, the separation of ownership and control, and the rash of reviews of the literature on the “theory of the firm” have evidenced continuing concern with these issues.” JENSEN, Michael; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Nova York, v. 3, n. 4, p. 305-360, out. 1976, p. 308.

rantam que a área de TI da organização consiga suportar e aprimorar seus objetivos e estratégias.

O foco da governança corporativa é direcionar e monitorar a gestão da instituição<sup>7</sup> ao passo que o foco da governança de TI é direcionar e monitorar as práticas de uso de TI de uma organização.<sup>8</sup> É grande aliada da governança corporativa, com papel de destaque na estruturação de diretrizes, responsabilidades, competências e habilidades assumidas pelas organizações, objetivando controlar processos, garantir a segurança das informações, otimizar a utilização de recursos e dar suporte para a tomada de decisões alinhadas com os interesses de *stakeholders*.

Percebe-se que a governança de TI está dentro da governança corporativa, sendo parte indescutível dela neste modelo globalizado das corporações, em que a Internet se tornou instrumento preponderante das relações jurídicas.

Tem as seguintes áreas de foco: (i) estratégia: processos do negócio e os de tecnologia devem trabalhar conjuntamente; (ii) valor: acrescentar inovações ao negócio visando a um diferencial para eficiência e eficácia; (iii) riscos: visualização e gerenciamento de riscos, visando a minimizá-los, é também uma forma de agregar valor; (iv) recursos: neste caso, o papel da governança de TI é garantir que a gestão dos recursos humanos e tecnológicos da empresa seja a mais otimizada possível; (v) desempenho: deve auxiliar a visualizar os resultados do negócio mediante indicadores.<sup>9</sup>

---

7 Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 7-34; GILSON, Ronald. From corporate law to corporate governance. *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper n. 324, set. 2016. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract\\_id=2819128](http://ssrn.com/abstract_id=2819128). Acesso em: 09 set. 2021.

8 SELIG, Gad J.. IT Governance: an integrated framework and roadmap - how to plan, deploy and sustain for improved effectiveness. *Journal of International Technology and Information Management*, San Bernardino, v. 25, n. 1, p. 55-76, 2016, p. 59-60.

9 Pertinente, nesse contexto, a discussão sobre o valor do conhecimento para a corporação, que se inicia com os clássicos escritos de Fritz Machlup – que até mesmo revisitam a “Teoria

Como foi dito, uma nova estrutura econômica, política e cultural surgiu devido ao fenômeno da globalização, que se iniciou com a liberação ampla do comércio exterior e posteriormente foi possível perceber que o foco passou para os mercados financeiros.<sup>10</sup> Porém, apesar de todos os benefícios que a globalização financeira trouxe, incluindo a possibilidade e as facilidades de investir no mercado externo e conquistar novos clientes e investidores, é preciso ressaltar que as realidades são diferentes em cada país. As políticas financeiras das instituições e empresas que atuam nesses mercados nem sempre seguem parâmetros éticos, preocupação social ou respeito aos investidores, podendo gerar enormes discrepâncias e prejuízos a todos aqueles envolvidos nas diversas etapas de exploração de suas atividades.

Nasce, no plano global, uma estrutura de prevalência ampla da governança corporativa catalisada pelas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, inserin-

---

da Firma”: “In welfare economics, the firm is an imaginary or a typical reactor or initiator with accurate knowledge of his opportunities. Depending on the proposition in question, all combinations are again possible, but in any case, a new requirement is introduced: accurate knowledge of the environmental conditions on the part of all reactors and initiators.” MACHLUP, Fritz. Theories of the firm: marginalist, behavioral, managerial. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 57, n.1, p. 1-33, mar. 1967, p. 27. Ainda sobre o tema, é importante destacar que uma vertente doutrinária foi totalmente construída em torno da reconstrução da teoria em questão, que passou a ser baseada no conhecimento, considerado o recurso estrategicamente mais significativo de uma empresa. Seus proponentes argumentam que, como os recursos baseados em conhecimento são geralmente difíceis de imitar e socialmente complexos, as bases de conhecimento e capacidades heterogêneas entre as empresas são os principais determinantes da vantagem competitiva sustentada e do desempenho corporativo superior. Sobre o tema, conferir GRANT, Robert M. Toward a Knowledge-Based Theory of the Firm. *Strategic Management Journal*, Nova Jersey, v. 17, p. 109-122, jan./mar. 1996; KOGUT, Bruce; ZANDER, Udo. The network as knowledge: generative rules and the emergence of structure. *Strategic Management Journal*, Nova Jersey, v. 21, 2000, p. 405-425.

10 Denotando esta preocupação, Joseph Stiglitz aduz que: “O maior desafio não está apenas nas instituições propriamente ditas, mas nas mentalidades: para que se alcancem os benefícios potenciais da globalização, é necessário cuidar do meio ambiente, garantir que os pobres tenham voz nas decisões que os afetam e promover a democracia e o justo comércio.” STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002, p. 265.

do a eficácia horizontal dos direitos humanos no plano das relações econômicas<sup>11</sup> em consonância com as políticas de integridade almejadas e suas repercussões.

Sem dúvidas, os princípios orientadores oferecem instruções valiosas para que as corporações exerçam atividades empresariais de forma ética, mitigando os impactos negativos e elevando as expectativas de atendimento aos padrões de *compliance* em sintonia com o arcabouço normativo existente para a definição das políticas e procedimentos de conformidade, integrando o referido rol, dentre outros, os instrumentos internacionais e regionais.<sup>12</sup>

---

11 Sobre tal tema, Eduardo Saad-Diniz defende a estruturação de uma ‘justiça de transição corporativa’, cuja principal promessa “é justamente o fato de que ela representa a abertura ao diálogo e à participação das empresas, fundamentada em obrigação moral e propósito democrático, na transição e no enfrentamento à ascensão de dinâmicas autoritárias. [...] A um só tempo, a JTC dinamiza a avaliação crítica sobre a desestabilização dos procedimentos democráticos que advêm do setor privado e revê o papel das empresas na sociedade, de tal forma a inspirar iniciativas corporativas inovadoras orientadas à reconstrução social pós-conflito.” SAAD-DINIZ, Eduardo. Justiça de transição corporativa: a nova geração de estudos transicionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 167, ano 28, p. 71-128, mai. 2020, p. 117. Comentando a necessidade de compreensão da finalidade da responsabilidade social da empresa, com destaque para o meio ambiente – que é outro vetor importantíssimo dessa transformação de contornos mais amplos –, Renata Albuquerque Lima e Doralúcia Azevedo Rodrigues enfatizam que a “busca pela conscientização das empresas e dos consumidores encontra como obstáculos, no capitalismo, a extrema competitividade e a dificuldade em voltar recursos para a preservação ambiental, mas também é possível observar que a busca pela atuação de grupos empresariais que possuem boa reputação e são responsáveis perante o meio ambiente está entre as atuais preferências do mercado econômico.” LIMA, Renata Albuquerque; RODRIGUES, Doralúcia Azevedo. Os desafios da empresa no século XXI: a conciliação entre a responsabilidade social/ambiental e a atividade lucrativa. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 169-195, jan./jun. 2019, p. 195.

12 Analisando as diferenças entre os modelos norte-americano e europeu de governança corporativa, bem como seus reflexos sobre o desenvolvimento da dogmática em torno da matéria, cf. GELTER, Martin. Comparative corporate governance: old and new. *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper n. 321, jul. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2756038>. Acesso em: 09 set. 2021. Ressaltando a importância da luta contra a corrupção e traçando um paralelo entre o Canadá e o Brasil, cf. BOUCHARD, Charlaïne; FÉRES, Marcelo Andrade; ONANA, Édouard. La lutte contre la corruption en droit international et dans les pratiques locales, entre normativisation, effectivité et incohérences: les cas du Québec et du Brésil. In: FORTINI, Cristiana; LARA, Fabiana Teodoro; FÉRES, Marcelo Andrade (Org.). *Estado*

Nos dizeres de Newton De Lucca:

Enfim, ao cabo de todas as reflexões desenvolvidas até aqui, parece-me razoável – e, mais do que razoável, prudente – imaginar-se que a ética empresarial só teria condições de prosperar, efetivamente, se fosse semeada num contexto social e numa época em que os valores mais profundos da dignidade do ser humano estivessem consagrados nas convenções sociais com características jurídicas de costume. Ora, no atual mundo globalizado da economia (...), será que somente o Estado, como fonte exclusiva do direito que é, pode resolver os conflitos de interesses existentes, seja pela disciplina expressa das normas escritas, seja pela interpretação e aplicação das chamadas cláusulas gerais?<sup>13</sup>

Para sistematizar o que se almeja com a governança, criou-se a sigla “GRC”, que tem ganhado peso em todos os estudos relacionados à governança corporativa, à gestão de riscos e ao *compliance*.<sup>14</sup> O “G” representa a governança e se relaciona aos parâmetros de controle, supervisão e gestão de uma companhia, envolvendo análise, organização, metas, processos e objetivos. O “R” trata dos riscos existentes, inerentes ao negócio e outros que possam ocorrer por fatores internos ou externos, envolvendo um trabalho preventivo de mapeamento para que condutas indesejadas não sejam praticadas e desencadeiem eventual responsabilização. O “C” cuida do *compliance* propriamente dito, que está ligado a questões de diversas matérias (não

---

e empresa: encontros e desencontros em matéria de corrupção e programas de integridade. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 55; 60-76; 113-120.

13 DE LUCCA, Newton. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 414.

14 Cf. SOKOL, Daniel D. Cartels, corporate compliance, and what practitioners really think about enforcement. *Antitrust Law Journal*, Gainesville, v. 78, n. 201, p. 201-240, 2012.

apenas financeiras, jurídicas ou contábeis, mas até comportamentais e de posturas). Essa fórmula revela “análise jurídica e técnica que transcende o Direito, impondo um diálogo transversal e interdisciplinar.”<sup>15</sup>

No mundo corporativo preponderam, hoje, mercados ricos ou movidos a dados (*data-rich* ou *data-driven markets*<sup>16</sup>), o que despertou os olhares de empresas e de diversas organizações para a necessidade do fino trato das informações trocadas por meio da Internet, primando pela prevenção de danos quanto ao incessante fluxo de dados, pois, com o avanço da integração computacional e a facilitação do acesso dos cidadãos à web, torna-se cada vez maior o volume desses fluxos, que podem ser estruturados ou não. A despeito disso, a grande preocupação que surge não diz respeito à quantidade de dados, mas ao tratamento dispensado pelas grandes corporações às informações, pois marcos regulatórios especificamente direcionados à proteção da privacidade e dos dados pessoais passam a lhes impor deveres.

Fala-se, em linhas mais específicas, no atendimento aos ditames dos marcos regulatórios vigentes e especificamente ligados à proteção de dados pessoais, aos serviços, à integração de tecnologias, à segurança da informação e à TI em relação ao próprio negócio. Evidentemente, trata-se de uma disciplina inerente à governança corporativa e que visa ao atendimento das necessidades específicas da presença das Tecnologias de Informação e Comunicação – TICs na empresa, além do controle informacional no ambiente corporativo amplamente considerado.

No Brasil, a proteção aos grandes fluxos de informações é compreendida a partir de um conjunto de leis, composto pelo Marco

---

15 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Notas introdutórias ao compliance digital. In: CAMARGO, Coriolano Almeida; CRESPO, Marcelo; CUNHA, Liana; SANTOS, Cleórbete (Coord.). *Direito digital: novas teses jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 123.

16 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova York: Basic Books, 2018, p. 87-108.

Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) e pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) – apenas para exemplificar.

Segundo Juliano Madalena:

Portanto, para a correta aplicação do direito na internet, é de suma importância a análise da relação jurídica que dialoga com este fenômeno. [...] Por certo, o regime jurídico da internet obedece complexa tarefa interpretativa, exigindo um esforço multidisciplinar que possibilite a extração do conjunto dos fatos para a constituição de uma matéria. Contudo, considerando os aspectos jurídicos que a internet oferece à vida social é possível assentar a existência de uma disciplina particular do direito, que opera criando e balizando regras sociais de direito objetivo e subjetivo.<sup>17</sup>

Porém, a existência de regulamentos escritos não esgota o tema, eis que não são raros os exemplos difundidos na mídia sobre contrapontos jurídicos de direitos fundamentais que enfrentam carência de delimitação axiológica quando invocados para dar solução a relações travadas no mundo virtual,<sup>18</sup> principalmente, na hipótese em que tais relações sejam capazes de acarretar danos. Isto não afasta do

---

17 MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da Internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 186.

18 Segundo van Dijk, essa é a terceira fraqueza da proteção jurídica conferida à privacidade: “The third weakness of legal privacy protection is that it still deals almost exclusively with informational privacy. It is a matter of data protection. However, ICT in general and media networks in particular increasingly enter the areas of relational and physical privacy. As a result, applications such as email, calling line identification, video surveillance with storage of recordings, and all kinds of monitoring of Internet use, are poorly protected.” VAN DIJK, Jan. *The network society*. 2. ed. Londres: Sage Publications, 2006, p. 118-119.

campo de cognição do Direito, contudo, a importância do controle regulatório, como destaca James Beniger: “Cada nova inovação tecnológica estende os processos que sustentam a vida social humana, aumentando, assim, a necessidade de controle e a melhoria da tecnologia de controle.”<sup>19</sup>

E, no contexto específico dos dados, os dilemas enfrentados são usualmente de grande complexidade. O aumento dos riscos de responsabilização pela má gestão de dados pessoais em decorrência do tratamento dispensado às informações coletadas de usuários gera problemas de governança na medida em que a inadequada curadoria de dados frequentemente remete a um contexto de previsibilidade de falhas, gerando tratamento irregular de dados pessoais (art. 44, II, LGPD).<sup>20</sup>

Em suma, a delimitação de políticas adequadas permite identificar zonas de risco para que, antes mesmo da realização do tratamento de dados, se possa prevenir responsabilidades quanto à gestão de dados pessoais. É nesse aspecto que o próprio conceito de ‘tratamento irregular’ definido pela LGPD exsurge, pois o inciso II do artigo 44 da lei descreve exatamente a importância de que os ‘riscos e resultados’ sejam considerados na aferição do mencionado conceito.

Se o avanço da tecnologia representa fenômeno irrefreável e que, certamente, dará o tom da produção normativa no século XXI, além de irradiar efeitos sobre os diversos assuntos pertinentes à vida em sociedade, como a economia, a política e a inclusão social – definindo as bases da chamada sociedade da informação – também será a tecnologia o elemento de maior impacto para a Ciência do Direito,

---

19 BENIGER, James R. *The control revolution: technological and economic origins of the information society*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 434, tradução livre. No original: “Each new technological innovation extends the processes that sustain human social life, thereby increasing the need for control and for improved control technology.”

20 CROOTOF, Rebecca. The Internet of Torts: expanding civil liability standards to address corporate remote interference. *Duke Law Journal*, Durham, v. 69, p. 583-667, 2019, p. 665.

que deverá se aprimorar para não permitir que a inovação ofusque a capacidade regulatória do Estado.<sup>21</sup>

É nesse cerne que a governança corporativa passa a incidir: com o fito de direcionar e monitorar a gestão de determinada empresa ou instituição, são definidos padrões de conduta adequados; por sua vez, o foco da governança de TI se torna mais categórico, passando a direcionar e monitorar as práticas de uso das TICs em uma organização. E, finalmente, com a constatação de que o elemento central do desenvolvimento tecnológico é, hoje, baseado no *Big Data*, surge a governança de dados:

Extraída do contexto maior da governança corporativa e tangenciando pontos da Governança de TI, a de dados foca em princípios de organização e controle sobre esses insumos essenciais para a produção de informação e conhecimento das empresas. O controle mais estrito e formal de dados não é um desafio surgido nos dias de hoje. Os dados, dentre os insumos corporativos, são aqueles que mais apresentam características de fluidez, perpassam diversos processos e sofrem mais transmutações, pois são trabalhados em diversos pontos do seu ciclo de vida, dando origem a outros, além de nem sempre possuírem uma fonte e um destino claramente formalizados.<sup>22</sup>

Trata-se, basicamente, de grande aliada da governança corpo-

---

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 202. Comenta: “A atividade regulatória é espécie do gênero atividade administrativa. Mas trata-se de uma espécie bastante peculiar. Como já pude afirmar em outra oportunidade, é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado.”

22 BARBIERI, Carlos. *Governança de dados*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 35.

rativa, com papel de destaque na estruturação de diretrizes, responsabilidades, competências e habilidades assumidas pelas organizações e por seus membros com o intuito de controlar processos, garantir a segurança das informações, otimizar a utilização de recursos<sup>23</sup> e dar suporte para a tomada de decisões alinhadas com os interesses definidos na legislação de regência.

A preocupação com a governança corporativa a nível legislativo aportou no Brasil, de forma marcante, no final do Século XX, influenciada pelos seguintes eventos: em 1992, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa brasileira (Lei nº 8.429/92); em 1995, foi publicada a “Basileia I”, que definiu regras para o mercado financeiro.<sup>24</sup> Já em 1997, foi editada a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada pelo Brasil e promulgada internamente pelo Decreto nº 3.678/2000; em 1998, foi publicada, no Brasil, a Lei nº 9.613, que definiu os crimes de lavagem e ocultação de bens e criou o COAF; ainda em 1998, foi publicada a Resolução nº 2.554, dispondo sobre a implementação de sistemas de controles internos nas corporações.<sup>25</sup>

---

23 Importante destaque deve ser conferido às *boards* nas estruturas de governança corporativa: “The board of directors operates within a system of corporate governance. Governance systems can be roughly grouped according to whether the operation of the company by the board is determined by market forces (outsider control), or by mechanisms within the corporation and by its networks (insider control).” HOPT, Klaus; LEYENS, Patrick C. The structure of the Board of Directors: boards and governance strategies in the US, the UK and Germany. *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper n. 567, mar. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3804717>. Acesso em: 09 set. 2021.

24 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Administração Pública Digital*: proposições para o aperfeiçoamento do Regime Jurídico Administrativo na sociedade da informação. Indaiatuba: Foco, 2020, p.111-112.

25 O tema é de grande importância e também inspirou a adesão do Brasil a outros importantes atos multilaterais, como anotam Natália Chaves e Marcelo Féres: “Nas últimas décadas, a luta contra a corrupção assumiu proporções globais. O mundo levantou essa bandeira e muitas foram as convenções editadas sobre a matéria. O Brasil também se engajou nessa causa e tornou-se signatário de vários atos multilaterais, como, por exemplo, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais In-

Além disso, em 2009, o Banco Central do Brasil publica a Circular nº 3.461, que consolidou todos os normativos relativos às atividades de prevenção à lavagem de dinheiro. Por sua vez, foi promulgada, no ano de 2012, a Lei nº 12.683, com importantes mudanças na lei de lavagem de capitais. Também é importante destacar o advento da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), da Lei Anticorrupção brasileira (Lei nº 12.846/13) e de seu Decreto regulamentador (Decreto nº 8.420/15).

Devido ao incremento no uso da Internet como ferramenta de comunicação e de interação social, surgiram diversas questões desafiadoras para o Direito, particularmente o Civil e o do Consumidor, uma vez que se verificou a necessidade de regulamentar os direitos,<sup>26</sup> deveres e responsabilidades no uso da rede, com atenção às peculiaridades desse ambiente “virtual”.<sup>27</sup>

---

ternacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997 (Decreto n. 3.678/2000); a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996 (Decreto n. 4.410/02); e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Decreto n. 5.687/06).” CHAVES, Natália Cristina; FÉRES, Marcelo Andrade. O emprego de tecnologias e inovações no combate à corrupção. *In*: PARENTONI, Leonardo (Coord.); GONTIJO, Bruno Miranda, LIMA, Henrique Cunha Souza (Org.). *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, v. 1, p. 592.

26 Colin Bennett, em importante estudo da década de 1990, sugeriu importante reflexão acerca das peculiaridades da regulação global da proteção de dados: “Data protection is not like environmental protection, in which states might agree on the desirable “level” of toxins in rivers and have a relatively clear and common understanding of what that “level” means. For data protection we can compare the “black letter of the law,” we can observe indicators of the scope of law (manual vs. automated data, public vs. private, etc.), and we can compare and contrast the functions and powers of the policy instruments. But it is fallacious to make inferences about the “level of protection” from the observation of these crude indicators. Any attempt to establish evaluative criteria for assessing performance is fraught with the central difficulty that the goals of data protection are not self-defining. What is needed is a more holistic perspective that sees data protection as a process that involves a wide network of actors (data users, data subjects, and regulators) all engaged in the co-production of data protection. The successful implementation of data protection requires a shift in organizational culture and citizen behavior.” BENNETT, Colin. Convergence revisited: toward a global policy for the protection of personal data? *In*: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (Ed.). *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 119-120.

O desenvolvimento tecnológico mudou sensivelmente o comércio e o mercado mundial, que atualmente se diversifica entre o meio físico e o meio digital, com exemplos variados de empresas que atuam no meio físico com extensão para o ambiente digital e até mesmo de outras que se direcionam exclusivamente para o meio digital.

Nesse contexto, novas diretrizes jurídicas passam a permear os modelos de negócio dessas companhias, que precisam estar atentas à realidade do mercado consumidor e a todas as diversas disciplinas jurídicas que lhes exigem um atuar em conformidade ao Direito.<sup>28</sup> É nesse sentido que surge o *compliance*, termo que revela a exigência da atuação conforme à lei e às diversas diretrizes e regulamentações aplicáveis<sup>29</sup> e que tem grande impacto quanto à prevenção de

---

27 Cf. TRUBEK, David. M.; TRUBEK, Louise. G. New governance and legal regulation: complementarity, rivalry or transformation. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, Madison, n. 1022, 2006.

28 FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.706. Com efeito: “Também no *compliance* de dados pessoais o estabelecimento de *organização compatível com o risco da atividade* é elemento fundamental da robustez do programa, conforme estabelece o art. 50, §2º, inciso I, c. Cuida-se de assegurar que a estrutura corporativa será capaz de cumprir as determinações legais (manutenção do registro das operações, elaboração de relatório de impacto, etc.) mediante a adoção de procedimentos especificamente desenhados para as hipóteses de tratamento.”

29 Por toda a complexidade que permeia a regulação específica dos ecossistemas baseados em dados, Rolf Weber e Dominic Staiger propõem um modelo regulatório híbrido: “A hybrid approach to regulating data protection currently presents the best way forward, as it takes the need for clear rules as well as the technological capabilities of various industries into account by enabling them to create their own technological and organizational data protection frameworks that are based on the applicable industry characteristics. Future legislation should encompass five categories, including: - a right-to-know legislation that keeps users informed; - a prohibition legislation which prevents certain types of collection and distribution practices of information; - an IT security legislation that provides for the necessary security standards; - a utilization regulation that restricts the use of personal data having been collected; - a task-force legislation enabling technical community’s efforts to address privacy challenges created by technological shifts.” WEBER, Rolf H.; STAIGER, Dominic. *Transatlantic data protection in practice*. Berlim/Heidelberg: Springer-Verlag, 2017, p. 135.

ilícitos (inclusive no contexto da prevenção às práticas corruptivas no ambiente corporativo).<sup>30</sup>

Em termos de governança corporativa, a avaliação do próprio negócio, sob os diversos pontos de vista do *compliance*, garante a solidez empresarial, parâmetro imprescindível ao florescimento do negócio. Porém, não se pode reduzir o escopo de atuação da governança a ponto de não contemplar a tecnologia da informação.

É complexo e extremamente aberto o debate doutrinário sobre a natureza da responsabilidade civil definida na LGPD. Parte da doutrina defende que o nexo de imputação remeteria ao risco da atividade em razão da realização do tratamento de dados, por expressa previsão do artigo 42;<sup>31</sup> outra parcela se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da culpa como fator de imputação.<sup>32</sup> A despeito de

---

30 CHAVES, Natália Cristina; FÉRES, Marcelo Andrade. A inteligência artificial e a prevenção de ilícitos no âmbito do *compliance* anticorrupção. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 705. Anotam: “Por óbvio, como tudo na sociedade contemporânea, os mecanismos de *compliance* também envolvem o uso de ferramentas tecnológicas, incluindo sistemas dotados de inteligência artificial. A título exemplificativo, vale registrar que a maior parte das grandes corporações tem informatizado os seus procedimentos internos e desenvolvido *softwares* de gestão, com o objetivo de estabelecer padrões de conduta balizados pelo ordenamento jurídico interno e que não podem ser alterados manualmente pelos funcionários. Com isso, reduz-se a margem de erros e cria-se uma uniformidade no processo que facilita o controle. Sob essa ótica, qualquer ato fora do padrão será acusado pelo sistema, alertando os responsáveis a verificar o ocorrido. Ainda como parte desse controle interno, programas de computador voltados para o monitoramento de riscos também têm merecido especial atenção, na medida em que viabilizam a identificação de potenciais ameaças no exercício da atividade.”

31 Defendendo posição objetivista, conferir, por todos, MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018). In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 122; MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, nov. 2019, p. 27 *et seq.*; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, p. 468-486, nov./dez. 2018, p. 473.

32 Defendendo a natureza subjetiva do regime de responsabilidade civil em questão, tem-se, por todos, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do

qualquer divergência, a governança de dados se revela aspecto importantíssimo, não apenas para as empresas que desenvolvem atividades com extensão ou exclusivamente em meio digital, mas para todas, uma vez que o trato com a tecnologia avança cada vez mais, passando a influenciar todos os modelos de negócio.

Exemplos a serem citados são a proteção de dados pessoais e a segurança da informação, que são duas faces de uma mesma moeda, embora esta esteja conectada aos postulados de confidencialidade, integridade e disponibilidade. Isso porque existem notícias de vazamentos de informações de inúmeros sites e portais criados para atender às mais diversas finalidades. Assim, nesta nova realidade virtual, o acesso a dados de usuários (dados pessoais) ganha relevância ímpar e passa a impor às companhias e organizações um zelo especial pela segurança da informação.

## **2. *Accountability* como primeiro vetor: governança e boas práticas na proteção de dados pessoais.**

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é composta de importante rol de onze princípios. Um deles – a boa-fé objetiva<sup>33</sup> – cons-

---

tratamento de dados. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 231-232; DANTAS BISNETO, Cícero. Dano moral pela violação à legislação de proteção de dados: um estudo de direito comparado entre a LGPD e o RGPD. *In*: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 228.

33 Eduardo Tomasevicius Filho destaca que: “A informação transmitida deve ser verdadeira, clara e relevante. Ademais, este dever só impõe a transmissão na medida necessária para reduzir custos de transação elevados. [...] Assim, há um ônus de se informar e um dever de informar que incidem simultaneamente. Para facilitar o cumprimento deste dever, existem ainda o dever de informar para ser informado e o dever de se informar para informar.” TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 486. Conferir, ainda sobre o tema, os apontamentos gerais apresentados em: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação,

ta do *caput* do artigo 6º da lei; os outros dez estão listados no rol de incisos do mesmo dispositivo. Nesse momento, cumpre destacar a prevenção (inciso VIII) e a responsabilidade e prestação de contas (inciso X). Tais princípios estão intrinsecamente conectados aos propósitos da já citada cartilha de princípios da OCDE, que, agregada aos demais axiomas de regência da governança, despertou os valores importantíssimos para a estruturação de modelos de proteção “*ex ante*”: (i) *fairness*, compreendido como o senso de justiça e a equidade no tratamento dos acionistas; (ii) *disclosure* ou a transparência nas informações; (iii) *accountability*, a prestação de contas; (iv) *compliance*, o atuar em conformidade, cujo consagrado conceito foi sendo aprimorado pela doutrina especializada, tornando-se o paradigma almejado.

Para o momento, importa ressaltar que alguns desses princípios possuem importante função na compreensão que se pretende traçar quanto ao escopo protetivo da governança de dados na lei. Segundo Cíntia Rosa Pereira de Lima e Kelvin Peroli:

[...] (i) o nexo estrutural (*structural nexus*), entendido como o desenvolvimento de políticas e procedimentos na própria empresa capazes de promover a cultura de conformidade, em seu âmago; (ii) o fluxo de informações (*information flow*) da empresa necessita ser eficiente, no sentido de que o *compliance* deve ser implantado no fluxo de informações do alto comando até os empregados do chão de fábrica, para garantir que a comunicação entre todos, de todos níveis hierárquicos, seja rápida e eficaz; (iii) monitoramento e vigilância (*monitoring and surveillance*), sendo também função do *compliance* o monitoramento do com-

---

2018. p. 625; SILVA, Michael César. Convergências e assimetrias do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 1, 2015, p. 1133-1186.

portamento dos empregados, a fim de garantir a sua adesão às políticas e procedimentos da empresa, o que gera, conseqüentemente, a vigilância, que deve ser minimizada e utilizada apenas para os fins corporativos; (iv) o *enforcement* das políticas, procedimentos e normas de direito, que devem ser direcionados tanto para as atividades que oferecem maior risco de não-conformidade, quanto para as que menos risco oferecem, o que pressupõe, em verdade, a análise e o gerenciamento de riscos efetivos pela empresa.<sup>34</sup>

O legislador brasileiro, agindo em sintonia com modelos que vêm ganhando espaço noutras legislações,<sup>35</sup> previu a governança de dados como uma *faculdade* do agente, dela cuidando especificamente em seus artigos 50 e 51.<sup>36</sup> De fato, tudo parece sinalizar que a com-

---

34 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. *Direito digital: compliance, regulação e governança*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 136.

35 É o caso do regulamento europeu: “The GDPR [Art. 32(2) GDPR; Art. 7(1) Directive 95/46/EC] forces data controllers to mitigate the risk of a potential privacy breach by establishing internal procedures to assess data protection risks of their products and services. Risk assessment provisions encourage data controllers to weigh technical data protection measures against risks faced by data processing activities. These measures must be proportionate to the envisaged risks.” TAMÒ-LARRIEUX, Aurelia. *Designing for privacy and its legal framework: data protection by design and default for the Internet of Things*. Basileia: Springer, 2018, p. 96.

36 “Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. § 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular. § 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá: I - implementar

plexidade técnica dos processos relativos a dados amplia o espectro das atividades de processamento, que deixam de ser equiparáveis a outras atividades geradoras de riscos menores. Nesse contexto, a própria noção de *accountability* passa a congrega sentidos variados.<sup>37</sup> É nesse ponto que se deve destacar a importância da base principiológica da LGPD para a estruturação de novos contornos à civilística tradicional.

Não há dúvidas de que o tratamento desenfreado e massivo dos dados pessoais torna o usuário parte vulnerável de qualquer relação jurídica, visto que, na esmagadora maioria das vezes, esse não terá sequer o conhecimento de que seus dados estão sendo coletados, muito menos de que estão sendo tratados e compartilhados com terceiros para os mais variados fins – e isto acaba se tornando ‘normal’.<sup>38</sup> Nesse compasso, violações a diversos direitos dos consumidores, redução da sua capacidade de escolha, discriminações e supres-

---

programa de governança em privacidade que, no mínimo: a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais; b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta; c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados; d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade; e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular; f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos; g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas; II - demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei. § 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.”

37 VAN ALSENOY, Brendan. *Data protection law in the EU: roles, responsibilities and liability*. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 318.

38 POUNDSTONE, William. *Head in the cloud: why knowing things still matters when facts are so easy to look up*. Nova York: Hachette, 2016, p. 253.

são da privacidade são práticas contumazes (embora espúrias) que se visou a combater com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados.

### **3. A devida diligência como segundo vetor: um desdobramento virtuoso do princípio da prevenção.**

A chamada devida diligência (*due diligence*, no inglês) nada mais é que uma auditoria realizada com o objetivo de prevenir responsabilidades (o que se alinha à principiologia mencionada).<sup>39</sup> No direito empresarial, trata-se de prática amplamente utilizada para análises de riscos de operações – integrando o contexto da governança corporativa – e compreendendo etapas que partem do pressuposto de que se deve verificar se o negócio está nas condições que o investidor acreditava estar quando da data de apresentação e proposta.

Esta prática é amplamente utilizada nos Estados Unidos da América, notadamente nas aquisições de empresas e na realização de investimentos, o que Luis Henrique Ventura classifica como nada mais, nada menos que uma auditoria empresarial.<sup>40</sup>

Tudo parte de um pressuposto de cooperação entre investidor e vendedor, que, agindo de boa-fé, devem alinhar os procedimentos que irão contribuir para um estudo eficiente sobre as nuances do caso,<sup>41</sup> normalmente compondo-se de cinco etapas principais, que

---

39 Cf. ROSA, Dirceu Pereira de Santa. A importância da *due diligence* de propriedade intelectual nas reorganizações societárias. *Revista da ABPI*, São Paulo, v. 60, set./out. 2002; LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

40 VENTURA, Luis Henrique. *Contratos Internacionais Empresariais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 59-60.

41 Cf. ASSI, Marcos. *Gestão de riscos com controles internos: ferramentas, certificações e métodos para garantir a eficiência dos negócios*. São Paulo: Saint Paul, 2012.

podem ser transpostas ao contexto específico da proteção de dados pessoais para reforço das medidas de *accountability*, em reforço ao que prevê o artigo 6º, inciso X, da LGPD, compreendido em conjunto com a prevenção descrita no inciso VIII do mesmo dispositivo e com os elementos do inciso II do artigo 44.

1) Declaração de intenção. Trata-se de estágio inicial que envolve a celebração de um acordo preliminar (conhecido como *engagement letter*),<sup>42</sup> em que são determinadas as regras da devida diligência por documento que indica normas e temas estratégicos importantes, tanto para o potencial vendedor, quanto para o interessado (usualmente o consumidor, que também pode ser identificado como titular de dados). Também é o documento que contempla aspectos como confidencialidade, direito de preferência no negócio, entre outros. Sendo um acordo que formata uma negociação que se dará entre as partes, não existe como enumerar com precisão o que deve constar neste documento.

2) *Check listing*. Documento que é usualmente preparado para o mapeamento da *due diligence*, listando etapas e ciclos, bem como detalhando as informações que deverão ser disponibilizadas pela possível auditoria. É nesse cerne que passam a ter grande valor

---

42 Esse tipo de acordo pode contribuir eficazmente para o cumprimento do disposto na alínea “a” do inciso I do §2º do artigo 50 da LGPD, que exige do agente de tratamento de dados que “demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais”. Seu valor também pode ser identificado no contexto do inciso II e do §3º do mesmo dispositivo: “Merece destaque derradeiro, ainda neste campo, o disposto no §3º, que exige a atualização periódica das políticas de governança – o que ressalta a necessidade de auditorias cíclicas e revisões de métodos e procedimentos para a garantia da efetividade indicada no §2º, II, pois, como se disse, o programa somente servira de parâmetro para a avaliação de boa conduta empresarial e para a mitigação de responsabilidades se, reconhecidamente, for efetivo.” MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança, boas práticas, governança e compliance. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*: Lei n. 13.709/2018, com alteração da Lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020, p. 363.

as normas admitidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT:

No caso específico da privacidade e segurança da informação, a ABNT possui uma família específica de normas técnicas, a família 27000, e as principais normas para tratar esse assunto são a ABNT/NBR ISO/IEC 27001, 27002 e 27701. (...) As normas da família ISO/IEC 27000 são normas internacionais que possibilitam às organizações a implementação de um Sistema de Gestão da Segurança da Informação (SGSI), através do estabelecimento de uma Política de Segurança, Controles e Gerenciamento de Riscos. O conjunto de normas ISO/IEC 27000 apresenta os requisitos necessários para a implementação de um Sistema de Gestão da Segurança da Informação (SGSI) em qualquer organização, incluindo métodos de auditoria, métricas, controle e gerenciamento de riscos.<sup>43</sup>

3) Fornecimento e/ou obtenção das informações. Definido o ponto de partida da averiguação que se pretenda fazer, inicia-se a fase mais árdua da devida diligência, que está relacionada à revisão do conjunto de informações levantadas, bem como à pesquisa e à coleta de dados complementares.

4) Consolidação. É a etapa em que, depois de consolidada a análise dos dados coletados, um extenso relatório é preparado, nos moldes solicitados pela contratante do serviço e seguindo os padrões adotados pelos advogados responsáveis.

---

43 FONSECA, Fernando; MELLO, Renata Avelar de. Frameworks para privacidade e proteção de dados pessoais. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (Coord.). *Compliance no direito digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.113-115.

5) Entrega do relatório final. Corresponde ao relatório que poderá ser utilizado diretamente ou após análise minuciosa sobre a viabilidade da transação. A partir daí, caberá a ambas as partes continuar eventual revisão ou auditoria.

De modo geral, o procedimento de devida diligência revela exatamente a preocupação de uma atuação em conformidade às normas, com o fim de identificar riscos, mitigando-os em possíveis negociações. Nada mais é que uma formatação preventiva do *compliance*, aplicada, via de regra, às incorporações societárias e aos investimentos.

Para qualquer investidor, a possibilidade de demonstrar que agiu nos limites das cautelas minimamente esperadas é um trunfo no momento de afastar ou reduzir sua responsabilização por qualquer evento decorrente do negócio, principalmente, no plano jurídico. Primeiro, porque o valor do investimento pode ser prejudicado por problemas legais ocultos, como proteção insuficiente da propriedade intelectual, inexistência de boas práticas nas relações consumeristas, tributárias e trabalhistas etc.; segundo, porque termos jurídicos podem gerar impacto significativo sobre o capital real de retorno de investimentos de riscos.

Por essa razão, a *due diligence* jurídica abrange aspectos legais e riscos envolvidos nos negócios de uma empresa, incluindo os riscos relativos a possíveis responsabilidades (incluindo resolução de litígios e responsabilidades ambientais) contratos, assistências e outras áreas. Porém, uma vez que seu escopo é amplo e subdividido entre a análise financeira e a jurídica, percebe-se o que o estudo isolado desta última não deve estar dissociado dos aspectos econômicos, pois as normas jurídicas servem para instrumentalizar e viabilizar o mercado, de forma eficaz e justa.

Nessa linha de intelecção, Renato Ventura Ribeiro expõe que:

[...] o dever de diligência exige que o administrador deva estar munido das informações necessá-

rias para tanto, em especial aquelas relevantes e razoavelmente disponíveis. As informações necessárias para a tomada de decisões abrangem tanto a parte legal quanto a negocial, estando incluídas na última conhecimento da situação de mercado, política e produtos da empresa, dificuldades e propostas de soluções.<sup>44</sup>

É importante lembrar que não são raras as legislações que impõem a responsabilização objetiva, particularmente no trato das relações jurídicas desniveladas, o que acaba por gerar uma preocupação ainda maior com *due diligence* para a prevenção de riscos, o que se coaduna com a noção de *accountability* destacada pela dicção do princípio contido no artigo 6º, inciso X, da LGPD. No contexto da governança de dados, este é um cenário sempre presente nas relações entre os agentes de tratamento que lidam com atividades de alto risco (especialmente em mercados robustecidos por aplicações baseadas em *Big Data*), haja vista o amplo controle exercido frente à hipossuficiência técnico-probatória de suas contrapartes, o que acaba acirrando o potencial de responsabilização por inobservância a deveres e rotinas de prevenção que decorrem da devida diligência.

E, evidentemente, esta responsabilização se aguça quando o ilícito diagnosticado envolve a má gestão de dados pessoais dos usuários nas relações de consumo,<sup>45</sup> o que margeia direitos fundamentais da pessoa, muitas vezes expostos a situações de nítido dano. Isto pode ocorrer, dentre outras hipóteses, pela veiculação de publicidade ilícita - notadamente, enganosa -, pela má utilização de *cookies*<sup>46</sup> ou pela má gestão de *links*.

---

44 RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 226-227.

45 Sobre as peculiaridades das relações de consumo levadas a efeito na Internet, conferir SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012, p.261-281.

Destarte, não é de se olvidar dos riscos que circundam as empresas que fazem coleta de dados pessoais de seus usuários, ainda que sem a finalidade de explorar comercialmente os bancos de dados constituídos a partir dessas coletas, pois os riscos decorrentes do uso inadvertido e abstruso de dados pessoais, com graves implicações para a identificação da não observância aos parâmetros de governança estabelecidos em rotinas de devida diligência.

## **Conclusão.**

Nesse breve ensaio, buscou-se traçar algumas pontuações sobre as origens da governança corporativa e seu aprimoramento até a consolidação da governança de dados, que é desdobramento natural da primeira. Na investigação realizada, pontuou-se que as origens do tema remontam ao Século XX e ao início do fenômeno da globalização, em que interações de todos os níveis e de todos os segmentos

---

46 Cookies são arquivos de texto gerados durante o acesso a um website que são gravados no disco rígido do computador para serem utilizados pelo navegador, sendo que alguns (cookies temporários) permanecem na memória RAM e são apagados assim que o programa navegador é encerrado, ao passo que outros (cookies permanentes) são gravados no disco rígido quando do término da navegação. Têm por objetivo básico fornecer maior conveniência na utilização da *Internet*, evitando que certos dados precisem ser fornecidos a cada vez que uma página é visitada, e armazenando informações relativas às preferências de um usuário. Para mais detalhes, consultar DENSA, Roberta; DANTAS, Cecília. Notas sobre publicidade digital: cookies e spams. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 694-700. Com efeito, a doutrina ainda sinaliza: “[...] um cookie, dependendo de como é feito, tem o poder de coletar informações do usuário como seu número de IP, o navegador e o sistema operacional que utiliza, o horário em que acessou o site, quais áreas do site que visitou mais vezes, de que outro site seu acesso se originou (caso tenha seguido um link), etc. Apenas a primeira informação das listadas acima já bastaria para marcar a invasão da privacidade do usuário. O número de IP (*Internet Protocol*) está para a *Internet* como a impressão digital está para a identificação de pessoas. O IP fornece o provedor, o navegador e o sistema operacional do usuário, por exemplo. Com o número do IP, pode-se (tendo o conhecimento técnico para tanto) facilmente saber a identidade real e a localização de qualquer um que tenha acessado a *Internet*”. QUEIROZ, Danilo Duarte de. Privacidade na *Internet*. *In*: REINALDO FILHO, Demócrito (Coord.). *Direito da Informática: temas polêmicos*, Bauru: Edipro, 2002, p. 88.

caracterizaram a fluidez da tecnologia e a relevância que esse tema tem para a implementação do *compliance* para o trato dos fluxos de dados.

Com o avanço da integração computacional e a facilitação do acesso dos cidadãos ao ambiente virtual, viu-se que o incremento do volume de informações captadas e trocadas contribuiu e continuará contribuindo para que a atual sociedade da informação avance a um novo paradigma de acirramento de riscos. Nesse contexto, destacou-se a relevância de que bases sólidas – que ultrapassem a própria norma e que envolvam rotinas coerentes com o grau de risco de cada atividade e com a viabilidade de revisões cíclicas e auditorias de dados para adequada curadoria – possam conduzir a uma reformulação do que a doutrina chama de devida diligência (ou *due diligence*, *no original, em inglês*).

O advento de marcos regulatórios é, portanto, o primeiro passo dessa reformulação paradigmática. Não obstante, o papel da devida diligência e da delimitação dos controles internos para o atendimento desses marcos a partir de serviços, da integração de tecnologias, da segurança da informação e do papel da TI em relação ao negócio, é de inegável valor para a consolidação do atendimento às necessidades específicas impostas pela presença da tecnologia e do controle informacional no ambiente corporativo, especialmente, para fins de mitigação da responsabilização pelo mapeamento de riscos e resultados (fatores expressamente contemplados no artigo 44, II, da LGPD para a construção do conceito de tratamento irregular). Os dois vetores apontados na construção da hipótese de pesquisa se mostraram pertinentes e adequados à concreta elucidação dos desafios que permeiam o tema, além de serem importantes elementos para a consolidação de uma cultura de governança e de boas práticas relacionadas a dados. Somente a partir disso é que se avançará virtuosamente rumo à concretização da principiologia de lastro preventivo insculpida na LGPD.



# GARANTIAS GENÉRICAS OU *OMNIBUS* NO DIREITO BRASILEIRO<sup>1</sup>

## GLOBAL OR *OMNIBUS* GUARANTEES UNDER BRAZILIAN LAW

*Pedro Guilhardi\**

*Resumo:* O artigo examina atributo facultativo de determinadas garantias, sejam elas pessoais, sejam reais, típicas ou atípicas. Esse atributo, denominado *omnibus*, constitui-se como garantias genéricas, globais ou guarda-chuvas. Parte-se das noções introdutórias da figura, seu surgimento e adoção pela práxis bancária para discutir a validade de tal contratação à luz da determinabilidade do objeto dos negócios jurídicos. A análise é feita tanto sob o ponto de vista de garantias pessoais, quanto de garantias reais, típicas ou atípicas.

*Palavras-chave:* Garantias. Negócio jurídico. Garantia *omnibus* ou genérica. Efetividade do Direito Privado. Proteção ao investimento privado.

*Abstract:* The article assesses a particular feature of certain type of guarantees, either personal or *in rem*, known as *omnibus*, that create a global or umbrella guarantee. This text discusses its notion, development and use in banking to further discuss the validity of this kind of guarantees in the light of the requirement, under Brazilian contract law, that the subject of obligations undertaken shall be determined or determinable. The analysis is carried out from the point of view of both personal and *in rem* guarantees, expressly ruled by legal statutes or not ruled by legal statutes.

*Keywords:* Guarantees. Legal transaction. Global or *omnibus* guarantees. Effectiveness of private law. Protection of private investment.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 04.05.2021 e aceito em 17.11.2021.

\* Doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. LL.M. em *Comparative and International Dispute Resolution* pela *Queen Mary, University of London*. Advogado em São Paulo. E-mail: pguilhardi@nanni.adv.br

*Sumário: Introdução.* 1. Noção, origem e disciplina. 2. O regime de invalidade por indeterminabilidade do objeto no direito brasileiro. 3. O problema das garantias genéricas ou *omnibus* à luz da determinabilidade do seu objeto. 3.1. A quantificação do montante garantido ao tempo da conclusão do negócio não constitui exigência legal brasileira no âmbito da fiança. 3.2. O problema da quantificação do montante garantido nos contratos em que a lei do negócio típico exige referência ao valor garantido: hipóteses de garantias reais típicas. 3.3. A referência à espécie de negócio jurídico futuro. 3.4. Validade da pactuação por prazo indeterminado. 3.5. Validade das garantias *omnibus* (artigo 104, inciso II, do Código Civil): controle da legalidade suscetível de se operar no plano da eficácia, à luz do contexto e da boa-fé objetiva. Conclusão.

## **Introdução.**

Pretende-se avaliar elemento facultativo de garantias, denominado *omnibus*, que conta, pelo menos sob tal terminologia, com poucas referências e estudos exclusivamente a ele dedicados, no direito brasileiro,<sup>2</sup> e, normalmente, atrelados à fiança,<sup>3</sup> como garantia em es-

---

2 Ver, entre outros, FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125 e ss. GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*. Instrumento para proteção jurídica do crédito. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 247. ZULIANI, Ênio Santarelli. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 2172-2173.

3 Isso se justifica, em grande medida, pela tipicidade da fiança e pela disposição do artigo 821 do Código Civil, que autoriza a contratação de fiança para garantia de dívida futura. Além disso, a modalidade *omnibus* é especialmente presente na contratação de fianças bancárias.

pécie. Garantias com a característica *omnibus* ou, simplesmente, garantias *omnibus* também são denominadas genéricas, gerais,<sup>4</sup> globais, caldeirões<sup>5</sup> ou guarda-chuvas.<sup>6</sup>

A palavra *omnibus* é formada pelo antepositivo latino *omni* (também conhecido como *oni*), que significa “todo, todos; tudo; qualquer; de toda espécie”<sup>7</sup> originando, também, vocábulos como: onipresente, onipotente, onisciente etc. Em parte, a característica marcante das garantias *omnibus* é reflexo de sua denominação, significando “para todos” (no caso específico, para todas as obrigações que venham a surgir), daí a criação, inclusive, da palavra ônibus para designar um veículo coletivo ou “para todos”.

É modalidade utilizada, especialmente, por instituições financeiras que, para concessão de sucessivos créditos em favor de sociedades e, dada a autonomia jurídica e patrimonial da pessoa do sócio em relação à pessoa jurídica, constituem com o sócio, controlador ou investidor, fiança (ou qualquer outra espécie de garantia) na sua modalidade *omnibus*, a fim de garantir obrigações a serem constituídas pelas sociedades junto àquela mesma instituição.

Vale lembrar que as dívidas futuras podem ser objeto, pelo menos, de fiança, a teor do que dispõe a primeira parte do artigo 821 do Código Civil. Ao contratar a referida modalidade, as partes almejam a redução dos custos de transação e da burocracia que estaria

---

4 Terminologia que será evitada pelo autor, para que não se confunda com a contraposição entre garantias gerais e especiais.

5 VIDEIRA, Celina. A fiança *omnibus*. *Revista de direito das sociedades*. v. 8. Coimbra: Almedina, 2016. p. 646.

6 VENOSA, Silvío de Salvo; DENSA, Roberta. Contrato de alienação fiduciária de imóvel em garantia de dívida futura ou incerta. In: PERES; Tatiana Bonatti; TERRA, Marcelo; DIAS, José Guilherme Gregori Siqueira (Coords.). *Alienação fiduciária de bem imóvel e outras garantias*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 97.

7 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauros de Sales. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2062.

presente caso fosse necessário firmar, a cada operação, contrato de garantia apartado. Em outras palavras, facilita, agiliza e tem o potencial de reduzir o custo do crédito, desde que obedecidos os requisitos de validade do negócio jurídico.

Não se pretende avaliar a característica *omnibus* das garantias em todos os seus aspectos, mas desenvolver a noção do instituto para, então, estudar a obrigação assumida sob o prisma da validade do negócio jurídico. Quando necessário, far-se-á referência à fiança, dada a existência de regulação parcial, mas específica, da matéria pela lei.

Tratar-se-á da validade e dos limites das contratações *omnibus* no âmbito do direito das garantias em geral, à luz do artigo 104, inciso II, do Código Civil, para responder se tal modalidade de garantia é válida perante o ordenamento jurídico brasileiro, isto é, se e/ou em que hipóteses a contratação *omnibus* tem objeto jurídico determinado ou determinável. Restringe-se o estudo a operações bancárias de concessão de crédito garantidas por obrigações genéricas.

Esclarece-se, de igual modo, que o artigo não tem por objeto o estudo de garantias em espécie, seu objeto, as relações jurídicas formadas em cada tipologia, as defesas dos envolvidos etc., mas o estudo de cláusula *omnibus* que pode, ou não, estar presente nas contratações das diferentes espécies de garantia.

Por fim, serão apresentadas as conclusões do estudo.

## **1. Noção, origem e disciplina.**

Mais comum e amplamente, apesar das ressalvas adiante, as modalidades de garantia *omnibus* se caracterizam pela assunção do garante de todas as dívidas, sem especificar, de determinado devedor.<sup>8</sup>

---

8 MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 96-97.

Entende-se que, em sentido mais estrito, a característica *omnibus* das garantias é marcada pela contratação futura e sem determinação – pelo menos prévia – do objeto futuro garantido. Ao revés, se a situação envolve “simultaneamente, a assunção de obrigações presentes e futuras de natureza indeterminada, apenas na parte relativa a estas últimas é que se pode considerar *omnibus*”.<sup>9</sup>

De outra sorte, havendo contratação de garantia para assegurar obrigação futura, mas determinada, não se está na hipótese de garantia *omnibus*, mas, simplesmente, de garantia de obrigação futura.

Dessa forma, a contratação *omnibus* pode ser definida como a obrigação assumida pelo garante de responder por todas as dívidas futuras, que venham a ser contraídas por determinada pessoa – ente garantido – perante o seu credor – ente beneficiário –, sem que, normalmente, o seu objeto conte com qualquer limitação de ordem quantitativa ou temporal.<sup>10</sup>

Se, de um lado, a prévia indeterminação do objeto de contratação futura é o que confere utilidade a tal modalidade de contratação,<sup>11</sup> também pode, de outro lado, trazer inquietações quanto à validade do negócio jurídico, à luz dos requisitos de validade impostos pelo ordenamento civil, notadamente o artigo 104, inciso II, do Código Civil.

A modalidade rompe um processo burocrático – que demandava, inicialmente, a negociação e a contratação de diferentes garantias a cada operação de crédito –, atraindo as instituições financeiras

---

9 VIDEIRA, Celina, *Op. Cit.*, p. 646.

10 Ampliou-se o conceito comumente utilizado pela doutrina, que se restringe, geralmente, à fiança *omnibus*. De fato, a garantia *omnibus* não é um tipo contratual de garantia; é, ao contrário, uma obrigação oriunda das contratações das diferentes modalidades de contratos de garantia, sejam reais, sejam pessoais etc.

11 FARO, Frederico. *Fiança omnibus no âmbito bancário: validade e exercício da garantia à luz do princípio da boa-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 113.

e seus usuários, que se beneficiam com a facilidade e a agilidade na obtenção de crédito.

O instrumento também serve ao propósito de fazer frente à eventual limitação (geralmente, decorrente do princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária em relação à pessoa de seus sócios) de as instituições financeiras recuperarem o crédito concedido, aumentando a massa quantitativa de bens garantidores do crédito – para incluir, além dos bens do devedor principal, o patrimônio dos garantidores – que responderão pelo débito assumido pelo devedor principal.

Surgem, assim, as “figuras *omnibus*”, como a garantia autônoma *omnibus* e a fiança *omnibus*,<sup>12</sup> sendo que a terminologia e o conteúdo da obrigação assumida têm origem na Itália, em especial, a fiança *omnibus*, que foi configurada pela Associação de Bancos Italianos – ABI.<sup>13</sup> A adoção do instrumento pelos italianos rapidamente se expandiu para países como Alemanha, Portugal, França e Espanha.<sup>14</sup>

A jurisprudência italiana, em 1957, começou por admitir incondicionalmente a fiança *omnibus*. Aduziu que a figura seria válida, uma vez que estavam pré-determinados os débitos afiançados e os sujeitos subordinados às obrigações impostas pela fiança.<sup>15</sup>

Esta situação instigou debates acadêmicos entre as décadas de 1970 e 1980, formulando-se três distintas correntes de entendimento:

A primeira, defendida por autores como Stolfi, Simonetto e Valcavi, considerava que a fiança *omnibus* não era compatível com as exigências de

---

12 VIDEIRA, Celina, *Op. Cit.*, p. 648.

13 *Ibidem*, p. 648-649.

14 *Ibidem*, p. 649.

15 FARO, Frederico, *Op. Cit.*, p. 147.

determinabilidade impostas pelos artigos 1346 e 1418 do Código Civil italiano. A segunda, representada por autores como Bozzi e Fragali, sustentava que a validade da fiança *omnibus* estava assegurada *per relationem*, se feita referência aos futuros negócios celebrados entre o afiançado e o credor, sendo os limites temporais e de montante problemas que escapavam ao problema da validade da fiança. Para estes autores, a determinabilidade do objeto bastava-se com a individualização do acordo, entendido como prefiguração da operação econômico-jurídica querida pelas partes, da qual resulta a natureza das prestações e não já a exata individuação do conteúdo destas, que bem pode ser diferida para um momento sucessivo. A terceira corrente, inicialmente defendida, entre outros, por Roppo e Bregoli, considerava que a fiança *omnibus* assumia uma relevância no mundo negocial que a caracterizava como uma figura cujo objeto negocial tinha um cariz indeterminado e que, ao direito, se impunha traçar os limites toleráveis dessa indeterminação”.<sup>16</sup>

Na década de 1980, o entendimento firmado pelos tribunais italianos acabou se revertendo, admitindo-se a tese da nulidade da fiança *omnibus* por indeterminabilidade, pois contrariaria o artigo 1346 do Código Civil italiano.<sup>17</sup> A questão foi parcialmente pacificada, em 1992, com a redação introduzida ao Código Civil italiano em seu artigo 1938:<sup>18</sup>

---

16 VIDEIRA, Celina, *Op. Cit.*, p. 649-650.

17 GOMES, Manuel Januário da Costa Gomes. *Assunção Fidejussória de Dívida*: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000, p. 636.

18 GALLO, Paolo. *Trattato del contratto: la formazione*. Torino: UTET Giuridica, 2010, v. 1. p. 143.

*Art. 1938*

*Fideiussione per obbligazioni future o condizionali.*

La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito.<sup>19</sup>

Na França, o entendimento inicialmente firmado foi pela validade das obrigações assumidas pelo garantidor *omnibus*, no caso, fiança *omnibus*, desde que os deveres assumidos constassem minimamente do instrumento. A Lei nº 80.525, de 12 de junho de 1980, contudo, alterou a redação do artigo 1326 do então vigente texto do Código Civil francês,<sup>20</sup> exigindo que a fiança fosse não só assinada pelo fiador, como também constasse, escrito à mão e por extenso, o montante garantido no instrumento.<sup>21</sup>

---

19 Tradução livre: “Art. 1938. Fiança por obrigações futuras ou condicionais. A fiança pode ser prestada ainda por uma obrigação condicional ou futura com a previsão, nesse último caso, da importância máxima garantida”.

20 “*L’acte juridique par lequel une seule partie s’engage envers une autre à lui payer une somme d’argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l’acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres*”. Tradução Livre: “O ato jurídico pelo qual uma parte se compromete a outra a pagar-lhe uma quantia em dinheiro ou a lhe entregar um bem fungível deve ser inscrito em título que inclua a assinatura da parte que assume o compromisso, bem como a menção, por escrito, da soma ou quantidade, em cifras e por extenso. Em caso de divergência, o instrumento vale pelo valor escrito por extenso.”

21 Redação atual equivalente disposta no artigo 1376 do Código Civil francês: “*L’acte sous signature privée par lequel une seule partie s’engage envers une autre à lui payer une somme d’argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s’il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l’acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres*”. Tradução livre: “O instrumento particular pela qual uma das partes se compromete perante a outra a pagar-lhe uma quantia em dinheiro ou a lhe entregar um bem fungível só é prova se incluir a assinatura da parte que assume este compromisso, bem como a menção, escrita por ele mesmo, da soma ou da quantidade por

Já em Portugal, a jurisprudência desenvolveu-se em três fases. Tem-se, inicialmente, a fase de indiferença, inaugurada na década de 1970, que se mostrou alheia às discussões sobre a determinabilidade do objeto da garantia *omnibus*. Seguiu-se a fase limitadora, na década de 1990, que impôs restrições à contratação, ou mesmo determinou sua inadmissibilidade. Por fim, tem-se a fase implementada a partir dos anos 2000, com prolação de acórdão uniformizador de jurisprudência, de 23 de janeiro de 2001, processo nº 4/2001. Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça ser:

nula por indeterminabilidade do seu objeto a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem, natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha.

Embora não explicitamente, a decisão impõe limites temporais e de montante para que a contratação seja válida, notadamente se avaliada à luz de outros julgados a respeito do tema em Portugal.<sup>22</sup>

## **2. O regime de invalidade por indeterminabilidade do objeto no direito brasileiro.**

Como salientou a doutrina portuguesa, “a sombra que paira sobre a fiança *omnibus* é, precisamente, o problema da determinabilidade das obrigações garantidas, cuja violação pode importar a sua invalidade”.<sup>23</sup>

---

extenso e em cifras. Em caso de divergência, vale a prova do valor por extenso no instrumento particular”.

22 VIDEIRA, Celina, *Op. Cit.*, p. 666-667.

23 *Ibidem*, p. 649-663.

A indeterminabilidade do objeto é vício de conteúdo, mais precisamente, de inidoneidade do objeto. O conteúdo corresponde à estrutura e ao significado global do consenso, tal como determinado após interpretação e eventual integração do negócio jurídico.<sup>24</sup> É composto pelo objeto mediato ou objeto em sentido estrito, por referência ao bem ou aos bens a que o contrato se reporta. Já o objeto imediato relaciona-se às pessoas, funções e circunstâncias da contratação.<sup>25</sup> Em um contrato de compra e venda, por exemplo, a obrigação de transferência do bem de um patrimônio a outro e o pagamento do preço constituem o objeto imediato; já o bem propriamente dito é seu objeto mediato.<sup>26</sup>

Em nossa percepção, os conceitos não são absolutamente autônomos nem estáticos, pois o conteúdo da contratação como um todo, os seus objetos mediato e imediato, interrelacionam-se, de maneira que o intérprete, para avaliar a adequação do objeto contratual ao requisito legal, deverá aferir não só o texto, mas o contexto da contratação – aí incluindo-se as pessoas envolvidas, as funções exercidas pelos instrumentos que estão sendo avaliados, bem como as circunstâncias da contratação. É o que esclarece, em outros termos, Fabiano Menke:

Tudo dependerá da análise do contexto. Se das circunstâncias da conclusão do negócio jurídico ficar claro sobre qual objeto específico se estabeleceu o vínculo, ou que ele integra um universo de bens conhecido das partes, não há que se falar em invalidade por indeterminação do objeto.<sup>27</sup>

---

24 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos V: invalidade*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 178.

25 *Idem*.

26 TEPEDINO; Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Caria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*: conforme a Constituição da República. São Paulo: Renovar, 2014, 3 ed., v. 1, p. 219.

27 MENKE, Fabiano. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 187.

Se as referências da contratação não resultarem na determinação ou determinabilidade do objeto, tem-se a invalidade da contratação que, contudo, está sujeita à validação pelos contraentes, mediante integração do contrato, salvo se a indeterminabilidade for total ou tão extensa que impeça a inteligência do texto, aqui incluindo-se contradições insolúveis, pois inexistente, nesse caso, o contrato.<sup>28</sup>

Para António Menezes Cordeiro, “a prestação é indeterminada, mas determinável quando não se saiba, num momento anterior, qual o seu teor, mas, não obstante, exista um critério para proceder à determinação; exemplos claros são os constituídos pelas obrigações alternativas e pelas obrigações genéricas”, ao passo que a “prestação é indeterminada e indeterminável quando não exista qualquer critério para proceder à determinação”, gerando a nulidade.<sup>29</sup>

No direito civil brasileiro, o tema da invalidade por indeterminabilidade do objeto é regulado pelo artigo 104, inciso II do Código Civil, que assim dispõe: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...] II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]”.

Nota-se a equivalência do tratamento da matéria pelo direito italiano, cujo Código Civil, artigo 1346, estabelece que “*l’oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile*”.<sup>30</sup> Já o Código Civil Português, artigo 280º, prescreve a “nulidade do negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável”.

---

28 ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Op. Cit.*, p. 180.

29 CORDEIRO, António Menezes. Anotação ao acórdão de 19 de fevereiro de 1991 – impugnação pauliana de atos anteriores ao crédito – nulidades da fiança por débitos futuros indetermináveis – efeitos da impugnação. *Revista da Ordem dos Advogados*, Coimbra, ano 51, p. 525-572, jul, 1991, p. 563.

30 Tradução livre: “O objeto do contrato deve ser possível, lícito, determinado ou determinável”.

A possibilidade de determinação futura do objeto contratual, quando não completamente identificado ao tempo da conclusão do negócio, é indicada pelo vocábulo determinável no inciso II do citado dispositivo brasileiro. O objeto contratual, por sua vez, é composto: por (i) meios indiretos de determinação regulados pelas próprias partes no âmbito do contrato (contratação sobre coisas futuras, sujeição a eventos, nomeação conjunta de arbitrador<sup>31</sup> etc.); ou pela (ii) própria lei que, em alguns casos, relega a terceiros ou estabelece diretrizes para a determinação posterior. Acerca desse segundo caso, veja-se, por exemplo: o artigo 400º do Código Civil português, concernente aos negócios jurídicos em geral;<sup>32</sup> os artigos 485 a 487,<sup>33</sup> para determinação do preço em contratos de compra e venda; o arti-

---

31 Veja, por exemplo, a autorização expressa contemplada pelo artigo 1473 do Código Civil italiano:

“Art. 1473. Determinazione del prezzo affidata a un terzo. Le parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente. Se il terzo non vuole o non può accettare l’incarico, ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, è fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto”. Tradução livre: “Art. 1473. Determinação do preço confiada a um terceiro. As partes podem confiar a determinação do preço a um terceiro, eleito no contrato ou a ser eleito posteriormente. Se o terceiro não quiser ou não puder aceitar a nomeação, ou as partes não concordarem com a sua nomeação ou substituição, a nomeação, a pedido de uma das partes, é feita pelo presidente do tribunal do local onde o contrato foi firmado”.

32 “Artigo 400.º (Determinação da prestação) 1. A determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes ou a terceiro; em qualquer dos casos deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados. 2. Se a determinação não puder ser feita ou não tiver sido feita no tempo devido, sê-lo-á pelo tribunal, sem prejuízo do disposto acerca das obrigações genéricas e alternativas”.

33 “Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa. Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar. Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação. Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio”.

go 596,<sup>34</sup> relativo ao arbitramento da retribuição nos contratos de prestação de serviços; o artigo 628, parágrafo único,<sup>35</sup> sobre fixação da retribuição do depositário; o artigo 658, parágrafo único,<sup>36</sup> a respeito da remuneração do mandatário; o artigo 701,<sup>37</sup> quanto à retribuição do comissário; o artigo 724,<sup>38</sup> em relação ao corretor; todos do Código Civil brasileiro. Veja-se, também, o artigo 1349 do Código Civil italiano,<sup>39</sup> que regula a questão sob a rubrica dos negócios jurídicos em geral, a exemplo da disciplina portuguesa.

---

34 “Art. 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

35 “Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão. Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento”.

36 “Art. 658. O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.

Parágrafo único. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento”.

37 “Art. 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar”.

38 “Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais”.

39 “Art. 1349. Determinazione dell’oggetto. “Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice. La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo. Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento”. Tradução livre: “Art. 1349. Determinação do objeto. Se a determinação da prestação deduzida no contrato for deferida a um terceiro e não resultar que as partes desejaram remeter ao seu mero arbítrio, o terceiro deve proceder com a avaliação justa. Se faltar a determinação por terceiro ou se for manifestamente injusta ou errônea, a determinação é feita pelo juiz. A determinação relegada a mero arbítrio do terceiro não pode ser contestada, exceto pela prova de sua má-fé. Se faltar a determinação do terceiro e as partes não concordarem em substituí-lo, o contrato é nulo. Na

O fato de a determinação poder ser estabelecida, em último caso, pelo juiz, por exemplo, não afasta o problema da invalidade, pois “a determinação da prestação, por alguma das partes ou por terceiro só pode ser pactuada se houver um critério a que essas entidades devem obedecer”.<sup>40</sup>

Em outras palavras, admite-se a vagueza dos critérios, não se concebendo, apenas, que se deixe tudo ao arbítrio de uma das partes ou de terceiro, de maneira que, quando chamado a intervir, o operador deverá atuar nos limites dos critérios estipulados pelas partes, valendo-se da equidade legal. Caso não encontre critérios objetivos, deverá, *ex officio*, declarar a nulidade da obrigação.<sup>41</sup>

Fabiano Menke esclarece que a determinação do objeto como requisito de validade exige que, em algum momento, seja determinável, permitindo que a parte obrigada (ou ambas as partes) possa direcionar suas condutas para cumprir o avençado, fazendo alusão às regras relativas às obrigações de dar coisa incerta, em que a coisa deverá ser indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade, nos termos do artigo 243 do Código Civil.<sup>42</sup>

Carlos Alberto da Mota Pinto entende que o “objeto negocial deve estar individualmente concretizado no momento do negócio ou pode vir a ser individualmente determinado, segundo um critério estabelecido no contrato ou na lei”.<sup>43</sup> Sob tal perspectiva, seriam evitados de nulidade os negócios que se refiram a objeto do qual nem a lei, nem as partes, estabeleceram o critério de harmonia com que se deva fazer a sua individualização,<sup>44</sup> pois é preciso que ele possa ser

---

determinação do serviço, o terceiro também deve levar em consideração as condições gerais de produção a que o contrato pode referir-se”.

40 CORDEIRO, António Menezes, *Op. Cit.*, p. 563.

41 *Ibidem*, p. 564.

42 MENKE, Fabiano, *Op. Cit.*, p. 187.

43 PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 548.

identificado, localizado, percebido, medido, aferido, sem que se confunda com outros ou se torne impossível a sua descrição e individualização,<sup>45</sup> ainda que tal determinação seja dada apenas quando da exigibilidade da prestação – e não no momento de nascimento da pretensão.<sup>46</sup> Tem-se, nessa hipótese, a individualização da prestação para que possa ser cumprida, em passagem de indeterminação relativa para a determinação, com a concentração do débito.<sup>47</sup>

Assim, por exemplo, um contrato de compra e venda, cujo bem é terreno ou coisa sem indicação de qualquer característica, permitiria, ao credor, em tese, a entrega de coisa insignificante para exonerar-se da obrigação. Tratar-se-ia, pois, de obrigação inválida.

Ao tratar dos elementos categoriais inderrogáveis do negócio jurídico de compra e venda, Antônio Junqueira de Azevedo explana a indeterminabilidade do preço, que, se verificada, acarreta a invalidade do tipo negocial. Afirma não ser possível a indeterminação absoluta, exemplificando com a estipulação “pagarás o que quiseres”, representando nulidade ao submeter a determinação do preço ao arbítrio exclusivo de uma das partes, configurando, pois, condição potestativa (artigo 122 do Código Civil) e prática vedada pelo artigo 489 do Código Civil.<sup>48</sup>

É reconhecida a possibilidade de contratação de negócios jurídicos futuros. Tais contratações não se confundem nem se resumem ao problema da determinação do objeto do negócio jurídico. A interação que se dá entre a contratação futura e a indeterminabilidade do objeto decorre da maior frequência com que contratações futuras dei-

---

44 *Idem.*

45 DELGADO, José Augusto. *In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords). Comentários ao Código Civil brasileiro: dos fatos jurídicos, v. 2.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 148.

46 LOBO, Paulo. *Direito civil: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254.

47 GOMES, Orlando. *Obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46.

48 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* São Paulo: Saraiva, 2019, p. 44-45.

xam de especificar o objeto do negócio a ser firmado, porque, em tal modalidade, é comum que o objeto contratual não esteja delimitado em todas as especificidades necessárias.

No direito italiano, a regra geral é prevista no artigo 1348 do Código Civil, ao prescrever que “la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge”.<sup>49</sup>

O ordenamento brasileiro não contém regra, no âmbito dos negócios jurídicos em geral, de negócio jurídico futuro.<sup>50</sup> Sua autorização pode ser deduzida de outras provisões do Código Civil, que, para determinados tipos de contratos, preveem contratações futuras.

Assim, por exemplo, quanto à fiança, o artigo 821 do Código Civil, estabelece que “as dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor”. O ponto de partida é esclarecer que, ao mencionar contratação futura, o legislador está se referindo a obrigações ainda não constituídas – e não àquelas sujeitas a condição ou termo, tampouco àquelas prestações cujo vencimento e/ou exigibilidade se dará no futuro.

Uma vez assumida a obrigação pelo fiador, ainda que a obrigação assegurada não tenha sido constituída, pois futura, inviável – via de regra – sua retratação,<sup>51</sup> ausente pactuação em sentido diverso, pelo menos no âmbito brasileiro. Por sua vez, o Código Civil italiano e o Código Civil português autorizam, em diferentes situações, a retratação do fiador.<sup>52</sup>

---

49 Tradução livre: “a prestação de coisas futuras pode ser deduzido no contrato, sujeito às proibições previstas na lei”.

50 As disposições sobre contratos aleatórios, previstas nos art. 458 e ss. do Código Civil não se referem, propriamente, na visão do autor, a obrigações futuras, mas a obrigações já contraídas que digam respeito a coisas ou fatos futuros.

51 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, *Op. Cit.*, p. 128. De se notar, como demonstra o estudo do autor, as diferentes nuances quanto à retratabilidade, que, em hipóteses pontuais e específicas, poderia, em tese, admitir a retratação.

52 Respectivamente, os textos da lei portuguesa e italiana: “Artigo 654º (Obrigação futura)

Na mesma linha, mas relativamente à hipoteca, estabelece o artigo 1.487 do Código Civil que “pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido”, sendo que a execução da garantia hipotecária dependerá da prévia e expressa concordância do devedor quanto ao montante da dívida, nos termos do parágrafo único do citado artigo.

Também no contrato de compra e venda, embora não propriamente se trate de contrato futuro, há previsão de aquisição de coisa futura, a teor do artigo 483 do Código Civil: “a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

### **3. O problema das garantias genéricas ou *omnibus* à luz da determinabilidade do seu objeto.**

Ao longo dos anos de estudo a respeito da validade das garantias *omnibus*, foram trazidos à discussão diversos mecanismos contratuais que pretendiam suprir o aparente vício da determinabilidade do objeto de tais contratações. Entre outros, citam-se a limitação quanti-

---

Sendo a fiança prestada para garantia de obrigação futura, tem o fiador, enquanto a obrigação se não constituir, a possibilidade de liberar-se da garantia, se a situação patrimonial do devedor se agravar em termos de pôr em risco os seus direitos eventuais contra este, ou se tiverem decorrido cinco anos sobre a prestação da fiança, quando outro prazo não resulte da convenção”. “*Art. 1956. Liberazione del fideiussore per obbligazione futura Il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito. Non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione*”. Tradução livre: “Art. 1956. Liberação do fiador para obrigações futuras. O fiador de uma obrigação futura é exonerado se o credor, sem autorização especial do fiador, tiver dado crédito ao terceiro, mesmo sabendo que as condições financeiras deste se alteraram para tornar consideravelmente mais difícil a satisfação do crédito. A prévia renúncia do fiador para valer-se da liberação não é válida”.

tativa da garantia,<sup>53</sup> sua limitação temporal e a enumeração das fontes de obrigações garantidas.<sup>54</sup>

Veja-se, exemplificativamente, o que se sustentou a respeito:

A necessidade de, quando da fiança por débitos futuros, se consignar um critério objetivo e limitativo de determinação corresponde a uma natural função moderadora do ordenamento, presente, por exemplo, na limitação das taxas de juros. Essa posição tem sido expressamente defendida por Vaz Serra, em escritos que, até hoje, não se mostram rebatidos. Diz designadamente esse autor:

‘Podendo a fiança ser prestada para garantia de obrigação futura, é todavia de exigir que, no momento dessa prestação, seja determinado o título de que a obrigação futura poderá ou deverá resultar ou, ao menos, o objeto da fiança não seria determinado nem determinável e ela seria, portanto, nula’.<sup>55</sup>

Em julgamento realizado perante o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, consignou o Acórdão de 19 de fevereiro de 1991:

---

53 Essa limitação, aliás, restou codificada na Itália, em razão do texto do artigo 1938 do Código Civil italiano, já referenciado e transcrito.

54 FARO, Frederico Kastrup de, *Op. Cit.*, p. 57.

55 CORDEIRO, António Menezes, *Op. Cit.*, p. 563. No mesmo sentido: “Impõe-se, porém, para ser válida a cláusula *omnibus*, que o objecto da garantia seja determinado ou determinável, sendo nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha” (SILVA, João Calvão da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 379-380; Patilha do entendimento: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 123 e ss.)

Com efeito, na parte agora em crítica, qualquer das duas fianças limita-se a indicar os sujeitos das obrigações garantidas; mas é totalmente omissa no que respeita ao critério para determinar os títulos de onde elas derivam, contrariamente ao exigido pelo art. 2809, I, C. Civil, que considera nulo o negócio jurídico, cujo objecto seja indeterminável”.

Note-se que a determinabilidade em questão devia ocorrer logo no momento da fiança (Vaz Serra, idem, p. 255), pois, de outra forma, o fiador não ficaria suficientemente defendido, e estaria exposto a riscos excessivos.<sup>56</sup>

Ao avaliar os fatos do acórdão de 19 de fevereiro de 1991, António Menezes Cordeiro sustentou que:

se as sociedades em causa [ente garantido] assumissem responsabilidades exorbitantes e inesperadas, por tudo isto responderiam os fiadores. Não pode, naturalmente, ser assim. A fiança é indeterminável uma vez que os fiadores ficam, ilimitadamente, nas mãos do credor e de terceiros. E tudo isso sem contrapartida.<sup>57</sup>

No mesmo sentido, mas contemplando contratações *omnibus* em outras modalidades de garantia, que não a fiança, Vasco Soares da Veiga explicita que:

mesmo carácter genérico de garantias prestadas ao bom cumprimento de obrigações futuras, sem qualquer critério de determinação das obrigações garantidas, se deverá aplicar quando a garantia

---

56 Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 19 de fevereiro de 1991.

57 CORDEIRO, António Menezes, *Op. Cit.*, p. 566.

prestada, em vez de pessoal o for de penhor, ou até por simples livrança de caução em branco, em que a autorização de preenchimento da mesma não defina como, quando e em relação a que operação tal título pode vir a ser utilizado.<sup>58</sup>

O entendimento jurisprudencial português, posteriormente pacificado por Acórdão de 23 de janeiro de 2001, foi criticado por Carlos Ferreira de Almeida:

Quanto à indeterminabilidade do objeto, o exemplo que a jurisprudência e a doutrina vêm apresentando é a *fiança omnibus* ou geral, quando garante obrigações futuras, que o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de uniformização de jurisprudência, julgou nula por indeterminabilidade do objeto. Não me parece, porém que seja assim, porque a determinabilidade das obrigações do fiador se fará, no futuro, *per relatione*, à medida que o devedor afiançado vá contraindo dívidas. O que está em causa é o risco excessivo e até o risco de ruína do fiado, cuja liberdade fica coartada por outrem, de tal modo que pode construir obstáculo ao desenvolvimento de sua personalidade e afetar sua dignidade. O fundamento da nulidade da fiança *omnibus* de obrigações futuras é antes, em minha opinião, a limitação voluntária de direitos de personalidade do fiador em termos suscetíveis de contraria a ordem pública”.<sup>59</sup>

Em outro volume de sua obra, o mesmo autor<sup>60</sup> expõe que se

---

58 VEIGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 375.

59 *Ibidem*, p. 181.

60 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 206-207.

vem admitindo a fiança *omnibus* de obrigações assumidas por uma sociedade, quando o fiador possa controlar ou influenciar o nível de endividamento do ente garantido. Assim, segundo a visão exposta, o que está em causa não é a determinabilidade, ou não, da obrigação, mas a subordinação do fiador ao arbítrio de terceiro, que possa afetar sua dignidade e, por isso, a validade da contratação.

Conclui, portanto, que o tema deve ser avaliado sob o prisma do exercício abusivo do direito, com excesso contido pelos limites da boa-fé, bons costumes e fim econômico-social do direito – mas não está em causa a determinabilidade, ou não, de seu objeto.<sup>61</sup>

Entende-se, pois, que grande parte das limitações impostas à contratação *omnibus* não tem, em verdade, o condão de trazer determinabilidade ao objeto da contratação,<sup>62</sup> senão de equilibrar e limitar a contratação assumida pelo garantidor. O dilema é exposto da seguinte forma:

Assim, analisadas com o necessário rigor, vê-se que, na essência, as censuras que se dirigem contra as soluções voltadas à fixação de critérios de determinação do objeto da fiança genérica, conforme propostas nos capítulos anteriores, não se referem diretamente à ausência de elementos de medição da extensão da prestação fidejussória, senão a argumentos que salientam as inúmeras possibilidades de abuso por elas consentidas e, conseqüentemente, os perigos a que estaria exposto o garantidor. Em outros termos, é possível afirmar que, em muitos dos casos acima examinados, as imperfeições encontradas na estrutura dos critérios projetados para viabilizar a preservação da admissibilidade da fiança genérica não

---

61 *Idem*.

62 FARO, Frederico Kastrop de, *Op. Cit.*, p. 90.

encontram relação direta com uma possível indeterminabilidade de seu objeto.<sup>63</sup>

De fato, como se pretenderá demonstrar, não se está diante de discussão em torno da determinabilidade do objeto da garantia genérica, mas de meios protetivos do garantidor que impeçam exercício abusivo do direito em face de sua pessoa.

### **3.1. A quantificação do montante garantido ao tempo da conclusão do negócio não constitui exigência legal brasileira no âmbito da fiança.**

A par das regras gerais de determinabilidade do objeto dos negócios jurídicos, que, sob a ótica do autor deste texto, possibilitam a liquidação futura do montante garantido, nota-se que a disciplina legal da fiança reforça tal entendimento.

Tomem-se como exemplo (ainda que considerada a interpretação restritiva que se opera em favor do fiador) os contratos locatícios garantidos por fiança outorgada em benefício do locatário-devedor, que não se restringe ao pagamento dos alugueres, mas do contrato como um todo. Em tal cenário, a garantia se presta, igualmente, a ressarcir o credor pelos “danos que ao bem cause o inquilino e de multas fiscais que recaiam sobre o locador”.<sup>64</sup> Não há, pois, determinação *ab initio* de tal obrigação, cujo montante pode ser vultoso no futuro, mas plenamente determinável por ocasião da apuração dos danos causados ao imóvel, judicial ou extrajudicialmente, atribuindo-se liquidez e exigibilidade ao crédito.

É o que a lei civil brasileira exige, na parte final do artigo 821 do Código Civil, ao estabelecer que “as dívidas futuras podem ser ob-

---

63 FARO, Frederico Kastrop de, *Op. Cit.*, p. 59-60.

64 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 44, p. 259.

jeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor”.

Não merece guarida sustentar que o garantidor se submeterá à fixação do débito a exclusivo critério de um dos contraentes, o que restaria vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, não é o ente financiador que, ao seu livre arbítrio, fixará o valor das operações futuras de empréstimo. Tal se dará mediante contrato futuro, firmado entre o beneficiário da garantia e o ente garantido, cujo interesse na obtenção dos recursos, no mais das vezes, aproveita ao próprio garantidor. O interesse do garantidor, portanto, deve fazer parte do processo cognitivo do intérprete, a fim de bem verificar eventual abusividade da contratação.

Mais do que isso, o montante de crédito a ser concedido, como é forçoso reconhecer, se dará em função da capacidade patrimonial, tanto do garantidor, como do próprio ente garantido – pois nenhuma instituição profissional, financeira ou não, concederá empréstimos sem conhecer a solvabilidade de seus devedores. Se assim o faz, é preciso investigar a eventual conduta abusiva pelo credor na concessão dos recursos, tema que escapa à validade do negócio jurídico por falta de determinabilidade do objeto.

Em situação análoga, envolvendo fiança, o Superior Tribunal de Justiça, por acórdão de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, assim avaliou o tema, ao declarar a responsabilidade do fiador por débito novado entre credor e devedor, já que a garantia previa acobertar dívidas futuras do devedor principal:

Fez transcrever, ainda, cláusula quinta do contrato de fiança em que os fiadores obrigaram-se a garantir débitos com "origem tanto na aquisição de mercadorias, quanto em transações havidas entre a Afiançada e a Credora, inclusive na hipótese do Parágrafo Primeiro da Cláusula 1 acima, seja em relação ao valor original, seja em relação aos acessórios e correção monetária dos débitos

originais, não importando tenham esses débitos seus vencimentos originais alterados ou prorrogados, ou até mesmo em caso de Novação de Dívida, que ainda assim continuarão garantidos pelos Fiadores, que por eles continuarão respondendo com seus bens, presentes e futuros, já que por via desta Carta de Fiança, fica a Credora expressamente autorizada a conceder moratória e/ou fazer Novação de Dívida com a Afiançada, sendo que os Fiadores não só autorizam como reconhecem expressamente que, em ocorrendo tais situações, isso será tido como benefício a eles mesmos, uma vez que a Credora estará fazendo tentativas e promovendo condições para receber seu crédito diretamente da Afiançada".

O Código Civil reconhece, em matéria de garantia fidejussória, o alcance do fiador também pela obrigação novada quando com ela concorde. Proíbe-se, bem verdade, a interpretação extensiva do contrato de fiança, mas o direito, ainda assim, é eminentemente dispositivo e as obrigações serão livremente assumidas em consonância com a vontade negocial dos contratantes.

Não haverá, pois, ignorar a válida disposição do contrato de fiança em que os garantidores se comprometeram a solver as dívidas, presentes e futuras, inclusive como principais pagadores, seja nos termos originalmente contratados, seja naqueles traçados em novações posteriores, claramente abdicando, assim, do direito a eles alcançado pelos arts. 366 e 838, inciso I, ambos, do CCB.<sup>65</sup>

---

65 "BRASIL. Supremo Tribunal De Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.491.341/SP (2012/0041630-7), Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. São Paulo, 10 fev. 2015. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Brasília, 19 fev. 2015. Ver, ainda: "RECURSO ESPECIAL. FIANÇA. GARANTIA DE DÍVIDAS FUTURAS. POSSIBILIDADE. NOVAÇÃO. EXONERA-

Como se percebe, trata-se de risco assumido pelo garantidor, no âmbito de sua autonomia privada, sem que isso represente a invalidade do negócio jurídico.

### **3.2. O problema da quantificação do montante garantido nos contratos em que a lei do negócio típico exige referência ao valor garantido: hipóteses de garantias reais típicas.**

Pode ocorrer que a própria lei estabeleça requisitos de validade de determinado tipo de garantia, entre os quais o valor principal da dívida e o prazo de vigência do contrato. Isso ocorre, por exemplo, nos negócios de alienação fiduciária de imóvel em garantia, regulados pela Lei nº 9.514/1997. Expressa o artigo 24 da referida lei que “o contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário”.

Do mesmo modo, especificamente em relação à alienação fiduciária de coisa móvel e penhor, anticrese e hipoteca, exige-se pelo menos a estimativa da dívida, consoante se verifica nos artigos 1.362 e 1.424 do Código Civil, que assim preveem:

---

ÇÃO DA FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. 1. As obrigações futuras podem ser objeto de fiança (CC/1916, art. 1.485, primeira parte). 2. Garantia prestada, na espécie, em relação a obrigações pecuniárias não específicas e sem limite de duração. 3. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal (CC/1916, art. 1.006). 4. Não obstante, diante da prestação de fiança em relação a dívidas futuras da afiançada para com a credora, de maneira irrestrita, carece de sentido exonerar dela a recorrente, em face de novação. Com efeito, a dívida resultante da novação não deixa de ser obrigação pecuniária prevista na estipulação contratual da garantia fidejussória. 5. Exegese que não escapa à necessária interpretação restritiva da fiança, pois não se cuida de atribuir-lhe qualquer extensão temporal. Ademais, não se trata, na espécie, de atribuir "responsabilidade perpétua" à fiadora, eis que entre o estabelecimento da garantia e o surgimento da dívida decorrente da novação decorreu período inferior a um ano. 6. Recurso especial não conhecido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 279.299/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. São Paulo, 20 out. 2009. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Brasília, 09 nov. 2009).

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá:

I - o total da dívida, ou sua estimativa;

II - o prazo, ou a época do pagamento;

III - a taxa de juros, se houver;

IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

[...]

Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;

II - o prazo fixado para pagamento;

III - a taxa dos juros, se houver;

IV - o bem dado em garantia com as suas especificações.

Em artigo sobre o assunto, reconhecendo-se ser lícito que contraentes estabeleçam dívidas futuras ou incertas nos contratos, consignou-se que, se tal constar de instrumento de alienação fiduciária de imóveis em garantia, ter-se-ia contrato inominado, posto ser inviável saber se haverá dívida e seu valor total.<sup>66</sup> Reconheceu-se, em tal estudo, a possibilidade, com fundamento em precedentes judiciais e interpretação sistemática e funcional da lei, de, sob o regime legal e mantida a tipicidade do negócio, fixar-se valor máximo garantido. A cobrança fundada no instrumento de garantia não pode, contudo, exceder o valor máximo garantido, quando o credor será, então, meramente quirografário.

Em hipóteses nas quais a lei estabelece como condição de validade e eficácia do negócio jurídico de garantia a fixação de valor estimado ou máximo, a previsão *omnibus* pode parecer mais tormen-

---

66 VENOSA, Silvio de Salvo; DENSA, Roberta, *Op. Cit.*, p. 97.

tosa, dado o teor da disposição legal. Não é o que ocorre, entretanto, na visão do autor do presente artigo, ressalvando que a jurisprudência dominante parece não admitir tal espécie de contratação.<sup>67</sup>

Isso porque os contraentes afastam, deliberadamente, exigência que visa a limitar o escopo da garantia real para dívidas já existentes e líquidas, o que exsurge da necessidade de indicação do valor garantido, sua estimativa ou máximo garantido no instrumento de constituição da garantia. Pretendem finalidade distinta daquela inicialmente projetada pelo negócio tipificado, constituindo garantias reais para dívidas futuras, ainda não conhecidas nem contraídas ao tempo da constituição do instrumento garantidor, daí porque omitem no instrumento o valor garantido – apenas referindo-se às obrigações que venham a ser formadas no futuro.

Parece-nos que as facilidades e vantagens de contratações genéricas, também no âmbito dos contratos de garantia geral, são motivo legítimo para afastar tal disciplina legal, conduta que, em princípio, não visa fraudar lei imperativa. A ampliação do escopo da contratação há de ser devidamente fundada em razões que se façam coerentes com o contexto do negócio jurídico firmado e com a intenção comum dos contraentes, devidamente declarada. Ademais, a ausência de fixação do montante do débito, ou seu valor máximo, pode se

---

67 “DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO FUNDADA EM CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO VINCULADO À NOTA PROMISSÓRIA E ESCRITURA DE HIPOTECA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO CONFIRMAM A ILIQUIDEZ DO TÍTULO. EXTINÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO. (...) 5. Incabível a execução de hipoteca garantidora de dívidas futuras, como no caso concreto, em que a garantia não estava limitada e nem vinculada a um contrato específico, mas a quaisquer débitos, "sem qualquer limitação, provenientes ou não de financiamentos diversos e/ou vendas financiadas". A previsão legal de hipoteca de dívida futura é novidade legislativa trazida somente pelo Código Civil de 2002, que passou a prever no seu art. 1.487 que a "hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido". 6. Inaplicabilidade da Súmula n. 300/STJ, à míngua de pré-questionamento e por necessidade de reexame fático. 7. Recurso especial não provido” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 1022034/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. São Paulo, 12 mar. 2013. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Brasília, 18 abr. 2013).

dar mediante avaliação do próprio bem afetado pela garantia real, suprindo, assim, omissão das partes a respeito.

É que o reforço conferido pelo direito real de garantia institui afetação de bens – quer do devedor, quer de terceiro – para pagamento preferencial de determinada prestação<sup>68</sup>. Trata-se de reforço qualitativo<sup>69</sup> do crédito, se o bem afetado é do próprio devedor. Caso o bem afetado seja de terceiro, têm-se reforço qualitativo e quantitativo do crédito.<sup>70</sup>

Ora, sendo o próprio devedor o garantidor nas hipóteses de garantias reais, nem mesmo o aventado problema da sujeição do garantidor a novas dívidas contraídas por terceiros estará presente, pois o garantidor real – também devedor principal – é quem assumirá o encargo de devedor futuro. Saberá a exata medida e extensão das novas dívidas que serão acrescidas ao direito real genérico de garantia conferido em favor do credor beneficiário da garantia.

Além disso, caso os termos do instrumento de garantia real não fixem valor máximo ou sua estimativa, tem-se que, implicitamente, é o valor do bem o teto máximo a que a garantia se prestará.

### **3.3. A referência à espécie de negócio jurídico futuro.**

Tampouco se admite a ideia de que careceria de determinabilidade a contratação *omnibus* que não se refira, no momento de sua conclusão, ao tipo de operação futura que servirá de meio de financiamento do devedor principal.

---

68 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 95.

69 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 62.

70 *Idem*.

Para fins ilustrativos, a operação de crédito poderá se relacionar à utilização de recursos bancários vinculados à conta corrente – o denominado cheque especial –, como também de determinado mútuo bancário desvinculado da disponibilidade de recursos no âmbito do contrato de conta corrente. Entende-se que, independentemente da natureza da contratação futura que será abarcada pela generalidade da garantia, a validade do instrumento de garantia não restará comprometida. Em primeiro lugar, porque a operação futura abarcada pela garantia restará plenamente determinada por ocasião do fechamento da respectiva contratação, ainda que não contemporânea à formação do próprio contrato de garantia. Em segundo lugar e mais importante – fato não localizado nas pesquisas realizada pelo autor do presente artigo –, independentemente da modalidade de concessão de crédito a que se sujeitará o devedor principal, inexistirá ao garantidor qualquer prejuízo. A natureza da garantia contratada sob o regime *omnibus* e suas condições jamais serão alteradas em razão da modalidade de concessão de crédito a ser oferecida pelo agente credor da garantia.

Vale dizer, a garantia de direito real, pessoal, autônoma, cambiária etc., que contenha cláusula *omnibus*, seguirá, rigorosamente, os efeitos típicos de cada espécie, independentemente da operação de que se valham o beneficiário da garantia e o devedor principal para concessão do crédito. Tampouco a finalidade do referido crédito é capaz de impactar a contratação, perfeita e acabada, entre beneficiário e devedor da garantia com cláusula *omnibus*.

Não há, assim, qualquer prejuízo ao garantidor, que continua respondendo por suas obrigações nos limites da contratação *omnibus*, pelo que não se pode cogitar qualquer nulidade advinda de tal aparente indeterminação do objeto da garantia. Aplica-se brocardo aceito em nosso ordenamento civil: *pas de nullité sans grief*.<sup>71</sup>

---

71 Tradução livre: “Não há nulidade sem prejuízo”.

### **3.4. Validade da pactuação por prazo indeterminado.**

Por sua vez, o fato de a garantia *omnibus* ser contratada por prazo indeterminado não é causa de invalidade, tanto sob o ponto de vista dos negócios jurídicos em geral, quanto por não submeter o garantidor a qualquer situação iníqua a ser reprimida pelo Direito. Basta notar que, se o tipo de garantia for a fiança, a extinção do contrato principal – de concessão de crédito cujo montante será acrescido à garantia *omnibus* – acarretará, também, a extinção da relação obrigacional havida no âmbito do contrato *omnibus*, com exclusão do montante devedor do garantidor.

Em outras palavras, a extinção ocorrerá no futuro, com a dedução do débito acobertado pela garantia genérica, segundo a tipologia contratada, sempre levando em conta os termos da própria contratação *omnibus*, bem como a sorte que couber ao contrato principal, em consideração à acessoriedade, ou não, da garantia e ao contexto da contratação.

### **3.5. Validade das garantias *omnibus* (artigo 104, inciso II, do Código Civil): controle da legalidade suscetível de se operar no plano da eficácia, à luz do contexto e da boa-fé objetiva.**

Explicados os conceitos de determinabilidade do objeto do negócio jurídico em geral, assim como as características próprias de garantias tipificadas, é também preciso conceber a importância das contratações gerais de garantia no barateamento do crédito, na agilização de sua concessão e no atendimento das necessidades específicas de cada agente econômico.

Tais funções econômico-sociais da modalidade de contratação *omnibus* inserem-se no objeto mediato e imediato da contratação, pois se ligam às circunstâncias da conclusão do negócio jurídico. É nesse arcabouço que a legalidade da cláusula *omnibus* deve ser aferida.

Há, como se viu, elementos idôneos capazes da sucessiva determinação da contratação *omnibus*, pois, mesmo que possa existir certo grau de incerteza, trata-se de incerteza parcial. Não lhe falta, contudo, conteúdo mínimo, em especial quando se considera a convenção em seu pano de fundo mais amplo e em vista dos objetivos almejados pela contração de garantias guarda-chuvas.

Parece pertinente, para fins de ilustração, a classificação de Carlos Ferreira de Almeida, ao se referir ao contrato-quadro normativo, que pode ser interno ou externo. Será interno se as partes do contrato-quadro coincidirem com o contrato de execução (como é típico nos contratos reais de garantia em que devedor e garantidor são a mesma pessoa); será externo se o contrato de execução for firmado com terceira pessoa.<sup>72</sup>

Embora seja próximo do contrato-promessa, o contrato-quadro diferencia-se pela pluralidade de contratos a celebrar e, exatamente, por admitir uma relativa indeterminação destes, a suprir por normas supletivas ou por acordos posteriores.<sup>73</sup>

A função econômico-social desenvolvida por obrigações inseridas dentro de contratos-quadro normativos é aferível caso a caso. Em situações envolvendo garantias no âmbito bancário, normalmente se alude à agilização do crédito, seu barateamento, redução dos custos transacionais etc., pois o tomador ou o ordenador são clientes frequentes do garante.

No âmbito das contratações *omnibus*, acresce-se a todos esses fatores funcionais de incentivo ao crédito, o fato recorrente de “os agentes que almejam o crédito não [serem] capazes de precisar, *a priori*, o valor ou data específica em que terão de se socorrer dos recursos a serem disponibilizados”, gerando empréstimo abaixo ou

---

72 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos IV: funções. circunstâncias. interpretação*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 69.

73 *Idem*.

além do necessário, com gastos desnecessários em pagamento de juros.<sup>74</sup>

Revela-se, assim, outra função econômico-social de grande relevância que demanda a avaliação do intérprete para aferir a legalidade das contratações de garantia com cláusulas *omnibus*. A modalidade é capaz de impedir que créditos sejam concedidos desnecessariamente, com encargos que poderiam ser evitados ou, ao revés, que créditos inferiores ao efetivamente necessário sejam concedidos, o que também acarreta custos extras.

Além disso, no que tange à contratação futura por terceiro, como já se constatou, a ocasião típica de contratações de garantia com cláusulas *omnibus* se dá no âmbito comercial mediante a assunção do encargo por sócios dirigentes ou empresa coligada, sendo a sociedade empresária a recebedora do crédito garantido. No mais das vezes – e é preciso avaliar cada caso concreto –, as referidas pessoas não assumem o encargo por mera liberalidade, pois buscam majorar o patrimônio da sociedade garantida para que ela possa prosperar e alcançar seus resultados positivos, revertendo-se em benefício dos próprios fiadores, afastando-se a ideia de que o garantidor é ente absolutamente frágil ante a potência dos entes financeiros.<sup>75</sup> Não assumem, pois, tal posição sem qualquer retribuição, fato que, contudo, deverá ser discutido e apurado no âmbito probatório de eventual disputa.

Esclarecimento necessário é o de que o papel retributivo que ora se discute não deverá acarretar a invalidade do instrumento. Poderá indicar eventual abusividade da contratação ou da execução do contrato se, avaliadas todas as demais circunstâncias (não só a posição do garantidor e os benefícios auferidos com a sua vinculação à garantia), assim concluir o intérprete.

---

74 FARO, Frederico Kastrop de, *Op. Cit.*, p. 59-60.

75 *Ibidem*, p. 67.

Cumpridos os deveres laterais atrelados à boa-fé, contudo, constata-se que os:

sócios administradores ou diretores das companhias devedoras sempre sabem o tamanho dos novos empréstimos que tomam e a extensão do passivo aberto, fato que vai enfraquecer a tese de surpresa com as novas dívidas incluídas na garantia geral.<sup>76</sup>

Por isso, a tendência é admitir a eficácia de tal modalidade, respeitado o direito de o garantidor produzir prova em sentido adverso e demonstrar, no conjunto de todas as demais circunstâncias da contratação, eventual contratação abusiva.

É à boa-fé objetiva que se deve atribuir o papel de incrementar o conteúdo contratual com regras não previstas pelas partes,<sup>77</sup> suportadas por critérios mínimos de definição do objeto negocial das garantias – e não o regime da invalidade dos negócios jurídicos em geral.

Eventuais detalhamentos constantes do instrumento contratual, como prazo de vigência, referência, ou não, a montante máximo de garantia, fontes geradoras da obrigação futura, papel do garantidor na sociedade empresária que obterá o empréstimo, entre outros elementos do contexto da contratação, não se prestam a aferir a determinabilidade do objeto contratual, nem sua validade, mas cumprem a função de temperar o papel reservado à boa-fé objetiva nesse contexto, auxiliando o intérprete.

Daí porque serão as especificidades de cada caso concreto que permitirão, havendo necessidade, dar contornos ao conteúdo do

---

76 ZULIANI, Ênio Santarelli, *Op. Cit.*, p. 2172-2173.

77 Veja-se quanto a tal função da boa-fé objetiva: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 543.

negócio jurídico aos ditames da boa-fé, cumprindo-se tal método dupla função: (i) evitar a declaração de nulidade do negócio jurídico, dando-lhe a eficácia pretendida pelos contratantes; (ii) não abandonar garantidor e ente garantido à própria sorte, sujeitando-os, injustificadamente, ora a tentativas de ampliação, ora à pretensão de limitação abusiva do objeto da garantia.<sup>78</sup>

Não se pretende adentrar às hipóteses e aos requisitos para aferir a ocorrência de abuso do direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil. O papel casuístico é de relevo, mas a função do freio inserido na concepção de abuso do direito é de tornar mais flexível a aplicação das normas jurídicas inspiradas em diretrizes que deixam de corresponder às aspirações sociais da atualidade, aliviando choques frequentes entre a lei e a realidade – verdadeiro conceito amortecedor.<sup>79</sup>

E, nesse ponto, apesar do efeito típico reparatório que o abuso do direito implica, não é de se desconsiderar que, se o vício for refletido na celebração de qualquer negócio, este será, em princípio, nulo ou anulável, conforme a hipótese. De fato, pode acarretar reparação natural, indenização pecuniária, mas também nulidade, anulabilidade, inoponibilidade, rescindibilidade etc.<sup>80</sup>

Em suma, as razões expostas indicam que eventual repressão às contratações *omnibus* – notadamente por suposta ausência de determinabilidade de seu objeto – deve se dar no plano da eficácia, sancionando-se o exercício abusivo do direito, mas não o plano da validade, nos termos do artigo 104, inciso II, do Código Civil.

---

78 FARO, Frederico Kastrup de, *Op. Cit.*, p. 98.

79 GOMES, Orlando, *Op. Cit.*, p. 132.

80 Nesse sentido: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1996. v. 1. p. 567; SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso de direito*. Coimbra: Almedina. p. 647-648; NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do Direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 759.

## Conclusão.

O trabalho, dentro dos limites da pesquisa do autor deste texto, permite concluir, relativamente às garantias gerais ou *omnibus* no âmbito bancário brasileiro:

- a) A extrema relevância, na *práxis* bancária para fomento do crédito, da redução de sua obtenção, do desenvolvimento das atividades empresariais, da redução dos custos de transação etc., da concessão de crédito assegurado sob o regime *omnibus*.
- b) A existência de acalorados debates práticos e acadêmicos a respeito da determinabilidade do objeto de garantias de tal natureza.
- c) A validade dos negócios jurídicos em geral – bem como da contratação de garantias – requer a determinação ou possibilidade de determinação de seu objeto no futuro, devendo, para tanto, o intérprete, avaliar o contexto e a finalidade da contratação, em todos os seus elementos e contornos possíveis, a fim de aferir a validade do negócio.
- d) A fundamental questão, na visão do autor, que aflige a contratação de garantias sob o regime *omnibus* não é, propriamente, a de validade, mas a do instrumento por indeterminabilidade de seu objeto. Entende-se que é o exercício abusivo do direito, tanto pelo credor quanto pelo devedor – embora a possibilidade de a abusividade ser cometida pelo credor seja substancialmente maior do que pelo devedor – que deve ser reprimido, mediante as circunstâncias do caso concreto, em toda a sua extensão.
- e) Do ponto de vista do direito brasileiro, a contratação de garantias genéricas pode ser posta sob o aspecto das garantias reais e pessoais – embora existam vários pontos comuns a ambas as modalidades:
  - e.1. garantias reais:
    - não padece de automática invalidade a contratação de garantias reais típicas e atípicas no direito brasileiro apenas porque não fazem referência ao valor do débito garantido no momento da constituição da

garantia, nem menção à natureza dos negócios jurídicos futuros que se incluirão no escopo da garantia, se as partes pretenderam ampliar o escopo da garantia para débitos a serem constituídos no futuro, dos quais ainda não têm conhecimento ao tempo da constituição da garantia – fato comum na vida empresarial;

- implicitamente, os contratos de garantias reais fixam valor máximo garantido à medida em que a garantia é limitada ao valor do bem que lhe serve de suporte;
- os negócios jurídicos que serão abarcados pela garantia não alteram a natureza do pacto *omnibus*, daí porque sua menção não traz qualquer prejuízo, além do contratado pelo devedor do direito real dado em garantia;
- o fato de a garantia ser prestada por prazo indeterminado não encontra óbice legal no direito brasileiro; sua extinção deverá se dar segundo o regime jurídico que lhe for próprio;
- se o garantidor real for o próprio devedor das dívidas futuras, terá pleno conhecimento dos valores que estão garantidos sob o regime de direito real, afastando qualquer alegação de surpresa;
- se o devedor for terceiro, é preciso avaliar eventual exercício abusivo de direito pelo credor da garantia real, bem como todos os interesses em jogo, sendo que a boa-fé poderá ter papel integrador do objeto contratual e sua delimitação;
- em todos os casos, a boa-fé, por seu papel de incremento do conteúdo contratual, servirá de salvaguarda a eventual exercício abusivo de direito, pelo garantidor e pelo credor, avaliando-se o contexto da contratação e sua finalidade.

#### e.2. garantias pessoais:

- não padece de automática invalidade a contratação de garantias pessoais no direito brasileiro apenas porque não se refiram a um teto máximo garantido, não façam menção à natureza dos negócios jurídicos

cos futuros que se incluirão no escopo da garantia ou não fixem prazo de vigência do instrumento;

- a indeterminação do prazo de vigência da garantia não esbarra em óbice legal no direito brasileiro, devendo a extinção do instrumento de garantia pessoal se dar conforme seu regime jurídico e considerando, entre outras coisas, sua acessoriedade ou autonomia em relação ao negócio jurídico subjacente;
- o fato de a garantia não estabelecer, *a priori*, o valor máximo garantido não afasta a validade do instrumento, cuja determinação do *quantum* se dará por ocasião das contratações futuras;
- é preciso, também, avaliar o papel do garantidor no âmbito da sociedade ou pessoa afiançada, bem como o seu poder de controle e de gestão sobre os negócios do devedor principal;
- em todos os casos, a boa-fé serve de contracautela a eventual exercício abusivo do direito, pelo garantidor e pelo credor, avaliando-se o contexto da contratação e sua função econômico-social.



## Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional. Serão aceitos trabalhos redigidos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: [conselho.executivo@rsde.com.br](mailto:conselho.executivo@rsde.com.br)

3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

- (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
- (b) Orientação: retrato;
- (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (f) Espaçamento: antes e depois: 0 pt.; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
- (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
- (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

4. Os artigos deverão possuir:

- (a) sumário;
- (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto e o outro necessariamente o inglês;
- (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
- (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer

negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pelos Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.

7. Realizado esse procedimento, os artigos aprovados serão submetidos aos Editores e aos membros dos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, que se reunirão para avaliá-los e finalizar a seleção para a publicação, observando os critérios de qualidade e exogenia e a quantidade de artigos por número.

8. Além desses artigos avaliados anonimamente por pares, a RSDE publicará até dois artigos de convidados por número. Estes artigos serão avaliados somente pelos Conselhos Editorial e Executivo, os quais analisarão a pertinência temática com o foco e o escopo da Revista e a observância das regras formais para publicação.

9. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.