



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 187, jan. 2024/jul. 2024

RDM 187

Editorial

1. Dois dilemas existenciais da empresa moderna (Calixto Salomão Filho)

Pareceres

2. Titularidade de créditos de carbono extraídos do interior e entorno de reservas extrativistas e responsabilidade das entidades envolvidas na sua comercialização (Rodrigo Fialho Borges, Carlos Portugal Gouvêa)

Artigos e Atualidades:

3. Proteção de Segredos de Negócios: Compromissos de Não-Concorrência e Exclusividade em Relações com Fornecedores e Prestadores de Serviços (Stephanie Vendemiatto Penereiro, José Carlos da Matta Berardo, Elen Caroline Correia Lizas)

4. Cláusulas gerais e contratos empresariais: Valoração, segurança jurídica e previsibilidade (Lucas Delazari Pinheiro)

5. A inclusão de riscos climáticos na regulação prudencial do Banco Central do Brasil (Renê Naimeg da Mata)

6. Ofertas hostis e poison pills: Uma análise empírica sobre a aplicação de medidas protetivas à dispersão acionária pelas companhias brasileiras (Igor Silvério de Carvalho Assis)

7. Medidas preventivas no Direito Concorrencial: Um remédio adequado, tempestivo e efetivo (Geovana Pereira de Andrade)

8. Can vs. Could: The Effects of Direct Action of Unconstitutionality No. 5,529 on Pharmaceutical Patent Terms (Michelle Baruhm Diegues)

9. O dever de Sponsorship Disclosure, a Boa fé e a Legítima Concorrência (Tamara Beatriz Santos, Roger Vitorio Oliveira Sousa)

10. Breves considerações sobre os efeitos nocivos da proteção intelectual atual do Software à Concorrência (Lucas Atihe)

11. Consultas no Direito Concorrencial Brasileiro (1994-2023): Um Estudo Empírico (Arthur Sadami, Julia Braga, Mateus Bernardes)

12. Interesse Jurídico nos Fundos de Investimento e a Legitimidade Processual dos Cotistas (Leonardo Costa Norat)

ISBN 978-65-6006-117-0



9 786560 061170 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

 **rdm**
revista de direito mercantil

 **EXPERT**
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômico e financeiro
187

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ano LXIII (Nova Série)
Janeiro 2024/Julho 2024

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LXIII – n. 187 – jan. 2024/jul. 2024

FUNDADORES:

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

COMITÊ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteado

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Ruy Camilo Pereira Junior
Vinícius Marques De Carvalho

Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Sheila Christina Neder Cerezetti
Vitor Henrique Pinto Ido

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu

Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Ana Carolina Amado Britto
Beatriz Leal de Araújo Barbosa da Silva
Luiza Pereira Lessa
Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa
Pedro Henrique Nobre Dantas Brandão
Sofia Buchala

Arthur Martins Nogueira
Daniel Fermann
Luma Luz
Mariana Caroline Silva Aguiar
Rafaela Vidal Codogno
Yasmin Haddad D'Alpino

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Arthur Sadami, Calixto Salomão Filho, Carlos Portugal Gouvêa, Elen Caroline Correia Lizas, Geovana Pereira de Andrade, Igor Silvério de Carvalho Assis, José Carlos da Matta Berardo, Julia Braga, Leonardo Costa Norat, Lucas Atihe, Lucas Delazari Pinheiro, Mateus Bernardes, Michelle Baruhm Diegues, Renê Naimeg da Mata, Rodrigo Fialho Borges, Roger Vitorio Oliveira Sousa, Stephanie Vendemiatto Penereiro, Tamara Beatriz Santos

ISBN: 978-65-6006-117-0

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Setembro de 2024

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

ÍNDICE E CV DOS AUTORES

Calixto Salomão Filho

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Professor de Direito e Desenvolvimento no Institut des Sciences Politiques (Sciences Po) de Paris.

Rodrigo Fialho Borges

Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na University of Pennsylvania Law School (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

Carlos Portugal Gouvêa

Livre-Docente em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP (2022). Professor Associado de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do PGLaw. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D., 2008). Bacharel pela Universidade de São Paulo (USP). Leciona como professor visitante na Harvard Law School e foi pesquisador visitante na Yale Law School e na Wharton Business School da University of Pennsylvania. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela New York State Bar Association. É membro vice-presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão Fulbright do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Stephanie Vendemiatto Penereiro

Doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Graduada em Direito pela USP. Foi Chefe de Assessoria

no Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Advogada.

José Carlos da Matta Berardo

Advogado em São Paulo. Graduado pela USP, é pós-graduado pelo King's College London e Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas.

Elen Caroline Correia Lizas

Especialista em Law&Economics pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (GV-Law). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

Lucas Delazari Pinheiro

Mestrando em Direito Comercial no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogado em São Paulo, frequentemente atuando como secretário de tribunais arbitrais.

Renê Naimég da Mata

Graduado em direito brasileiro e francês pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Universidade Lyon III, tendo realizado intercâmbio acadêmico na Queen Mary University of London e summer school em Corporate Finance Law na London School of Economics and Political Science. É advogado na área de Financiamento e Dívida no escritório Mattos Filho e, anteriormente, realizou estágios no World Bank e Morgan Stanley.

Igor Silvério de Carvalho Assis

Graduando em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Atualmente, trabalha na área de Special Situations do Banco J. Safra.

Geovana Pereira de Andrade

Formada em Direito pela USP, é também aluna bolsista do curso de Direito Digital, Dados e Inteligência Artificial do IDP e integrante do Programa de Formação em Economia do Direito do Insper. Com experiência profissional em Direito Concorrencial em escritórios de advocacia, atualmente atua como especialista em políticas públicas na Prefeitura de São Paulo.

Michelle Baruhm Diegues

Doutoranda em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Grupo Direito e Pobreza (GDP) desde 2020 e coordenadora desde 2021. Editora da Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM). Advogada com experiência nas áreas de Direito Societário, Governança Corporativa e Propriedade Intelectual.

Tamara Beatriz Santos

Bacharela em Direito pelo Instituto Camillo Filho-ICF, pós graduada em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Superior de Advocacia do Piauí, pós graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior da Advocacia do Piauí, pós graduanda em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Legale Educacional, pós graduanda em Advocacia Trabalhista e Previdenciária pela Escola Superior da Advocacia do Maranhão

Roger Vitorio Oliveira Sousa

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Pós-graduado em Direito Constitucional e também em Direito Público pela Faculdade Descomplica (certificação pela UniAmérica). Pós-graduado em Direito e processo do trabalho, pela Faculdade Pro Minas. Pós-Graduado em Direito Falimentar e Recuperação Judicial, e também em Seguridade Social, ambas pela Faculdade Focus. Pós-graduado em Direito Municipal pela Gran Faculdade. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1986-0700>. E-mail: rogerolly@gmail.com

Arthur Sadami

Mestre pela Universidade de São Paulo, pesquisador na Fundação Getúlio Vargas e na Universidade de São Paulo

Julia Braga

Mestre pela Universidade de Brasília, advogada em Lefosse Advogados na área de direito concorrencial.

Mateus Bernardes

Mestrando pela Universidade de São Paulo, advogado em VMCA na área de direito concorrencial.

Lucas Atihe

Advogado. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2017). Tem experiência na área de Direito Privado, em especial nas áreas de contratos, propriedade intelectual e societário.

Leonardo Costa Norat

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Advogado. São Paulo (Brasil). E-mail: leonardonorat.adv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9454-2892>.

SUMÁRIO

EDITORIAL

Dois dilemas existenciais da empresa moderna	17

Calixto Salomão Filho

PARECERES

Titularidade de créditos decarbono extraídos do interior e entorno de reservas extrativistas e responsabilidade das entidades envolvidas na sua comercialização	25

Carlos Portugal Gouvêa, Rodrigo Fialho Borges

ARTIGOS E ATUALIDADES

Proteção de segredos de negócio: Compromissos de não-concorrência e exclusividade em relações com fornecedores e prestadores de serviços	107

Stephanie Vendemiatto Penereiro, José Carlos da Matta Berardo, Elen Caroline Correia Lizas

Cláusulas gerais e contratos empresariais: Valoração, segurança jurídica e previsibilidade.....	153

Lucas Delazari Pinheiro

A inclusão de riscos climáticos na regulação prudencial do Banco Central do Brasil.....	183

Renê Naimeg da Mata

Ofertas hostis e *poison pills*: Uma análise empírica sobre a aplicação de medidas protetivas à dispersão acionária pelas companhias brasileiras 223

Igor Silvério de Carvalho Assis

Medidas preventivas no Direito Concorrencial: Um remédio adequado, tempestivo e efetivo 251

Geovana Pereira de Andrade

Can vs. Could: The effects of direct action of unconstitutionality no. 5,529 on pharmaceutical patent terms 277

Michelle Baruhm Diegues

O dever de *sponsorship disclosure*, a boa-fé e a legítima concorrência ...301

Tamara Beatriz Santos, Roger Vitorio Oliveira Sousa

Breves considerações sobre os efeitos nocivos da proteção intelectual atual do *software* à concorrência 325

Lucas Atihe

Consultas no Direito Concorrencial brasileiro (1994-2023): Um estudo empírico 367

Arthur Sadami, Julia Braga, Mateus Bernardes

Interesses jurídicos nos fundos de investimento e a legitimidade processual dos cotistas.....387

Leonardo Costa Norat

EDITORIAL

DOIS DILEMAS EXISTENCIAIS DA EMPRESA MODERNA

Calixto Salomão Filho (USP, São Paulo)

Realidade e ficção, no mundo do direito e das organizações sociais e empresariais, não se separam. Diferentemente do mundo artístico em que se constroem realidades paralelas (e o belo está exatamente por vezes em construí-las) no mundo da organização social, realidade e ficção sempre acabam, cedo ou tarde (com frequência tarde), por se atraírem mutuamente.

Dilemas existenciais humanos e dilemas empresariais tem assim relevantes paralelos.

Duas das nossas mais importantes perguntas existenciais são: para que existo e o que significa a minha finitude. Dois dilemas ontológicos: um sobre a finalidade do ser humano e outro temporal.

Mais do que isso. Na psique e na ação humanas ambos se entrelaçam. Na realidade individual, o “para que existo” é frequentemente guiado pela sensação de finitude.

Decisões de curto prazo direcionadas pela busca do ótimo individual são frequentemente justificadas pela constatação de que nossa realidade temporal é finita (e curta).

Cria-se um paradoxo então. Nos seres humanos como na ficção, a limitação temporal nos empurra para visões de curto prazo (a ideia de aproveitar rápido a vida ou ser feliz no curto prazo). Ocorre que são exatamente essas visões de curto prazo que podem colocar em risco a nossa própria existência (veja-se o que ocorre por exemplo com a degradação ambiental).

Fenômeno paralelo ocorre na empresa. Exatamente por serem seus institutos no mais das vezes ficções jurídicas (desde a própria personalidade jurídica), as discussões de essência confundem-se (ou deveriam confundir-se) com as de função. Aliás no direito, como na filosofia, ontologia e ética jamais deveriam ter se separado.

Assim a clássica discussão sobre o interesse da sociedade empresarial, contratualista ou institucionalista, nada mais é que uma

pergunta ontológica sobre o significado da sociedade, sua função. Ter como objetivo a produção de lucro ou a maximização de valor da empresa de um lado (contratualismo) ou pautar-se também pela busca de outros valores externos à empresa, como meio ambiente, objetivos sociais, etc. (institucionalismo) significa discutir a própria essência funcional das empresas.

Observe-se que esse dilema de essência é influenciado pelo outro, temporal. Ao curto prazo (*shorttermism*) das decisões empresariais é oposto o pensamento no longo prazo (*longtermism*). O primeiro é normalmente identificado àqueles ordenamentos ou doutrinas que veem na sociedade uma função - contratualista - de proteção primordial do interesse dos sócios (e portanto produção de lucros a curto prazo) enquanto a visão de longo prazo é geralmente identificada à compreensão institucionalista da sociedade.

Observe-se que essa discussão ganha enorme relevância nos dias atuais. Interesses relevantes, como a proteção de interesses do meio ambiente e dos trabalhadores, falam claramente a favor de visões de longo prazo do interesse social. Grandes escândalos corporativos, sejam mais antigos (Enron) ou mais recentes (Lojas Americanas) nos advertem para os riscos de uma visão imediatista do interesse da empresa, focada exclusivamente no lucro de curto prazo.

Na verdade, as ideias contratualistas parecem só ganhar força e certa aceitação quando ancoradas na necessidade de proteção da sobrevivência das empresas. Assim, situações de crise são frequentemente usadas como fundamento para obnubilar o pensamento nos interesses a longo prazo da organização empresarial. Segundo essa visão, é preciso pensar no curto prazo para garantir a sobrevivência da sociedade.

Ái também a discussão sobre o tempo de vida é influenciada e influencia a discussão sobre a função. Quando o tempo de vida (a sobrevivência econômica da empresa) é posta em cheque, reforçam-se vozes que defendem visão mais de curto prazo (e mais individualista) do interesse social.

O mesmo ocorre em relação a um sem número de outros institutos do direito empresarial (e do direito em geral). Imagine-se o direito das patentes, que construiu suas justificativas ontológicas através de séculos e até hoje constrói na limitação temporal de sua vigência. O tempo limitado de vigência, sempre ele, foi e é invocado como justificativa para visões proprietárias e monopolistas da propriedade intelectual. Estamos acostumados com frases como: “sim, trata-se de exclusividade ou monopólio, mas ele é temporário”.

Nos direitos antitruste e regulatório, permissões e autorizações são dadas a empresas, como exceções às regras gerais quando há maior risco para sua sobrevivência (pense no cartel de crise, por exemplo).

No direito dos contratos, exceção à regra geral da vinculatividade dos contratos existe para os contratos por tempo indeterminado. Nestes a regra geral é a rescisão unilateral e injustificada a qualquer tempo.

No próprio direito da crise da empresa (recuperação e falência), onde o tempo e possível finitude da empresa são ameaças constantes, ao invés de a crise gerar oportunidades de cooperação e integração entre os interesses envolvidos, acaba por levar (incentivada pelas leis a respeito) à prevalência de alguns interesses sobre outros (no Brasil, entram leis e saem leis, mas prevalecem os de sempre: interesses financeiros e do controlador).

O tempo parece perseguir a essência-função da empresa, determinando-a de modo individual e individualista. Retorna-se então ao paradoxo do início. Essa visão pode gerar o efeito oposto, encurtando ao invés de aumentar a vida e a permanência tanto dos direitos, como das empresas.

O interessante é que uma possível solução para esse paradoxo parece estar na revisão dos conceitos. Tempo só determina essência (e função) e função (essência) só influencia tempo se ambos são observados sob uma perspectiva exclusivamente individual. A demonstração da teoria da relatividade de que o tempo varia de acordo com o observador (e com a velocidade dele) confirma na física uma

constatação antiga das ciências sociais. Relatividade de tempo e de essência só existem no nível individual.

Traduzindo em termos concretos, para aqueles que não apreciam reflexões abstratas, o tempo só molda nossa existência se pensarmos em termos individuais e não como espécie ou mesmo como grupo. Como grupo e como espécie não temos necessariamente (em princípio) limites temporais definidos e portanto o tempo não deveria influenciar tanto nossas decisões e objetivos.

Sociedades empresariais, patentes e mesmo contratos só precisam ser protegidas contra o tempo se forem compreendidas como institutos para organização de interesses individuais e contrapostos entre si. Observadas sob uma perspectiva de integração de interesses, os dilemas de curto e longo prazo perdem relevância.

Se vários interesses estiverem representados no seio das sociedades (como os das comunidades afetadas por sua atividade por exemplo, ao lado dos acionistas) as decisões empresariais sobre persecução do interesse social no curto e longo prazo serão menos conflituosas entre si, tomadas com mais equilíbrio e talvez gerando menos desastres ambientais (como os ocorridos nos últimos anos no Brasil).

O decurso do prazo de proteção de patentes, se essas forem vistas como instrumentos de acesso a conhecimento e inovações através do progresso tecnológico, não será visto como uma ameaça a exigir uma proteção monopolística durante sua vigência, mas como uma volta à essência do conhecimento científico e tecnológico, i.e. ao domínio público.

Nos contratos, se estes forem vistos e interpretados como instrumentos para a cooperação, as partes poderão (e podem, nos contratos associativos ou cooperativos) prescindir da rescisão unilateral e injustificada a qualquer tempo.

Interessante, função e tempo parecem convergir, sem recíprocos constrangimentos e paradoxos, quando a essência da natureza humana e das organizações é compreendida e definida de forma grupal e cooperativa. Nessa hipótese não só a essência se transforma como

também os limites temporais se expandem e perdem muito de sua carga ameaçadora. Constatação a um só tempo óbvia e desconsiderada, mas interessante para tentar proteger o futuro da espécie e refletir sobre dilemas existenciais do direito.

PARECERES

A TITULARIDADE SOBRE OS CRÉDITOS DE CARBONO GERADOS EM RESERVAS EXTRATIVISTAS DEVE SER ATRIBUÍDA À POPULAÇÃO TRADICIONAL EXTRATIVISTA QUE HISTORICAMENTE HABITA E EXERCE A POSSE DA REGIÃO de acordo com o seu modo de vida tradicional e que, portanto, é a responsável pelo trabalho de preservação ambiental necessário para a geração de tais créditos. O crédito de carbono é fruto da manutenção da “floresta em pé”, possibilitada justamente pelo modo de vida e pelo relacionamento das comunidades extrativistas tradicionais com o território historicamente habitado por elas. A natureza jurídica do crédito de carbono é análoga à de um título de crédito atípico e causal. A causa é a atividade de preservação, e a atividade de preservação gera um direito de propriedade com relação aos frutos de tal trabalho, que apenas é materializada pelo título de crédito, seguindo a definição clássica de direito de propriedade de John Locke. É irrelevante que Ecomapuá tenha sido considerada proprietária da região, mas é INEGÁVEL QUE A CRIAÇÃO DAS RESEX MAPUÁ E TERRA GRANDE-PRACUÚBA NÃO APENAS ESTABELECEU O DOMÍNIO PÚBLICO E A DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL PARA EFEITOS DE DESAPROPRIAÇÃO SOBRE O LOCAL, QUE PASSA ENTÃO A SER DE DOMÍNIO DA UNIÃO, COMO TAMBÉM LEVOU À CONCESSÃO DO DIREITO REAL DE USO ÀS COMUNIDADES EXTRATIVISTAS BENEFICIÁRIAS. Entidades que participam da oferta de créditos de carbono ao mercado são responsáveis pela licitude e integridade da geração, certificação e comercialização desses créditos. Por meio de ato ilícito absoluto, ao realizar a conduta ativa de vender bem alheio sem a respectiva autorização, as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro violaram direitos das comunidades extrativistas tradicionais, causando danos a elas. Situação de nexos causal plúrimo, pois VENDEDORAS E REQUERIDA EVENTO NEUTRO VIOLARAM CONJUNTAMENTE O DIREITO DE OUTREM E SÃO, DESSA FORMA, SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS PELA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO. AS ADQUIRENTES, ATUANDO EM UM MERCADO VOLUNTÁRIO QUE NÃO CONTA COM *GATEKEEPERS* RECONHECIDOS POR LEI OU REGULAÇÃO, NÃO CUMPRIRAM COM SEUS DEVERES DE OBTENÇÃO DE INFORMAÇÃO E DILIGÊNCIA E DEVEM

RESPONDER SOLIDARIAMENTE COM AS VENDEDORAS E A REQUERIDA EVENTO NEUTRO, na medida em que sua conduta foi determinante para a consumação da oferta e comercialização irregular dos créditos de carbono. A reparação total do dano englobará danos patrimoniais, que compreendem danos emergentes e lucros cessantes, e danos morais coletivos.

PARECER

Oferecido aos Doutores Manoel Eduardo A. Camargo e Gomes, Adriano Camargo Gomes, Ramon P. Bentivenha, Bruno Hauer Doetzer, Kelly Fortes Violada e Pablo Ademir de Souza pelos Professores Carlos Portugal Gouvêa e Rodrigo Fialho Borges

São Paulo, 22 de dezembro de 2023.

CONSULTA

“Consulentes: Associação dos Moradores da Reserva Extrativista Mapuá (“AMOREMA”) e Associação dos Moradores da Reserva Extrativista Terra Grande-Pracuúba (“AMORETGRAP”).

Advogados: Manoel Eduardo A. Carmargo e Gomes, Adriano Camargo Gomes, Ramon P. Bentivenha, Bruno Hauer Doetzer, Kelly Fortes Violada e Pablo Ademir De Souza.

Ref.: Parecer Jurídico – Titularidade de créditos de carbono extraídos do interior e entorno de reservas extrativistas e responsabilidade das entidades envolvidas na sua comercialização

Dados da Ação Judicial:
Ação Civil Pública (“Ação”)

Processos nº 1045416-11.2021.4.01.3900/TRF1 e nº 0801546-94.2022.8.14.0010/TJPA¹

Requerentes: AMOREMA e AMORETGRAP.

Requeridas: (i) Sustainable Carbon – Projetos Ambientais Ltda. (“Sustainable Carbon”); (ii) Ecomapuá Conservação Ltda. (“Ecomapuá”); (iii) Eccaplan Consultoria em Sustentabilidade (“Eccaplan”); (iv) Bio Assets Ativos Ambientais Ltda. (“Bio Assets”); (v) Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. (“Deloitte”); (vi) Barilla G. e R. Flli S.p.A.; (vii) Banco Santander S.A.; (viii) Isa Cteep; (ix) Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes; (x) BB Mapfre Participações S.A.; (xi) IATA International Air Transport Association; (xii) Swire Pacific Offshore Operations (Pte.) Ltd.; (xiii) Inter-American Development Bank; (xiv) Companhia de Locação das Américas; (xv) Groupe Air France (Societe Air France); (xvi) 17er Oberlandenergie GmbH; (xvii) Wienerberger GmbH; (xviii) Brockhaus Stahl GmbH; e (xix) demais empresas adquirentes dos créditos de carbono do Projeto Ecomapuá que não puderam ser identificadas.

Prezados Dr. Carlos e Dr. Rodrigo,

Pelo presente, formalizamos o pedido de estudo e emissão de Parecer Jurídico que trate da titularidade de créditos de carbono extraídos do interior e entorno de reservas extrativistas (“RESEX”), bem como da responsabilidade de quem participa da oferta e aquisição de tais créditos de carbono, a ser utilizado em defesa dos interesses das Consulentes nos autos da Ação supra referida.

Segue a síntese fática, o problema, bem como os quesitos a serem respondidos:

¹ Tramita perante o STJ o Conflito Negativo de Competência nº 193515/PA (2022/0383463-8), para definir se a Ação será processada e julgada perante o TRF1 ou o TJPA.

I. SÍNTESE FÁTICA: CASO CONCRETO

Trata-se de Ação Civil Pública por danos materiais e morais causados às comunidades extrativistas tradicionais residentes no interior e entorno das reservas extrativistas Mapuá (“RESEX Mapuá”) e Terra Grande-Pracuúba (“RESEX Terra Grande-Pracuúba” e, quando referida em conjunto com a RESEX Mapuá, as “RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba”), ajuizada pelas organizações representantes dessas comunidades, respectivamente, a AMOREMA e AMORETGRAP, em face de entidades que participaram da oferta e aquisição de créditos de carbono oriundos de áreas integrantes das referidas reservas extrativistas.

A Ação tem como objeto, dentre outras questões, a obtenção, pelas Consulentes, de ressarcimento de prejuízos advindos da expropriação dos seus direitos patrimoniais sobre os créditos de carbono oriundos da região e da apropriação do nome e da imagem das populações extrativistas tradicionais residentes no interior e entorno da RESEX Mapuá e da RESEX Terra Grande-Pracuúba.

As Requeridas dividem-se em 3 (três) grupos: (i) Bio Assets, Ecomapuá e Sustainable Carbon, que são as responsáveis pela oferta ao mercado e pela comercialização dos créditos de carbono provenientes das áreas internas e adjacentes das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba (“Vendedoras”); (ii) Eccaplan, que comercializou esses créditos em menor escala (“Requerida Evento Neutro”); e (iii) entidades nacionais e internacionais que já foram identificadas como adquirentes primárias desses créditos (“Adquirentes”).

Em 01/09/2002, a Ecomapuá iniciou, em parceria com a Bio Assets e Sustainable Carbon, um projeto denominado *Ecomapuá Amazon REDD Project*, que visaria à preservação ambiental de área para a consequente geração de créditos de carbono, com duração prevista de 30 anos (“Projeto Ecomapuá”).

O Projeto Ecomapuá situa-se na Ilha do Marajó, no Estado do Pará. Especificamente, localiza-se na microrregião de Furos de Breves, a qual abrange três municípios: Breves, Curralinho e São Sebastião da

Boa Vista. Por sua vez, a área do projeto é composta por cinco fazendas: Bom Jesus, Brasileiro, Lago do Jacaré, São Domingos e Vila Amélia.

Já no início do Projeto Ecomapuá, em 20/05/2005, a União Federal criou a RESEX Mapuá, uma Unidade de Conservação de Uso Sustentável de aproximadamente 95 mil hectares em Breves, no Estado do Pará. A RESEX Mapuá abriga cerca de 675 famílias extrativistas representadas pela AMOREMA, as quais vivem na região desde muito antes da criação da RESEX Mapuá.

Posteriormente, em 05/06/2006, a União Federal criou a RESEX Terra Grande-Pracuúba, uma Unidade de Conservação de Uso Sustentável de aproximadamente 195 mil hectares em São Sebastião da Boa Vista e Curralinho, no Estado do Pará, contígua à RESEX Mapuá. A RESEX Terra Grande-Pracuúba abriga cerca de 800 famílias extrativistas representadas pela AMORETGRAP, as quais vivem na região desde muito antes da criação da RESEX Terra Grande-Pracuúba.

Em 2010, a União Federal, representada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (“ICMBio”), celebrou um Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (“CCDRU”) referente à RESEX Mapuá com a AMOREMA e, em 2011, referente à RESEX Terra Grande-Pracuúba com AMORETGRAP.

Mesmo assim, o Projeto Ecomapuá seguiu inalterado. Em 06/03/2013, ele foi validado pela entidade operacional TÜV Rheinland do Brasil Ltda., representando a TÜV Rheinland (China) Ltd. e, em 27/06/2013, obteve o certificado *Verified Carbon Standard* (“VCS”), emitido pela VERRA.

Em 2015, as Vendedoras iniciaram a venda de créditos de carbono extraídos do interior e entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, sem ter obtido autorização da população concessionária do direito real de uso das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, nem oferecer a ela contraprestação pecuniária.

Entre 2015 e 2017, a Deloitte anunciou ser apoiadora do Projeto Ecomapuá no Programa Brasileiro *GHG Protocol*. Nessa época, esse projeto era o único da empresa que visava a compensar as suas

emissões de gases de efeito estufa durante o período, como parte de sua iniciativa “#DeloitteCarbonoZero”.

Diante da notícia de aquisição de créditos de carbono extraídos da RESEX Mapuá pela Deloitte, em 21/12/2018, a AMOREMA ajuizou uma ação de protesto judicial que tramitou perante a 7ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo sob o nº 1133721-95.2018.8.26.0100, por meio da qual obteve a interrupção dos prazos prescricionais aplicáveis ao exercício de suas pretensões e de seus associados.

Apesar da instauração de disputas envolvendo o Projeto Ecomapuá, em junho de 2020, a VERRA manteve, em segunda análise, a certificação VCS atribuída à iniciativa. Ainda, o Projeto Ecomapuá passou a ser avaliado, no aspecto socioambiental, pelo padrão de certificação Carbono Social, sob o fundamento de ter sido realizado reinvestimento de parte da renda proveniente dos créditos de carbono em benefícios socioambientais.

Por fim, em 20/12/2021, as Consulentes ajuizaram a Ação supra referida, por meio da qual pretendem ver reconhecida, em favor das comunidades extrativistas tradicionais por elas representadas, a titularidade dos créditos de carbono extraídos do interior e entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, bem como responsabilizar as Requeridas, conforme aplicável a cada Requerida, pela oferta, venda e aquisição de referidos créditos de carbono e pelo uso indevido do nome e da imagem das populações extrativistas tradicionais da região.

Para as Consulentes, em síntese, as comunidades extrativistas tradicionais que vivem no interior e entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba são titulares dos créditos de carbono decorrentes do Projeto Ecomapuá, pois (i) têm o direito de usar e fruir do respectivo espaço territorial; e (ii) são responsáveis pela preservação do conjunto florestal, evitando o desmatamento.

Nesse sentido, as Consulentes argumentam que, considerando que as famílias que habitam os limites e o entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba estão ligadas entre si pela condição de população extrativista tradicional e pela representatividade junto às Consulentes, os direitos e interesses decorrentes do uso dessas áreas

são coletivos, nos termos do Art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, sustentam que entre tais *direitos coletivos* está o direito aos créditos de carbono oriundos da referida região, os quais pertencem à coletividade que detém a titularidade do direito real de uso das áreas e é responsável pelas atividades essenciais para evitar que essas áreas sofram desmatamento.

Partindo dessas premissas, as Consulentes argumentam que a comercialização de créditos de carbono extraídos do interior e entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba representa, além de ato ilícito, celebração de negócios jurídicos nulos, por violarem o disposto no Art. 104, inciso II, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”), afirmando que o direito brasileiro não admite negócio jurídico cujo objeto compõe patrimônio de terceiro, sem que haja sua expressa autorização.

Ademais, as Consulentes também alegam que as Requeridas utilizaram indevidamente o nome, a imagem e o patrimônio cultural da referida população extrativista tradicional da região, ao veicularem, em campanhas públicas e materiais publicitários, a narrativa de que estariam operando o Projeto Ecomapuá de forma a beneficiar tal comunidade. Sustentam que essa narrativa resultou em significativos benefícios econômicos às Requeridas, representando exploração econômica não autorizada do patrimônio cultural brasileiro, em violação ao Art. 216 da Constituição Federal. Além disso, também argumentam que a falta de consulta à vontade da população tradicional também ofende os Arts. 7º e 8º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (“OIT”).

Especificamente com relação às Adquirentes, as Consulentes sustentam que elas cometeram ato ilícito contra a população que habita os limites e o entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba por não terem apresentado a diligência esperada em um negócio baseado em reputação, como é o caso da compra e venda de créditos de carbono no mercado voluntário, em decorrência da qual o comprador espera obter benefícios financeiros relacionados à associação da sua imagem à ideia de responsabilidade socioambiental.

Nesse sentido, as Consulentes argumentam pela responsabilização solidária das Requeridas, nos termos do Art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, pois (i) Bio Assets, Ecomapuá e Sustainable Carbon foram responsáveis pela oferta ao mercado e pela comercialização dos créditos de carbono do Projeto Ecomapuá; (ii) a Requerida Evento Neutro, ainda que de forma menos significativa, também comercializou os créditos de carbono; e (iii) as demais Requeridas, atuando como Adquirentes, não teriam empregado os esforços mínimos necessários à verificação de procedência dos créditos de carbono adquiridos.

Com base nesses e em outros argumentos, as Consulentes pleiteiam na Ação, dentre outros pedidos, que as Requeridas (a) sejam condenadas solidariamente a pagarem às Consulentes (a.i) indenização por danos materiais; (a.ii) restrição de benefícios auferidos pelas Requeridas por meio da venda dos créditos de carbono ou de sua aquisição por valor abaixo do preço de mercado; e (a.iii) indenização por dano moral coletivo; bem como (b) parem de (b.i) comprar ou vender créditos de carbono oriundos do interior ou do entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba; e utilizar o nome e a imagem das populações extrativistas tradicionais, da AMOREMA, da AMORETGRAP e das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba.

II. PROBLEMA: CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DE TITULARIDADE DE CRÉDITOS DE CARBONO E VERIFICAÇÃO DE EVENTUAIS ATOS ILÍCITOS PELA SUA OFERTA, COMERCIALIZAÇÃO E AQUISIÇÃO POR TERCEIROS

O cerne deste caso cinge-se à definição da titularidade dos créditos de carbono ofertados, comercializados e adquiridos pelas Requeridas, conforme o caso, mas extraídos de reservas extrativistas, nas quais habitam população extrativista tradicional representada pelas Consulentes, e decorrentes da atividade de preservação ambiental desempenhada por essa população.

A princípio, pretende-se elucidar se a venda de créditos de carbono fere o direito real de uso alocado às Consules e a partir da constituição das reservas extrativistas e os direitos territoriais dessa população previstos na legislação brasileira.

Na hipótese de concretizar-se entendimento da titularidade dos créditos de carbono enquanto pertencente às populações representadas pelas Consules e notando a ausência (i) de autorização por parte das populações das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba e (ii) contraprestação pecuniária correspondente, espera-se esclarecer se a comercialização de créditos de carbono em que as Requeridas participaram constitui ato ilícito nos termos do Art. 186 do Código Civil.

Caso ateste-se a ilicitude do ato, almeja-se que se verifique se as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro realizaram apropriação ilícita e exploração econômica não autorizada ao ofertarem e comercializarem os créditos de carbono no âmbito do Projeto Ecomapuá, especialmente se as Vendedoras devem ser solidariamente responsabilizadas nos termos do Art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil.

Por fim, em relação às Adquirentes dos créditos, intenta-se esclarecer se a ausência de diligência necessária para determinar a origem dos créditos de carbono comprados também constitui ato ilícito ensejador de sua responsabilização solidária.

III. QUESITOS

Diante disso, as Consules formulam os seguintes quesitos:

1.1 Titularidade dos créditos de carbono

1.1.1 A quem cabe a titularidade dos créditos de carbono gerados a partir de atividade de exploração sustentável realizada em reserva extrativista de propriedade da União e cujo direito real de uso foi concedido a associação que representa a população extrativista?

1.2 Responsabilidade das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro

1.2.1 As entidades que de qualquer forma participam da oferta de créditos de carbono ao mercado são responsáveis pela licitude e integridade da geração, certificação e comercialização desses créditos? Se sim, qual é a extensão dessa responsabilidade? Em caso de comercialização de créditos de carbono de titularidade de terceiro, há responsabilidade solidária entre as diferentes entidades que participam desse processo? Sob qual fundamento?

1.3 Responsabilidade das Adquirentes

1.3.1 As adquirentes de créditos de carbono têm dever de diligência sobre a origem do crédito de carbono comprado? Se sim, qual a extensão desse dever? Ele subsiste mesmo se houver certificação independente do crédito? Qual a consequência jurídica da violação desse dever? Haverá responsabilidade solidária nesse caso? Sob qual fundamento?

1.3.2 Há elementos suficientes para afirmar que as adquirentes dos créditos de carbono advindos das RESEX Mapuá e Terra-Grande Pracuúba violaram seu dever de diligência? Se sim, qual a extensão da indenização decorrente da violação desse dever de diligência?

São Paulo, 26 de junho de 2023.

Manoel Eduardo A. Carmargo e Gomes, Adriano Camargo
Gomes, Ramon P. Bentivenha, Bruno Hauer Doetzer,
Kelly Fortes Violada e Pablo Ademir De Souza”

Para a Consulta, os Consulentes forneceram os seguintes documentos:

Doc. 1 – Petição Inicial da AMOREMA e AMORETGRAP nos autos da Ação Civil Pública nº 1045416-11.2021.4.01.3900/TRF4 (e nº 0801546-94.2022.8.14.0010/TJPA²), datada de 20 de dezembro de 2021 (em 54 páginas).

Doc. 2 – Procuração outorgada à AMOREMA para representação dos interesses das famílias extrativistas da região nos autos da Ação, datada de 17 de dezembro de 2021 (em 2 páginas).

Doc. 3 – Procuração e substabelecimento outorgados à AMORETGRAP para representação dos interesses das famílias extrativistas da região nos autos da Ação, datados, respectivamente, de 17 de dezembro de 2021 e 20 de dezembro de 2021 (em 4 páginas).

Doc. 4 – Estatuto social registrado da AMOREMA, datado de 05 de maio de 2016 (em 16 páginas).

Doc. 5 – Estatuto social registrado da AMORETGRAP, com data não identificada (em 2 páginas).

Doc. 6 – Lei nº 8.354, de 27 de abril de 2016, que estabelece a declaração de utilidade pública da AMOREMA, datada de 27 de abril de 2016 (em 1 página).

Doc. 7 – Figura que demonstra a sobreposição do Projeto Ecomapuá às RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, com data não identificada (em 2 páginas).

Doc. 8 – Impressão digital da página de “Projetos Apoiados” da Requerida Evento Neutro, datada de 19 de dezembro de 2021 (em 5 páginas).

Doc. 9 – Planilha indicativa dos créditos de carbono decorrentes do Projeto Ecomapuá comercializados pelas Vendedoras, com datas diversas (em 42 páginas).

Doc. 10 – Petição Inicial da AMOREMA nos autos do Protesto Judicial nº 1133721-95.2018.8.26.0100, datada de 13 de fevereiro de 2019 (em 21 páginas).

² Ver nota de rodapé nº 1.

Doc. 11 – Decreto de 20 de maio de 2005, que dispõe sobre a criação da RESEX Mapuá, datado de 20 de maio de 2005 (em 2 páginas).

Doc. 12 – CCDRU celebrado entre o ICMBio e a AMOREMA, datado de 2010 (em 6 páginas).

Doc. 13 – Plano de manejo Florestal Sustentável da RESEX Mapuá, que tem por objeto a exploração sustentável de recursos madeireiros por 2 das 14 comunidades residentes na RESEX Mapuá, datado de 28 de fevereiro de 2019 (em 86 páginas).

Doc. 14 – Decreto de 05 de junho de 2006, que dispõe sobre a criação da RESEX Terra Grande-Pracuúba, datado de 05 de junho de 2006 (em 3 páginas).

Doc. 15 – CCDRU celebrado entre o ICMBio e a AMORETGRAP, datado de 05 de outubro de 2011 (em 8 páginas).

Doc. 16 – Portaria nº 161 do ICMBio, que aprova o Acordo de Gestão da RESEX Terra Grande-Pracuúba, datado de 28 de fevereiro de 2013 (em 2 páginas).

Doc. 17.1 – Descrição do Projeto Ecomapuá preparada pela Sustainable Carbon, em fls. 1-100, datada de 25 de abril de 2020 (em 100 páginas).

Doc. 17.2 – Descrição do Projeto Ecomapuá preparada pela Sustainable Carbon, em fls. 101-189, datada de 25 de abril de 2020 (em 89 páginas).

Doc. 18 – Relatório de validação do Projeto Ecomapuá pela VCS, datado de 06 de março de 2013 (em 54 páginas).

Doc. 19 – Relatório final de verificação do Projeto Ecomapuá pela Carbon Check (India) Private Ltd., datado de 11 de junho de 2013 (em 119 páginas).

Doc. 20 – Apresentação publicitária do Projeto Ecomapuá preparada pela Sustainable Carbon, datada de 2021 (em 4 páginas).

Doc. 21 – Inventário de emissões de gases de efeito estufa preparado pela Deloitte para a Sustainable Carbon, datado de 2015 (em 44 páginas).

Doc. 22 – Impressão digital da página referente ao Projeto Ecomapuá no sítio eletrônico da Sustainable Carbon, com data não identificada (em 1 página).

Doc. 23 – Figura que demonstra a área ocupada pelas RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, com data não identificada (em 2 páginas).

Doc. 24 – Impressão digital de consulta ao mecanismo de buscas Google com a expressão “Rio Mapuá”, com data não identificada (em 2 páginas).

Doc. 25 – Impressão digital de página intitulada “Conheça o primeiro projeto REDD SOCIAL CARBON Standard e VCS”, hospedada pelo Instituto Ecológica, datada de 19 de dezembro de 2021 (em 2 páginas).

Doc. 26 – Relatório de validação do Projeto Ecomapuá segundo o *Social Carbon Standard*, datado de 10 de outubro de 2016 (em 30 páginas).

Doc. 27 – Impressão digital de página intitulada “#DeloitteCarbonoZero: 4 etapas para o sucesso de um projeto sustentável”, mantida pela Sustainable Carbon, com data não identificada (em 1 página).

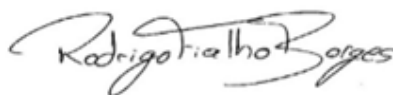
Doc. 28 – Impressão digital de página intitulada “#DeloitteCarbonoZero – Conheça o nosso programa de compensação de emissões de gases de efeito estufa”, mantida pela Deloitte, com data não identificada (em 2 páginas).

Passamos a emitir, em separado, o nosso parecer.

São Paulo, 22 de dezembro de 2023.



Carlos Portugal Gouvêa



Rodrigo Fialho Borges

PARECER

1. Segundo os termos da Consulta, a questão central a ser tratada neste Parecer diz respeito à titularidade dos créditos de carbono gerados no interior e no entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, ofertados, comercializados e adquiridos pelas Requeridas, conforme o caso, a despeito do trabalho de preservação ambiental da região, que permite o sequestro do dióxido carbônico atmosférico, ter sido realizado integralmente por famílias extrativistas tradicionais representadas pelas Consulentes.

2. A fim de resolvê-la, cumpre examinar inicialmente, na Parte I, a quem deve ser atribuída a titularidade sobre os créditos de carbono gerados no interior e no entorno das RESEX Mapuá e Terra-Grande-Pracuúba, por meio do cotejo de determinados conceitos-chave como “população extrativista tradicional”, “reserva extrativista”, “créditos de carbono” e “Projetos REDD+”, a fim de identificar como seus elementos essenciais de caracterização asseguram a povos e comunidades tradicionais referidos direitos de crédito. Na Parte II, será investigada a responsabilidade das Vendedoras pela venda de bens alheios, do que deriva a sua responsabilidade civil sob a forma do dever de reparar os danos sofridos pelos titulares de direitos sobre esses bens. Por fim, na Parte III, será analisada a responsabilidade das Adquirentes pela compra de créditos de carbono que constituíam bens alheios, em violação aos seus deveres de diligência. Também se tratará da ausência de aplicabilidade da figura do *gatekeeper* para mercados voluntários, a fim de demonstrar que as entidades responsáveis pela certificação dos créditos não são capazes de assegurar que não houve fraude nas operações que passaram por seu exame, o que impede que as Adquirentes sejam eximidas de responsabilidade. Examinados esses temas, a Parte IV será destinada às respostas sucintas aos quesitos apresentados.

I. TITULARIDADE SOBRE CRÉDITOS DE CARBONO

1. Para melhor compreender a quem deve ser atribuída a titularidade sobre os créditos de carbono advindos das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, é necessária a análise aprofundada da relação de interdependência entre a posse de terras por famílias extrativistas e a geração de direitos dela decorrentes. Deve-se analisar, além disso, em que medida a produção dos créditos de carbono pode ser associada ao esforço de preservação ambiental empreendido pelas comunidades tradicionais que historicamente ocupam a região.

2. Para esse fim, este tópico será dividido em duas partes. A primeira tratará dos principais conceitos atinentes ao tema de exploração ambiental sustentável, a fim de identificar seus elementos essenciais de caracterização. A segunda, por sua vez, utilizará cada um dos conceitos examinados para, ao seu final, concluir que os únicos titulares legítimos dos créditos de carbono produzidos na região em questão são as comunidades tradicionais.

1.1 CONCEITOS-CHAVE

3. O objeto deste Parecer passa pela compreensão de determinados conceitos-chave. Afinal, o debate sobre a preservação ambiental está pautado em ideias cujo conteúdo técnico auxilia na determinação das premissas que devem balizar a discussão sobre a titularidade dos créditos de carbono oriundos das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba.

4. Nesse sentido, o primeiro tópico desta Parte I buscará explorar o conteúdo legal e doutrinário atribuído a essas definições, especialmente quanto às ideias relacionadas ao significado de “populações extrativistas tradicionais” e “reservas extrativistas” para, depois, analisar a natureza jurídica dos créditos de carbono e as formas de implementação de Projetos REDD+.

1.1.1 POPULAÇÃO EXTRATIVISTA TRADICIONAL

5. As populações extrativistas tradicionais, apesar de sua ocupação histórica dos territórios brasileiros, somente passaram a ter seus direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional de maneira ampla após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir dela, uma gama de garantias e mecanismos de preservação socioeconômica e cultural que foi regulamentada em diversos outros instrumentos legais, a fim de assegurar a tais povos e comunidades a manutenção de seu modo de vida.

6. Assim, para melhor compreender a centralidade dessas comunidades no processo de conservação ambiental, bem como sua relação com os créditos de carbono produzidos no interior das RESEX Mapuá e Terra-Grande Pracuúba, passaremos a analisar, primeiramente, os significados de “extrativismo” e de “população tradicional”, para, depois, apresentar o panorama legislativo de proteção a tais povos e comunidades.

i. Significado de “Extrativismo”

7. A legislação brasileira, no que abrange o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (“SNUC”), define o termo “*extrativismo*” no Art. 3º, inciso XII, da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 (“Lei do SNUC”) como “*um sistema de exploração baseado na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis*”³.

8. Trata-se de uma forma de uso do espaço em que as comunidades operam em regime de subsistência, buscando a exploração equilibrada dos recursos naturais e a redução de externalidades socioambientais negativas. As práticas extrativistas representam, assim, uma forma de apropriação territorial comunitária, baseada no cuidado com o meio

3 Lei do SNUC: Art. 2º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] XII - extrativismo: sistema de exploração baseado na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis.

ambiente e que incluiu a finalidade de assegurar a conservação de biomas nos quais habitam povos e comunidades tradicionais.⁴

9. Essa lógica de ocupação é cristalizada também no Art. 2º, inciso XI, da Lei do SNUC, que define “uso sustentável” como a “*exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável*”⁵. Assim, o extrativismo é necessariamente associado à preservação do ecossistema, visto que a gestão sustentável dos recursos naturais é premissa da exploração realizada a partir da atividade extrativista.

10. Ressaltamos, todavia, que a realização de atividades extrativistas não implica dizer que o território ocupado deve ser mantido intocado⁶. Isto é, mesmo que seja preciso que determinada região seja desmatada para a preservação do modo de vida de uma população extrativista, sabe-se que a área descampada não ultrapassará os limites do necessário para garantir a sobrevivência de tais famílias, visto que seu intento é meramente assegurar subsistência. Por outro lado, caso as mesmas práticas fossem desempenhadas por particulares, sujeitos à lógica de mercado, o desmatamento da área somente seria interrompido com o esgotamento da terra, visto que os agentes econômicos não teriam incentivo para procurar outras formas de alocação de recursos enquanto ainda houvesse capacidade produtiva no local.

11. Essa é a situação na qual se encontram as famílias representadas pelas Consulentes. As comunidades tradicionais que ocupam as RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba são fundamentalmente extrativistas, com modo de produção voltado para a subsistência e para a utilização sustentável dos recursos da região. Dessa forma, sua

4 PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; and LEROY, Jean Pierre. *Injustiça ambiental e saúde no Brasil: o Mapa de Conflitos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 119.

5 Lei do SNUC: Art. 2º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] XI - uso sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.

6 VALLE, Raul Silva Telles do. Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas: experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico. São Paulo; Washington: Instituto Socioambiental; Forest Trends, 2010, p. 89.

presença nas terras protegidas é que garante que o ecossistema local não será explorado sob a ótica da produtividade industrial ou voltada ao mercado, desde que ausentes agentes com finalidades diversas no mesmo espaço.

12. Assim, o elemento fundamental para caracterização das atividades extrativistas é a autogestão sustentável, que permite, como resultado, a manutenção dos biomas em que comunidades desse tipo se inserem. Como será desenvolvido no item 1.1.3 desta Parte I, a existência dessa relação de causalidade é fundamental para que seja possível gerar créditos de carbono, pois somente a conservação florestal é capaz de garantir a redução dos gases nocivos emitidos na atmosfera. Logo, para entender como as populações extrativistas exercem esse papel de preservação ambiental, passaremos, agora, a analisar a definição que pode ser aplicada a “povos e comunidades tradicionais”.

ii. Significado de “Povos e Comunidade Tradicionais”

13. O Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007 (“Decreto da PNPCT”) institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais presente em seu anexo (“PNPCT”). Tal Decreto da PNPCT é absolutamente relevante em qualquer perquirição sobre o conceito de “povos e comunidades tradicionais”, pois, nos termos do seu Art. 3º, inciso I⁷, estabelece-se que são compreendidos como “*povos e comunidades tradicionais*”, para os fins da PNPCT, “*grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos,*

⁷ Decreto da PNPCT: Art. 3º. Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”. (destaques nossos)

14. A essa classificação, a doutrina acrescenta que os povos e comunidades tradicionais também podem ser identificados pela apresentação de uma visão de mundo consistente com uma atitude de proteção dos espaços que ocupam e de uma relação não-materialista com a terra e com os recursos naturais que nelas podem ser encontrados⁸. Assim, a despeito da diversidade cultural e biológica a que estão vinculadas as diversas populações tradicionais, seu elemento unificador comum é a presença de laços de profunda interdependência com os espaços por elas ocupados.

15. Em se tratando de uma política nacional, a PNPCT, conforme delimita seu Art. 2º, tem como objetivo geral o desenvolvimento sustentável de povos e comunidades tradicionais, a fim de assegurar o reconhecimento e a garantia de seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, de modo a permitir a reprodução de suas formas de organização institucional e valorizar sua identidade⁹.

16. Assim, como se pode observar em seu objetivo geral, a PNPCT propõe-se, principalmente, promover o desenvolvimento sustentável de povos e comunidades tradicionais. Nesse sentido, o próprio Decreto da PNPCT define o conceito de “*desenvolvimento sustentável*” nos termos do seu Art. 3º, inciso III, que o define como: “*o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras*”¹⁰.

8 TOLEDO, Victor M. Indigenous Peoples, Biodiversity and. In: LEVIN, Simon. *Encyclopedia of Biodiversity*. Vol. 3. New York: Elsevier, 2001. p. 452.

9 Decreto da PNPCT: Art. 2º. A PNPCT tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições.

10 Decreto da PNPCT: Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: [...] III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras.

17. No âmbito do Decreto da PNPCT e da PNPCT, percebe-se que o próprio conceito de desenvolvimento sustentável, para os fins ali indicados, é indissociável da utilização de recursos naturais por povos e comunidades tradicionais nos territórios que ocupam. Isto é, para que seja possível o cumprimento do objetivo de *desenvolvimento sustentável* de povos e comunidades tradicionais (Art. 2º da PNPCT), há de se reconhecer o uso, por essas populações, dos recursos naturais de onde habitam como condição para a preservação do seu modo de vida, por meio do qual se organizam e se distinguem.

18. Essa é a condição observada pelo estilo de vida e organização de populações residentes em reservas extrativistas, tais como a RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, que, ao reconhecerem a si mesmas como grupos culturalmente distintos, organizados socialmente conforme suas próprias tradições, fazem uso da região que habitam a fim de coletar e extrair os recursos dos quais dependem, seguindo os conhecimentos transmitidos a elas através da tradição (Art. 3º, inciso I, do Decreto da PNPCT).

19. O mesmo caminho interpretativo pode ser observado no Art. 3º, inciso II, do Decreto da PNPCT, que define os “*territórios tradicionais*” como “*os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária*”¹¹. Sendo assim, percebe-se a forte interligação entre os conceitos de população e território, uma vez que a perpetuação de um povo tradicional e a reprodução dos seus costumes, por definição, dependem de sua conexão com os territórios de onde originaram-se seus modos de vida e por onde o exercem, perpetuando-o para as futuras gerações, sendo que tal perpetuação só é possível se houver a exploração sustentável do espaço.

11 Decreto da PNPCT: Art. 3º. Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: [...] II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

20. Dessa forma, impossível afastar a relação natural entre os povos e comunidades tradicionais e o produto da exploração do território que eles ocupam. Por ser elemento central para a efetivação de seus direitos e para a proteção de seu modo de vida, todo o produto da exploração desses territórios deve ser considerado como sendo originalmente de titularidade de tais povos e comunidades, por ser considerado resultado direto ou indireto de seu trabalho sobre o meio. Nesse sentido, trataremos, a seguir, dos principais direitos que conferem proteção aos povos e comunidades tradicionais.

iii. Panorama Legislativo de Proteção de População “Extrativista” e “Tradicional”

21. O Art. 1º do Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990 (“Decreto 98.897/1990”) delega às populações extrativistas a responsabilidade pela exploração autossustentável e conservação dos recursos naturais renováveis das reservas extrativistas¹², cujo ato de criação, nos termos do Art. 2º do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002 (“Decreto 4.340/2002”) deve indicar a população tradicional beneficiária¹³. Desse modo, partindo-se do conceito de “população tradicional” detalhado acima, entende-se que, no contexto referente às reservas extrativistas definidas pelo SNUC, o ordenamento brasileiro visa a estabelecer proteções às populações tradicionais que exerçam atividades extrativistas como forma de preservação de seus costumes e dos territórios dos quais dependem.

22. De forma sintética, há de se entender que o ordenamento brasileiro, ao tratar das populações extrativistas tradicionais, reconhece especificamente a sua importância para a manutenção dos recursos naturais brasileiros. Isto é, depreende-se que as práticas

12 Decreto 98.897/1990: Art. 1º. As reservas extrativistas são espaços territoriais destinados à exploração auto-sustentável e conservação dos recursos naturais renováveis, por população extrativista.

13 Decreto 4.340/2002: Art. 2º. O ato de criação de uma unidade de conservação deve indicar: [...] II - a população tradicional beneficiária, no caso das Reservas Extrativistas e das Reservas de Desenvolvimento Sustentável.

tradicionais e as práticas extrativistas exercidas por essas populações através das gerações servem como mecanismo de preservação, e não de esgotamento dos recursos naturais, em harmonia com os recursos ambientais presentes nas áreas abarcadas pelo SNUC, incluindo a categoria das reservas extrativistas.

23. No quadro internacional, por sua vez, os direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais assumem grande destaque. A título de exemplo, a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consolidada pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, estabelece, em seu Art. 14, item 1, que os governos nacionais deverão reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam¹⁴. Da mesma forma, o direito ao território ocupado pelas comunidades originárias foi incorporado à legislação brasileira nos mais diversos dispositivos, dentre os quais destacamos o Art. 2º da PNPCT, por meio do qual se estabelece que o objetivo geral da PNPCT inclui o fortalecimento e garantia dos direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais¹⁵.

24. Disso decorre que as práticas realizadas pelos extrativistas, as quais, conforme a documentação que nos foi fornecida evidência, compõem e são parte indissociável do modo de vida dos moradores da RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, podem ser também vistas como um ativo valioso para agentes privados que eventualmente desejem atrelar a sua imagem pública à imagem dos povos e comunidades tradicionais, com o objetivo de se fazer remeter,

14 Convenção 169 da OIT: Art. 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

15 PNPCT: Art. 2º. A PNPCT tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições. (destaques nossos)

diante do olhar público, às práticas empregadas por esses grupos na preservação do meio ambiente.

25. Diante da oportunidade destacada acima, é natural que seria de interesse de empreendimentos como o Projeto Ecomapuá preparar peças e materiais de divulgação que promovessem uma aparência de comprometimento do projeto com a sustentabilidade e preservação dos ecossistemas brasileiros por meio da veiculação de uma imagem tão consolidada e essencial a esse fim quanto a dos membros das populações extrativistas tradicionais, bem como a dos territórios onde habitam e a de seu modo de vida.

26. A veiculação pelo Projeto Ecomapuá da imagem e/ou existência dos territórios, povos e comunidades tradicionais das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba pode ser observada especialmente no Doc. 22, que traz a página da Sustainable Carbon referente ao Projeto Ecomapuá, em que são apresentadas fotografias da população extrativista e das estruturas por elas construídas na região, e no Doc. 8, que traz a página de “projetos apoiados” da Requerida Evento Neutro com menção às famílias residentes na área.

27. As Consulentes afirmam, todavia, que o uso das imagens para benefício do negócio gerenciado pelo Projeto Ecomapuá se deu de forma unilateral, sem o devido consentimento e, sequer, conhecimento desses usos comerciais pelas associações representantes dos interesses dos moradores das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, que tiveram, em última instância, suas imagens indevidamente exploradas economicamente, sem sua anuência e sem compensação monetária pelos ganhos reputacionais e econômicos auferidos pelo Projeto Ecomapuá. Com base nesses fatos, torna-se evidente a exploração indevida, para fins econômicos, dos direitos de imagem dos moradores das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, os quais são protegidos conforme o ordenamento brasileiro, como será explorado de forma detalhada na Parte III abaixo.

28. Nesse sentido, o Art. 33 da Lei do SNUC estabelece claramente que a “*exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos [...] a partir da exploração da imagem de unidade de*

conservação [incluindo reservas extrativistas] dependerá de prévia autorização e sujeitará o explorador a pagamento".

29. Traçado o panorama essencial de proteção às populações extrativistas tradicionais, passamos a analisar, de maneira aprofundada, a questão territorial atinente às comunidades dessa natureza, por meio da definição do conceito de reserva extrativista.

1.1.2 RESERVA EXTRATIVISTA

30. O detalhamento do conceito de reserva extrativista permite identificar em que medida a titularidade sobre os créditos de carbono produzidos na região das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba deve ou não ser vinculada ao agente que detém direitos sobre a região.

31. Com isso, passa-se a analisar tanto o significado legal atribuído à definição de reserva extrativista quanto sua forma de constituição, a fim de demonstrar que se trata de um modo de reconhecimento da ocupação das populações extrativistas tradicionais na região.

i. Significado de Resex

32. A Lei do SNUC define as reservas extrativistas em seu Art. 18, *caput*, e vincula essa espécie de território ao modo de vida das populações tradicionais. Nesse sentido, a caracterização da área depende, cumulativamente, (i) da presença de comunidades extrativistas tradicionais, (ii) da subsistência dessas populações por meio do extrativismo, e (iii) da existência de um objetivo de preservação cultural e ambiental da região¹⁶. A congregação de interesses ecológicos

¹⁶ Lei do SNUC: Art. 18, *caput*. A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

e sociais, portanto, é o pano de fundo que legitima e justifica a criação das reservas extrativistas¹⁷.

33. A PNPCT, que coordena a implementação dos objetivos e princípios que devem guiar a proteção aos povos e comunidades tradicionais, estabelece o desenvolvimento sustentável como uma das premissas necessárias para a subsistência das comunidades tradicionais. A definição, conforme exposta no item “ii” do tópico 1.1.1 acima, reforça o entendimento de que as reservas extrativistas são o espaço mais adequado para que as famílias extrativistas consigam exercer seu modo de vida, dado que a manutenção de oportunidades futuras pressupõe um trabalho ativo de conservação do ecossistema, o qual escapa da lógica puramente de mercado.

34. A própria forma de ocupação do território desenvolvida pelas comunidades tradicionais evidencia o raciocínio de manutenção de um “bem comum”: trata-se de terras nas quais as famílias extrativistas convivem em regime comunal,¹⁸ administradas por meio de um sistema de cogestão que vai ao encontro da ideia de que bens dessa natureza (bens comuns), como o meio ambiente, apresentam alta “subtrabilidade de uso” e alta “dificuldade de exclusão” de seus potenciais beneficiários, conforme apontado por Elinor Ostrom.¹⁹ Ou seja, são bens cujo uso por uma pessoa diminui a possibilidade de utilização por outra pessoa, mas em relação aos quais há uma necessidade comum que impede que pessoas envolvidas pelo bem sejam excluídas de seu uso. Nesse sentido, a constituição das reservas extrativistas significa um ato de reconhecimento de que o tipo de apropriação exercida pelos povos e comunidades tradicionais é o mais adequado para a preservação das áreas a que se visa proteger.

17 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Atlas, 2021, p. 340.

18 ICMBIO. *O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (CCDRU) nas Unidades de Conservação Federais*. Brasília, 2019, p. 5. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-diversas/o_contrato_de_concessao_de_direito_real_de_uso_ccdru_nas_ucs_federais.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

19 OSTROM, Elinor. *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems (Prize Lecture)*. Stockholm University, 2009, p. 413.

35. Nesse sentido, o extrativismo, conforme desenvolvido no item “i” do tópico 1.1.1 acima, não pode ser dissociado da própria ideia de criação das reservas extrativistas. A ocupação histórica da região pelas comunidades tradicionais permite reconhecer que seu modo de vida é responsável pela conservação do ecossistema local, visto que apenas o resguardo ambiental é capaz de garantir a segurança alimentar dessa população. Esse princípio, ao lado do desenvolvimento sustentável, integra o rol proposto pela PNPCT em seu Art. 1º, como forma de assegurar a existência digna e a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais²⁰.

36. Entretanto, para que esses propósitos possam ser alcançados, é necessário que a Administração Pública atue em conjunto com as populações tradicionais, de modo a garantir, por meio da outorga de direitos territoriais, que a região possa ser ocupada sem a interferência de particulares e sob um regime especial de proteção. As reservas extrativistas, portanto, são um instrumento que não apenas permite a exploração sustentável dos recursos naturais, mas que impõe que referida atividade deve ser realizada por populações extrativistas.

37. A limitação dos agentes considerados aptos a implementar práticas de exploração sustentável constitui uma reação ao processo de destruição ambiental que se intensificava na Amazônia na década de 1980. Nesse contexto, o movimento dos seringueiros, aliado aos representantes das comunidades extrativistas, passa a pressionar o setor público pela criação de estratégias que visassem à preservação

20 PNPCT: Art. 1º. As ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar os seguintes princípios: [...] III - a segurança alimentar e nutricional como direito dos povos e comunidades tradicionais ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis; [...] V - o desenvolvimento sustentável como promoção da melhoria da qualidade de vida dos povos e comunidades tradicionais nas gerações atuais, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras e respeitando os seus modos de vida e as suas tradições.

das áreas que estavam sendo degradadas²¹. O desenho institucional das reservas extrativistas, portanto, representa uma resposta que visava à manutenção da biodiversidade e à exclusão daqueles que poderiam ser considerados contrários a uma visão produtiva pautada na sustentabilidade.

38. Não há que se falar em existência de reserva extrativista, portanto, sem que haja trabalho ativo de preservação ambiental. Dessa forma, neste item buscamos examinar a conexão entre o conceito jurídico de reserva extrativista e a exploração equilibrada dos recursos naturais, demonstrando que as populações aptas a exercer esse papel são justamente as comunidades extrativistas. Agora, para melhor compreender em que medida essa relação de interdependência garante às comunidades a titularidade sobre os créditos de carbono oriundos das áreas protegidas, é necessário analisar, em maior profundidade, como o ato de constituição das reservas extrativistas significa o reconhecimento dos direitos territoriais das populações extrativistas tradicionais da região.

ii. Ato de Constituição de Resex como Reconhecimento da Ocupação de População Extrativista Tradicional

39. A constituição das reservas extrativistas representa um reconhecimento do Estado à importância das comunidades tradicionais. Não se trata de um ato de mera oferta de direitos pelo ente público, mas do reconhecimento de prerrogativas anteriores dessas populações de ocupar e explorar a região como historicamente já faziam. O ato de criação das reservas extrativistas, nesse sentido, significa o reconhecimento da anterioridade das populações extrativistas por parte do Estado.

21 ICMBIO. *O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (CCDRU) nas Unidades de Conservação Federais*. Brasília, 2019, p. 5. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-diversas/o_contrato_de_concessao_de_direito_real_de_uso_ccdru_nas_ucs_federais.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

40. Conforme detalhado no item “i” acima, o conceito de reserva extrativista deve ser vinculado à forma de ocupação do território exercida pela população extrativista. A sua ocupação e as atividades ali desenvolvidas, no entanto, independem da propriedade formal sobre a terra, visto que o caráter histórico de habitação da região indica que os direitos reais de propriedade perdem relevância quando se trata da titularidade de créditos de carbono gerados justamente em tal território habitado por população extrativista tradicional. Afinal, a preservação ambiental, que legitima e justifica o estabelecimento das reservas extrativistas, pressupõe apenas a posse de determinado terreno – isto é, basta que o possuidor seja capaz de exercer alguns dos poderes inerentes à propriedade para que assim seja considerado como tal²² e para que consiga implementar práticas sustentáveis no local.

41. Nesse sentido, a própria geração de créditos de carbono no interior das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba já é suficiente para demonstrar que as famílias representadas pelas Consulentes historicamente já exerciam, de maneira plena, a posse sobre aquele território. Os direitos de crédito não existiriam se não fosse pelo trabalho ativo e histórico dos povos e comunidades tradicionais de resguardar o ecossistema local, o que implica reconhecer que tais povos e comunidades possuíam os meios necessários para gerir a propriedade de acordo com finalidades sustentáveis.

42. Até mesmo as Requeridas, no material publicitário do Projeto Ecomapuá, reconhecem a posse das comunidades extrativistas tradicionais na região ao identificar a presença de mais de 450 famílias, comunidades, cooperativas e demais partes interessadas a nível local²³.

43. Ainda, a Ecomapuá, antigamente denominada Santana Madeiras Ltda., foi responsável justamente pela exploração madeireira

22 Código Civil: Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

23 SUSTAINABLE CARON. Climate Solutions. *Projeto Marajó*. Disponível em: <<https://www.sustainablecarbon.com/projetos/marajo/>>. Acesso em: 22 set. 2023.

na região antes de ser adquirida pela Bio Assets nos anos 2000²⁴. A mudança repentina de suas práticas empresariais e da sua postura em relação às comunidades tradicionais foi justificada pela nova controladora como forma de desenvolver atividade completamente oposta àquela anteriormente desenvolvida pela Santana Madeiras Ltda.: trabalhos de conservação de floresta e desenvolvimento sustentável²⁵.

44. No entanto, é evidente que tal mudança jamais seria possível sem a presença histórica e permanência das populações tradicionais na região, que eram as únicas a possuir a expertise necessária, decorrente de seu modo de vida e da forma como se relacionam com o território, para a manutenção do ecossistema. Nesse sentido, é natural que a transição da Ecomapuá de madeireira para empresa verde somente tenha sido possível às expensas do trabalho historicamente realizado pelas comunidades extrativistas tradicionais da região, o que consequentemente rendeu à Ecomapuá significativos ganhos reputacionais e permitiu que a empresa modificasse seu modelo de negócios de modo a atrair expressiva quantidade de interessados desde o início da comercialização dos créditos de carbono.

45. Dessa forma, as Requeridas evidentemente não podem se apropriar do trabalho desenvolvido pelas famílias representadas pelas Consulentes sob o fundamento de que detinham títulos de propriedade das áreas no momento em que o Projeto Ecomapuá foi iniciado, pois a titularidade sobre créditos de carbono não se conecta necessariamente com a propriedade do bem, mas constitui uma recompensa pelo esforço de preservação ambiental – esforço esse que

24 BIO ASSETS. About Bio Assets. *History*. Disponível em: <<https://bioassets.com.br/history/>>. Acesso em: 22 set. 2023. SUSTAINABLE CARBON. Climate Solutions. *Confira a entrevista de Lap Chan, sócio da BioAssets, empresa controladora da Ecomapuá*. Disponível em: <<https://carbonosustentavelbrasil.wordpress.com/2014/09/12/confira-a-entrevista-de-lap-chan-socio-da-bioassets-empresa-controladora-da-ecompu/>>. Acesso em: 22 set. 2023.

25 SUSTAINABLE CARBON. Climate Solutions. *Confira a entrevista de Lap Chan, sócio da BioAssets, empresa controladora da Ecomapuá*. Disponível em: <<https://carbonosustentavelbrasil.wordpress.com/2014/09/12/confira-a-entrevista-de-lap-chan-socio-da-bioassets-empresa-controladora-da-ecompu/>>. Acesso em: 22 set. 2023.

apenas pode ser exercido por aqueles que detêm a posse do território e com ele se relacionam de forma sustentável, isto é, no caso concreto, justamente as comunidades extrativistas tradicionais.

46. De todo modo, mesmo que a questão da propriedade fosse relevante para a definição da titularidade de créditos de carbono, deve-se ter em mente que as reservas extrativistas foram criadas como uma espécie de reparação à população extrativista, isto é, um reconhecimento de que essas comunidades historicamente ocupam determinada área. Ou seja, é, de fato, irrelevante que a Ecomapuá tenha sido, em momento anterior, considerada proprietária da região, já que ali sempre habitou um povo tradicional com direitos territoriais próprios, conforme desenvolvido no item “iii” do tópico 1.1.1 acima. Em 2005, com a constituição da RESEX Mapuá, e depois, em 2006, com a criação da RESEX Terra Grande-Pracuúba, o Estado basicamente apenas sanou uma irregularidade ao reconhecer as populações extrativistas como ocupantes legítimas da região. Isso, porque todo o histórico de habitação e preservação ambiental – esta última possibilitada essencialmente pelo modo de vida das comunidades extrativistas tradicionais e seu relacionamento com o território – anterior à constituição das reservas extrativistas não pode ser desconsiderado, haja vista que é, muito provavelmente, o responsável pela manutenção da possibilidade de geração de créditos de carbono dali advindos, principalmente quando se considera que a região era explorada pela então atividade madeireira da Ecomapuá.

47. Independentemente disso, como efetivamente houve a criação das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, é importante analisarmos as consequências de tal constituição. Nesse sentido, o estabelecimento de uma reserva extrativista observa um conjunto de procedimentos administrativos relativos à concessão de uso e ao manejo da área. Nesse sentido, o Decreto 4.340/2002 estabelece que esses procedimentos devem estar alinhados entre si²⁶, de modo a garantir a coesão do sistema de preservação do ecossistema local.

26 Decreto 4.340/2002: Art. 13. O contrato de concessão de direito real de uso e o termo de compromisso firmados com populações tradicionais das Reservas Extrativistas e

48. O CCDRU é um “contrato solene, pelo qual se transfere, a título de direito real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social”²⁷. No contexto de criação de reservas extrativistas, trata-se, portanto, de contrato solene que tem como objetivo basilar a garantia dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais e que encontra base legal no Decreto Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, na Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1988 e na Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007²⁸.

49. Nesse sentido, com a constituição da reserva extrativista e a consequente celebração do CCDRU (Art. 23 da Lei do SNUC²⁹ e Art. 13 do Decreto 4.340/2002), aqueles que recebem o direito real de uso do local podem utilizá-lo como se proprietários fossem³⁰, dispondo de todas as prerrogativas necessárias para cumprir com a finalidade social que levou à celebração do CCDRU, como, no caso em tela, a preservação do meio ambiente e das próprias comunidades tradicionais.

50. Ou seja, ainda que a Ecomapuá detivesse, originalmente, os direitos reais de propriedade sobre a região, é inegável que a criação das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba não apenas estabeleceu o domínio público e a declaração de interesse social para efeitos de

Reservas de Uso Sustentável devem estar de acordo com o plano de manejo, devendo ser revistos, se necessário.

27 LIRA, Ricardo Pereira. A Concessão do Direito Real de Uso. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 163, p. 16–57, 1986, p. 18.

28 ICMBIO. *O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (CCDRU) nas Unidades de Conservação Federais*. Brasília, 2019, pp. 5-7. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-diversas/o_contrato_de_concessao_de_direito_real_de_uso_ccdru_nas_ucs_federais.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

29 Lei do SNUC: Art. 23. A posse e o uso das áreas ocupadas pelas populações tradicionais nas Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável serão regulados por contrato, conforme se dispuser no regulamento desta Lei.

30 ICMBio. *O Contrato de Concessão de Direito Real de Uso (CCDRU) nas Unidades de Conservação Federais*. Brasília, 2019, p. 21. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-diversas/o_contrato_de_concessao_de_direito_real_de_uso_ccdru_nas_ucs_federais.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

desapropriação (Art. 18, §1º, da Lei do SNUC³¹) sobre o local, que passa então a ser de domínio da União, como também levou à concessão do direito real de uso às comunidades extrativistas beneficiárias (Arts. 1º e 4º do Decreto 98.897/1990³²), conforme comprovam os Docs. 11, 12, 14 e 15.

51. O plano de manejo, por sua vez, é um “*documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade*”, conforme estabelecido no Art. 2º, inciso XVII, da Lei do SNUC³³. No entanto, conforme destacado pelas Consulentes na petição inicial da Ação (fls. 11 e 14), as RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba ainda não possuem planos de manejo que abranjam a totalidade de suas áreas.

52. Nesse sentido, o Decreto 4.340/2002 estabelece, no seu Art. 26, que a autorização para exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços em unidades de conservação de domínio público somente será permitida “mediante decisão do órgão executor, ouvido o conselho da unidade de conservação”.³⁴ Dessa forma, a inexistência de anuência

31 Lei do SNUC: Art. 18. [...] §1º. A Reserva Extrativista é de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais conforme o disposto no art. 23 desta Lei e em regulamentação específica, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. (destaques nossos)

32 Decreto 98.897/1990: Art. 1º. As reservas extrativistas são espaços territoriais destinados à exploração auto-sustentável e conservação dos recursos naturais renováveis, por população extrativista. [...] Art. 4º A exploração auto-sustentável e a conservação dos recursos naturais será regulada por contrato de concessão real de uso, na forma do art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967. (destaques nossos)

33 Lei do SNUC: Art. 2º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] XVII - plano de manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade.

34 Decreto 4.340/2000: Art. 26. A partir da publicação deste Decreto, novas autorizações para a exploração comercial de produtos, sub-produtos ou serviços em unidade de conservação de domínio público só serão permitidas se previstas no plano de manejo, mediante decisão do órgão executor, ouvido o conselho da unidade de conservação.

expressa das associações comunitárias e de qualquer deliberação do conselho das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba no sentido de autorizar a comercialização de créditos de carbono, por si só, é indicativo de que não há anuência da comunidade tradicional e que, portanto, não poderia ter havido a oferta, comercialização e aquisição dos créditos de carbono empreendida pelas Requeridas, visto que as Vendedoras não tinham autorização para explorar economicamente a região.

53. Ademais, embora o Art. 27, §3º, da Lei do SNUC estabeleça que o plano de manejo das unidades de conservação deve ser elaborado em até cinco anos contados de sua data de criação³⁵, a inexistência do plano não afeta nem o domínio público já estabelecido pela criação das reservas extrativistas nem os direitos reais de uso concedidos nos termos dos CCDRU firmados. Afinal, não se pode penalizar as comunidades extrativistas tradicionais pela mora de terceiros em elaborar e aprovar o plano de manejo (Art. 12, inciso II, do Decreto 4.340/2002). Isto é, eventual contestação da existência das reservas extrativistas ou dos créditos de carbono em razão da ausência de plano de manejo significaria um repasse irrazoável da mora de terceiros às populações extrativistas tradicionais, o que vai de encontro às suas garantias fundamentais e direitos territoriais conferidos pela legislação nacional.

54. Adiante, passaremos a examinar a natureza jurídica dos créditos de carbono, a fim de destacar em que medida seus elementos de caracterização também exigem que eles sejam atribuídos à população extrativista tradicional.

1.1.3 CRÉDITO DE CARBONO E PROJETO REDD+

55. A análise sobre os titulares legítimos dos créditos de carbono gerados no interior e no entorno das RESEX Mapuá e Terra

³⁵ Lei 9.985/2000: Art. 27, §3º. O plano de manejo de uma unidade de conservação deve ser elaborado no prazo de cinco anos a partir da data de sua criação.

Grande-Pracuúba não pode ser concluída sem antes discorrer sobre o conceito de créditos de carbono e sua relação com a implementação de Projetos REDD+. Cumpre ressaltar, desde logo, que a própria natureza jurídica desses direitos de crédito os vincula diretamente àqueles que foram responsáveis por sua geração – isto é, as comunidades extrativistas tradicionais que habitam historicamente a região.

56. Para chegar a essa conclusão, primeiro detalharemos o significado de “crédito de carbono” e de “Projeto REDD+” para, depois, examinar como se dá a implementação de um Projeto REDD+ na prática e em que medida sua execução depende da participação dos povos e comunidades tradicionais.

i. Significado de “Crédito de Carbono”

57. Em um quadro de premente necessidade de redução da emissão de gases de efeito estufa (“GEEs”), o mercado de créditos de carbono emerge como uma promessa de compensação financeira aos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento que optarem por preservar suas áreas verdes.

58. O conceito começou a ser desenvolvido, primordialmente, a partir das metodologias propostas pelo Protocolo de Kyoto, em 2005, e pelo Acordo de Paris, em 2015. O Protocolo de Kyoto, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005, estabeleceu as bases para a criação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (“MDL”), um programa de certificação voluntário que permitia a geração de créditos para projetos que reduzissem a emissão de GEEs (Art. 12). O programa tinha como objetivo incentivar tanto a implementação desse tipo de empreendimento em países menos desenvolvidos e em desenvolvimento quanto a venda dessa redução de gases nocivos para os países desenvolvidos, como forma de ajudá-los a cumprir as metas de controle dos GEEs assumidas no Protocolo de Kyoto³⁶. De acordo

36 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Mecanismo de Desenvolvimento Limpo*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/cgcl/paginas/teste2>>. Acesso em: 22 set. 2023.

com essa metodologia originária, um crédito de carbono equivalia a uma tonelada de gás carbônico que não fora emitida para a atmosfera, e que poderia servir como moeda de troca em um mercado global por meio dos processos de certificação.³⁷

59. O Acordo de Paris, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017, por sua vez, promoveu o aprofundamento do compromisso dos países signatários de reduzir a emissão de GEEs, os quais se comprometeram a manter o aumento da temperatura média global abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais e a envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais (Art. 2º, item 1.a). Esse objetivo, no entanto, não conseguiria ser alcançado sem considerar os cenários locais de desenvolvimento econômico e social dos diferentes países envolvidos, de modo que cada Estado se comprometeu a apresentar aos demais suas metas de redução por meio das Contribuições Nacionalmente Determinadas (*Nationally Determined Contributions* – “NDCs”)³⁸. Novamente, para que as nações pudessem atingir os objetivos determinados, o tratado estabeleceu, em seu Art. 6, a possibilidade de transferência internacional dos resultados de mitigação dos GEEs – ou seja, também permite a criação de um mercado de carbono global, mas sem colocar em foco a implementação de projetos em nações menos desenvolvidas³⁹.

37 WEDY, Gabriel; AMARAL, Weber; PIMENTEL, Cacia. *The Carbon Market and its Regulation in Brazil*. Columbia Law School Scholarship Archive. Sabin Center for Climate Change Law, p. 7. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change/193/>. Acesso em: 22 set. 2023.

38 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordo de Paris*. Disponível em: <<https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris.html>>. Acesso em: 22 set. 2023.

39 Acordo de Paris: Art. 6. 1. As Partes reconhecem que algumas Partes poderão optar por cooperar de maneira voluntária na implementação de suas contribuições nacionalmente determinadas, a fim de permitir maior ambição em suas medidas de mitigação e adaptação e de promover o desenvolvimento sustentável e a integridade ambiental. [...] 3. O uso de resultados de mitigação internacionalmente transferidos para o cumprimento de contribuições nacionalmente determinadas sob este Acordo será voluntário e autorizado pelas Partes participantes.

60. O mercado de créditos de carbono pode ser dividido em duas modalidades: regulado e voluntário. De maneira sintética, o primeiro é resultado de políticas públicas internacionais, nacionais, regionais ou de requisitos regulatórios que estabelecem as regras para seu funcionamento, enquanto o segundo faz referência à compra e venda de créditos de carbono por entidades privadas, de maneira voluntária⁴⁰.

61. Nesse sentido, em termos práticos, o crédito de carbono é materializado a partir de um processo de certificação que declara a quantidade de GEEs que não foram emitidos em um determinado ciclo de produção ou em atividades de conservação ambiental⁴¹. São os certificados de redução de emissões (“RCEs”) que asseguram que determinada quantidade de GEEs não foi lançada na atmosfera e, em si, consubstanciam os créditos de carbono.

62. Percebe-se, assim, que seu mecanismo de produção exige que sejam tomadas medidas ativas para a redução dos gases poluentes lançados na atmosfera, o que é feito primordialmente por meio de cuidados ambientais.

63. Diante desse mecanismo de funcionamento, decorre o entendimento de que, no caso em tela, o crédito de carbono é fruto da manutenção da “floresta em pé”, possibilitada justamente pelo modo de vida e pela forma de relacionamento das comunidades extrativistas tradicionais com o território historicamente habitado por elas.

64. Ou seja, no caso em análise, o crédito de carbono é perfeitamente enquadrado no conceito clássico de propriedade definido por John Locke. Segundo ele, toda pessoa tem o direito nato

40 UNDP. United Nations Development Programme. *What are carbon markets and why are they important?*. Disponível em: <<https://climatepromise.undp.org/news-and-stories/what-are-carbon-markets-and-why-are-they-important#:~:text=In%20a%20nutshell%2C%20carbon%20markets,or%20reduce%20greenhouse%20gas%20emissions.>>>. Acesso em: 22 set. 2023.

41 WEDY, Gabriel; AMARAL, Weber; PIMENTEL, Cacia. *The Carbon Market and its Regulation in Brazil*. Columbia Law School Scholarship Archive. Sabin Center for Climate Change Law, p. 14. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change/193/>. Acesso em: 22 set. 2023.

ao próprio corpo e, conseqüentemente, o direito ao produto de seu próprio trabalho quando tal trabalho é empregado sobre bens comuns, resultado-se em um produto que, portanto, só existe em virtude da mistura entre o trabalho realizado e o bem comum. Dessa forma, a propriedade é entendida como resultado do trabalho empregado na produção de bens que ainda não pertencem a outro indivíduo⁴². No caso em análise, o crédito de carbono é exatamente isso: resultado do trabalho de conservação realizado historicamente pelas comunidades extrativistas tradicionais sobre um bem comum (a floresta). Ou seja, como o crédito de carbono é produto da mistura entre o trabalho da comunidade e a floresta, sua titularidade só pode ser da comunidade.

65. Por conseguinte, tal entendimento permite-nos definir a natureza jurídica dos créditos de carbono (ou RCEs) como análoga à de títulos de crédito (*negotiable instruments*) atípicos e causais, nos termos do Código Civil, conforme detalhado a seguir.

66. Em primeiro lugar, a caracterização dos créditos de carbono como *títulos* está expressamente presente tanto na Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 (“Lei 12.187/2009”) quanto na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 (“Lei nº 12.651/2012”). A primeira, em seu Art. 9º, dispõe que “[o] Mercado Brasileiro de Redução de Emissões - MBRE será operacionalizado em bolsas de mercadorias e futuros, bolsas de valores e entidades de balcão organizado, autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, onde se dará a negociação de títulos mobiliários representativos de emissões de gases de efeito estufa evitadas certificadas”. A segunda, em seu Art. 3º, inciso XXVII, estabelece que crédito de

42 LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980, § 27: “Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this nobody has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property” (“Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa: a este corpo ninguém tem nenhum direito, além dele mesmo. O trabalho de seu corpo, o trabalho de suas mãos, podemos dizer, é sua propriedade. Então o que quer que ele retire do estado em que a natureza proveu e deixou ele terá misturado com seu trabalho e acrescentado a isso algo que lhe é próprio, e desse modo o torna sua propriedade”).

carbono deve ser entendido como “*título de direito sobre bem intangível e incorpóreo transacionável*”. (grifos nossos)

67. Em segundo lugar, quanto à tipicidade, conforme já definido pelo Superior Tribunal de Justiça⁴³, com o advento do Código Civil, passou a existir uma dualidade no regramento dos títulos de crédito no Brasil: (i) os títulos de crédito típicos (ou nominados), que já eram e continuam a ser disciplinados por leis especiais; e (ii) os títulos de crédito atípicos (ou inominados), os quais se enquadram na definição de título de crédito prevista pelo Código Civil, mas não são regrados em lei especial. Foi essa a interpretação firmada no julgamento do Recurso Especial nº 1.633.399-SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a qual passou a ser recorrentemente adotada⁴⁴, conforme detalhada nos trechos a seguir da ementa do Acórdão:

“4. No tocante aos títulos de crédito nominados, o Código Civil deve ter uma aplicação apenas subsidiária, respeitando-se as disposições especiais, pois o objetivo básico da regulamentação dos títulos de crédito, no novel Diploma civilista, foi permitir a criação dos denominados títulos atípicos ou inominados, com a preocupação constante de diferenciar os títulos atípicos dos títulos de crédito tradicionais, dando aos primeiros menos vantagens. [...]

6. As normas das leis especiais que regem os títulos de crédito nominados, v.g., letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, cédulas e notas de crédito, continuam vigentes e se aplicam quando dispuserem diversamente do Código Civil de 2002, por

43 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.633.399-SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10 nov. 2016, DJe de 1º dez. 2016.

44 Cf., por exemplo, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.685.979-MS, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21 fev. 2022, DJe de 25 fev. 2022; e TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Apelação Cível nº 1006688-63.2021.8.26.0506, relator Desembargador Achile Alesina, 15ª Câmara de Direito Privado, julgado em 17 mai. 2022.

força do art. 903 do Diploma civilista. Com efeito, com o advento do Diploma civilista, passou a existir uma dualidade de regramento legal: os títulos de crédito típicos ou nominados continuam a ser disciplinados pelas leis especiais de regência, enquanto os títulos atípicos ou inominados subordinam-se às normas do novo Código, desde que se enquadrem na definição de título de crédito constante no art. 887 do Código Civil.”⁴⁵

68. Portanto, por não existir lei especial disciplinando os créditos de carbono enquanto títulos de crédito, dentro da dualidade acima mencionada, eles são análogos a títulos de crédito *atípicos*.

69. Por fim, os títulos de crédito também são caracterizados por outra dualidade relacionada à existência ou não de uma *causa* para sua emissão. Eles podem ser, assim, causais ou não-causais (abstratos).

70. No caso dos títulos de crédito abstratos, Tullio Ascarelli explica que “os títulos de crédito, em geral, têm uma função [...] de permitir a mobilização e a circulação de riqueza”, mas que essa função “preenche certamente as mais diversas finalidades”, das quais “o negócio abstrato prescinde”, configurando-se como “um modelo em que pode ser moldada qualquer substância”.⁴⁶

71. Diferentemente, os títulos de crédito causais “devem caracterizar-se por uma causa”, a qual “deve determinar uma conexão, constante e típica, com uma típica e constante relação fundamental”.⁴⁷ Ou seja, os títulos de crédito causais necessariamente conectam-se a uma relação fundamental.

72. É por isso que, no caso dos créditos de carbono, eles são análogos a títulos de crédito causais, pois é evidente a presença da

45 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.633.399-SP, relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10 nov. 2016, DJe de 1º dez. 2016, pp. 1-2.

46 ASCARELLI, Tullio. Teoria Geral dos Títulos de Crédito. Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1943, pp. 89-90.

47 ASCARELLI, Tullio. Teoria Geral dos Títulos de Crédito. Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 160.

relação fundamental, que é, seguindo a definição de John Locke acima detalhada, a geração do produto (propriedade) decorrente da mistura entre o trabalho sustentável da comunidade extrativista tradicional e o bem comum (floresta).

73. Portanto, quando entendemos os créditos de carbono como análogos a títulos de crédito atípicos e causais, fica ainda mais clara a relevância da *relação fundamental* que justifica a sua própria existência e, conseqüentemente, a sua titularidade. Ou seja, se um dos elementos da *relação fundamental* é o trabalho da comunidade extrativista tradicional, não é possível atribuir a outras pessoas ou entidades a titularidade dos créditos de carbono gerados nessas circunstâncias.

74. Assim, analisados os elementos que caracterizam os créditos de carbono, a sua natureza jurídica e o breve histórico da constituição de seu mercado, passaremos a examinar o conteúdo previsto para os denominados “Projetos REDD+”, a fim de destacar também que as recompensas financeiras devidas por sua implementação somente podem ser reivindicadas pelos povos e comunidades que efetivamente contribuem para a redução do desmatamento.

ii. Significado de “Projeto Redd+”

75. Os projetos atualmente denominados como REDD+, cuja sigla faz referência à redução de emissões decorrentes de desmatamento e degradação florestal em países em desenvolvimento, têm como ideia central a atribuição de contrapartida financeira pelo desmatamento evitado. O sinal de adição, por sua vez, sinaliza a incorporação de práticas de conservação florestal, manejo sustentável de florestas e aumento dos estoques de carbono florestal⁴⁸.

76. A pressão pela efetivação dessas práticas surge diante do crescente desmatamento das florestas tropicais e, em sua proposta original, apresentada no âmbito da Convenção-Quadro das Nações

48 UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *What is REDD+?*. Disponível em: <<https://unfccc.int/topics/land-use/workstreams/redd/what-is-redd>>. Acesso em: 22 set. 2023.

Unidas sobre Mudança do Clima, tinha como objetivo fazer com que os países que se beneficiavam da preservação das áreas verdes pagassem determinado montante às nações responsáveis pela sua conservação⁴⁹.

77. Assim, para além de permitir que os países desenvolvidos alcancem suas metas de redução de gases poluentes, a implementação de Projetos REDD+ cria condições e incentivos financeiros para que os responsáveis pela preservação ambiental sejam recompensados por suas ações sustentáveis.

78. Os Projetos REDD+, portanto, à semelhança dos créditos de carbono, também estão condicionados à execução de atividades consistentes de manutenção da integridade ambiental, de modo que suas contrapartidas somente poderiam ser apropriadas por aqueles que protagonizaram o aumento dos estoques de carbono florestal. Logo, não caberia às Vendedoras a implementação do *Ecomapuá Amazon REDD Project*, pois a conservação do ecossistema da região foi resultado direto do trabalho das comunidades extrativistas tradicionais representadas pelas Consulentes.

79. Nesse sentido, qualquer compensação financeira recebida pelas Vendedoras no âmbito do Projeto REDD+ deveria ser atribuída, na verdade, às Consulentes, verdadeiras encarregadas da gestão sustentável do interior e do entorno das RESEX Mapuá e Terra-Grande Pracuúba. Para aprofundar essa conclusão, desenvolveremos, a seguir, os requisitos necessários para a implementação de tais projetos, o que permite constatar que somente os agentes que colaboraram para o seu preenchimento devem ter acesso aos valores devidos pela preservação.

49 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamento por Serviços Ambientais: Sustentabilidade e Disciplina Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.

iii. Implementação de um Projeto Redd+

80. Após anos de discussão, desde a introdução da ideia na agenda da COP11 em 2005⁵⁰, estabeleceu-se, por meio do Marco de Varsóvia para REDD+, cunhado no contexto da COP19 em 2013⁵¹, com o fim de consolidar a arquitetura institucional dos projetos nesse âmbito⁵², que os países que desejassem obter o reconhecimento dos seus resultados – e, portanto, obter compensação financeira – por meio do mecanismo REDD+ deveriam atender a determinados requisitos e metodologias⁵³. Trata-se de um conjunto de decisões que refletem os principais aspectos necessários para a implementação dos projetos relativos ao desmatamento evitado.

81. Os critérios estabelecidos pelas Nações Unidas para o desenvolvimento de projetos REDD+ exigem que os países que desejam ter seus resultados reconhecidos atendam às seguintes condições:

- “a) desenvolver uma estratégia ou plano de ação nacional;
- b) submeter um nível de referência nacional de emissões florestais ou nível de referência florestal (ou, como medida interina, os correspondentes níveis subnacionais);

50 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its eleventh session, held at Montreal from 28 November to 10 December 2005*, p. 17-18. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/2005/cop11/eng/05.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2023.

51 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its nineteenth session, held in Warsaw from 11 to 23 November 2013*, paragraph 44. Disponível em: <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/601/45/PDF/G1460145.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/601/45/PDF/G1460145.pdf?OpenDocument)>. Acesso em: 22 set. 2023.

52 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Nota Informativa 4. *REDD+ na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/images/publicacoes/reddnotainformativa-04-reddnaunfccc.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2023.

53 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Nota Informativa 4. *REDD+ na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/images/publicacoes/reddnotainformativa-04-reddnaunfccc.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2023.

- c) possuir um sistema nacional robusto e transparente para o monitoramento de florestas que viabilize o monitoramento e o relato sobre as atividades de REDD+ (com monitoramento subnacional como medida interina); e
- d) um sistema de informação sobre a implementação das salvaguardas de REDD+.”⁵⁴

82. Ainda que o mecanismo REDD+ tenha sido pensado primordialmente como uma estratégia a ser implementada a nível nacional, objetivando compensações entre países, as iniciativas privadas de redução do desmatamento – isto é, aquelas desenvolvidas por empresas, organizações não-governamentais e pela sociedade civil – também são admitidas como parte do mercado voluntário. Esses projetos, focados na gestão sustentável e na conservação florestal, são submetidos a padrões de certificação, como o VCS, na tentativa de assegurar aos compradores dos créditos gerados a confiabilidade e a transparência metodológica da quantificação do desmatamento evitado⁵⁵.

83. Nesse sentido, dado que o Projeto Ecomapuá foi desenvolvido pelas Vendedoras no âmbito das estratégias REDD+ (Ecomapuá Amazon REDD Project), o trabalho de preservação ambiental realizado no interior e no entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba (sinalizado pelo símbolo de adição ao final da sigla) também foi considerado para a obtenção de contrapartidas financeiras no mercado voluntário de créditos. Todavia, conforme já mencionado nos tópicos anteriores, os únicos agentes responsáveis pela realização de tais atividades de preservação foram os povos e comunidades tradicionais que ocupam historicamente as terras protegidas, de modo que o

54 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. REDD+ Brasil. REDD+ na UNFCCC. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/pt/redd-unfccc>>. Acesso em: 22 set. 2023.

55 AGUIAR, Mário César de. *O mercado voluntário de carbono florestal: o caso do REDD+ no Brasil*. 2018. 123 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Engenharia Florestal, Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p. 25. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/33037/1/2018_M%c3%a1rioC%c3%a9sardeAguiar.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

pagamento por resultados de REDD+ não poderia ter sido apropriado pelas Vendedoras.

1.2 AS POPULAÇÕES EXTRATIVISTAS TRADICIONAIS COMO TITULARES DOS CRÉDITOS DE CARBONO EMITIDOS NO PROJETO ECOMAPUÁ

84. Nota-se que os conceitos desenvolvidos acima são amplamente interrelacionados. Isto é, não se pode definir o que são reservas extrativistas sem que se atenha ao protagonismo dos povos e comunidades tradicionais, visto que a criação de áreas protegidas tem como objetivo explícito a conservação ambiental e a proteção ao modo de vida das famílias que ocupam esses espaços.

85. Essas finalidades, por sua vez, só podem ser atingidas a partir da presença e participação ativa das comunidades extrativistas, o que também indica que a gestão sustentável do ambiente não está condicionada à propriedade sobre o terreno, mas à **posse**, por ser o instituto que caracteriza o uso efetivo de poderes para o exercício de controle sobre o território.

86. No mesmo sentido, não é possível admitir a geração de créditos de carbono sem a realização de esforços ativos de manutenção da integridade do ecossistema, visto que o sequestro de GEEs atmosféricos depende da existência de florestas preservadas. No caso de direitos de crédito gerados no interior ou no entorno de reserva extrativista, portanto, não se pode dissociar a redução da emissão de gases nocivos do trabalho de conservação realizado pelas comunidades extrativistas, que historicamente ocuparam a região e garantiram que sua área verde continuasse preservada, a despeito da presença da anterior atividade madeireira desenvolvida pela Ecomapuá na mesma região. E, como visto, aplicando-se o conceito clássico de propriedade de John Locke, é justamente dessa relação entre o trabalho de conservação realizado pelas comunidades e a floresta que surge um produto, que então só pode ser de propriedade de quem forneceu o seu trabalho. Ademais, enxergando o crédito de carbono como análogo a um título de crédito

atípico e causal, a geração do referido produto decorrente da junção entre trabalho e bem comum (floresta) caracteriza-se como a sua relação fundamental (causa).

87. A comercialização dos créditos de carbono no caso concreto, portanto, não poderia ter sido realizada pelas Vendedoras, visto que o Projeto Ecomapuá, contrariamente aos elementos caracterizadores de um projeto REDD+, apenas se apropriou dos resultados obtidos pelos povos e comunidades tradicionais para atrair o interesse das Adquirentes no mercado voluntário. Sem o protagonismo das comunidades representadas pelas Consulentes, não haveria qualquer direito de crédito colocado à disposição da iniciativa privada, de modo que, em virtude dos conceitos aqui detalhados, a titularidade somente a elas pode ser atribuída.

88. Reforça esse entendimento o fato de que a Lei nº 14.590, de 24 de maio de 2023, alterou a Lei 11.284, de 2 de março de 2006, para incluir no seu Art. 16, §2º, que “ressalvadas as áreas ocupadas ou utilizadas por comunidades locais, o contrato de concessão [florestal] poderá prever a transferência de titularidade dos créditos de carbono do poder concedente ao concessionário, durante o período da concessão, bem como o direito de comercializar certificados representativos de créditos de carbono e serviços ambientais associados, conforme regulamento”. Ou seja, quando o legislador decidiu permitir a transferência de titularidade de créditos de carbono do poder concedente ao concessionário de uma floresta, ele expressamente excluiu de tal permissão os créditos de carbono gerados em áreas ocupadas ou utilizadas por comunidades locais, os quais, evidentemente, só podem ser de titularidade de tais comunidades.

89. Assim, os titulares dos créditos de carbono são aqueles que (i) têm a posse do território e (ii) exercem o papel de preservação ambiental. No caso presente, os titulares dos créditos de carbono resultantes do Projeto Ecomapuá são as populações extrativistas, e não as Vendedoras. Em virtude disso, cumpre, agora, analisar a presença dos requisitos necessários para a responsabilização civil das Vendedoras.

II. RESPONSABILIDADE DAS VENDEDORAS

90. As entidades que negociam bens de titularidade de terceiros sem a respectiva autorização – como, no caso concreto, os créditos de carbono –, respondem pelos danos causados a tais terceiros, uma vez que vender bens alheios sem autorização configura ato ilícito absoluto (Art. 186 do Código Civil), do que deriva a sua responsabilidade civil sob a forma do dever de reparar os danos sofridos pelos titulares de direitos sobre esses bens (Art. 927 do Código Civil).

91. A responsabilidade compreende, nesse caso, na forma de danos patrimoniais, não apenas o efetivo prejuízo, mas também aquilo que razoavelmente se tenha deixado de ganhar, de modo que haja reparação integral do dano (Art. 944 do Código Civil). Ela engloba também, como reconhecido no Art. 186 do Código Civil, danos morais. Caso haja, por fim, comercialização dos créditos de carbono entre diferentes entidades, como ocorreu no caso concreto analisado, elas respondem de forma solidária pelos danos a que, por meio de suas condutas, conjuntamente deram causa, de acordo com o Art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil.

92. O Art. 942, *caput*, *in fine*, e parágrafo único, do Código Civil, trata dos casos em que vários sujeitos são autores e/ou coautores de um dano, isto é, tanto as hipóteses “*em que há pluralidade de coparticipantes no mesmo e único fato gerador do dano, ditas de coautoria de fato danoso, ou causalidade plural comum*” quanto aquelas “*de concurso de fatos de várias pessoas, em que se fala de causalidades concorrentes, ou complexas*”⁵⁶:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

56 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 683.

Parágrafo Único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.” (destaques nossos)

93. A aplicação da norma, com a consequente responsabilidade solidária, pressupõe, pois, a autoria e/ou coautoria da ofensa por diversos sujeitos. É preciso, por isso, que estejam, em relação a cada suposto autor e/ou coautor do dano, “*reunidos os pressupostos da responsabilidade civil*”⁵⁷. É essa a presente situação.

94. A responsabilidade civil das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro decorre, in casu, da aplicação conjunta e direta dos Arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, uma vez que, por meio de ato ilícito absoluto, ao vender bem alheio sem a respectiva autorização, as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro infringiram normas jurídicas, violando direitos das comunidades extrativistas tradicionais e causando, com isso, danos a elas, conforme será detalhado adiante.

95. Em primeiro lugar, a conduta ilícita manifesta-se na comercialização, pelas Vendedoras e pela Requerida Evento Neutro, de bens alheios sem autorização, especificamente os créditos de carbono, que, como visto ao longo da Parte I acima, não podem ser considerados de titularidade das Vendedoras. De acordo com Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, a “*venda do bem de outrem é contrato de compra-e-venda, mas a negociabilidade não afasta, perante o terceiro, dono do bem, a ilicitude absoluta do ato. Há ato ilícito absoluto, com o dever de reparação, além dos deveres decorrentes da reivindicabilidade. A ofensa pode ser ao possuidor próprio, que não seja proprietário.*”⁵⁸

57 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 683.

58 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais*. São Paulo: RT, 2012. t. 53, p. 242 (grifos nossos).

96. Dessa forma, no caso da assim chamada venda *a non domino*, isto é, realizada pelo não proprietário, o alienante pratica ato ilícito⁵⁹ e deve, por isso, responder por todo o prejuízo que causou, de maneira a indenizar por completo o dano decorrente de seu comportamento reprimível. Em sentido semelhante, Clóvis Beviláqua já advertia que aquele “*que retem o preço da coisa alheia, que vendeu, commette um acto illicito, pelo qual tem de responder*”⁶⁰. Assim, em razão de causar um dano ao titular da coisa, o alienante fica obrigado a indenizá-lo⁶¹.

97. É justamente essa a situação regradada pelo Código Civil, que imputa como inválido o negócio jurídico cujo objeto é ilícito – no caso, a ilicitude do objeto da venda é evidente, já que constitui bem de titularidade de terceiro – em seus Arts. 104, inciso II, e 166, inciso II:

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

[...]

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;” (destaques nossos)

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;” (destaques nossos)

98. Para além desse fator, como se viu, a conduta das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro também é evidentemente ilícita em virtude (i) da violação de garantias fundamentais e direitos territoriais amplamente conferidos pela legislação nacional às populações

59 Nesse sentido, cf. o parecer de AZEVEDO, Álvaro Villaça. Força obrigatória contratual e venda inexistente. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 11, p. 25-38, jan./jun. 1983, p. 11-12: “8.1. O ato ilícito perpetrado pelos réus, com a outorga da escritura de 6.12.76, é, no meu entender, gravíssimo, pois transcende matéria meramente civil. 8.2. Essa atitude dos réus capitula-se, certamente, como venda *a non domino*” e “A realização dessa segunda venda configura, a meu ver, atuação ilícita dos réus”.

60 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. v. 4, p. 121 (grifos nossos).

61 CID, Henrique Stecanella. *Enriquecimento sem causa: estudo dogmático sobre o alcance do art. 884, caput, do Código Civil*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 57.

extrativistas tradicionais; (ii) da ausência de consulta aos povos e comunidades tradicionais, como exigem os Arts. 6º e 7º da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consolidada pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019; (iii) da ausência de manifestação expressa das associações concessionárias ou do conselho deliberativa das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba (por meio do plano de manejo ou de outra deliberação específica) autorizando a exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços; e (iv) da apropriação do trabalho de preservação desenvolvido pelos povos e comunidades tradicionais.

99. Desse modo, as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro, ao celebrarem contratos para comercializar créditos de carbono de titularidade alheia, cometeram ato ilícito absoluto. Disso decorre, pois, um dever de reparação perante as comunidades extrativistas tradicionais, que, conforme exposto anteriormente, são titulares dos créditos de carbono gerados no interior e no entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba.

100. A conduta das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro é, em sentido jurídico amplo, culposa, no sentido de que configura um “*erro de conduta*”⁶², isto é, desvio, em razão de falta de diligência, do comportamento que seria devido de acordo com o ordenamento jurídico. A culpa é, segundo José de Aguiar Dias, a ausência de “*diligência na observância da norma de conduta*”, ou seja, “*o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la*”⁶³. Esse esforço pode ser, em geral, concretizado caso o agente se detenha “*na consideração das consequências eventuais da sua atitude*”⁶⁴. *In casu*, não se encontra qualquer diligência por parte das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro em observar a norma de conduta, já que elas, de modo consciente, comercializaram bens alheios. Houve, portanto, completo

62 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 117, item 57.

63 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 127.

64 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 127.

desprezo às possíveis consequências do descumprimento de seus deveres.

101. Além disso, de forma mais grave, as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro, desde o início do Projeto Ecomapuá, sabiam que a Ecomapuá não estava na posse do território em que habitam os povos e comunidades tradicionais e que os créditos de carbono comercializados não decorriam do esforço delas de preservação ambiental. Elas não podem, destarte, alegar falta de informação quanto (i) à posse das populações extrativistas sobre o território em questão ou (ii) ao trabalho de preservação ambiental dessas populações, já que eram fatos públicos e constatados na auditoria independente que precedeu a certificação dos créditos de carbono. Além disso, após a criação das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba e a respetiva celebração dos CCDRUs, a eventual alegação de falta de informação das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro torna-se ainda mais inverossímil.

102. Nesse sentido, percebe-se que, na verdade, os danos decorrentes da comercialização dos créditos de carbono pelas Vendedoras e pela Requerida Evento Neutro foram causados voluntariamente, isto é, pela deliberada escolha de produção do resultado danoso, o que implica, em termos jurídicos, uma conduta dolosa⁶⁵. No mínimo, essa situação, tal qual descrita, revela uma das formas de expressão de culpa, muito próxima do dolo, a que, como recorda José de Aguiar Dias, aludem autores alemães: trata-se da assim chamada *negligência consciente* (“*bewusste Fahrlässigkeit*”), manifesta no “ato daquele que, conhecedor da possibilidade de conduzir a sua atitude a resultado ilícito, ainda, assim, levemente, a assume, na ilusão de que essa possibilidade não se apresente no caso ou de que, a apresentar-se, possa ele evitar o resultado, por sua habilidade pessoal”⁶⁶.

65 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4, p. 145: “Se o dano foi causado voluntariamente, há dolo. O dolo se caracteriza pela ação ou omissão do agente, que, antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso”.

66 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 129.

103. Além de se erigir em uma conduta ilícita, por transgredir normas e violar os direitos dos povos e comunidades tradicionais, assim como culpável, o comportamento das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro foi também a causa necessária e adequada dos danos sofridos pelas comunidades (nexo causal).

104. No caso concreto, as causas necessárias dos danos, porque a eles se filiam necessariamente, foram as condutas culposas e ilícitas das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro. Não fossem as ações delas, os créditos de carbono não teriam sido negociados sem a autorização dos seus titulares. O dano, que surge a partir da venda de bens alheios e da apropriação de vantagens patrimoniais pertencentes a outrem, é decorrência imediata e direta da comercialização dos créditos de carbono *a non domino*, isto é, do descumprimento do dever de não interferir lesivamente na esfera jurídica alheia. Tivessem as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro contratado com os verdadeiros titulares, não haveria qualquer violação aos seus direitos nem, por consequência, verificação de prejuízos. Ademais, não existem, no presente contexto fático, outros fatos capazes de explicar os prejuízos causados aos povos e comunidades tradicionais, a não ser tais ações das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, que operaram, portanto, exclusivamente por si, dispensadas outras causas. Nesse sentido é que se pode afirmar que o comportamento das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro é causa necessária, imediata e direta dos danos.

105. Ainda que se adotasse outro parâmetro para a fixação do nexo causal, como as teorias da causalidade adequada, é razoável supor que a ação das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, quando da comercialização dos créditos de carbono, eram adequadas à produção do resultado lesivo⁶⁷. Por meio de uma prognose retrospectiva de caráter objetivo (*objektiven-nachträglichen Prognose*), tendo por base

67 MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 19, p. 211-218, jan./jun. 2007, p. 3.

aquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*)⁶⁸, verifica-se que os comportamentos das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro foram precisamente as condutas aptas a gerar prejuízos para as comunidades: afinal, naquele contexto, foram elas que negociaram bens alheios, obtendo, sem autorização dos seus titulares, vantagens patrimoniais. Nesse sentido, é de se esperar, com base naquilo que normalmente ocorre, que a venda de bens alheios seja uma conduta capaz de causar prejuízo ao seu verdadeiro proprietário. Caso se retirasse, em prognose retrospectiva, a conduta das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro da linha de sucessão de eventos até a produção do dano, é certo que não haveria outra conduta apta a produzir aquele resultado lesivo concreto. Disso se infere, por consequência, que as condutas das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro foram também a causa adequada dos danos sofridos pelas populações extrativistas tradicionais representadas pelas Consulentes.

106. Ainda quanto à relação de causalidade, há também, no presente caso, uma situação de “nexo causal plúrimo”⁶⁹, já que, ao disporem dos direitos de crédito de carbono de titularidade das populações extrativistas sem a sua autorização, as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro violaram conjuntamente o direito de outrem e são, dessa forma, solidariamente responsáveis pela reparação do dano causado, nos termos do Art. 942, caput e parágrafo único, do Código Civil. In casu, todas as Vendedoras deram causa a um mesmo evento danoso: a venda de créditos de carbono alheios sem autorização. Tanto as Vendedoras quanto a Requerida Evento Neutro são, pela aplicação das teorias da causalidade acima expostas, autoras dos danos sofridos pelas comunidades. Nesse sentido, como já sustentando acima,

68 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, a. 3, p. 115-137, jul./set. 2016, p. 130.

69 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 139, item 74.

havendo “*pluralidade de coparticipantes no mesmo e único fato gerador do dano*”⁷⁰, tem-se a responsabilidade solidária.

107. Ademais, em sendo uma situação de ato ilícito absoluto, em que se verifica a responsabilidade extracontratual, há nexo causal mesmo que os prejudicados não tenham qualquer tipo de relação contratual com as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro, e o pedido de indenização pode ser feito a qualquer um dos causadores do dano⁷¹, que respondem solidariamente por tais prejuízos.

108. É, portanto, a essas condutas, violando os direitos das comunidades, que se pode atribuir o dano. Como pressuposto da responsabilidade civil, o dano consiste na “*lesão a um interesse*”⁷² juridicamente protegido ou, em outra perspectiva, no “*resultado da lesão ou injúria sobre o patrimônio moral ou material*”⁷³. É evidente que, na situação narrada, houve lesão aos interesses das populações extrativistas tradicionais representadas pelas Consulentes, porque as condutas das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro implicaram perdas patrimoniais em razão da comercialização, sem qualquer autorização, de seus bens.

109. Com relação aos seus pressupostos, o dano ressarcível deve ser certo, atual e subsistente⁷⁴. Por meio da certeza, exige-se que o prejuízo esteja fundado em um *fato preciso*, não se baseando, portanto, em uma

70 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 683.

71 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 139, item 74: “pode a vítima reclamar de qualquer um a reparação integral do dano”.

72 STEINER, Renata C. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 70. Nesse sentido, cf. também PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais*. São Paulo: RT, 2012. t. 53, p. 241: “*Dano é qualquer lesão ou dano à pessoa ou a algum bem ou interesse*”.

73 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2, p. 793, nt. 1267.

74 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 75, item 36.

mera hipótese: ele não pode ser, pois, eventual⁷⁵. No caso concreto, é patente a existência desses prejuízos, quando se constata a celebração de contratos de compra e venda cujos objetos eram bens pertencentes aos povos e comunidades tradicionais. A diminuição patrimonial sofrida em razão da conduta ilícita das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro é um *fato preciso*: a respeito dela, não há dúvida. Por sua vez, quanto à atualidade, cuida-se de um requisito segundo o qual o prejuízo deve existir “*no momento da ação de responsabilidade*”⁷⁶: no presente caso, não tendo sido reparados os danos, eles, além de *atuais* ainda *subsistem*.

110. Fica, assim, evidente que estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, de acordo com o Art. 186 do Código Civil: as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro, mediante condutas ativas, por meio da comercialização dos créditos de carbono de titularidade alheia, violaram os direitos das populações extrativistas tradicionais representadas pelas Consulentes, causando-lhes danos. Do preenchimento desse suporte fático deriva, por incidência conjunta do Art. 927 do Código Civil, a obrigação de indenizar.

111. Fixada a existência do dever de reparar, a indenização deve ser determinada pela extensão total do dano (Art. 944 do Código Civil). *In casu*, a alienação dos créditos de carbono de titularidade das comunidades implica logicamente uma diminuição do patrimônio atual dessas vítimas, que se torna, em razão da alienação, desfalcado de bens que deveriam o integrar, de modo que há, portanto, um evidente dano emergente⁷⁷. Afinal, não houve autorização para a comercialização dos créditos de carbono nem qualquer compensação pecuniária a esse desfalque patrimonial.

75 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 76, item 37.

76 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 74–75, item 36.

77 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2, p. 799–800: “Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta [...]” e “[...] Aí estão identificados o dano positivo ou *damnum emergens* [...]”.

112. De acordo com informações constantes da petição inicial da Ação, “entre 24/02/2015 e 10/08/2021, pelo menos 1.483.213 créditos de carbono foram comercializados”. Além disso, é inegável que a privação, no presente, desses ativos impediu a obtenção de outros benefícios patrimoniais que, em rigor, seriam atribuídos às comunidades. Os efeitos da comercialização ilícita e culpável de bens alheios projetam-se, dessa maneira, não apenas sobre o atual patrimônio de seus titulares, mas envolvem também repercussões mediatas ou futuras, “reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. *Aí teremos o lucro cessante*”⁷⁸, que é previsto tanto no Art. 402 quanto no Art. 952 do Código Civil⁷⁹. Houve, portanto, no presente caso, também “*lucro frustrado*”⁸⁰, quando se considera que a conduta das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro tornou inviável a comercialização dos créditos pelos seus verdadeiros titulares, obstando uma possível exploração econômica desses ativos pelos seus titulares.

113. Além disso, a respeito do *quantum* indenizatório na fixação de lucros cessantes, é possível analogicamente considerar que, por exemplo, em casos de violação de propriedade industrial, utiliza-se o critério que for mais favorável à vítima, incluindo, *e. g.*, “o lucro auferido pelo ofensor como um dos parâmetros para a quantificação da indenização”⁸¹, nos termos do Art. 210 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (“LPI”)⁸².

78 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.

79 Código Civil: Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. [...] Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. (destaques nossos)

80 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2, p. 800.

81 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, n. 03, p. 281–305, jul./set. 2021, p. 285.

82 LPI: Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II – os benefícios que foram auferidos pelo autor

114. Ainda que obviamente não haja, no caso concreto, uma violação de regras de propriedade industrial, o que, em princípio, afastaria a aplicação do Art. 210 da LPI⁸³, não se pode negar que há forte semelhança entre a situação fática do caso em análise e os casos típicos de causação de danos no âmbito da exploração ilícita de patentes, modelos de utilidade e marcas: as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro apropriaram-se dos frutos do trabalho alheio, obtendo, a partir dessa intervenção indevida e culposa sobre o trabalho das comunidades tradicionais, vantagens de ordem patrimonial não apenas no momento presente, mas também privando seus titulares de auferir lucros futuros. Considerando, pois, a existência de uma semelhança fática entre a presente violação e aquela típica do suporte fático dessa norma, bem como a finalidade do Art. 210 da LPI, voltado à superação de dificuldades probatórias⁸⁴, é cabível, a despeito de posição contrária em doutrina⁸⁵, uma interpretação extensiva no presente caso.

115. Quanto à forma de concretização da indenização, é possível que se recorra, em primeiro lugar, a reparação *natural* ou *específica* e, não sendo possível, que se dê então a indenização *pecuniária*⁸⁶. A doutrina entende que se deve privilegiar a primeira forma, porque ela melhor atende à finalidade reparatória⁸⁷. Não ao acaso, os Arts. 947

da violação do direito; ou III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

83 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, n. 03, p. 281–305, jul./set. 2021, p. 286.

84 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, n. 03, p. 281–305, jul./set. 2021, p. 285.

85 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, n. 03, p. 281–305, jul./set. 2021, p. 285–286.

86 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2, p. 805.

87 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2, p. 805.

e 952 do Código Civil⁸⁸ e o Art. 499 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015⁸⁹ (“Código de Processo Civil”) determinam a prioridade dessa forma de reparação. Em aplicação ao presente caso, isso significa que todos os créditos de carbono extraídos do interior e entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba que ainda não foram objeto de comercialização devem ser devolvidos *in natura* para as populações tradicionais habitantes da região e que os demais, que já foram objeto de venda, devem ter seu equivalente convertido em indenização pecuniária em favor da mesma população.

116. Ademais, também se reconhece, por meio do Art. 186 do Código Civil, a possibilidade de que haja um dano “moral”. Como observa José de Aguiar Dias, o dano, em si, é “*único e indivisível*”, mas pode ter repercussões ou efeitos distintos, de modo que se distingue, então, entre dano patrimonial ou moral⁹⁰. Para que a sua reparação seja integral, como determina o Art. 944 do Código Civil, é necessário que se levem em conta ambas as repercussões.

117. Já avaliados os danos patrimoniais, é de se notar, neste ponto, que o dano moral pode ser, por sua vez, de natureza *coletiva*, caso tenha havido uma “*injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade*”⁹¹. Ou seja, há dano moral coletivo se a violação de direitos tiver se dado de tal modo que, por meio dela, feriu-se “*o patrimônio valorativo*” ou “*a própria cultura, em seu aspecto imaterial*” de uma certa

88 Código Civil: Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. [...] Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

89 Código de Processo Civil: Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

90 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2, p. 796, nt. 1282.

91 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44–62, out./dez. 1994, p. 7 (acesso pela RTOonline). Nesse sentido, citando o autor, IBRAHIM, Francini Imene Dias. Danos morais ambientais coletivos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 58, p. 134–146, abr./jun. 2010, p. 4 (acesso pela RTOonline).

comunidade⁹². Isso, porque a comunidade, enquanto um conjunto de indivíduos que vive em um mesmo lugar e partilha determinados valores, conforme detalhado na Parte I acima, é também titular de interesses essencialmente coletivos⁹³, que podem ser, em um caso concreto, também violados. No presente caso, a conduta ilícita e culpável não viola apenas direitos de natureza patrimonial, mas também implica – em razão da apropriação de bens resultantes do trabalho da comunidade e da violação de sua relação com o território que lhe é garantido, ambos vinculados a seu patrimônio valorativo⁹⁴, de natureza histórico-cultural – uma lesão ao nome, à imagem e a valores culturais dessa coletividade.

118. Em relação a tais danos morais, houve, no âmbito da comercialização dos créditos de carbono, também o uso indevido do nome e da imagem das populações extrativistas tradicionais da região. Usou-se, pois, não apenas dos bens das comunidades, mas também da sua imagem para a persecução de lucro, de modo a criar, por meio de publicidade, a falsa impressão de que as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro se engajavam em um “projeto verde”, que auxiliaria significativamente as comunidades tradicionais da região. Em verdade, porém, tais entidades apenas se apropriaram do trabalho e do território dessa coletividade, violando, dessa forma, o seu patrimônio coletivo e sua identidade cultural. Conforme já demonstrado na Parte I, o uso não autorizado da imagem das populações serviu, pois, a finalidades comerciais e publicitárias. Isso é, no entanto, vedado pelo Art. 20 do Código Civil, que dispõe o seguinte:

92 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44–62, out./dez. 1994, p. 7 (acesso pela RTOonline).

93 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44–62, out./dez. 1994, p. 4 (acesso pela RTOonline).

94 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44–62, out./dez. 1994, p. 7 (acesso pela RTOonline).

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” (destaques nossos)

119. *Incasu*, poder-se-ia argumentar que as comunidades tradicionais em si não são, em termos técnicos do direito privado, “pessoa”, de modo que, por isso, não teriam um direito coletivo de imagem passível de ser violado. Todavia, é de se recordar o reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, dos assim chamados “*direitos coletivos de imagem*” quanto, por exemplo, a povos indígenas. É o que se verifica no Art. 1º, §1º, da Portaria FUNAI n.º 177, de 16 de fevereiro de 2006:

“Art. 1º [...] §1º. O gozo dos direitos individuais e coletivos de imagem e autoral, pelos seus titulares, independe de atuação, parecer, autorização ou qualquer outra medida administrativa da Fundação Nacional do Índio – FUNAI.” (destaques nossos)

120. Ainda que não sejam povos indígenas, a população extrativista tradicional reúne os pressupostos que estão certamente na base da finalidade dessa norma: a proteção de interesses essencialmente coletivos, vinculados a uma determinada comunidade, composta por um conjunto de indivíduos que vive em um mesmo lugar e partilha determinados valores⁹⁵. É possível, dessa maneira, por análise sistemática, reconhecer a existência de uma violação de direitos coletivos de imagem. Assim, por analogia, dada a inexistência de

95 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44–62, out./dez. 1994, p. 4 (acesso pela RTOonline).

norma nesse sentido, é perfeitamente plausível colmatar essa lacuna, utilizando, em virtude de uma razão de semelhança e da existência de um mesmo fundamento teleológico, a mesma regra aplicável a povos indígenas para reconhecer direitos coletivos de imagem às comunidades extrativistas tradicionais.

121. Para além disso, Art. 33 da Lei do SNUC não deixa dúvidas e é claramente aplicável ao caso em análise em virtude da criação das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, condicionando a exploração da imagem das reservas extrativistas à prévia autorização e ao pagamento:

“Art. 33. A exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos a partir dos recursos naturais, biológicos, cênicos ou culturais ou da exploração da imagem de unidade de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, dependerá de prévia autorização e sujeitará o explorador a pagamento, conforme disposto em regulamento.”
(destaques nossos)

122. Reconhecido o direito, observa-se que, segundo Sergio Cavaliere Filho, o *“uso indevido da imagem alheia ensejará dano patrimonial sempre que for ela explorada comercialmente sem a autorização ou participação de seu titular no ganho através dela obtido”*⁹⁶. No mesmo sentido, conforme Yussef Said Cahali, *“afirma-se, em reiterada jurisprudência, ser indenizável o dano causado pela reprodução não consentida da imagem da pessoa em material publicitário ou de natureza promocional de atividade especulativa”*⁹⁷. Trata-se, inclusive, de hipótese de dano *in re ipsa*, que independe de prova do prejuízo, conforme a Súmula 403 do STJ:

96 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117.

97 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 646.

“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

123. A violação do direito de imagem enseja não somente a indenização por danos materiais, mas também morais, como se infere do Art. 5º, X, da Constituição Federal:

“Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (destaques nossos)

124. Em relação a esse ponto, é de se lembrar também que Lap Chan, sócio da BioAssets, controladora da Ecompuá, afirmou em uma entrevista o seguinte:

“Teremos que contratar profissionais para ensinar a comunidade a preservar o meio ambiente, principalmente as áreas do entorno de onde moram. Isso não significa suspender as atividades deles, que são de plantio de mandioca, açaí e outros produtos para consumo. Mas sim evitar que eles desmatem novas áreas para extração de madeira ou para fins de criação ou plantação.”⁹⁸ (destaques nossos)

125. Do trecho destacado, infere-se que, além da reprovável exploração econômica da imagem alheia, sem qualquer autorização, para obter lucro às custas da comunidade extrativista, o aproveitamento da imagem e da identidade também foi ofensivo a essa coletividade. Vê-se, na fala paradoxal acima, que se parte do pressuposto de que

98 SUSTAINABLE CARBON SOLUTIONS. *Confira a entrevista de Lap Chan, sócio da BioAssets, empresa controladora da Ecompuá*. Disponível em: <<https://carbonosustentavelbrasil.wordpress.com/2014/09/12/confira-a-entrevista-de-lap-chan-socio-da-bioassets-empresa-controladora-da-ecompu/>>. Acesso em: 22 set. 2023.

as atividades da comunidade – que se assumem serem *de plantio para consumo* – não preservam o meio ambiente, uma vez que seria necessário contratar profissionais para ensinar seus integrantes a fazê-lo. Também se diz que o objetivo da BioAssets seria “*evitar que eles desmatem novas áreas*”, insinuando que a comunidade já o fizera em outros lugares e faria novamente de forma significativa e não sustentável. No presente caso, uma coletividade foi, publicamente e de forma injusta, lesionada, pois, além da apropriação, para fins econômicos, da sua imagem, do seu nome e da sua identidade cultural, explorando-os de forma ilícita e culposa, o patrimônio valorativo da comunidade foi igualmente lesionado mediante as afirmações do sócio da BioAssets, ensejando, com isso, de forma global, danos morais coletivos.

126. Em suma, conforme definido nos quesitos anteriores, sendo a área de reserva extrativista e tendo a comunidade extrativista tradicional habitante do seu interior e entorno realizado as atividades de conservação ambiental, é ela a titular dos créditos de carbono ali gerados. Logo, se terceiros vendem esses créditos, devem responder solidariamente pelos danos materiais e morais decorrentes de tal conduta ilícita. O dever de reparação compreende não apenas os danos patrimoniais, que englobam o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente se deixou de lucrar, mas também os morais.

127. Assim, diante da caracterização da responsabilidade civil solidária das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, necessário, ainda, verificar se as Adquirentes dos créditos de carbono também podem ser responsabilizadas solidariamente, caso se entenda presentes os requisitos específicos.

III. RESPONSABILIDADE DAS ADQUIRENTES

128. Como visto na Parte I, o mercado de créditos de carbono pode ser regulado ou voluntário. No Brasil, como ainda se discute a

regulamentação⁹⁹, vigora apenas o mercado voluntário, justamente dentro do qual foi desenvolvido o Projeto Ecomapuá. Além disso, embora a natureza jurídica dos créditos de carbono seja objeto de debate doutrinário¹⁰⁰, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) já se manifestou no sentido de que eles, em si, não constituem valor mobiliário¹⁰¹.

129. No entanto, para efeitos da determinação da responsabilidade das Adquirentes, é relevante realizar exercício comparativo para checar diferenças essenciais entre o que seria o mercado regulado e o mercado voluntário. No caso do mercado regulado, é didática a consideração ilustrativa e analógica justamente da forma como se dão os regimes de responsabilização no âmbito de emissões de valores mobiliários no mercado de capitais, os quais seriam aplicáveis às ofertas públicas de créditos de carbono se eles fossem entendidos como valores mobiliários. Corrobora a relevância dessa consideração o disposto na Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança Climática e estabelece, em seu Art. 9º, que “[o] Mercado Brasileiro de Redução de Emissões – MBRE será operacionalizado em bolsas de mercadorias e futuros, bolsas de valores e entidades de balcão organizado, autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, onde se dará a negociação de títulos mobiliários representativos de emissões de gases de efeito estufa evitadas certificadas”.

130. Ao realizar o exercício comparativo proposto acima, percebe-se logo que, no caso do mercado de capitais, sujeito à regulação, há atribuição de responsabilidade prevista em lei (i.e., Lei nº 6.385, de

99 AGÊNCIA SENADO. *CMA adia votação da regulamentação do mercado de redução de emissões*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2023/09/cma-adia-votacao-da-regulamentacao-do-mercado-de-reducao-de-emissoes>> Acesso em 22 set. 2023.

100 VALLE, Raul Silva Telles do. *Desmatamento evitado (REDD) e povos indígenas: experiências, desafios e oportunidades no contexto amazônico*. São Paulo; Washington: Instituto Socioambiental; Forest Trends, 2010, p. 90.

101 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo nº RJ 2009/6346. Relator: Superintendência de Desenvolvimento de Mercado – SDM. Julgado em: 7 jul. 2009. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2009/20090707_R1/20090707_D07.html>. Acesso em: 22 set. 2023.

7 de dezembro de 1976, e Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), e tal legislação, em conjunto com a regulação aplicável, identifica expressamente, por exemplo, os ilícitos e as situações de divulgação de informações falsas ou enganosas, estabelecendo os agentes que devem ser responsabilizados e a competência de cada ente envolvido nos processos de oferta e comercialização dos valores mobiliários que compõem o referido mercado. É isso que permite a identificação dos chamados *gatekeepers*.

131. No mercado de capitais, a figura do *gatekeeper* tem justamente a função de assegurar aos investidores e ao mercado em si que não houve fraude ou irregularidade nas ofertas e operações envolvendo valores mobiliários que passaram por seu exame. Esses personagens atuam a partir da imposição de deveres de acompanhamento, conformidade e observância do ordenamento jurídico, que devem ser cumpridos pelos agentes que participam do mercado como forma de garantir sua estabilidade e a boa circulação dos valores mobiliários negociados¹⁰². Exemplos desses personagens incluem *underwriters*, agências de classificação de risco, advogados, analistas de investimentos e auditores independentes que participem do processo de emissão, oferta e comercialização dos valores mobiliários¹⁰³.

132. No caso em tela, todavia, a emissão de créditos de carbono não aconteceu em um mercado regulado, mas voluntário, em que as emissões e operações de compra e venda, bem como a própria certificação do crédito de carbono, são realizadas independentemente de detalhamento legal ou regulamentar. Nesse sentido, considerando que não há dispositivo legal ou regulatório que preveja a distribuição de responsabilidade entre as partes envolvidas em todo o processo, as

102 HAENSEL, Taimi. *A Figura dos Gatekeepers – Aplicação às Instituições Intermediárias do Mercado Organizado de Valores Mobiliários Brasileiros*. 2014. 214 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-04032015-083153/publico/Parcial_dissertacao_Taimi_Haensel.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

103 COFFEE JR., John C. *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 9; KRAAKMAN, Reinier H. *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Oxford, v. 2, n. 1, p. 53–104, 1986, p. 53.

Adquirentes devem responder solidariamente caso seja identificada fraude ou irregularidade, por exemplo, nos processos de certificação, emissão e comercialização dos créditos de carbono, conforme detalharemos a seguir.

133. No mercado voluntário, como forma de assegurar a integridade dos créditos de carbono, diversas entidades de certificação privada se organizam para legitimar o valor dos projetos de diminuição dos níveis de GEEs, por meio de diferentes metodologias para verificar se a emissão de GEEs foi efetivamente reduzida¹⁰⁴. As Vendedoras, nesse sentido, valeram-se da certificação VCS, obtida junto à VERRA, para garantir a integridade dos créditos de carbono que foram ofertados às Adquirentes. No entanto, pela natureza do mercado voluntário, em que há ausência de regulação que indique as responsabilidades, requisitos e critérios de atuação que devem ser aplicados às entidades certificadoras, como a VERRA, tais entidades não podem ser consideradas como gatekeepers.

134. O conceito de *gatekeeper* foi desenvolvido a partir do trabalho seminal de Kurt Lewin, denominado “*Frontiers in group dynamics: Channels of group life; social planning and action research*” e originalmente publicado em 1947¹⁰⁵. Lewin estudou os meios de distribuição de comida após a Segunda Guerra Mundial e a forma como tais mecanismos foram capazes de combater a fome na Europa no período pós-guerra. Um de seus principais achados foi o de que os chamados *gatekeepers* tiveram um papel fundamental ao distribuir os alimentos derivados de jardins e de mercados nas áreas urbanas. Em suas próprias palavras, “*as seções de portões são governadas por regras imparciais ou por ‘gate keepers’*. No último caso, indivíduos ou grupos estão ‘no poder’ para tomar as decisões entre ‘dentro’ e ‘fora’”. Então,

104 LEE, Henry; MAYER, Abigail. *The Future of Carbon Offset Markets*. Harvard Library. Office for Scholarly Communication. Policy Brief. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/37372396/The%20Future%20of%20Carbon%20Offset%20Markets.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set. 2023.

105 LEWIN, Kurt. *Frontiers in Group Dynamics: II. Channels of Group Life; Social Planning and Action Research*. *Human Relations*, Thousand Oaks, v. 1, n. 2, p. 143-290, nov. 1947.

entender o funcionamento do portão torna-se equivalente a entender os fatores que determinam as decisões dos gatekeepers e mudar o processo social significa influenciar e substituir o gatekeeper”¹⁰⁶. Kurt Lewin conclui que tal estudo também indica como as informações navegam por canais de comunicação. Essa teoria da comunicação acabou por influenciar a análise econômica dos mercados de capitais, entendido como um ambiente no qual a informação é essencial. Não é, pois, o fato de ser ou parecer ser um *gatekeeper* – argumento que poderia aparecer quanto às entidades certificadoras de créditos de carbono – que torna alguém responsável por uma fraude no mercado de capitais: apenas a lei e a regulação podem criar tal responsabilidade, caso os legisladores e os reguladores considerem isso adequado.

135. Como visto no conceito originário de Kurt Lewin, um elemento essencial para identificar o *gatekeeper* é analisar se a pessoa está “no poder”, ou seja, o *gatekeeper* precisa ter poder decisório. Assim, no estudo mais abrangente sobre *gatekeepers* no âmbito do mercado de capitais estadunidense, realizado por John Coffee Jr., em seu livro chamado “*Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*”, publicado em 2006, no qual o autor analisa qual seria o papel dos *gatekeepers* na crise de mercados de capitais causada pelas fraudes contábeis da Enron e da WorldCom, um dos pontos consistia justamente em determinar quem teria o poder de ter evitado tais fraudes¹⁰⁷. Ao realizar tal análise, o autor chega aos seguintes exemplos de potenciais *gatekeepers*, baseado na análise do direito do mercado de capitais dos Estados Unidos da América: (i) um banco que serve como subscritor (*underwriter*) para uma companhia que faça uma oferta pública de valores mobiliários; (ii) uma agência de classificação de risco, ao gerar análise de crédito

106 Tradução livre. Texto original: “Gate sections are governed either by impartial rules or by ‘gate keepers’. In the latter case an individual or group is ‘in power’ for making the decision between ‘in’ or ‘out’. Understanding the functioning of the gate becomes equivalent then to understanding the factors which determine the decisions of the gate keepers”. LEWIN, Kurt. *Frontiers in Group Dynamics: II. Channels of Group Life; Social Planning and Action Research. Human Relations*, Thousand Oaks, v. 1, n. 2, p. 143–290, nov. 1947, p. 145.

107 COFFEE JR., John C. *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 2.

de um emissor de valores mobiliários; (iii) um advogado que emita uma opinião legal exigida pela regulamentação com relação a uma emissão de valores mobiliários (*Rule 10-b Opinion*); (iv) um analista de investimentos que emite opinião em favor da compra e venda dos valores mobiliários de um determinado emissor e, por fim, (v) um auditor independente que analisa as demonstrações financeiras de um emissor de valores mobiliários¹⁰⁸. Similarmente, em seu texto seminal sobre a matéria, denominado “*Gatekeepers: The Anatomy of a Third-party Enforcement Strategy*”, que trouxe o tema de *gatekeepers* para o debate de governança corporativa, Reiner H. Kraakman, também focado no tema da responsabilização potencial de terceiros por problemas informacionais, mencionava apenas *underwriters*, contadores e advogados¹⁰⁹. Em seus trabalhos, tais autores adotam a análise econômica do direito, mas, em momento algum, banalizam o conceito de *gatekeeper* considerando-o como aplicável a quaisquer agentes do mercado. Para ambos os autores, *gatekeepers* precisariam ser agentes que tenham, por meio da legislação ou da regulação especializada, recebido poderes de supervisão de emissores, atuando como apoios dos próprios agentes reguladores.

136. Não é esse o caso das entidades que certificam a emissão de créditos de carbono no mercado voluntário. Elas não possuem qualquer tipo de poder legal ou regulatório de supervisão dos emissores de créditos de carbono, justamente porque não há qualquer previsão na legislação ou na regulação brasileira que tenha especificamente atribuído a tais entidades poderes de supervisão de emissores de crédito de carbono, para atuarem como apoios dos próprios agentes reguladores, já que se trata de um mercado voluntário, não regulado.

137. Inviável, portanto, que as Adquirentes, na eventual tentativa de afastarem a própria responsabilidade, valham-se de argumento no sentido de que o Projeto Ecomapuá era certificado por tais entidades, já

108 COFFEE JR., John C. *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 9.

109 KRAAKMAN, Reinier H. *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Oxford, v. 2, n. 1, p. 53-104, 1986, p. 53.

que, justamente em virtude de o mercado ser voluntário, a legislação e a regulação brasileira não consideram tais entidades como *gatekeepers*, ou seja, não atribuem a tais entidades poderes de supervisão de emissores de crédito de carbono, para atuarem como apoios dos próprios agentes reguladores. Seria como se, numa operação de compra e venda de participação societária (M&A) fraudulenta, a parte compradora, em virtude da existência de um relatório de *due diligence* positivo da companhia alvo emitido por um escritório de advocacia contratado, dissesse que não pode ser responsabilizada pela fraude em virtude da simples existência de tal relatório.

138. De todo modo, o caso concreto é ainda mais grave. No próprio relatório final emitido pela VERRA, constata-se a sobreposição entre as áreas em que as Vendedoras realizavam a comercialização dos créditos de carbono e as RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, nos termos do Doc. 18¹¹⁰:

“As áreas pertencentes à Ecomapuá Ltda. estão localizadas na microrregião Furos de Breves, na parte oeste da Ilha de Marajó, situada em 3 municípios: Breves, Curralinho e São Sebastião da Boa Vista. A área do projeto está dividida em cinco propriedades (fazendas): Bom Jesus, Brasileiro, Lago do Jacaré, São Domingos e Vila Amélia.” (destaques nossos)

139. O excerto acima indica a localização exata do Projeto Ecomapuá. Dado que todos os fatos relacionados à posse das comunidades extrativistas sobre os territórios nos quais foram criadas as reservas extrativistas são públicos, bastaria que as Adquirentes lessem o referido relatório e realizassem breve pesquisa em mecanismo de

110 Tradução livre. Texto original: “The areas belonging to Ecomapuá Ltda. are located in the Furos de Breves microregion, in the western part of Marajó Island, and fall into three municipalities: Breves, Curralinho and São Sebastião da Boa Vista. The project area is divided into five properties (farms): Bom Jesus, Brasileiro, Lago do Jacaré, São Domingos and Vila Amélia”.

busca para verificar que a titularidade das Vendedoras sobre os créditos de carbono poderia ser posta em xeque.

140. Portanto, as Adquirentes, atuando em um mercado que não conta com gatekeepers reconhecidos por lei ou regulação, claramente não cumpriram com seus deveres de obtenção de informação e diligência, de modo que não podem alegar ignorância quanto ao risco de consumação de fraude e/ou irregularidade, e devem responder solidariamente com as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro, na medida em que sua conduta foi determinante para a consumação da oferta e comercialização irregular dos créditos de carbono, nos termos do Art. 942, caput e parágrafo único, do Código Civil. Tal conclusão permaneceria igualmente aplicável na eventual hipótese de se interpretar a emissão de créditos de carbono no âmbito do Projeto Ecomapuá como uma oferta pública de valores mobiliários, já que, mesmo nesse caso, haveria ausência de legislação e/ou regulação caracterizando especificamente as entidades certificadoras como *gatekeepers*.

141. Ademais, se o crédito de carbono adquirido não é considerado valor mobiliário, estar-se-ia diante de uma simples compra e venda, de modo que as Adquirentes não gozariam da tutela jurídica conferida ao investidor. Nessa hipótese, os instrumentos que materializam a comercialização dos créditos de carbono entre as Vendedoras e as Adquirentes podem ser caracterizados como contratos empresariais. Conforme definição de Paula Forgioni, trata-se de contratos em que “*ambos [ou todos] os polos da relação têm sua atividade movida pela busca pelo lucro*”¹¹¹.

142. O escopo de lucro imprime viés particular aos negócios celebrados pelas Requeridas. Como partes sofisticadas, exige-se que o agente econômico aja como um homem diligente¹¹² – isto é, como um comerciante habituado às práticas do mercado que atua, tal qual

111 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 27-28.

112 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 254.

o padrão do homem ativo e probo. “Um dos desdobramentos” desse pressuposto está em que tais agentes econômicos “*detêm – ou deveriam ter diligenciado para deter – as informações relevantes à contratação, passíveis de serem obtidas a custo razoável*”¹¹³. Não ao acaso, costuma-se indicar, como um comportamento derivado do dever de diligência¹¹⁴, ainda que em relação a administradores de empresas, o “*dever de se informar*”, que consiste no dever de “*buscar informações capazes de suportar as decisões negociais*”¹¹⁵.

143. Nesse sentido, em se tratando de um ônus ou de um dever de se informar, de acordo Judith Martins-Costa, é preciso determinar, sob a luz de “*deveres de agir segundo a boa-fé, concretamente considerados*”, qual a “*fronteira entre o dever de informar, o dever e o ônus jurídico de se informar*”¹¹⁶. De acordo com a autora, caso um possível comprador tome “*as medidas usualmente seguidas para averiguar a seriedade das informações, não restando inerte, é de se concluir que cumpriu o ônus jurídico que lhe é imputado*”¹¹⁷. Ao comprador diligente “*incumbe fazer*

113 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 164.

114 Nesse sentido, em relação ao contrato de seguro, por exemplo, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 377: “o dever de diligência em observar os ônus da autoinformação (‘dever de se informar’), pois, muitas vezes, especialmente nos ‘grandes riscos’, a seguradora terá maior possibilidade de buscar informação permissiva ao cálculo do risco” (grifos nossos).

115 YAZBEK, Otavio. Representações do Dever de Diligência na Doutrina Jurídica Brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins. *Temas essenciais de direito empresarial*. Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 951.

116 MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 923, p. 115–143, set. 2012, p. 10 (acesso pela RTOonline).

117 MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 923, p. 115–143, set. 2012, p. 10 (acesso pela RTOonline).

*perguntas, averiguar e analisar as respostas que recebe, buscar dados, refletir sobre as informações que lhe são dirigidas*¹¹⁸.

144. In casu, conforme descrito e demonstrado, é evidente que as Adquirentes se quedaram inertes e não adotaram, com a diligência que seria de esperar em tal mercado, as medidas usualmente seguidas para averiguar a origem dos ativos que adquiriram: em vez de se fiarem pura e simplesmente em uma eventual certificação, elas poderiam ter (i) lido os relatórios relacionados à emissão e buscado mais informações sobre os pontos claramente duvidosos ali presentes; (ii) solicitado, por exemplo, o mapa das áreas relevantes ou a indicação do Cadastro Ambiental Rural (“CAR”) das fazendas existentes; (iii) realizado buscas simples na internet sobre eventuais conflitos relacionados às áreas e à regularidade da titularidade dos créditos de carbono, ou mesmo sobre a presença de comunidades extrativistas tradicionais e seus direitos sobre os territórios em questão. Elas não fizeram, pois, perguntas simples e razoáveis nem se esforçaram para obter as informações relevantes, o que era esperado da conduta diligente de qualquer entidade atuante nesse mercado. Caso contrário, evidentemente não teriam adquirido os créditos de carbono.

145. É inadmissível, em relação a esse ponto, que agentes sofisticados – alguns, inclusive, absolutamente experientes em atividades de investigação e identificação de fraudes, como auditorias contábeis – não tenham se atentado à origem dos créditos de carbono comprados ou não tenham tido maior cautela ao contratar com Vendedoras que atuavam em áreas habitadas por populações extrativistas tradicionais.

146. É patente, pois, que faltou às Adquirentes a diligência do “comerciante habituado” ao mercado em que atua¹¹⁹: nenhum empresário de diligência normal teria sido tão negligente a ponto

118 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 592.

119 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 254: “O sistema exige do mercador, para o bem do comércio, que aja como um homem diligente. O padrão de normalidade aceitável, para fins de cálculo do comportamento da outra parte, é o do comerciante habituado a aquele mercado” (grifos nossos).

de não tomar as medidas básicas acima listadas. Essas providências poderiam ter sido tomadas, conforme expressão de Judith Martins-Costa, “*por um esforço normal de diligência*”, de modo que a falha em as adotar, com a consequente causação de danos a terceiros, é imputável ao agente econômico que deveria tê-las observado¹²⁰. A ausência de diligência torna-se ainda mais censurável e reprovável quando se tem em conta que Adquirentes, para obtenção de maiores ganhos financeiros, associaram suas respectivas marcas à noção de “Net 0”, a partir da qual a empresa se compromete a reduzir a zero suas emissões de gases de efeito estufa na atmosfera (e.g., Doc. 28). Em contrapartida, elas deveriam, portanto, ter empregado uma diligência correspondente.

147. A esse respeito, a existência de uma certificação independente do crédito de carbono não afasta, de modo algum, a necessidade de se verificar a correção das informações. Como consequência, as Adquirentes, de modo a cumprir com seu dever de diligência, deveriam ter tomado providências necessárias à averiguação das informações sobre os bens adquiridos: não é nada razoável fiar-se na simples existência de uma certificação. Incumbia-lhes, como já observado, na condição de contratantes diligentes, “*fazer perguntas, averiguar e analisar as respostas que recebe, buscar dados*”¹²¹, entre outras medidas. Não é possível, por isso, considerando que as Adquirentes não foram diligentes, tal qual delas era esperado pelo *standard* comportamental reconhecido, que elas aleguem boa-fé simplesmente com base na existência de uma certificação dos créditos de carbono adquiridos.

148. Assim, ao violarem, de forma culposa e ilícita, já que mediante negligência e em contrariedade ao ordenamento jurídico, seus respectivos deveres de diligência, as Adquirentes contribuíram, junto das condutas das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, para a consumação do dano, sendo, em razão disso, também responsáveis por

120 MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 867, p. 11–51, jan. 2008, p. 12 (acesso pela RTOOnline).

121 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 592.

sua reparação (Arts. 186, 927 e 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil). Não tivessem as Adquirentes faltado com a devida diligência, não haveria a produção de qualquer resultado lesivo. Aplicando uma das vertentes da teoria da causalidade adequada, para definição do nexo causal, verifica-se, por meio de uma “*prognose retrospectiva de caráter objetivo*” (*objektiven-nachträglichen Prognose*), tendo por base aquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*)¹²², que era de se esperar, a partir da aquisição de bens sem a devida diligência, a produção de um resultado lesivo: a aquisição de ativos sem que se atente de forma diligente à sua origem é uma conduta que, de acordo com o que sói acontecer, pode ser encarada como adequada a causar danos. Adotando-se, por sua vez, a teoria da causalidade necessária, o resultado seria o mesmo: apenas por meio da aquisição desses ativos, sem qualquer diligência, é que foi possível completar a venda *a non domino*, ofertada pelas Vendedoras e pela Requerida Evento Neutro. Os danos às comunidades tradicionais são, nesse sentido, de forma evidente, efeito direto e necessário da conduta das Adquirentes, que operou, junto do comportamento das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, exclusivamente por si, dispensadas outras causas. Os prejuízos sofridos pelas comunidades extrativistas tradicionais são um efeito direto e necessário da aquisição de créditos de carbono, pelas Adquirentes, sem a diligência esperada. Não há, no contexto fático descrito, outras causas a que se possa imputar a produção desses danos. Assim, Vendedoras, Requerida Evento Neutro e Adquirentes, em conjunto, atuarem para a celebração de contratos sobre bens de titularidade alheia, deram causa a prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais às referidas comunidades, sendo todas, conforme o Art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, solidariamente responsáveis.

149. A consequência da existência de mais de um autor da ofensa é, de acordo com o citado Art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código

122 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, a. 3, p. 115–137, jul./set. 2016, p. 130.

Civil, que a vítima pode “reclamar de qualquer um a reparação integral do dano”¹²³. Dessa maneira, segundo Caio Mário da Silva Pereira, “havendo mais de um agente causador do dano”, como ocorre no presente caso, “não se perquire qual deles deve ser chamado como responsável direto ou principal. Beneficiando, mais uma vez, a vítima, permite-lhe eleger, dentre os corresponsáveis, aquele de maior resistência econômica, para suportar o encargo ressarcitório”¹²⁴.

150. A extensão do dever reparatório das Adquirentes compreende, nesse caso, em razão do caráter solidário da responsabilidade, a mesma quantia devida pelos demais autores e/ou coautores desses danos. Afinal, como enfatizado já no último parágrafo, nessas hipóteses de coautoria do mesmo evento danoso, “pode a vítima reclamar de qualquer um a reparação integral do dano”¹²⁵. Ela englobará, dessa forma, tal qual exposto na Parte II a respeito da responsabilidade das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, tanto os danos patrimoniais, que compreendem danos emergentes e lucros cessantes, quanto os danos morais coletivos em razão da ofensa à imagem e ao patrimônio cultural da comunidade tradicional.

123 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 139, item 74.

124 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 139, item 74.

125 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 13. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 139, item 74.

IV. RESPOSTA SINTÉTICA AOS QUESITOS

1. A quem cabe a titularidade dos créditos de carbono gerados a partir de atividade de exploração sustentável realizada em reserva extrativista de propriedade da União e cujo direito real de uso foi concedido a associação que representa a população extrativista?

R: A titularidade dos créditos de carbono gerados a partir de atividade de exploração sustentável realizada em reserva extrativista de propriedade da União e cujo direito real de uso foi concedido a associação que representa a população extrativista é de tal população extrativista, que historicamente habita e exerce a posse da região de acordo com o seu modo de vida tradicional e que, portanto, é a responsável pelo trabalho de preservação ambiental necessário para a geração de tais créditos de carbono. O crédito de carbono é fruto da manutenção da “floresta em pé”, possibilitada justamente pelo modo de vida e pela forma de relacionamento das comunidades extrativistas tradicionais com o território historicamente habitado por elas. É, portanto, irrelevante que Ecomapuá tenha sido, em momento anterior, considerada proprietária da região, já que ali sempre habitou um povo tradicional com direitos territoriais próprios. De todo modo, é inegável que a criação das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba não apenas estabeleceu o domínio público e a declaração de interesse social para efeitos de desapropriação (Art. 18, §1º, da Lei do SNUC) sobre o local, que passa então a ser de domínio da União, como também levou à concessão do direito real de uso às comunidades extrativistas beneficiárias (Arts. 1º e 4º do Decreto 98.897/1990), conforme comprovam os Docs. 11, 12, 14 e 15. Dado que o Projeto Ecomapuá foi desenvolvido pelas Vendedoras no âmbito das estratégias REDD+ (*Ecomapuá Amazon REDD Project*), o trabalho de preservação ambiental realizado no interior e no entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba, sinalizado pelo símbolo de adição ao final da sigla, também foi considerado para a obtenção de contrapartidas financeiras no mercado voluntário de créditos de

carbono, mas o pagamento por resultados de REDD+ não poderia ter sido apropriado pelas Vendedoras.

2. As entidades que de qualquer forma participam da oferta de créditos de carbono ao mercado são responsáveis pela licitude e integridade da geração, certificação e comercialização desses créditos? Se sim, qual é a extensão dessa responsabilidade? Em caso de comercialização de créditos de carbono de titularidade de terceiro, há responsabilidade solidária entre as diferentes entidades que participam desse processo? Sob qual fundamento?

R: Sim. As entidades que participam da oferta de créditos de carbono ao mercado são responsáveis pela licitude e integridade da geração, certificação e comercialização desses créditos. No caso concreto, estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. A responsabilidade civil das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro decorre da aplicação conjunta e direta dos Arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, uma vez que, por meio de ato ilícito absoluto, ao realizar a conduta ativa de vender bem alheio sem a respectiva autorização, as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro infringiram normas jurídicas, violando direitos das comunidades extrativistas tradicionais e causando, com isso, danos a elas. A conduta ilícita manifesta-se, assim, na comercialização, pelas Vendedoras e pela Requerida Evento Neutro, de bens alheios sem autorização, especificamente os créditos de carbono, que, como visto ao longo da Parte I, não podem ser considerados de titularidade das Vendedoras. O dano, que surge a partir da venda de bens alheios e da apropriação de vantagens patrimoniais pertencentes a outrem, é decorrência imediata e direta da comercialização dos créditos de carbono *a non domino*, isto é, do descumprimento do dever de não interferir lesivamente na esfera jurídica alheia. O comportamento das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro foi também a causa necessária e adequada dos danos sofridos pelas comunidades (nexo causal). Verifica-se uma situação denexo causal plúrimo, já que, ao disporem dos direitos de crédito

de carbono de titularidade das comunidades extrativistas sem a sua autorização, as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro violaram conjuntamente o direito de outrem e são, dessa forma, solidariamente responsáveis pela reparação do dano causado, nos termos do Art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil. Fixada a existência do dever de reparar, a indenização deve ser determinada pela extensão total do dano (Art. 944 do Código Civil). O dever de reparação compreende não apenas os danos patrimoniais, que englobam o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente se deixou de lucrar, mas também os danos morais coletivos, em razão da ofensa à imagem e ao patrimônio cultural da comunidade tradicional. Todos os créditos de carbono extraídos do interior e entorno das RESEX Mapuá e Terra Grande-Pracuúba que ainda não foram objeto de comercialização devem ser devolvidos *in natura* para as populações tradicionais habitantes da região e os demais, que já foram objeto de venda, devem ter seu equivalente convertido em indenização pecuniária em favor da mesma população.

3. As adquirentes de créditos de carbono têm dever de diligência sobre a origem do crédito de carbono comprado? Se sim, qual a extensão desse dever? Ele subsiste mesmo se houver certificação independente do crédito? Qual a consequência jurídica da violação desse dever? Haverá responsabilidade solidária nesse caso? Sob qual fundamento?

R: Oferecemos a resposta ao quesito 3 em conjunto com o quesito 4, abaixo e de maneira conjunta, como forma de favorecer a coesão do texto.

4. Há elementos suficientes para afirmar que as adquirentes dos créditos de carbono advindos das RESEX Mapuá e Terra-Grande-Pracuúba violaram seu dever de diligência? Se sim, qual a extensão da indenização decorrente da violação desse dever de diligência?

R: As adquirentes de créditos de carbono têm dever de diligência sobre a origem do crédito de carbono comprado. *In casu*, conforme descrito e demonstrado, é evidente que as Adquirentes se quedaram inertes e não adotaram, com a diligência que seria de esperar em tal mercado voluntário, as medidas usualmente seguidas para averiguar a origem dos ativos que adquiriram. As Adquirentes, atuando em um mercado que não conta com *gatekeepers* reconhecidos por lei ou regulação, claramente não cumpriram com seus deveres de obtenção de informação e diligência, de modo que não podem alegar ignorância quanto ao risco de consumação de fraude e/ou irregularidade, e devem responder solidariamente com as Vendedoras e a Requerida Evento Neutro, na medida em que sua conduta foi determinante para a consumação da oferta e comercialização irregular dos créditos de carbono, nos termos do Art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil. A ausência de diligência torna-se ainda mais reprovável quando se tem em conta que Adquirentes, para obtenção de maiores ganhos financeiros, associaram suas respectivas marcas à noção de “Net 0”, a partir da qual a empresa se compromete a reduzir a zero suas emissões de gases de efeito estufa na atmosfera (*e.g.*, Doc. 28). Assim, ao violarem, de forma culposa e ilícita, já que mediante negligência e em contrariedade ao ordenamento jurídico, seus respectivos deveres de diligência, as Adquirentes contribuíram, junto das condutas das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, para a consumação do dano, sendo, em razão disso, também responsáveis por sua reparação (Arts. 186, 927 e 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil). Não tivessem as Adquirentes faltado com a devida diligência, não haveria a produção de qualquer resultado lesivo. A extensão do dever reparatório das Adquirentes compreende, nesse caso, em razão do caráter solidário da responsabilidade, a mesma quantia devida pelos demais autores e/ou coautores desses danos. A reparação total do dano englobará, dessa forma, tal qual no caso da responsabilidade das Vendedoras e da Requerida Evento Neutro, tanto os danos patrimoniais, que compreendem danos emergentes e lucros cessantes, quanto os

danos morais coletivos, em razão da ofensa à imagem e ao patrimônio cultural da comunidade tradicional.

É o nosso parecer.

São Paulo, 22 de dezembro de 2023.

Carlos Portugal Gouvêa

Rodrigo Fialho Borges

ARTIGOS E ATUALIDADES

PROTEÇÃO DE SEGREDOS DE NEGÓCIO: COMPROMISSOS DE NÃO-CONCORRÊNCIA E EXCLUSIVIDADE EM RELAÇÕES COM FORNECEDORES E PRESTADORES DE SERVIÇOS

TRADE SECRETS AND KNOW-HOW PROTECTION: NON-COMPETE AND EXCLUSIVITY PROVISIONS WITH SUPPLIERS AND SERVICE PROVIDERS

Stephanie Vendemiatto Penereiro (USP, São Paulo)

José Carlos da Matta Berardo (King's College, Londres, Reino Unido)

Elen Caroline Correia Lizas (Mackenzie, São Paulo)

Resumo: Este artigo se dedica a explorar a licitude da proteção de direitos de propriedade industrial não sujeitos a registro – tais como segredos de negócio e *know-how* – analisando quais os limites e parâmetros impostos pelo direito concorrencial brasileiro para que agentes econômicos protejam esses direitos por meio de compromissos de não-concorrência e de exclusividade. A partir da análise da jurisprudência do Poder Judiciário e da autoridade de defesa da concorrência brasileira, conclui-se que, a depender das especificidades do caso concreto, o estabelecimento de compromissos de não-concorrência e exclusividade é possível e pode ser lícito como mecanismo de proteção de tais direitos, desde que observados limites. Adicionalmente, esse tipo de compromisso deve ser utilizado com cautela em contratos de fornecimento ou de prestação de serviços. Nesse cenário, são elencadas possíveis abordagens contratuais alternativas de menor risco para a proteção de informações confidenciais e estratégicas, tais como cláusulas de confidencialidade, termos de confidencialidade a serem assinados por pessoas físicas e cláusulas de não-aliciamento.

Palavras-chave: não-concorrência; exclusividade; fornecimento; prestação de serviços; direito da concorrência; segredos de negócio; *know-how*.

Abstract: This article aims at exploring the legality of protecting industrial property rights that are not subject to registration – such as trade secrets and know-how – through non-competition and exclusivity commitments, under the limits and parameters imposed by the Brazilian antitrust law. Based on the analysis of the Judiciary and the Brazilian antitrust authority’s caselaw, the article concludes that the adoption of non-compete and exclusivity commitments are lawful, provided they are within certain limits. However, these commitments should not be adopted as standard commitments or clauses in supply or service contracts. Considering this scenario, the article proposes alternative and less risky contractual strategies for the protection of confidential and strategic information, such as confidentiality clauses, confidentiality terms to be signed by individuals and no-solicitation clauses.

Keywords: non-compete; exclusivity; supply relations; service providers; antitrust law; trade secrets; know-how.

1. INTRODUÇÃO

Ao contratar e interagir com outros agentes no mercado, um agente econômico pode precisar expor parte de seus segredos de negócio e conhecimento técnico (*know-how*). Isso é especialmente verdade em situações em que a empresa, para o exercício de sua atividade econômica, necessita contratar com terceiros fornecedores e prestadores de serviços em apoio à atividade principal por ela desempenhada/ofertada.

A proteção de direitos de propriedade industrial não sujeitos a registro, tais como segredos de negócio e *know-how*, é lícita e possível, de modo a preservar a livre concorrência e evitar comportamentos oportunistas de concorrentes atuais e potenciais, como concorrência desleal e o chamado “efeito carona” (*free-riding*) – i.e., a apropriação indevida por terceiros de investimentos específicos realizados.

Uma das formas de se evitar esse tipo de comportamento seria a celebração de compromissos de não-concorrência e de exclusividade. Por meio desse tipo de previsão, evita-se que o fornecedor/prestador: (i) passe a atuar diretamente naquele mercado; (ii) preste serviços a concorrentes da empresa contratante; e (iii) compartilhe ou explore indevidamente informações estratégicas a que teve acesso como fornecedor ou prestador de serviços.

Contudo, embora as empresas possam ter o objetivo central legítimo de prevenir que seus fornecedores compartilhem ou se utilizem do conhecimento por ela desenvolvido, tais previsões podem concomitantemente limitar a atuação de agentes em prejuízo da livre concorrência. Assim, ao mesmo tempo em que a utilização de segredos de negócio em projetos concorrentes lhes proporcionaria uma vantagem indevida, a restrição ao fluxo dessas informações pode alterar a dinâmica competitiva dos mercados e expor os agentes ao risco de eventual sanção concorrencial¹²⁶.

Está-se, portanto, diante um aparente paradoxo: ao mesmo tempo em que compromissos de não-concorrência e exclusividade podem ser utilizados como instrumentos para a proteção da livre concorrência por meio da coibição de práticas abusivas de concorrência desleal e efeito carona, esses mesmos compromissos podem limitar

126 Como destaca Rubens Requião sobre convenções de não-concorrência: “Na competição pela conquista da clientela muitos empresários procuram criar condições que impeçam o livre jogo da concorrência. Para isso usam de vários meios que, não configurando propriamente concorrência desleal, podem levar à destruição da concorrência, constituindo os trustes e instituindo os monopólios, ou apenas se limitam a preservar a sua própria existência. Daí podermos estudá-los como convenções lícitas ou ilícitas, visando à destruição ou à preservação da clientela.”. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1 - 26ª Edição. Editora Saraiva, 2005. Acerca do comportamento egoísta e oportunista do agente econômico, ver: FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 9ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 126-127. Vale também o registro da pesquisa abrangente constante de MARTORANO, Luciana S. *Obrigações de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-25112016-121705. Acesso em: 2 mai. 2024.

demasiadamente a atuação das empresas, promovendo fechamento de mercado e dificultando a concorrência atual e potencial¹²⁷.

É nesse contexto que se insere a pergunta que este artigo busca responder: à luz da legislação concorrencial brasileira, quais os parâmetros e limites para a estipulação de compromissos de não-concorrência e exclusividade em contratos empresariais com fornecedores e prestadores de serviços com o objetivo de proteção de segredos de negócio e *know-how*?

A hipótese testada é a de que a jurisprudência firmada até o momento pela autoridade de defesa da concorrência brasileira e pelo Poder Judiciário oferecem importantes balizadores acerca dos limites a serem observados pelas empresas. De forma a buscar responder a pergunta de pesquisa e testar essa hipótese, este estigo encontra-se estruturado em quatro tópicos, que se somam a esta introdução e às conclusões.

O segundo tópico apresenta considerações a respeito da proteção legal a segredos de negócio, *know-how* e outros direitos de propriedade intelectual não sujeitos a registro. Evidencia-se que os Tribunais em geral legitimam a proteção de segredos de negócio por meio de compromissos de não-concorrência ou confidencialidade, desde que a informação seja legitimamente objeto de proteção e que a própria empresa interessada adote medidas para protegê-la ativamente.

O terceiro tópico analisa, a partir dos precedentes da autoridade de defesa da concorrência – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – e do Poder Judiciário, os cuidados necessários para que as previsões de não-concorrência sejam consideradas lícitas, assim como as medidas necessárias para mitigar eventuais riscos. O

127 Os compromissos de não-concorrência e exclusividade podem ser negociados não apenas com agentes econômicos já atuantes em um determinado mercado (e, portanto, concorrentes atuais), mas também com agentes econômicos que pudessem vir a entrar naquele mercado a partir daquele conhecimento obtido (entrantes potenciais). Por essa razão, fala-se em possíveis impactos na dinâmica competitiva atual e potencial. Como explica Paula Forgioni: “A futura entrada, quando factível, é capaz de desempenhar o mesmo papel de uma força competitiva atual, presente”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 275-276.

quarto tópico desenvolve análise semelhante para compromissos de exclusividade.

O quinto tópico analisa os parâmetros adequados para o estabelecimento de multas contratuais pelo descumprimento dessas previsões. Ainda, são apontadas outras possíveis estratégias contratuais alternativas que representem menor risco comparativamente a previsões de não-concorrência e exclusividade. Por fim, apresenta-se uma breve conclusão.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA PROTEÇÃO LEGAL A SEGREDOS DE NEGÓCIO, KNOW-HOW E OUTROS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NÃO SUJEITOS A REGISTRO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXIX, disciplina que a lei assegurará aos autores de inventos industriais “*privilégios temporários para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresa e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País; (...)*”. Nesse contexto, há direitos de propriedade industrial que, apesar de gozarem de proteção, não estão sujeitos a registro e proteção formal específica, tais como conhecimentos técnicos referentes a produtos, serviços e processos aplicáveis à atividade econômica de um determinado agente.

Acerca da proteção jurídica desses direitos – que podem ser denominados “segredos de negócio” – estabelece o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), em seu artigo 39(2):

2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação:

- a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;
- b) tenha valor comercial por ser secreta; e
- c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa autorizada, a despeito dos esforços de seu titular para proteção da confidencialidade legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

Dessa forma, segredos de negócio são passíveis de proteção jurídica, desde que observados e atendidos os critérios elencados pelo artigo 39(2) do TRIPS.

Ainda, o artigo 195, inciso XI, da Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial ou LPI) estabelece que comete crime de concorrência desleal quem divulga, explora, ou utiliza-se sem autorização de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato. A divulgação de segredos de negócio, portanto, pode configurar crime de concorrência desleal, prática que produz relevantes efeitos no Direito Civil na medida em que permite ações de indenização e de cessação da conduta.

Os chamados segredos de negócio, assim, gozam de proteção sob a égide da legislação pátria, ainda que não se encontrem no rol dos direitos de propriedade industrial em sentido estrito – como as marcas, patentes e desenhos industriais. Embora esse tipo de direito seja tutelado sob a égide do instituto da concorrência desleal nos termos da LPI, a proteção aos segredos de negócio prevista no artigo 39(2) do TRIPS é ainda mais ampla: a violação ocorre quando o segredo

for acessado ou utilizado por terceiros não autorizados, não obstante os esforços de seu titular para proteção da confidencialidade.

Com relação ao prazo de tutela desses direitos, por não estarem submetidos a regime específico de registro, também não estão submetidos a prazo específico de proteção. Isto é, enquanto mantidas as características previstas no artigo 39(2) do TRIPS – notadamente confidencialidade e valor para o titular – os segredos de negócio gozarão de proteção.

Com o intuito de proteger a confidencialidade de seus segredos de negócio, é natural que empresas adotem medidas como a limitação de acesso a esses segredos no âmbito interno da própria empresa. Essas medidas podem incluir a criação de barreiras e controles para acesso à informação – tais como restrições de acesso físico, a guarda em cofres, ou a criptografia de arquivos eletrônicos –, além de previsões de confidencialidade nos contratos firmados com empregados e terceiros que acessam essas informações.

Os agentes econômicos podem se utilizar, ainda, da inclusão de previsões de cláusulas de exclusividade e não-concorrência em contratos, quando razoável, a fim de evitar a exploração indevida das informações por empregados e terceiros que venham a acessá-las.

Apesar de consistirem em importante instrumento para a proteção de segredos de negócio, cláusulas de não-concorrência e cláusulas de exclusividade podem ter um viés restritivo à ordem econômica – notadamente à concorrência nos mercados de atuação da empresa contratante – podendo impactar a dinâmica competitiva do mercado de forma ampla.

Esses impactos podem envolver, por exemplo, a saída forçada ou impedimento da entrada de novas empresas no mercado, bem como a restrição de acesso à mão-de-obra qualificada ou a fornecedores. Por essa razão, tais cláusulas atraem a atenção e a competência jurisdicional da autoridade de defesa da concorrência, cuja jurisprudência e entendimentos sobre a temática são explorados nos tópicos seguintes.

Os Tribunais pátrios, por sua vez, tem entendido que essas disposições são válidas para fins de proteção de segredos de negócio,

em que pese a existência de um possível viés prejudicial por trás de cláusulas contratuais restritivas. Nesse contexto, são realizadas análises factuais para identificar se os critérios para o estabelecimento da obrigação e da multa reparatória foram observados pelas partes.

Ainda, no âmbito judicial é frequente a disputa acerca da própria aplicabilidade da proteção legal à informação que é objeto da suposta violação – isto é, se o objeto do litígio (protegido por disposições contratuais de não-concorrência, confidencialidade ou exclusividade) consistiria efetivamente em um ativo intelectual confidencial que goza de proteção legal. Nesses casos, o ônus probatório que recai sobre o titular do direito costuma ser elevado¹²⁸.

Em interessante precedente sobre o tema, a XP Investimentos levou ao Tribunal de Justiça de São Paulo ação por meio da qual acusava o BTG Pactual de ter indevidamente utilizado segredo de negócio para o desenvolvimento de sua própria plataforma de investimentos denominada BTG Pactual Digital, produto concorrente da XP. De acordo com a XP, o BTG teria tido acesso ao segredo de negócio em decorrência da contratação de um ex-assessor de investimentos da XP em seu processo de oferta pública inicial de ações (IPO, no acrônimo em inglês).

Ainda, a XP alegou que, além de o BTG ter supostamente violado o segredo de negócio que estava resguardado por meio de acordo de confidencialidade, também teria passado a cooptar os agentes

128 Nesse sentido, por exemplo, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo decidiu que semelhanças entre negócios decorrentes de orientações regulamentares gerais não configuram quebra de confidencialidade: “(...) *ainda que houvesse uma semelhança em determinados aspectos dos estabelecimentos das partes, estes decorrem do cumprimento de orientações regulamentares sobre contabilidade e consultórios odontológicos, e não de elementos exclusivos da apelante*”. BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1031408-67.2015.8.26.0001. Relatora Desembargadora Jane Franco. Julgado em: 26 jan. 2023. No mesmo sentido, seria necessário comprovar que “*o método empregado (...) é de fato confidencial*”, ou seja, não bastaria o simples estabelecimento unilateral de uma cláusula de confidencialidade para que seja ratificada pelos tribunais, sendo necessário comprovar que de fato a informação que se visa proteger é um segredo de negócio. BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0210268-53.2005.8.26.0100. Relator Desembargador Rômulo Russo. Julgado em: 14 out. 2015. Publicado em: 27 out. 2015.

autônomos de investimento da XP. Assim, de acordo com a XP, o BTG teria violado segredo de negócio ao fazer uso de informações confidenciais acerca da remuneração dos agentes de investimento da XP (a que tivera acesso no âmbito do processo de IPO); e teria solicitado aos agentes cooptados que violassem segredos da XP, mediante o fornecimento ao BTG de informações sobre os clientes XP e seu repertório de investimentos¹²⁹.

Em primeira instância, a XP obteve decisão favorável a seu pedido liminar para obstar o BTG de fazer uso de quaisquer informações confidenciais da XP a que tivesse tido acesso no contexto da assessoria para o IPO; bem como de fazer uso de quaisquer informações confidenciais da XP acessadas via antigos agentes autônomos de investimentos da XP.

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, todavia, entendeu que não existiam indícios suficientes para demonstrar a violação de segredos de negócio da XP, considerando que o BTG apenas teria indicado a possibilidade de celebração de futuro contrato de distribuição após vencido o prazo de exclusividade mantido com outra corretora de títulos ou após seu encerramento, não havendo cooptação ou aliciamento e não sendo devida a interferência do Poder Judiciário na atuação das partes e na livre concorrência¹³⁰.

129 BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Tutela Antecipada Antecedente nº 1126564-71.2018.8.26.0100. Juíza Marina Dubois Fava; BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 2007685-63.2019.8.26.0000. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Julgado em: 8 abr. 2019.

130 *Requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente. Decisão que ajustou a tutela provisória antes concedida. Inconformismo do requerido. Acolhimento. Oferta realizada pela BTG Pactual aos agentes autônomos não viola a legislação em vigor, não estabelecem vínculos, a não ser a possibilidade de celebração de futuro contrato de distribuição após vencido o prazo de exclusividade mantido com outra corretora de títulos ou após seu encerramento. Inexistência de indícios, nesta fase, de que se estimule o agente a cooptar e a aliciar a clientela detida pela agravada, para fazerem a mudança. Livre concorrência. Não interferência do Poder Judiciário na atuação das partes no mercado. Recurso provido, por maioria de votos, vencido o Relator Sorteado. Dispositivo: deram provimento ao recurso, por maioria de votos.* BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 2007685-63.2019.8.26.0000. Relator Desembargador Ricardo Negrão, Julgado em: 8 abr. 2019.

Os precedentes judiciais também indicam que o crime de concorrência desleal pressupõe a comprovação de que os conhecimentos, informações ou dados confidenciais teriam sido utilizados em violação do dever de fidelidade, não eram de conhecimento público e nem eram evidentes para um técnico no assunto.

Nesse contexto, os precedentes consideram insuficiente que os produtos fabricados sejam iguais¹³¹. Da mesma forma, consideram relevante a verificação das ações adotadas pela empresa para garantir a confidencialidade do método produtivo ou do produto, que pode ser verificada a partir de contratos e termos de confidencialidade, incluindo os próprios contratos de trabalho¹³²⁻¹³³. Assim, a empresa

131 *Concorrência desleal – O crime de concorrência desleal, definido no art. 195, XI, da Lei 9.279/96, Código da Propriedade Industrial, pressupõe, à sua realização, comprovação idônea de que os conhecimentos, informações ou dados confidenciais de que o agente se utilize para produzir os bens produzidos pela empresa à qual prestava serviços profissionais, em violação do dever de fidelidade, não eram de conhecimento público nem eram evidentes para um técnico no assunto. Não basta a constatação de que os produtos fabricados pela empresa-vítima e aqueles produzidos pelo agente são iguais. Ausente aquela prova, não há falar em transgressão ao preceito contido no referido dispositivo legal. Apelação provida.* BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0013570-46.2005.8.26.0077. Relator Desembargador Ericson Maranhão, Julgado em: 5 nov. 2009.

132 *Responsabilidade civil. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Alegações que demandam prova documental. Segredo industrial. Suposta vantagem fática. Ausência de precauções para garantir a confidencialidade do método produtivo de pão sírio e torrada. Proteção que não decorre diretamente do contrato de trabalho. Método produtivo de conhecimento público irrestrito. Concorrência desleal não caracterizada. Contrafação de marca. Sinais distintivos diversos. Sob a ótica do conjunto-imagem, compreendido como a proteção à imagem total ou aparência geral de um produto, incluindo-se aspectos como tamanho, forma, cor ou combinação de cores, texturas gráficas e até mesmo técnicas particulares de venda, não se verifica, igualmente, qualquer indício ou tentativa de imitação, ou, ainda, cópia integral de padrão. Recurso desprovido.* BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0210268-53.2005.8.26.0100. Relator Desembargador Rômulo Russo. Julgado em: 14 out. 2015. Publicado em: 27 out 2015.

133 *Acerca das relações de trabalho, durante a vigência do contrato de trabalho, a não-concorrência do funcionário em relação ao seu empregador é pressuposta, nos termos da alínea c do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Há de se destacar a possibilidade de que também os contratos de trabalho contenham previsões de não-concorrência visando impedir que um funcionário venha a trabalhar para empresa concorrente ou inicie atividade concorrente a partir do conhecimento adquirido na vigência de sua relação de trabalho anterior. Nesses casos, tanto a doutrina como a prática dos tribunais tem admitido previsões de não-concorrência, desde que limitadas a determinado tempo (em geral dois anos), lugar (área de influência) e mediante o*

deve ser capaz de provar que o segredo de negócio compreende informações específicas e técnicas (*e.g.*, plantas, esquemas, manuais, receitas, guias para treinamento), confidenciais (*i.e.*, que não é de conhecimento público e que a empresa adota cautelas razoáveis para sua proteção) e de valor econômico para o negócio desenvolvido pela empresa.

De modo geral, os Tribunais em geral legitimam a proteção de segredos de negócio por meio de compromisso de não-concorrência ou confidencialidade, desde que a informação seja legitimamente objeto de proteção e que a própria empresa interessada adote medidas para protegê-la ativamente.

Conforme previamente mencionado, todavia, embora sejam importantes e, sob a perspectiva privada, venham sendo considerados legítimos pelos Tribunais, compromissos de não-concorrência e exclusividade podem impactar a dinâmica concorrencial do mercado de forma ampla. Por esse motivo, ao elaborar contratos e adotar estratégias de proteção para seus segredos de negócio, os agentes privados devem ter em conta não apenas o posicionamento do Poder Judiciário em lides privadas, mas também os parâmetros adotados pelo CADE para a análise da legalidade de compromissos de não-concorrência e exclusividade.

Como se verá, a autoridade de defesa da concorrência entende que, sob determinadas circunstâncias, essas obrigações podem vir a ter muito mais um efeito de restrição à competição no mercado, do que de proteção à empresa estipulante do compromisso. Os tópicos

pagamento de compensação financeira proporcional à restrição imposta. Acerca do tema, ver: MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 161; MALLETT, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 121-146. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67667/70275>. Acesso em: 29 abr. 2024; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário. Acórdão nº 20180206367. Relator Francisco Ferreira Jorge Neto. Publicado em: 20 jul. 2018; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário. Acórdão nº 01344-2002-078-02-00-7. Relator Sergio Winnik. Publicado em: 14 dez. 2007; e BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARR – 217- 05.2010.5.09.0006. Relator Cláudio Mascarenhas Brandão. Publicado em: 12 mai. 2017.

seguintes abordam os limites e parâmetros estipulados pelo CADE e pelo Poder Judiciário para que tais compromissos sejam traçados.

3. COMPROMISSOS DE NÃO-CONCORRÊNCIA

Conforme determina o art. 170 da Constituição Federal, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência são princípios da ordem econômica e devem ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A literatura especializada ensina que, em um mercado com concorrência, os preços tendem a se manter menores e as empresas tendem a se tornar cada vez mais competitivas e inovadoras, objetivando aumentar lucro e não perder clientes. Assim, a livre concorrência busca assegurar menores preços, maior diversidade e qualidade aos consumidores e, ao mesmo tempo, estimular inovação e desenvolvimento¹³⁴.

A partir de uma preocupação com os efeitos potencialmente negativos de comportamentos de concorrência desleal e desvio de clientela, estabeleceu-se, por meio do art. 1.147 do Código Civil de 2002, a obrigação de não-concorrência em casos de trespasse de estabelecimento. De acordo com o referido artigo, não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente nos cinco anos subsequentes à transferência.

Desse modo, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade da proteção conferida pelo Código Civil para evitar desvio de clientela e a concorrência desleal, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que uma obrigação de não-concorrência demasiadamente ampla em seu escopo ou duração temporal pode distorcer artificialmente as condições competitivas em um determinado mercado¹³⁵.

134 Em contraposição às condições de monopólio. Sobre a teoria do monopolista e seus efeitos deletérios e drenantes à concorrência, ver: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 6th edition. West Academic Publishing, 2020, p. 14-32.

135 Também a tradicional doutrina comercialista reconhece que as cláusulas e convenções restritivas à concorrência devem sofrer limitações no tempo (não sendo possível uma proibição perpétua), no espaço (sendo geralmente local) e de gênero de

A partir do quanto disposto no art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa de Concorrência ou LDC), cláusulas de não-concorrência podem ser indesejáveis do ponto de vista do direito concorrencial por consistirem em uma restrição à atuação de agentes no mercado. No limite, uma obrigação de não-concorrência estabelecida fora de contexto e parâmetros adequados corresponde diretamente a um cartel.

Nesse contexto, o CADE tolera compromissos de não-concorrência desde que adotados de forma justificada e alinhada a parâmetros estabelecidos em seus julgados com relação a sua motivação, abrangência e prazo de vigência. Em regra, o CADE analisa cláusulas de não-concorrência no âmbito do controle de estruturas, ao analisar operações de fusões e aquisições e contratos submetidos à sua análise¹³⁶, nos termos do art. 88 da LDC.

De modo geral, os precedentes do CADE discorrem sobre cláusulas de não-concorrência no âmbito de operações: (i) de alienação de partes ou da totalidade de empresas; e (ii) operações referentes à formação de *joint ventures* ou contratos associativos. Não é comum que os precedentes do CADE tratem do estabelecimento de cláusulas de não-concorrência no âmbito dos contratos objeto deste estudo. Isso porque contratos de fornecimento/prestação de serviços normalmente não se enquadrarem nos critérios de notificação ao CADE previstos nos artigos 88 e 90 da LDC, sendo que sua análise se daria eventualmente no âmbito de investigação de infração da ordem econômica (art. 36 LDC).¹³⁷

comércio (devendo se referir ao mesmo ramo de comércio). Nesse sentido: REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1 - 26ª Edição. Editora Saraiva, 2005.

136 O CADE também pode analisar cláusulas de não-concorrência em acordos que não sejam de notificação obrigatória no âmbito do controle de condutas, em decorrência de denúncia apresentada por uma das partes do acordo, por exemplo. Todavia, até o momento, a maior parte das análises realizadas pelo CADE envolvendo previsões de não-concorrência foram desenvolvidas no âmbito do controle de estruturas.

137 Tipicamente, também fogem do escopo de atuação do CADE as cláusulas de não-concorrência firmadas no bojo de contratos de trabalho, apesar de este tema em específico ter voltado ao centro do debate, por exemplo, nos Estados Unidos, onde a autoridade local de concorrência – a Federal Trade Commission – decidiu, por maioria apertada, adotar uma norma impedindo a adoção desse tipo de cláusula em contratos

Nos casos envolvendo a alienação de participação ou controle societário, o CADE entende que as obrigações de não-concorrência são aceitáveis quando necessárias para a proteção do investimento realizado e do valor da empresa investida¹³⁸ e desde que: (i) limitadas às atividades desenvolvidas pela empresa-alvo da operação; (ii) limitadas geograficamente ao território de atuação da empresa-alvo; e (iii) pelo prazo de até 5 anos.

Os critérios de atividade da empresa-alvo e território de atuação também levam em conta a definição adotada pelo CADE para aquele mercado específico em análise. Assim, se na dimensão produto o mercado relevante compreende uma cesta de produtos variada na qual está incluída a atividade da empresa-alvo, a obrigação de não-concorrência poderia se estender para outros produtos além daquele especificamente por ela ofertado. Do mesmo modo, a cláusula de não-concorrência deverá se limitar à área de atuação da empresa-alvo – *i.e.*, a depender de como o CADE define o mercado relevante no aspecto geográfico (municipal, estadual, nacional ou internacional), a obrigação de não-concorrência poderá seguir o mesmo critério.

Por sua vez, o prazo temporal limite de 5 anos tem fundamento, por analogia, no art. 1147 do Código Civil previamente mencionado, que trata da não-concorrência em operações de *trespasse*¹³⁹. No

de trabalho. A validade dessa norma está sub judice naquele país, mas muitas das discussões trazidas pela autoridade local como motivação para sua adoção coincidem e se interlaça, com o que aqui se discute. Sobre o tema: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/noncompet-rule.pdf. Acesso em: 2 mai. 2024.

138 Como explica Paula Forgioni: “*Por meio dela, aquele que aliena fica proibido de oferecer concorrência ao comprador, por determinado período de tempo e/ou em certo mercado. Restringe-se, por vontade das partes, a concorrência entre o vendedor e o comprador, reduzindo-se o risco do retorno não satisfatório do investimento. A justificativa é viabilizar a transferência para o novo proprietário da efetiva capacidade de gerar lucros da organização.*”. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 9ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 306.

139 Contudo, como pontua Paula Forgioni, é importante ressaltar que, ao contrário das previsões relativas ao *trespasse* de estabelecimento comercial, no caso de alienação de controle é necessária previsão expressa de não-concorrência no instrumento contratual. Como explica a autora, uma aplicação extensiva do art. 1147 do Código Civil por meio da qual se presume a existência da não-concorrência é inconstitucional e interfere na alocação de riscos e na precificação barganhada e contratada pelas

entendimento do CADE, é aceitável que o prazo de 5 anos passe a ser contado a partir da efetiva saída do vendedor da empresa-alvo. Desse modo, na hipótese de alienação de parte da empresa (ou na constituição de uma *joint venture*), a obrigação de não-concorrência pode ser estabelecida pelo prazo em que as partes permaneceram acionistas e por mais 5 anos contados a partir de sua saída¹⁴⁰.

No caso de *joint ventures*, o CADE já pontuou em diversos precedentes que a cláusula de não-concorrência possui como objetivo principal preservar o negócio da própria sociedade que está sendo criada. Por essa razão, o escopo da cláusula não deve se limitar a padrões específicos aplicáveis especialmente a operações de alienação de participação societária, mas deve se adequar ao necessário para preservar as atividades da empresa¹⁴¹.

O Poder Judiciário também já analisou cláusulas de não-concorrência no contexto de contratos diversos, inclusive voltados à proteção de informação confidencial ou segredo de negócio. Importante destacar, conforme adiantado, que em geral os Tribunais analisaram esses compromissos no âmbito de discussões de direito privado, sem adentrar eventual discussão da ilegalidade do compromisso com base na LDC.

partes. Sobre o tema, ver: FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 9ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 308-309.

140 Nesse sentido, por exemplo, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.012594/2015-19. Diba SP Participações S.A. e Hortigil Hortifruti S.A. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Julgado em: 24 fev. 2016. Publicado no Diário Oficial da União em: 1 mar. 2016; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.001018/2022-67. XP Investimentos Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S.A. e Banco Modal. Terceiro interessado: Acqua Vero Agente Autônomo de Investimentos LTDA. Julgado em: 7 jul. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 8 jul. 2022; e CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.002189/2022-11. Galapagos Holding Financeira Ltda. e Banco BS2 S.A., DT Participações S.A. e Bonsucesso Holding Financeira S.A. Julgado em: 2 mai. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 3 mai. 2022.

141 Nesse sentido, por exemplo, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.000034/1999-90. Debida Participações Ltda. e Tessenderlo Chemie N.V. Relator Conselheiro Mércio Felsky. Julgado em: 28 abr. 1999.

As decisões indicam que a cláusula de não-concorrência deve seguir parâmetros que delimitem, com clareza, o seu objeto (nos termos do art. 166, II, do Código Civil), além de fixar limites temporais, espaciais e materiais a fim de não prejudicar a livre concorrência ou a subsistência da parte contrária¹⁴².

Em precedente recente, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo analisou a validade de cláusulas de exclusividade e não-concorrência impostas pela White Martins a um fornecedor de serviços de representação comercial, transporte e armazenagem de gás¹⁴³. Em síntese, o Tribunal entendeu que, em que pese o princípio da livre iniciativa consistir em pilar das relações contratuais e princípio norteador ao analisar os termos pactuados entre as partes, há de serem traçados limites. Isso porque a livre iniciativa faculta o exercício de qualquer atividade ao empresário, desde que não desvie indevidamente, em seu proveito, clientela de concorrente, causando-lhe prejuízo ou confundindo o consumidor – cuja tutela é igualmente princípio da ordem econômica¹⁴⁴.

No caso em questão, a White Martins havia alegado que os contratos firmados entre as partes continham cláusulas específicas de fidelidade, sigilo e não-concorrência, considerando a singularidade do trabalho desenvolvido no transporte dos produtos, bem como da relação de proximidade que se mantém entre a empresa e o fornecedor. De acordo com ela, as referidas cláusulas seriam fundamentais para o sucesso do modelo do negócio, considerando que os transportadores teriam acesso a informações de relevância estratégica, de preço e de carteira de clientes, as quais caracterizam-se como segredo industrial.

142 Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “Não bastasse a invalidade por indeterminação do objeto, o C. STJ já firmou entendimento no sentido de que a cláusula de não concorrência só é válida se fixados limites temporais, espaciais e materiais, a fim de não prejudicar a livre concorrência.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1203109/MG. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 5 mai. 2015.

143 BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº: 1002873-77.2017.8.26.0157. Relator Desembargador Salles Vieira. Julgado em: 20 fev. 2020.

144 Acerca das relações entre defesa da concorrência e bem-estar do consumidor, ver: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O Tribunal entendeu que não restou evidenciado nos autos que a contratada tenha tido acesso a segredo de negócio (não se definiu nos autos o referido *know-how* que teria sido transferido na relação contratual) apto a lhe conferir, por si só, vantagem legítima em prejuízo da White Martins com o desvio de sua clientela, nem que exercício em nome próprio de atividade semelhante fosse capaz de gerar risco de confusão entre estabelecimentos comerciais ou prejuízo da reputação. Isso porque, de acordo com o Tribunal, foi preservada a exata distinção das pessoas jurídicas, não se verificando, no modo de agir econômico, originalidade e novidade suficiente nos autos a demandar especial tutela jurídica.

Não obstante, o Tribunal reconheceu que a coligação da transportadora com terceiro concorrente da White Martins acarretaria vantagem ilegítima em desfavor desta, especialmente considerando o longo tempo de vigência da estrutura da unidade de representação comercial entre as partes – 12 anos – e a expertise que poderia otimizar instalação com redução de custos na base territorial contratada.

Assim, o Tribunal entendeu que a cláusula de não-concorrência era lícita – porém acatou pedido alternativo da White Martins para: (i) reduzir a vigência da obrigação de 60 para 36 meses; e (ii) reduzir o escopo da cláusula, determinando que as rés fossem compelidas a se abster de vender ou transportar gases para as empresas atendidas pela White Martins na área de atuação contratualmente prevista (ajustando a obrigação original que era mais abrangente e genérica). No mesmo sentido, o Poder Judiciário já decidiu pela nulidade de cláusula de não-concorrência por conta da indeterminação de seu objeto¹⁴⁵.

A partir desse caso, vale destacar que o tratamento dado ao contrato de representação comercial¹⁴⁶ pode ser aproximado do

145 BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004021-74.2020.8.26.0010. Relator Desembargador Sérgio Shimura. Julgado em: 13 jun. 2023.

146 Conforme explica Rubens Requião: “A representação comercial deriva do instituto geral da representação nos negócios jurídicos, pela qual uma pessoa age em lugar e no interesse de outra, sem ser atingida pelo ato que pratica. O representante comercial é, assim, um colaborador jurídico, que, através da mediação, leva as partes a entabular e concluir negócios. [...] O contrato de representação comercial situa-se no plano da colaboração na realização de negócio jurídico, acarretando remuneração de conformidade com o seu

tratamento concedido aos contratos de prestação de serviços e de fornecimento pelo Poder Judiciário, sendo também possível neste tipo de contrato a estipulação de compromissos de não-concorrência desde que respeitados parâmetros mínimos. Ressalte-se que, nessa hipótese, talvez haja a necessidade de cautela específica, já que a representação comercial em sentido típico tem características próprias dada por lei especial e se baseia, pelo menos em uma primeira leitura, em uma suposta relação de assimetria – se não de hipossuficiência – entre o representante comercial e o representado¹⁴⁷, em que pese a autorização legal expressa para a exclusividade de relacionamento.

Desse modo, sob a perspectiva do Direito Privado, os Tribunais têm entendido que cláusulas de não-concorrência em geral são válidas desde que possuam escopo e limites bem determinados, e a ausência de lastro que justifique a imposição da obrigação ou ausência de proporcionalidade da obrigação pactuada podem resultar em declaração de nulidade.

A depender das especificidades do caso, portanto, o estabelecimento de cláusula de não-concorrência pode ser lícito e considerado economicamente legítimo. Essa situação será verificada quando o fornecedor/prestador de serviços tiver acesso a informações estratégicas que de fato lhe concedam uma vantagem competitiva (informações que o fornecedor não conseguiria obter por outros meios ou desenvolver internamente), ou caso a empresa tenha realizado algum investimento estratégico e justificável no fornecedor/prestador de serviços.

Este tipo de disposição deve ser utilizada com cautela em contratos de fornecimento, de modo que a cláusula de não-concorrência não deve ser adotada indiscriminadamente e tampouco inserida como cláusula padrão em contratos com fornecedores. Isso porque compromissos de não-concorrência não devem ser utilizados

resultado útil.” REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1 - 26ª Edição. Editora Saraiva, 2005.

147 Vide, a título ilustrativo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.761.045/DF. Relator Ministro Paula de Tarso Sanseverino. Julgado em: 5 nov. 2019.

para o propósito de limitar a atuação de um concorrente atual ou potencial, mas para efetivamente proteger segredo de negócio que tenha sido acessado no âmbito do contrato de prestação de serviços.

Caso não seja possível demonstrar que as informações que se deseja proteger efetivamente consistem em segredo de negócios – *e.g.*, caso essas informações não sejam específicas, técnicas, sigilosas, capazes de representar vantagem competitiva, protegidas pela própria empresa com relação a acesso interno por seus funcionários e por cláusulas contratuais de confidencialidade – a empresa pode ficar exposta a alguns riscos.

Em primeiro lugar, no âmbito judicial, a empresa poderia enfrentar dificuldade de execução dessa previsão. A cláusula de não-concorrência poderia ser declarada nula ante a ausência de proporcionalidade. Ora, se o fornecedor em questão não teve acesso a informações confidenciais que de fato sejam indispensáveis para que este fornecedor passe a concorrer com a empresa, indevidamente replicando seu modelo de negócios, a cláusula em questão pode ser considerada excessiva e, assim, ser declarada nula.

Sob uma segunda perspectiva, no âmbito do CADE, a empresa poderia ficar exposta ao risco de uma investigação por cartel ou por abuso de posição dominante, conforme o caso. Se a cláusula chegar ao conhecimento da autoridade, a empresa poderia ser investigada por infração ao art. 36 da LDC, podendo a referida cláusula ser interpretada como um acordo para restringir a concorrência no mercado ou, no limite, como uma imposição ilícita de um contratante com poder de mercado em relação a seus fornecedores. Não havendo efetivamente um direito a ser protegido por meio da referida cláusula, esta pode ser entendida como um ilícito concorrencial por seu objeto em casos de cartel, bastando a comprovação da materialidade e autoria para que a empresa seja condenada¹⁴⁸.

148 Acerca da distinção entre a análise de condutas por objeto ou por efeitos, como ilícito per se ou pela regra da razão, ver: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 288-294.

Adicionalmente, em uma terceira frente, seria possível cogitar um risco concorrencial adicional relacionado a uma investigação por *sham litigation*. A tentativa de impor contra terceiro um direito de propriedade intelectual inexistente – especialmente caso a empresa necessite buscar judicialmente o cumprimento da cláusula de não-concorrência – também pode configurar um ilícito concorrencial. Isso porque o direito de petição e a execução de direitos de propriedade intelectual, apesar de em geral legítimos, não são ilimitados e, se constatado abuso, podem configurar conduta anticompetitiva tipificada como *sham litigation*. Pelos precedentes mais recentes do CADE é possível notar que a autoridade vem utilizando alguns parâmetros (a partir de “testes” adotados na jurisprudência estrangeira) para confirmar a ocorrência deste tipo de ilícito¹⁴⁹.

Mesmo quando verificado que se deseja efetivamente proteger segredo de negócio que possa vir a ser acessado no âmbito do contrato de prestação de serviços ou fornecimento, alguns cuidados devem ser adotados para que as previsões de não-concorrência sejam consideradas válidas dentro os parâmetros estabelecidos pelo CADE e pelo Poder Judiciário em seu precedentes, sendo eles: (i) se limitar ao mercado em que o segredo de negócio poderia ser indevidamente explorado, tanto sob a perspectiva do produto quanto da extensão geográfica; e (ii) se limitar a prazo proporcional e suficiente para proteger referido segredo.

Em que pese o CADE entenda que a obrigações de não-concorrência em geral poderiam ser estabelecidas pelo prazo do contrato e por um período de até 5 anos após o término da relação contratual, é recomendável no caso de relações de fornecimento/

149 Sobre o tema, ver: PENEREIRO, Stephanie Vendemiatto. *Sham Litigation: o exame dos incentivos econômicos como instrumento complementar de análise antitruste*. In: ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Paulo Burnier da. (Org.). *Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais*. 1ed. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2019, v. II, p. 298-322. Vide também: BERARDO, José C. e LILLA, Paulo. Alguns Apontamentos sobre o Processo Administrativo 08012/011508/2007-91 e a Caracterização do Abuso do Direito de Petição como Ilícito Concorrencial. In: BAGNOLLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro. *Jurisprudência do CADE Comentada*. São Paulo, SP. Ed. RT, 2020.

prestação de serviço que a vigência da cláusula de não-concorrência esteja limitada ao estritamente necessário para a proteção do segredo negócio.

4. COMPROMISSOS DE EXCLUSIVIDADE

Com base no art. 36 da LDC, o Tribunal do CADE registrou que acordos que contenham previsões de exclusividade *“podem trazer efeitos nocivos à livre concorrência, devendo, novamente, ser analisados considerando-se a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sob a ótica dos efeitos a serem coibidos.”*¹⁵⁰

Isso porque a exclusividade é uma restrição direta à concorrência, na medida em que tende a impedir o acesso de outros concorrentes a certos clientes ou fornecedores¹⁵¹. Os principais potenciais efeitos de cláusulas de exclusividade, de acordo com a Superintendência-Geral do CADE (SG) são: (i) fechamento de mercado; (ii) aumento de barreiras à entrada; (iii) elevação de custos dos rivais (ao restringir sua atuação no mercado ou relegá-los a fornecedores, distribuidores ou revendedores mais caros ou menos eficientes); e (iv) facilitação da coordenação de cartéis¹⁵².

150 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60. Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda. Representada: PST Eletrônica S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 12 ago. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 ago. 2022.

151 Como explica Paula Forgioni: *“A exclusividade implica restrição à liberdade do agente que se vincula e também àquela de terceiros, que com ele não poderão mais contratar. Quem aceita ser exclusivo está “fora do mercado”, longe do alcance dos concorrentes da empresa que se beneficia com a restrição; Tanto assim que, na área do direito concorrencial, esses dispositivos são considerados exemplos clássicos de restrição vertical, ou seja, restrição posta à concorrência e à liberdade de atuação da empresa. [...] É uma renúncia à liberdade por parte daquele que se vincula a somente comerciar com outro e que impacta diretamente o campo de atuação de terceiras empresas.”*. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 9ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 304-305.

152 Nesse sentido, a Nota Técnica SG nº 14/2021. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Representantes: Total Pass Participações Ltda e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. Representado: GPBR Participações Ltda (Gympass).

A SG, entretanto, também reconhece que “a literatura econômica enfatiza que substanciais ganhos de eficiência podem ser obtidos a partir da integração vertical entre empresas, notadamente a redução dos custos de transação”, o que indica que a “análise das cláusulas de exclusividade requer que a autoridade contrabalanceie seus efeitos positivos com os seus prejuízos à livre concorrência, ainda que potenciais”¹⁵³. No mesmo sentido, também o Tribunal do CADE possui entendimento de que contratos com previsões exclusividade podem caracterizar infrações à ordem econômica, mas podem também gerar efeitos pró competitivos¹⁵⁴.

Nesse cenário, o CADE possui consolidado entendimento no sentido de que “a existência da prática, por si só, não enseja a sanção na esfera antitruste, devendo ser sopesados os, efeitos tanto anticompetitivos quanto pró competitivos da conduta, à luz da denominada regra da razão.”¹⁵⁵. A análise de cláusulas e previsões de exclusividade deve se dar, assim, com base em uma análise de efeitos, sendo necessário que os efeitos lesivos superem os benefícios decorrentes da conduta ao

153 Nota Técnica SG nº 14/2021. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Representantes: Total Pass Participações Ltda e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. Representado: GPBR Participações Ltda (Gympass).

154 “podem vir a ser caracterizados como infrações à ordem econômica, nos termos da Lei no 12.529/2011. Todavia, ressalta-se que, diferentemente de outras condutas (e.g., cartel) cujos efeitos lesivos à concorrência são presumidos, consideradas como práticas ilícitas per se, os acordos de exclusividade podem também gerar efeitos pró competitivos, tais como: (i) maior alinhamento dos interesses do fabricante e do distribuidor, acirrando a competição intermarcas ao encorajar ao distribuidor para que eleve as vendas daquele determinado fabricante; (ii) incentivos para que fabricantes auxiliem os distribuidores, por meio de investimentos de capacitação, fornecimento de serviços e informações; (iii) mitigação de problemas decorrentes do “efeito carona” (free-riding), incentivando investimentos do fabricante no distribuidor; (iv) viabilização de investimentos para atendimento de consumidores específicos; e (v) maior controle da qualidade da distribuição pelo fabricante e redução de custos de transação.”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60. Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda. Representada: PST Eletrônica S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 12 ago. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 ago. 2022.

155 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60. Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda. Representada: PST Eletrônica S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 12 ago. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 ago. 2022.

bem-estar social (saldo líquido negativo ou efeitos líquidos negativos), para que reste caracterizada infração à ordem econômica¹⁵⁶.

Em outras palavras, a prática de exclusividade apenas será considerada infração concorrencial se, e somente se, for possível atribuir a ela a capacidade de produzir efeitos deletérios à concorrência e, em última instância, sobre o bem-estar dos consumidores, sem que haja contrapartidas (vantagens) suficientes para a sociedade dela decorrentes.

Assim, as cláusulas de exclusividade, são normalmente consideradas razoáveis pela autoridade antitruste quando: (i) são acessórias ao contrato principal; e (ii) são consideradas essenciais para proteger o negócio, por exemplo, para garantir os investimentos realizados, proteger informações ou segredos de negócio ou preservar o equilíbrio e a integridade comercial de um contrato. O detalhamento da racionalidade econômica e jurídica que justifica a existência de uma relação de exclusividade é considerado fator relevante pelo CADE em suas análises¹⁵⁷.

156 Também a doutrina destaca que acordos de exclusividade podem gerar efeitos anticompetitivos e também produzir eficiências, sendo necessário avaliar os efeitos líquidos da prática sobre a dinâmica competitiva e o bem-estar do consumidor. Nesse sentido, ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. Coleção Direito Econômico (coord. Fernando Herren Aguillar). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 143-146; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 547-561.

157 Sobre o tema, registrou a SG: “Como se vê, as partes justificaram a inclusão da referida cláusula de exclusividade para que houvesse um alinhamento dos incentivos de ambas as partes. Da parte da EPTCA, fornecedora, interessa inserir seu produto no mercado, comercializando-o perante clínicas e hospitais que tratam de doenças oncológicas. Da parte da Oncoclínicas, havia o interesse em ter o equipamento, mas, por ser ainda novidade no mercado, requereu alguma garantia de fornecimento. Assim, a EPTCA teria acatado a exclusividade que lhe garantiu a venda de uma quantidade mínima de equipamentos para um cliente que, a seu ver, atendia suas expectativas em relação ao mercado como um todo, eliminando incertezas decorrentes da flutuação da demanda. Trata-se de justificativa razoável, em análise preliminar, dadas as incertezas decorrentes da introdução de tecnologia nova no mercado, ainda desconhecida da maioria dos agentes, o que traz consigo riscos ao negócio de ambas as partes, desde a aceitação do produto perante o mercado consumidor, até a capacidade do fornecedor em atender a demanda. Pondera-se, entretanto, que se trata tão somente de uma análise preliminar, que demandaria desta SG ainda relativa instrução e análise dos potenciais efeitos negativos vis a vis as justificativas apresentadas e eventuais eficiências.”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.000800/2016-11. Representante: Cade *Ex-officio*. Representada:

De toda forma, os benefícios da exclusividade também serão confrontados com os efeitos ao mercado e à concorrência. Ou seja, ainda que legítima, uma cláusula de exclusividade pode ser considerada ilícita se houver impactos significativos à concorrência, isto é, se o bem privado protegido pela exclusividade não justificar o prejuízo coletivo. Isso significa que a análise da conduta é feita sob um exercício assemelhado à “regra da razão” estadunidense, demandando uma análise a fundo de seus efeitos concorrenciais. Ainda, é mais provável que a autoridade aceite uma tese que justifique a existência de uma previsão de exclusividade caso seja possível demonstrar que as alternativas menos restritivas não eram viáveis no caso em concreto.

De forma resumida, a metodologia de análise adotada pelo CADE para analisar casos envolvendo relações de exclusividade perpassa por três fases principais¹⁵⁸.

A primeira delas consiste na definição do mercado relevante e verificação da existência de posição dominante, que é aferida principalmente pela participação de mercado das partes envolvidas e de seus concorrentes (para avaliação da rivalidade imposta pela concorrência no mercado). Nos termos do § 2º do art. 36 da LDC, presume-se posição dominante quando uma empresa ou grupo de

Oncoclínicas do Brasil Serviços Médicos S.A e Eptca Medical Devices. Julgado em: 10 fev. 2017. Publicado no Diário Oficial da União em: 13 fev. 2017. Em sentido semelhante, também registrou a SG: *“Nota-se, pois, que a exclusividade está limitada (Acesso Restrito ao CADE e à Sem Parar). Mostra-se razoável, portanto, o argumento de que tal limitação está justificada na necessidade de proteção aos investimentos que serão realizados em tais estabelecimentos. [...] Ante o exposto, entende-se que tal disposição contratual (i) possui uma racionalidade econômica e justificativa comercial legítima; e (ii) não tem o condão de gerar ou incrementar de maneira significativa as barreiras à entrada no mercado de meios de pagamento eletrônico baseado na tecnologia AVI em estacionamentos privados.”*. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.006268/2018-15. Representante: Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (CBSS ou Veloe). Representada: Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda (CGMP ou Sem Parar) e ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A (ConectCar). Terceiro Interessado: Greenpass Tecnologia em Pagamentos S.A. Julgado em: 14 dez. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 15 dez. 2020.

158 Nesse sentido, por exemplo: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60. Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda. Representada: PST Eletrônica S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 12 ago. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 ago. 2022.

empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos¹⁵⁹.

A segunda fase consiste na verificação de impactos no mercado – *i.e.*, potencialidade de produção de efeitos negativos. Para tanto, os principais aspectos que vêm sendo levados em consideração em análises recentes são: (i) percentual de fechamento do mercado promovido pela exclusividade; (ii) tempo da exclusividade – *i.e.*, duração e condições de renovação das cláusulas de exclusividade; (iii) barreiras à saída do contrato exclusivo – *e.g.*, multa por rescisão; e (iv) eventuais cláusulas de quarentena ou qualquer disposição que possa vir a prolongar os efeitos da cláusula.

Por fim, a terceira etapa consiste na verificação de efeitos líquidos negativos, a partir da comparação entre os potenciais riscos à concorrência e as potenciais eficiências decorrentes da relação de exclusividade. Essa análise pode ser complementada ou substituída pela análise das justificativas e racionalidade econômica que levaram à adoção da exclusividade, assim como pela análise acerca da

159 Acerca desse ponto, vale destacar que, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27, o CADE determinou a condenação da Unilever e o arquivamento do processo para a Nestlé apenas em razão desta última não deter posição dominante, conforme destacou o Relator na ocasião: *“Por todos esses motivos, voto pela condenação da Representada Unilever nos termos do dispositivo abaixo. Antes de tratar da dosimetria, ressalto que a condenação da Kibon e o arquivamento em relação à Nestlé se deu única e exclusivamente em função da posição dominante da primeira, que ficou suficientemente caracterizada nos autos, o que não foi o caso para a segunda. Nada obstante, detectada conduta semelhante pela Nestlé (ou por qualquer outra fabricante de sorvetes) em mercados onde seja possível caracterizar sua posição dominante, caberia a abertura de novo processo e eventual condenação. Afinal, não faz sentido punir e inibir a prática da líder simplesmente para que outra se torne líder e adote as mesmas condutas.”* CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27. Representante: Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Representadas: Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Julgado em: 16 out. 2018. Publicado no Diário Oficial da União em: 22 out. 2018.

inexistência de meios alternativos menos restritivos para alcançar o mesmo resultado¹⁶⁰.

Dessa forma, a análise dos efeitos é feita caso a caso e dependerá da existência de poder de mercado e da verificação das demais condições indicadas.

O CADE, por meio da imposição de medidas preventivas ou da celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCC), já limitou a existência de obrigações de exclusividade a até 20% dos clientes ou dos agentes atuantes no mercado impactado por essa restrição¹⁶¹.

160 Nesse sentido, o Voto Vogal proferido pela Conselheira Paula Azevedo no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60: “Ademais, conforme já expus neste Plenário, também não se dispõe, na legislação brasileira, que a ponderação de efeitos seja um requisito para análise empreendida no controle de condutas, senão que tal etapa se restringe apenas ao controle de estruturas como um requisito indispensável da análise. Por conseguinte, a configuração de uma infração à ordem econômica prescinde da ponderação entre efeitos positivos e negativos da prática, bastando que se examine quanto ao dano à concorrência, à existência de uma justificativa legítima e à inexistência de meios alternativos menos restritivos para alcançar o mesmo resultado. A propósito, deve-se notar que a desnecessidade da ponderação de efeitos se mostra positiva do ponto de vista da coerência e da segurança jurídica das decisões, uma vez que a avaliação dos efeitos líquidos de uma conduta, sem medidas unitárias equivalentes, finda por transformar a ponderação em algo inteiramente subjetivo. Em vista disso, reitero minha compreensão de que a ponderação de efeitos não é obrigatória para a constatação da infração concorrencial e deve, em verdade, ser muitas vezes evitada, sob pena de imprimir um nível elevado de subjetivismo e discricionariedade nas decisões da autoridade antitruste. Assim, compreendo que fica comprovada a potencialidade lesiva do fechamento gerado pela exclusividade, uma vez que foram demonstradas (i) a existência de poder de mercado e (ii) a inexistência de justificativa legítima para a restrição adotada, nos termos do voto do Conselheiro-Relator; e, segundo as considerações tecidas por mim neste voto-vogal, evidenciou-se a obstrução da oportunidade de concorrência efetiva pelos rivais.”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60. Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda. Representada: PST Eletrônica S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 12 ago. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 ago. 2022.

161 Nesse sentido, as manifestações do CADE nos seguintes casos, por exemplo: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.000381/2020-01. Representante: Instituto de Hematologia e Hemoterapia de Curitiba S/C Ltda. Representado: Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A. Julgado em: 16 jun. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 jun. 2023; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Requerente: GPBR Participações Ltda. Julgado em: 21 set. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 set. 2022; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Representante: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Representada: Ambev S.A. Terceira interessada: Cervejaria Petrópolis e Villa Parnaíba

Embora o parâmetro de 20% não deva ser considerado como uma autorização ou reconhecimento prévio de licitude (o que se poderia chamar de *safe harbor*) – conforme destacado pelos Conselheiros durante os julgamentos – ele pode ser considerado como um possível parâmetro de análise. Ainda, a autoridade tem olhado para a duração dos contratos de exclusividade.

O quadro abaixo resume os parâmetros adotados e as limitações impostas em alguns precedentes recentes do CADE:

Tabela 1. Precedentes recentes de exclusividade analisados pelo CADE

Caso	Limites impostos à exclusividade	Prazo aceito
<i>PST</i> ¹⁶² Condenação em agosto/2020	Exclusividade proibida, considerada anti-competitiva (57% de fechamento de mercado)	-
<i>Gympass</i> ¹⁶³ TCC em setembro/2022	- Comprovação de eficiências econômicas e, no máximo, a 20% da sua base de academias - Proibida para clientes corporativos	Até 2 anos
<i>Ambev/Heineken</i> ¹⁶⁴ Medida Preventiva em Novembro/2022	- Proibição de renovação ou assinatura de novos contratos de exclusividade até o final da investigação em certas áreas. - Eliminação de cláusulas (descontos etc.) que levem à exclusividade de fato.	1 a 5 anos

Mall.; e CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17. Requerente: iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A. Julgado em: 8 fev. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 15 fev. 2023.

162 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60. Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda. Representada: PST Eletrônica S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 12 ago. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 ago. 2022.

163 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Requerente: GPBR Participações Ltda. Julgado em: 21 set. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 set. 2022.

164 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Representante: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Representada: Ambev S.A. Terceira interessada: Cervejaria Petrópolis e Villa Parnaíba Mall.

iFood ¹⁶⁵ TCC em Fevereiro/2023	• Proibida para marca com >30 restaurantes. • Para os demais deve se limitar a 25% do faturamento da plataforma (8% em mercados menores)	Máximo 2 anos + 1 de quarenta

Fonte: elaboração própria.

Assim, embora a análise deva ser feita caso a caso, os precedentes indicam que o CADE tem se preocupado especialmente com o percentual do mercado impactado e com a duração da exclusividade, incentivando contratos mais curtos e com intervalos de quarentena.

Adicionalmente, o CADE tem entendido que é legítima a adoção de exclusividade quando a prática: (i) é utilizada para viabilizar investimentos intensivos de capital; (ii) é voltada para impedir o chamado efeito carona; (iii) se destina à manutenção de posicionamento de marca e qualidade de atendimento; (iv) reduz custos e gera eficiências.

É importante ressaltar que o CADE já questionou a legitimidade de contrapartidas meramente financeiras ou “remuneratórias” à exclusividade, sendo necessário que essa esteja efetivamente atrelada à proteção do negócio ou investimento¹⁶⁶. Similarmente, o CADE já apresentou ressalvas ao atrelamento de exclusividade à prática de descontos¹⁶⁷.

165 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17. Requerente: iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A. Julgado em: 8 fev. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 15 fev. 2023.

166 Nesse sentido, destaca-se a obrigação firmada no mencionado TCC, que condicionou novas adoções de exclusividade pelo Gympass a efetivos investimentos no negócio, como a garantia de volume mínimo de frequentadores às academias que terão exclusividade. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Requerente: GPBR Participações Ltda. Julgado em: 21 set. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 set. 2022.

167 Vide, por exemplo, o Recurso Voluntário nº 08700.003994/2020-92: “412. Assim, resta claro que a “antecipação de repasses”, nomenclatura utilizada pelas partes, em linha com a própria redação das cláusulas contratuais, constitui remuneração, que se dá seja a título da exclusividade, seja a título da duração do contrato (de 5 anos). 413. Como já destaquei anteriormente (no tópico III.4.1.1.2 acima), a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional utilizam diferentes terminologias para se referirem às diferentes formas de precificação condicionada (tendo em vista os repasses/descontos que são estabelecidos no seio do contrato em cada caso). A seu turno, a interpretação da legislação concorrencial

Para analisar a possibilidade de que uma empresa viesse a contratar impondo ou negociando condições de exclusividade com seus fornecedores/prestadores de serviço objetivando proteger seus segredos de negócio, o primeiro passo seria a definição do mercado relevante e verificação da existência de posição dominante.

Com relação ao segundo passo – verificação de impactos no mercado – tal avaliação é desenvolvida a partir da análise de aspectos como percentual de fechamento do mercado, tempo da exclusividade e possibilidade de prolongamento dos efeitos dessa previsão. Nesse contexto, quanto mais pontuais e menos recorrentes forem as relações de exclusividade, menor tende a ser o risco concorrencial.

(art. 36, caput, da Lei nº 12.529/2011) dá prevalência aos potenciais efeitos resultantes da conduta, independentemente da forma em que o ato é exteriorizado. Portanto, dado o caráter antecedente do referido pagamento, a antecipação de repasse pode ser considerado um desconto antecipado. Trata-se de desconto, sob a ótica econômica do cliente, uma vez que constitui vantagem financeira auferida, e, em termos práticos, influencia no cálculo econômico da decisão empresarial, afinal é levado em consideração tendo em vista o valor global que seria despendido no curso da execução do contrato. (...) 417. Assim, na esteira da definição de desconto condicionado, realizada no âmbito da União Europeia, trata-se aqui de desconto concedido para premiar os clientes por determinado comportamento de compra. Na prática, o desconto antecipado visa a premiar o cliente, não só pela exclusividade, mas também pela continuidade da relação contratual de longo-prazo (5 anos), sob pena de devolução da integralidade dos valores repassados. Nessa perspectiva, pode ser entendida como um repasse/desconto que pode provocar a fidelização, uma vez que impõe ao cliente premiado um custo de oportunidade (a perda do repasse/desconto) para que possa trocar de fornecedor de serviço de hemoterapia. (...) 458. Ante o exposto, a antecipação do repasse no caso em tela, tal como estipulada, pode configurar o que o direito antitruste vem classificando como descontos não lineares (ou descontos de fidelização), suscitando as preocupações concorrenciais existentes quando praticados por agente em posição dominante, como a possibilidade de restrição à concorrência, especialmente pela possibilidade de elevação dos custos dos rivais e fechamento do mercado. Como indicado anteriormente, nesses casos, a autoridade antitruste deve buscar identificar se os descontos condicionados são justificados por alguma eficiência econômica clara e transparente (e.g., estímulo à demanda ou performance do contrato), que resulte em benefícios líquidos positivos. Como visto, a jurisprudência internacional traz ainda outros critérios de análise dos efeitos, a exemplo daqueles expostos nos precedentes NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission e Intel v. Commission". CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Recurso Voluntário nº 08700.003994/2020-92. Recorrente: Instituto de Hematologia e Hemoterapia De Curitiba S/C Ltda. (IHHC). Interessados: Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A. (Hemobanco). Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 9 dez. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 16 dez. 2020.

Ainda, quanto mais relevante determinado fornecedor/prestador de serviço for em seu ramo de atuação, maior deve ser a preocupação em relação à cláusula de exclusividade, pois essa obrigação poderá impedir ou dificultar o acesso a concorrentes da empresa aos produtos/serviços disponibilizados por dado fornecedor.

Na mesma linha, se os fornecedores consistirem em empresas que não atuam apenas prestando serviços para agentes que atuem no segmento específico sob análise, mas também para outros tomadores desses serviços, seria mais baixo o risco de a cláusula de exclusividade estabelecida acarretar fechamento de parcela significativa do mercado. Ainda, a previsão de exclusividade deve estar limitada ao mesmo escopo geográfico/territorial em que ocorreu o fornecimento/prestação de serviços, tendo seus efeitos minimizados.

A relação de exclusividade a ser estabelecida com fornecedores/prestadores de serviços tende a ser menos preocupante caso permaneça em patamar inferior aos de 8% a 20% de fechamento de mercado recentemente autorizados pelo CADE em casos como Hemobanco¹⁶⁸, Gympass¹⁶⁹, Ambev/Heineken¹⁷⁰ e iFood¹⁷¹. Todavia, vale ressaltar que, ainda que esse índice fosse superior a 20%, a SG já reconheceu em precedentes que é possível que justificativas possam determinar a licitude de previsões de exclusividade acima desse patamar¹⁷².

168 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.000381/2020-01. Representante: Instituto de Hematologia e Hemoterapia de Curitiba S/C Ltda. Representado: Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A. Julgado em: 16 jun. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 jun. 2023.

169 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Requerente: GPBR Participações Ltda. Julgado em: 21 set. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 set. 2022.

170 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Representante: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Representada: Ambev S.A. Terceira interessada: Cervejaria Petrópolis e Villa Parnaíba Mall.

171 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17. Requerente: iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A. Julgado em: 8 fev. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 15 fev. 2023.

172 Conforme Nota Técnica da SG no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.000381/2020-01: *“De toda forma, mesmo que o índice de fechamento seja considerado significativo por superar o limite de 20%, a análise realizada por esta SG indica haver*

Com relação à duração, verifica-se que o tempo de vigência da exclusividade deve ser diretamente atrelado ao tempo necessário para a conclusão do período de fornecimento/prestação de serviços e um breve período subsequente que guarde relação com a proteção do negócio desenvolvido¹⁷³. Caso a previsão de exclusividade venha a ser estendida para além desse período – ou venha a ser sucessivamente renovada sem períodos de quarentena – o risco de uma eventual preocupação por parte da autoridade poderá ser maior.

Por fim, a terceira fase e última etapa da análise consiste em verificar os efeitos líquidos decorrentes da previsão de exclusividade – *i.e.*, comparar os potenciais impactos à concorrência com as justificativas e a racionalidade econômica dessa previsão.

Quanto mais for possível sustentar a existência de justificativas e a racionalidade econômica da previsão de exclusividade, tanto mais será possível evitar uma investigação ou uma condenação pelo CADE. Da mesma forma, é mais provável que a autoridade aceite uma tese que justifique a existência de uma previsão de exclusividade caso seja possível demonstrar que as alternativas menos restritivas não eram viáveis no caso em concreto – *e.g.*, que fornecedores não poderiam prestar esses serviços sem ter acesso aos segredos comerciais da

justificativas razoáveis para a adoção da conduta, que corresponde a uma prática comum e reiterada do mercado”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.000381/2020-01. Representante: Instituto de Hematologia e Hemoterapia de Curitiba S/C Ltda. Representado: Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A. Julgado em: 16 jun. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 jun. 2023.

173 Conforme previamente destacado, em precedentes recentes como os casos Gympass, Ambev/Heineken e iFood, o CADE entendeu pela possibilidade de contratos com previsões de exclusividade com duração de até 2 ou 5 anos. Ver: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Requerente: GPBR Participações Ltda. Julgado em: 21 set. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 set. 2022; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Representante: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Representada: Ambev S.A. Terceira interessada: Cervejaria Petrópolis e Villa Parnaíba Mall; e CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17. Requerente: iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A. Julgado em: 8 fev. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 15 fev. 2023.

empresa e que não havia outras formas menos restritivas de proteger essas informações.

Mesmo que em determinado contrato a cláusula de exclusividade não configure um ilícito concorrencial (conforme parâmetros acima indicados), sua validade sempre pode ser questionada no âmbito do Poder Judiciário. Assim, na mesma linha do quanto exposto para a previsão de não-concorrência, a previsão de exclusividade será mais sólida e justificável caso seja possível demonstrar: (i) que os fornecedores/prestadores de serviços, durante toda a extensão do período contratual, efetivamente tiveram acesso a *know-how*, segredos de negócio e às informações comercialmente sensíveis da empresa; e (ii) que eventual utilização dessas informações no âmbito de contratos firmados com concorrentes da empresa poderia resultar em vantagem competitiva indevida para o concorrente.

Verifica-se que tanto os compromissos de não-concorrência quanto de exclusividade consistem em possíveis recursos e instrumentos para proteção de segredos de negócio em contratos com fornecedores e prestadores de serviço. Contudo, a estipulação de tais compromissos pode implicar em riscos relevantes para empresa contratante a depender das condições do mercado, de seu fornecedor e das próprias previsões contratuais.

O tópico a seguir detalha as possíveis penalidades que poderiam ser estipuladas contratualmente caso os fornecedores/prestadores viessem a descumprir tais compromissos. Adicionalmente, são indicadas possíveis estratégias contratuais alternativas, que podem representar menor risco comparativamente a previsões de não-concorrência e exclusividade.

5. POSSÍVEIS PENALIDADES E OUTRAS ESTRATÉGIAS CONTRATUAIS

Traçados os parâmetros e limites concorrenciais relativos aos compromissos de não-concorrência e de exclusividade em contratos com fornecedores e prestadores de serviços, passa-se a analisar quais

seriam os parâmetros adequados para o estabelecimento de multas contratuais pelo descumprimento dessas previsões.

O estabelecimento de multas por descumprimento de obrigações contratuais é matéria de Direito Privado, com lastro no Código Civil. Embora não se negue a possibilidade de que esse tipo de previsão possa produzir efeitos competitivos relevantes¹⁷⁴, o CADE usualmente não dispensa atenção a este tipo de disposição.

Multas contratuais estabelecidas pelo descumprimento de obrigações de confidencialidade, exclusividade e não-concorrência consistem em disposições especiais não diretamente atreladas ao cumprimento da obrigação principal do contrato. Dessa forma, tais multas têm, em geral, o principal objetivo de evitar o descumprimento (caráter preventivo), assim como já prever um montante mínimo de indenização, possibilitando ao credor evitar uma longa ação de conhecimento para apuração de pelo menos parte do valor a ser indenizado.

O Poder Judiciário tem validado a pactuação de cláusulas penais nesse sentido, com determinadas ressalvas¹⁷⁵. Em geral, as decisões indicam que, para que as multas por descumprimento sejam aplicáveis, as cláusulas de não-concorrência e de exclusividade devem seguir parâmetros que delimitem, com clareza, o seu objeto (nos termos do art. 166, II, do Código Civil), além de fixar limites temporais, espaciais e materiais a fim de não prejudicar a livre concorrência e/ou a subsistência da parte contrária¹⁷⁶.

174 Em investigações relacionadas a casos de cartel ou de condutas verticais, a fixação de multas em caso de descumprimento de compromissos de não-concorrência e exclusividade poderia reforçar o entendimento de que havia uma obrigação vinculante entre os envolvidos na conduta, com aplicação de sanção pelo descumprimento do acordo anticompetitivo, por exemplo.

175 BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004021-74.2020.8.26.0010. Relator Desembargador Sérgio Shimura. Julgado em: 13 jun. 2023; BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº: 1002873-77.2017.8.26.0157. Relator Desembargador Salles Vieira. Julgado em: 20 fev. 2020.

176 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1203109/MG. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 5 mai. 2015.

Apesar de parecer uma conclusão um tanto quanto óbvia, essa premissa é importante porque em geral o devedor questionará em juízo não apenas o valor da multa, mas também a validade da obrigação cujo descumprimento está associado à cláusula penal¹⁷⁷.

Com relação ao valor da multa contratual, de acordo com o art. 412 do Código Civil, a cláusula penal não pode exceder o valor da obrigação principal. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado nesse sentido, tendo registrado que poderá o magistrado adequar o *quantum debeatur* quando a cláusula se tornar exorbitante¹⁷⁸. Ainda, o art. 413 do Código Civil prevê a possibilidade de o magistrado reduzir equitativamente a penalidade, caso seja manifestamente excessiva, tendo em vista a natureza e finalidade do negócio.

Esse ponto é especialmente relevante porque é possível haver contratos firmados com fornecedores/prestadores em que o valor da obrigação principal seja bastante inferior ao potencial valor das informações acessadas pelo fornecedor/prestador, de modo que haveria uma dificuldade maior em se determinar adequadamente o valor das multas.

Nesse sentido, os precedentes indicam que o contexto fático da obrigação pactuada também será levado em consideração quando da análise de eventual reajuste do valor devido. A avaliação equitativa a ser feita pelo magistrado deve considerar o grau de culpa do devedor, a sua situação econômica e o montante adimplido, por exemplo¹⁷⁹.

177 Nesse sentido, já decidiu-se que semelhanças decorrentes de orientações regulamentares gerais não configuram quebra de confidencialidade e, portanto, a indenização não era devida: “(...) ainda que houvesse uma semelhança em determinados aspectos dos estabelecimentos das partes, estes decorrem do cumprimento de orientações regulamentares sobre contabilidade e consultórios odontológicos, e não de elementos exclusivos da apelante”. BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1031408-67.2015.8.26.0001. Relatora Desembargadora Jane Franco. Julgado em: 26 jan. 2023.

178 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1119740/RJ. Relator Ministro Massami Uyeda. Julgado em: 27 set. 2011. Publicado em: 13 out. 2011.

179 “o grau de culpa do devedor, a sua situação econômica e o montante adimplido, inclusive a análise da avaliação proporcional da utilidade ou vantagem que o pagamento, ainda que imperfeito ou incompleto, tenha oferecido ao credor, não havendo uma mera correspondência

Outro limite legal a cláusulas penais é o estabelecido na Lei da Usura (art. 9º do Decreto 22.626/33), que estabelece teto de 10% do valor da obrigação descumprida quando a multa for somente punitiva. A nosso ver, a referida limitação não deve se aplicar ao descumprimento de cláusulas de confidencialidade, não-concorrência e exclusividade, uma vez que não se trata de multa sobre uma obrigação contratual pecuniária, sendo que o descumprimento de referidas obrigações pode acarretar prejuízos diversos à parte estipulante.

O Poder Judiciário já entendeu que é possível a cobrança da multa pecuniária por descumprimento cumulada com a execução específica da obrigação de não-fazer prevista na cláusula de não-concorrência. A decisão em comento afastou a alegação da parte contrária de *bis in idem* (repetição de uma sanção sobre o mesmo fato) quanto à suposta impossibilidade de cumulação da multa reparatória com a imposição da cláusula de não-concorrência. De fato, esse entendimento parece ser o mais correto, pois a cláusula penal prevista no art. 408 e ss. do Código Civil possui justamente a função de fixar indenização por descumprimento (parcial ou total) ou atraso no contrato ou obrigação¹⁸⁰.

Considerando esse cenário, conclui-se que as multas para obrigações de confidencialidade, exclusividade e não-concorrência devem ser estipuladas limitadas ao valor da obrigação principal de cada contrato, sendo que a empresa contratante poderá buscar em juízo eventual complemento da indenização, conforme aplicável. Essa busca será especialmente relevante nos casos em o valor da obrigação principal for relativamente baixo vis-à-vis o potencial valor das informações acessadas pelo fornecedor/prestador de serviços. Isso porque, em que pese possa parecer razoável o estabelecimento de multa com valor majorado nesses casos, há um risco não desprezível

matemática exata entre o grau de inexecução e o de abrandamento da multa.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.898.738/SP. Relatora Ministra Nancy Andri ghi. Julgado em: 23 mar. 2021.

180 BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº: 0034036-35.2018.8.26.0100. Relator Desembargador Azuma Nishi. Julgado em: 9 nov. 2022. Publicado em: 17 nov. 2022.

de que o Poder Judiciário entenda pela invalidade da cláusula penal cujo valor exceda o da obrigação principal.

Por fim, é possível elencar outras estratégias contratuais que poderiam consistir em alternativas efetivas para a proteção de informações confidenciais e estratégicas e que, ao mesmo tempo, representem menor risco comparativamente a previsões de não-concorrência e exclusividade em contratos com fornecedores e prestadores de serviços.

Uma primeira alternativa seria a adoção de cláusulas de confidencialidade, que visam resguardar quaisquer informações a que o fornecedor/prestador tenha tido acesso, incluindo documentos físicos e eletrônicos, mapas, plantas, esquemas, receitas, informações orais e quaisquer outras. Nesse caso, a empresa contratante não precisaria comprovar que as informações que deseja proteger se enquadrariam, por exemplo, no âmbito do artigo 39(2) do TRIPS, ou que sua violação se enquadraria no crime de concorrência desleal (art. 195 da LPI). Isso porque não se trata de proteção de segredo de negócio propriamente dito, mas de uma proteção mais ampla a quaisquer informações confidenciais e estratégicas da empresa a que o fornecedor/prestador tenha tido acesso.

Na mesma linha, uma segunda possibilidade seria a assinatura de termos de confidencialidade pelos colaboradores dos fornecedores que estejam diretamente envolvidos na prestação do serviço para a empresa contratante. Trata-se de uma cautela adicional que pode produzir algum constrangimento ao proporcionar mais clareza da sensibilidade das informações acessadas e dos riscos e consequências atrelados à sua divulgação e utilização indevida. Além disso, a assinatura dos termos constitui prova adicional de que a empresa contratante tomou todas as cautelas possíveis para a proteção de suas informações confidenciais estratégicas.

Por fim, uma terceira possibilidade seria a adoção de cláusulas de não-aliciamento. Essas cláusulas possibilitam à empresa contratante evitar que seus fornecedores mais relevantes e relacionados ao seu negócio principal (*core business*) contratem seus funcionários, o que

possivelmente resultaria em acesso mais amplo a informações sobre o negócio da empresa.

Apesar de também serem potencialmente restritivas à concorrência, as cláusulas de não-aliciamento em geral são justificáveis no âmbito de contratos de médio e longo prazo, especialmente por conta do contato próximo que o fornecedor terá com os colaboradores da empresa contratante em decorrência do contrato de prestação de serviços. De todo modo, e a fim de evitar que a cláusula possa vir a ser considerada abusiva, é necessária atenção para que seu limite temporal não seja demasiadamente extenso.

Por serem potencialmente menos gravosas, essas obrigações alternativas poderiam ser adotadas de forma menos restritiva no âmbito das contratações, mitigando a exposição da empresa contratante a riscos.

6. CONCLUSÃO

O artigo se dedicou a explorar a licitude da proteção de direitos de propriedade industrial não sujeitos a registro – tais como segredos de negócio e *know-how* – analisando os limites e parâmetros impostos pelo direito concorrencial brasileiro para que agentes econômicos protejam esses direitos por meio de compromissos de não-concorrência e de exclusividade.

Conforme verificado, os Tribunais, de modo geral, legitimam a proteção de segredos de negócios por meio de compromisso de não-concorrência ou exclusividade, desde que a informação protegida seja legitimamente objeto de proteção e que a própria empresa interessada adote medidas para protegê-la ativamente. Assim, a empresa deve ser capaz de provar que o segredo de negócio compreende informações específicas e técnicas (*e.g.*, plantas, esquemas, manuais, receitas, guias para treinamento), confidenciais (*i.e.*, que não é de conhecimento público e que a empresa adota cautelas razoáveis para sua proteção) e de valor econômico para o negócio desenvolvido pela empresa.

Contudo, embora compromissos de não-concorrência e exclusividade sejam importantes e, sob a perspectiva privada, sejam legítimos, tais compromissos podem impactar a dinâmica concorrencial do mercado de forma ampla. Por esse motivo, ao elaborar contratos e estratégias de proteção para seus segredos de negócio, os agentes privados devem ter em conta os posicionamentos do CADE e do Poder Judiciário acerca dos limites a serem observados.

Com relação aos compromissos de não-concorrência, estes são tolerados pelo CADE desde que adotados de forma justificada e alinhados a determinados parâmetros estabelecidos em seus julgados com relação a sua motivação, abrangência e prazo de vigência. Sob a perspectiva do Direito Privado, os Tribunais tem entendido que cláusulas de não-concorrência em geral são válidas desde que possuam escopo e limites bem determinados. Além disso, os Tribunais têm sinalizado que a ausência de lastro que justifique a imposição da obrigação ou ausência de proporcionalidade da obrigação pactuada podem resultar em declaração de nulidade.

Assim, caso não seja possível demonstrar que as informações que se deseja proteger efetivamente consistem em segredo de negócios – *e.g.*, caso essas informações não sejam específicas, técnicas, sigilosas, capazes de representar vantagem competitiva, protegidas pela própria empresa com relação a acesso interno por seus funcionários e por cláusulas contratuais de confidencialidade – a empresa pode ficar exposta a alguns riscos, como dificuldade de execução da previsão contratual, investigação por cartel e investigação pela prática de *sham litigation*.

Mesmo quando verificado que se deseja efetivamente proteger segredo de negócio que possa vir a ser acessado no âmbito do contrato de prestação de serviços ou fornecimento, alguns cuidados devem ser adotados. Para que as previsões de não-concorrência sejam consideradas válidas dentro os parâmetros estabelecidos pelo CADE e pelo Poder Judiciário em seu precedentes, é necessário que: (i) se limitem ao mercado em que o segredo de negócio poderia ser indevidamente explorado, tanto sob a perspectiva do produto quanto

da extensão geográfica; e (ii) se limitem a prazo proporcional e suficiente para proteger o referido segredo.

Com relação aos compromissos de exclusividade, esses são, em regra, considerados razoáveis pela autoridade antitruste quando: (i) são acessórias ao contrato principal; e (ii) são considerados essenciais para proteger o negócio, por exemplo, para garantir os investimentos realizados, proteger informações ou segredos de negócio ou preservar o equilíbrio e a integridade comercial de um contrato.

Conforme detalhado, quanto mais pontuais e menos recorrentes forem as relações de exclusividade, menor tende a ser o risco concorrencial. Ainda, quanto mais relevante determinado fornecedor/prestador de serviço for em seu ramo de atuação, maior deve ser a preocupação em relação à cláusula de exclusividade, pois essa obrigação poderá impedir ou dificultar o acesso a concorrentes da empresa aos produtos/serviços disponibilizados por dado fornecedor.

Na mesma linha, se os fornecedores/prestadores de serviços consistirem em empresas que não atuam apenas prestando serviços para agentes que atuem no segmento específico sob análise, mas também para outros tomadores desses serviços, seria mais baixo o risco de a cláusula de exclusividade estabelecida acarretar fechamento de parcela significativa do mercado. Ainda, a previsão de exclusividade deve estar limitada ao mesmo escopo geográfico/territorial em que ocorreu o fornecimento/prestação de serviços, tendo seus efeitos minimizados.

Com relação à duração, verifica-se que o tempo de vigência da exclusividade deve ser diretamente atrelado ao tempo necessário para a conclusão do período de fornecimento/prestação de serviços, podendo ser seguido de um breve período subsequente que guarde relação com a proteção do negócio desenvolvido. Caso a previsão de exclusividade venha a ser estendida para além desse período, o risco de uma eventual preocupação por parte da autoridade antitruste poderá ser maior. Por fim, quanto mais for possível sustentar a existência de justificativas e a racionalidade econômica da previsão

de exclusividade, tanto mais será possível evitar uma investigação ou uma condenação pelo CADE.

Sob a perspectiva do direito privado, na mesma linha do quanto exposto para a previsão de não-concorrência, a previsão de exclusividade será mais sólida e justificável caso seja possível demonstrar que os fornecedores/prestadores de serviços, durante toda a extensão do período contratual, efetivamente tiveram acesso a *know-how*, segredos de negócio e às informações comercialmente sensíveis da empresa e que eventual utilização dessas informações no âmbito de contratos firmados com concorrentes da empresa poderia resultar em vantagem competitiva indevida para o concorrente.

No tocante aos parâmetros adequados para o estabelecimento de multas contratuais pelo descumprimento dessas previsões, essas devem ser estipuladas limitadas ao valor da obrigação principal de cada contrato. A empresa contratante poderá buscar em juízo eventual complemento da indenização, conforme aplicável.

Por fim, conforme detalhado, é possível elencar outras estratégias contratuais alternativas para a proteção de informações confidenciais. Essas estratégias podem representar menor risco comparativamente a previsões de não-concorrência e exclusividade em contratos com fornecedores e prestadores de serviços, sendo elas: cláusulas de confidencialidade, termos de confidencialidade assinados por pessoas físicas e cláusulas de não-aliciamento.

A partir da análise da jurisprudência do CADE e do Poder Judiciário, conclui-se que, a depender das especificidades do caso concreto, o estabelecimento de compromissos de não-concorrência e exclusividade é possível e pode ser lícito, desde que observados os limites indicados. De todo modo, esse tipo de compromisso deve ser utilizado com cautela em contratos de fornecimento/prestação de serviços, evitando possíveis distorções à dinâmica competitiva em razão da redução da concorrência atual ou potencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERARDO, José C. e LILLA, Paulo. Alguns Apontamentos sobre o Processo Administrativo 08012/011508/2007-91 e a Caracterização do Abuso do Direito de Petição como Ilícito Concorrencial. In: BAGNOLLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro. *Jurisprudência do CADE Comentada*. São Paulo, SP. Ed. RT, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.898.738/SP. Relatora Ministra Nancy Andrigli. Julgado em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1119740/RJ. Relator Ministro Massami Uyeda. Julgado em: 27 set. 2011. Publicado em: 13 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1203109/MG. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 5 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.761.045/DF. Relator Ministro Paula de Tarso Sanseverino. Julgado em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 2007685-63.2019.8.26.0000. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Julgado em: 8 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1031408-67.2015.8.26.0001. Relatora Desembargadora Jane Franco. Julgado em: 26 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0210268-53.2005.8.26.0100. Relator Desembargador Rômolo Russo. Julgado em: 14 out. 2015. Publicado em: 27 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº: 1002873-77.2017.8.26.0157. Relator Desembargador Salles Vieira. Julgado em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004021-74.2020.8.26.0010. Relator Desembargador Sérgio Shimura. Julgado em: 13 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Cível nº: 0034036-35.2018.8.26.0100. Relator Desembargador Azuma Nishi. Julgado em: 9 nov. 2022. Publicado em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0013570-46.2005.8.26.0077. Relator Desembargador Ericson Maranhão, Julgado em: 5 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Tutela Antecipada Antecedente nº 1126564-71.2018.8.26.0100. Juíza Marina Dubois Fava.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARR - 217-05.2010.5.09.0006. Relator Cláudio Mascarenhas Brandão. Publicado em: 12 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário. Acórdão nº 01344-2002-078-02-00-7. Relator Sergio Winnik. Publicado em: 14 dez. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário. Acórdão nº 20180206367. Relator Francisco Ferreira Jorge Neto. Publicado em: 20 jul. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.012594/2015-19. Diba SP Participações S.A. e Hortigil Hortifruti S.A. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Julgado em: 24 fev. 2016. Publicado no Diário Oficial da União em: 1 mar. 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.001018/2022-67. XP Investimentos Corretora

de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S.A. e Banco Modal. Terceiro interessado: Acqua Vero Agente Autônomo de Investimentos LTDA. Julgado em: 7 jul. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 8 jul. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.002189/2022-11. Galapagos Holding Financeira Ltda. e Banco BS2 S.A., DT Participações S.A. e Bonsucesso Holding Financeira S.A. Julgado em: 2 mai. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 3 mai. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.000034/1999-90. Debida Participações Ltda. e Tessengerlo Chemie N.V. Relator Conselheiro Mércio Felsky. Julgado em: 28 abr. 1999.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Representantes: Total Pass Participações Ltda e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. Representado: GPBR Participações Ltda (Gympass).

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.000800/2016-11. Representante: Cade *Ex-officio*. Representada: Oncoclínicas do Brasil Serviços Médicos S.A e Eptca Medical Devices. Julgado em: 10 fev. 2017. Publicado no Diário Oficial da União em: 13 fev. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.006268/2018-15. Representante: Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (CBSS ou Veloe). Representadas: Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda (CGMP ou Sem Parar) e ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A (Conect-Car). Terceiro Interessado: Greenpass Tecnologia em Pagamentos S.A. Julgado em: 14 dez. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 15 dez. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.000381/2020-01. Representante: Instituto de Hematologia e Hemoterapia de Curitiba S/C Ltda. Representado: Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A. Julgado em: 16 jun. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 jun. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Representante: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Representada: Ambev S.A. Terceira interessada: Cervejaria Petrópolis e Villa Parnaíba Mall.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60. Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda. Representada: PST Eletrônica S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 12 ago. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 19 ago. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27. Representante: Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Representadas: Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Julgado em: 16 out. 2018. Publicado no Diário Oficial da União em: 22 out. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Recurso Voluntário nº 08700.003994/2020-92. Recorrente: Instituto de Hematologia e Hemoterapia De Curitiba S/C Ltda. (IHHC). Interessados: Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A. (Hemobanco). Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 9 dez. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 16 dez. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Requerente: GPBR

Participações Ltda. Julgado em: 21 set. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 set. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17. Requerente: iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A. Julgado em: 8 fev. 2023. Publicado no Diário Oficial da União em: 15 fev. 2023.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 9ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 6th edition. West Academic Publishing, 2020.

MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 121-146. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67667/70275>. Acesso em: 29 abr. 2024.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 161.

MARTORANO, Luciana S. *Obrigações de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-25112016-121705. Acesso em: 2 mai. 2024.

PENEREIRO, Stephanie Vendemiatto. *Sham Litigation: o exame dos incentivos econômicos como instrumento complementar de*

análise antitruste. In: ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Paulo Burnier da. (Org.). *Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais*. 1ed. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2019, v. II, p. 298-322.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. Coleção Direito Econômico (coord. Fernando Herren Aguillar). São Paulo: Saraiva, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1 - 26ª Edição. Editora Saraiva, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CLÁUSULAS GERAIS E CONTRATOS EMPRESARIAIS: VALORAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE

Lucas Delazari Pinheiro (USP, São Paulo)

RESUMO. O presente artigo visa ao estudo, mediante revisão bibliográfica, do método casuístico e das cláusulas gerais a partir da estrutura do raciocínio jurídico por trás de cada um deles. Depois de desenhadas as principais características estruturais dos enunciados elásticos, o trabalho traça as principais preocupações sistêmicas referentes à concreção dessas normas nas avenças interempresariais, notadamente a situação de insegurança jurídica e falta da “calculabilidade” necessária à adequada ponderação de riscos pelos investidores e agentes econômicos. Ao final, propõem-se duas formas de se conciliar o método das cláusulas gerais e a demanda por segurança jurídica: [i] firmar-se a prevalência das normas casuísticas sobre as cláusulas gerais, em virtude das regras clássicas de interpretação e aplicação do Direito, e [ii] conceber-se a *função econômica* do contrato empresarial como elemento orientador e limitador do raciocínio de valoração e da aplicação desses enunciados elásticos.

PALAVRAS-CHAVE. Casuística; subsunção; juízo de valor; valoração; cláusulas gerais; contratos empresariais; segurança jurídica.

ABSTRACT. The article addresses, by means of a bibliographic review, the subsumption and general clauses methods, comparing the logical structure of the legal reasoning behind each one of them. After listing the main structural characteristics of the general clauses, the manuscript approaches the systemic concerns involving the application of such rules, mainly the uncertainty and the unpredictability that are necessary for the risk weighting by investors and players in general. Finally, the article proposes two possible ways to balance the need for predictability in judicial and arbitral decisions and the general clauses: [i] by establishing that rules prevail against standards and general

clauses, due to the traditional principles for Law interpretation and application, and [ii] by conceiving the economical function of the contracts entered into by enterprises as a guiding principle that limits value judgements and the application of general clauses.

KEYWORDS. Subsumption; value judgement; general clauses; inter-enterprise contracts; legal certainty.

INTRODUÇÃO

Independentemente de ser adequado ou não afirmar a existência de uma “farra dos princípios”¹⁸¹ ou de uma “tirania dos valores”¹⁸², fato é que as cláusulas gerais têm sido objeto de uma miríade de estudos doutrinários, bem como invocadas por um grande número de decisões judiciais. Apesar do grande interesse e da corriqueira aplicação dessas normas, está na ordem do dia a preocupação com a insegurança jurídica gerada pelo espraiamento de pautas normativo-axiológicas sem vínculo metodológico ou critérios dogmáticos precisos¹⁸³.

O presente trabalho propõe-se a analisar, sob o prisma da estrutura das proposições normativas, o problema das cláusulas gerais e da segurança jurídica no âmbito dos contratos empresariais. Por meio da análise dos raciocínios jurídicos envolvidos na aplicação de normas casuísticas e de enunciados elásticos, verificaremos se há ou não um problema genético de insegurança jurídica associado às cláusulas gerais. Por fim, discutiremos a importância da garantia de

181 Expressão do Professor Ronaldo Porto Macedo Júnior.

182 Cf. SCHMITT, Carl. **La tirannia dei valori**. 10. ed. Trad. it. GURISATTI, Giovanni; VOLPI, Franco. Milão: Adelphi Edizioni, 2021, pp. 60 a 62.

183 V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 12 e 13. De acordo com a autora, “a explosão do emprego do instituto jurídico designado como boa-fé objetiva tem um lado virtuoso e outro perverso. Virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos critérios dogmáticos a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica. [...] A ausência de limites importa necessariamente em arbítrio [...]”.

uma margem mínima de certeza e previsibilidade sobre a aplicação do direito no âmbito dos contratos interempresariais, propondo formas de conciliação entre, de um lado, as funções das cláusulas gerais e, de outro, as demandas da ordem econômica fundada num modo de produção capitalista.

1. A CASUÍSTICA E O JUÍZO DE SUBSUNÇÃO

Toda a estrutura do raciocínio casuístico parte da premissa de que o estudo do Direito envolve, em alguma medida, a análise da interação entre dois planos distintos da existência, ou, nas palavras de PONTES DE MIRANDA, dois “mundos” diversos. Há, de um lado, a realidade sensível, o “mundo” de tudo aquilo que *é* e do que *foi*. Do outro, há o “mundo do Direito”, a esfera que engloba tudo aquilo que *deve ser* ou que *deveria ter sido*¹⁸⁴.

Nesse contexto de dualidade, como explicado por LARENZ, as proposições jurídicas nada mais são do que “ordenações de vigência”, comandos para que a realidade sensível corresponda ao que preceitua a lei. “O dador da norma não diz: assim é de facto; mas diz: assim deve ser de Direito, assim deve valer”¹⁸⁵. Segundo ENGISCH, o Direito destila-se “em concretas regras de dever-ser”, dizendo “algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir”¹⁸⁶.

A técnica legislativa casuística para regramento de condutas baseia-se na criação de fórmulas gerais e abstratas com amplitude suficiente para garantir, ao mesmo tempo, [i] comandos capazes de alcançar o resultado esperado pelo legislador e [ii] clareza quanto à

184 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 1. Atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo Luís da Cruz; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 59 a 61.

185 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 353.

186 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 75 e 76. De acordo com o autor, “a Jurisprudência prática e o Direito se referem à vida [...] e têm incidência sobre ela na medida em que, dia a dia, hora a hora, momento a momento, determinam os actos e omissões através dos quais nós construímos essa nossa vida”.

sua aplicação, conferindo um mínimo de segurança jurídica àqueles submetidos à norma. Quem legisla procura, dentro dos limites cognitivos de qualquer ser humano¹⁸⁷, antever as hipóteses pontuais e concretas que deseja ver afetadas pelo comando legal. Na síntese de GODOY, a técnica casuística caracteriza-se pela “antevisão e descrição, pelo legislador, da hipótese fática”¹⁸⁸.

Esse modelo “privilegia a especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*”, distinguindo-se dos demais métodos pelo “grau de detalhamento ou exatidão por meio do qual os supostos de fato são apresentados e descritos”. Há “prevalência do elemento descritivo, ocorrendo, por isso, uma tipificação de condutas no próprio texto legal”¹⁸⁹.

Assim, constrói-se uma estrutura linguística ampla o suficiente para que a toda e qualquer hipótese empiricamente verificada seja aplicada uma consequência jurídica concreta e específica. E a incidência da norma, neste caso, ocorre mediante a construção de um raciocínio lógico de *subsunção*.

Do ponto de vista estrutural, diz-se que as proposições jurídicas de conduta têm estrutura hipotética, formada por um antecedente lógico geral e abstrato (A_g) associado a uma consequência jurídica igualmente geral e abstrata (C_g)¹⁹⁰. Se, na esfera fática, ocorre um fato que possivelmente esteja no âmbito de aplicação da norma, o intérprete dele extrai um enunciado linguístico, uma proposição descritiva concreta e específica (A_c) contendo todos os elementos e requisitos para aplicação da norma jurídica. Caso se verifique que

187 Sobre o fenômeno da “racionalidade limitada do legislador”, v. DENOZZA, Francesco. Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un’analisi funzionale. In: **Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale**, Milão, v. 1, n. 2, p. 1-22, jan. 2013..

188 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

189 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 144.

190 Não se olvida da complexidade das proposições jurídicas de conduta e da participação das proposições de competência na formação do enunciado jurídico completo. Contudo, por não ser objeto do presente ensaio, não serão abordadas as proposições jurídicas incompletas, mas recomenda-se a leitura de LARENZ, Karl. *op. cit.*, pp. 359 a 370.

o enunciado concreto e específico está contido na hipótese geral e abstrata – ou seja, que A_c é um caso de A_g –, tem-se a “subsunção do fato à norma”. Em outras palavras, se há, em todos os casos em que a premissa geral se verifica, uma correspondente consequência jurídica, e se o caso concreto está amparado na descrição do suporte fático descrito no antecedente lógico da norma jurídica, aplica-se de modo concreto à hipótese específica a consequência jurídica prevista na lei (C_c). Em resumo, é possível traduzir esse esquema no simples silogismo abaixo¹⁹¹:

$$\begin{aligned} A_g &\rightarrow C_g \\ A_c &= A_g \\ A_c &\rightarrow C_c \end{aligned}$$

Tomemos como exemplo a norma contida no artigo 927, *caput*, do Código Civil. O dispositivo prevê que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem” (A_g) “fica obrigado a repará-lo” (C_g). Percebe-se que tanto o antecedente como o consequente do silogismo hipotético-normativo foram construídos com base numa generalidade intencional, a fim de que o comando possa ser aplicado a uma miríade de hipóteses concretas que preencham os requisitos gerais ali desenhados. Portanto, se, por exemplo, Caio pratica ato ilícito e, como resultado, causa um dano de dez mil reais a Mévio (A_c), observa-se que essa situação concreta cumpre todas as premissas contidas no antecedente lógico do artigo 927 ($A_c = A_g$), o que implica a incidência, *in casu*, de uma consequência jurídica específica, qual seja: Caio deve reparar o dano, pagando a Mévio a quantia de dez mil reais a título de indenização (C_c).

Pelo simples esquema lógico acima descrito, percebe-se que a generalidade da linguagem da lei é fundamental para que cumpra o seu papel de racionalização da aplicação do direito. A abstração da

191 LARENZ, Karl. *op. cit.*, pp. 380 a 383. Mais adiante, na página 387, LARENZ admite que o silogismo do início do capítulo não discrimina a consequência jurídica abstrata prevista na norma daquela concreta, aplicada ao caso concreto. Propusemos essa separação lógica na estrutura do próprio silogismo, como se observa no modelo proposto neste capítulo.

fattispecie serve para que não apenas Mévio seja indenizado por Caio, mas para todas as hipóteses em que alguém causar dano a outrem por meio de ato ilícito¹⁹². Ao mesmo tempo, a amplitude do tipo é controlada por meio da redação do dispositivo legal, para que sua aplicação seja restrita apenas às hipóteses desenhadas pelo legislador.

De modo geral, tem-se que o raciocínio de subsunção proporciona:

- [i] a aparência de uma tomada de decisão¹⁹³ mais distante do juízo subjetivo de cada julgador, proporcionando uniformidade na aplicação da Lei;
- [ii] do ponto de vista jurídico, segurança ao jurisdicionado; e
- [iii] do econômico, fornece melhores elementos à antevisão de riscos pelos agentes econômicos.

Trataremos destas duas últimas características mais adiante, mas, desde logo, é pertinente destacar que o modelo casuístico confere às decisões jurisdicionais, ao menos na esfera das aparências, certa neutralidade axiológica, privando a lei de ranços subjetivistas de seus aplicadores. A existência de um corpo de leis abstratas contribui para a despersonalização dos comandos. Não é o rei, o parlamento ou o juiz que mandam, mas sim a Lei. Trata-se da antiga ideia do *nomos basileus*, a universalidade de normas como o verdadeiro rei, uma noção que traduz apelo impessoal e objetivo, na tentativa de afastar da aplicação

192 Na dicção de SCHMITT: “Every rule, every legal norming, regulates many cases. It elevates itself above the individual case and above the concrete situation and thus has, as ‘norm’, a certain superiority and eminence above the mere reality and factual nature of the individual case, the changing situation, and the changing will of men” (SCHMITT, Carl. On the Three Types of Juristic Thought. **Contributions In Political Science: Global Perspective in History and Politics**, Londres, v. 397, n. 147, p. 49, jan. 2004).

193 A primeira tomada de decisões, em realidade, é feita pelo legislador ao decidir qual grupo de fatos regular e como descrevê-los. Como bem observa IRTI, “la giuridicità non è trovata, ma attribuita dalla norma” (IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 5. ed. Roma: Laterza, 2003, p. 58).

da norma jurídica os elementos volitivos pessoais dos homens que estão por trás do processo legislativo e jurisdicional¹⁹⁴.

Contudo, justamente em virtude desse descolamento entre “a Lei” e “os homens”, o modelo de estruturação e aplicação do direito por meio do raciocínio de subsunção encontrar-se-ia em crise, no entender de MENEZES CORDEIRO. A seu ver, o pensamento dito “conceitualista” – ou seja, pautado na “redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal” – implicaria um “irrealismo metodológico”, à medida que a criação de abstrações cada vez mais distancia a norma jurídica da realidade. A “fraqueza do processo juscientífico atual” estaria intimamente ligada à “necessidade de soluções reais”¹⁹⁵, razão pela qual seria necessário conferir maior abertura e maleabilidade ao sistema, mediante o fortalecimento de outra forma de se pensar e aplicar o Direito: a *avaliação*.

2. JUÍZO DE VALOR

Diante do acima exposto, percebe-se que o raciocínio de subsunção clássico exige que a norma jurídica a ser aplicada no caso concreto seja uma proposição lógico-hipotética completa, com um *antecedente* e um *consequente*, ambos gerais e abstratos. Todavia, nem sempre é possível vislumbrar no texto legislado uma redação que possibilite a formação do silogismo de subsunção, sobretudo em virtude:

[i] da vagueza da linguagem utilizada pelo legislador para a construção da regra; e/ou

194 De acordo com SCHMITT, “the normativist, thus, claims impersonal, objective justice against the personal choices of the decisionist and the feudal, *ständischen*, or other pluralisms of the orders. In all ages, it has been demanded that the law and not men should rule. [...] In the influential two-thousand-year stoic tradition it had further effectiveness through the definition of Chrysipp, that law is king, overseer, ruler, and master over morality and immortality, right and wrong. Likewise, the often-repeated antithesis of *ratio* and *voluntas*, *veritas* and *auctoritas*, supports the normativist demand for the rule of law as opposed to the rule of men” (SCHMITT, Carl. *op. cit.*, p. 49).

195 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, pp. 33 e 34.

[ii] da estrutura da proposição jurídica, que por vezes destoa do clássico esquema lógico-hipotético.

2.1. ENUNCIADOS VAGOS

A vagueza semântica consiste na “imprecisão do significado” de um termo ou expressão. Com efeito, “um termo ou enunciado é vago quando o seu uso apresenta, além de hipóteses centrais e não controversas [...], alguns casos-limite”¹⁹⁶.

Não se trata de uma indeterminação semântica absoluta. A vagueza é uma questão de *grau*¹⁹⁷. Para explicar essa ideia, MARTINS-COSTA coloca como exemplo a calvície. Quantos fios de cabelo uma pessoa deve ter na cabeça para que seja considerada calva? Certamente, existirá um grupo de hipóteses no qual haverá relativo consenso quanto à ausência ou à efetiva configuração da calvície, separadas por uma “zona cinzenta”, um grupo de casos nos quais haverá divergência, dúvida¹⁹⁸. Assim ocorre com as proposições jurídicas construídas com base em noções vagas.

Aplicando essa ideia especificamente às normas jurídicas, ENGISCH, citando as lições de PHILIPP HECK, ensina que a vagueza da linguagem da lei permite identificar nessas figuras normativas um *núcleo* conceitual, no qual “temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito”, e um *halo* conceitual, representando as situações em que há incertezas. “Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”¹⁹⁹.

196 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 149.

197 V. VELLUZZI, Vito. Osservazioni sulla semantica delle clausole generali. In: **Etica & Politica**, I, 2006, p. 7. Disponível em http://www2.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.pdf. Acesso em 23/11/2022. “Vaghezza di grado (o vaghezza sena specificazioni ulteriori): riguarda il significato, consiste nella difficoltà di poter riferire il significato di un termine ad alcuni casi, ovvero si tratta di una proprietà del significato e si intende che quel significato non può essere delimitato con precisione”.

198 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 148.

199 ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 209.

Por exemplo, a indeterminação de sentido da expressão “animais de pequeno porte” como um dos elementos necessários à configuração de construir tapumes prevista no artigo 1.297, §3º, do Código Civil²⁰⁰ liga-se a uma realidade fática, cabendo ao julgador, diante do caso concreto, a valoração sobre o cabimento ou descabimento de sua aplicação, mediante o uso de regras de experiência ou outros critérios²⁰¹. É certo que um elefante não é animal de pequeno porte, assim como haverá pouca controvérsia quanto ao fato de um hamster sê-lo. Contudo, há uma “zona de penumbra” em que haverá dúvida quanto ao enquadramento do animal em questão à categoria normativa, como pode acontecer com algumas espécies de cachorros, por exemplo.

MARTINS-COSTA ainda destaca, à luz dos ensinamentos de LUZZATTI, uma categoria específica de indeterminação semântica da linguagem: a *vagueza socialmente típica*, presente nas hipóteses em que a norma faz uso de

“expressões programaticamente vagas, verificáveis quando algum termo, segundo uma certa interpretação, exprime um conceito valorativo cujos critérios aplicativos não são sequer determináveis senão através de referência aos ‘variáveis parâmetros de juízo e às mutáveis tipologias da moral social e do costume’”²⁰².

200 “Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas. [...]”

§ 3º A construção de tapumes especiais para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim, pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas”.

201 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 152 e 153.

202 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 153 e 154.

Trata-se, em suma, de “valorações tipicizantes das regras sociais”²⁰³. Remete-se o julgador “a valores objetivamente assentados pela tipologia social [...] porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e espaço”²⁰⁴. Essa modalidade de “reenvio” que se baseia na vagueza da linguagem da lei reflete a escolha deliberada do legislador de [i] ou delegar ao julgador a análise caso a caso de situação fática, [ii] ou enviar o intérprete a uma pauta axiológica cujo sentido é precisado socialmente.

De todo modo, fato é que a vagueza da linguagem impede a aplicação da norma por subsunção, uma vez que impossibilita a identificação, de plano, da compatibilidade entre uma proposição jurídica mais abrangente e abstrata, de um lado, e um caso específico e concreto, de outro. Com efeito, não há relação lógica de pura subsunção no raciocínio pelo qual o juiz declara a rescisão de um negócio jurídico por entender que a declaração negocial de uma das partes foi emitida “sob premente necessidade”, configurando lesão nos termos do artigo 157 do Código Civil. A abrangência semântica da expressão utilizada pelo legislador impõe que, no lugar de operar-se de plano a subsunção do fato à norma, o juiz deve, por meio de seu poder de jurisdição, declarar se o caso concreto é ou não um dos casos previstos no “enunciado elástico” da lei, com base nos critérios de valoração que entender aplicáveis.

2.2. VALORAÇÃO E ESTRUTURA DA PROPOSIÇÃO JURÍDICA

Ao lado da indeterminação semântica da linguagem, pode haver ainda um fenômeno estrutural que dificulta a aplicação da norma por meio da subsunção. Quando o “enunciado elástico” está presente numa proposição jurídica contendo um silogismo hipotético

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 154.

completo, a questão fica reduzida ao quanto já exposto acima sobre a vagueza da linguagem. Nesses casos, diz-se estar diante de “*conceitos jurídicos indeterminados*”²⁰⁵, ou seja, termos ou expressões, que se podem localizar tanto no antecedente como no conseqüente da proposição jurídica²⁰⁶, e cujo sentido carece de preenchimento por parte do julgador caso a caso²⁰⁷. A indeterminação semântica aparece atrelada a uma situação fática (*conceito indeterminado descritivo*) ou jurídica (*conceito indeterminado normativo*)²⁰⁸⁻²⁰⁹. Em ambos os casos, o suporte fático precisa ser valorado caso a caso, uma vez que a vagueza é característica da linguagem que constitui um dos dois elementos da estrutura hipotética da norma.

Contudo, há proposições jurídicas que não foram formuladas com base no raciocínio hipotético, tendo o legislador deixado a cargo do julgador o preenchimento da estrutura da norma, ou seja, a fixação da consequência jurídica mediante um juízo de valor sobre a pauta

205 GRAU aduz ser uma falácia a expressão “conceito jurídico indeterminado”, por entender, em síntese, que todo conceito é uma soma de ideias, por definição. A partir do momento em que o conceito perde sua determinação, deixa de ser conceito. Portanto, nas palavras do Professor, “a ‘indeterminação dos conceitos’ não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 146 e 147). A nota terminológica de GRAU dialoga diretamente com o quanto exposto acima acerca da vagueza da linguagem. A nosso ver, a expressão “conceito jurídico indeterminado” parece clara no sentido de a “indeterminação” não estar atrelada ao conceito, mas sim à vagueza semântica da linguagem que o expressa. Essa sim que dificulta o raciocínio de subsunção, uma vez que a linguagem não permite, por si só, identificar se o caso concreto está contido na previsão abstrata, carecendo, portanto, de valoração.

206 Nos dizeres de ENGISCH, “os conceitos indeterminados podem aparecer nas normas jurídicas não só na chamada ‘hipótese’ como ainda na ‘estatuição’” (ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 210).

207 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, pp. 1178 e 1179.

208 ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 210 a 214.

209 ENGISCH ainda distingue duas modalidades de conceitos indeterminados normativos. A seu ver, a categoria refere-se, em primeiro lugar, àqueles que, “contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis”. Do outro lado, a expressão designa as hipóteses que carecem de “uma valoração para aplicar, no caso concreto, um conceito normativo” (ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 212 e 213).

axiológica cunhada na norma legislada. Trata-se, aqui, das ditas “cláusulas gerais em sentido estrito”, que se diferenciam dos conceitos jurídicos indeterminados não pela linguagem utilizada em sua formulação (uma vez que ambos são espécies do gênero “enunciados elásticos”), mas sim pela estrutura normativa prevista pelo legislador. Com efeito, no caso das cláusulas gerais *stricto sensu*, o julgador deverá não apenas valorar o termo ou expressão dotado de indeterminação semântica, mas também preencher a estrutura da norma, tratando-se, em ambos os casos, de juízo de valor. Nessa hipótese, é o juiz quem define os efeitos da norma no caso concreto, “ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida [...], à vista das possíveis soluções existentes no sistema”²¹⁰.

Tome-se como exemplo a cláusula geral de boa-fé objetiva²¹¹, disposta no artigo 422 do Código Civil²¹². A norma, ao preceituar que os contratantes têm o dever de agir em conformidade com “os princípios de probidade e boa-fé”, não comina sanção para a sua inobservância por parte dos particulares. Cabe ao Judiciário *valorar*, isto é, *preencher* a norma tal como lhe foi delegado pelo legislador.

Essa valoração assume duas facetas distintas, mas complementares, que merecem maior detalhamento.

Em primeiro lugar, valoração significa uma *tomada de posição*. Trata-se da aprovação ou desaprovação de condutas pelo julgador, com base em critérios fluídos e, via de regra, dotados de alta carga

210 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 158 e 159.

211 A definição que melhor traduz a abrangência da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro é a de MORSELLO: “o princípio da boa-fé objetiva, ora erigido em nosso sistema ao status de efetiva cláusula geral, é uma regra de conduta que consiste no dever de agir de acordo com os padrões (*standards*) socialmente reconhecidos de lisura e lealdade escudada em deveres de lealdade, confiança, probidade e transparência, dando azo, outrossim, ao nascedouro dos deveres anexos ou laterais de ampla informação e esclarecimentos, com aplicação não só na fase de execução do contrato, como também naquela pré e pós-contratual” (MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 299).

212 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

axiológica. A valoração, como escolha de uma dentre as posições possíveis, reflete a noção exposta acima segundo a qual, devido à vagueza da linguagem utilizada na formulação da norma, o julgador, mediante ato jurisdicional, decide enquadrar ou não o caso concreto ao enunciado normativo elástico. Essa ideia é referendada tanto por entusiastas do método das cláusulas gerais²¹³ como por aqueles que têm ressalvas em relação a ele²¹⁴. Isso não significa, no entanto, que não haja divergências acerca dos critérios que devam ser seguidos pelo julgador ao decidir o caso concreto por meio de juízos de valor, o que nos remete ao segundo aspecto característico da valoração.

Com efeito, pedindo escusas pela tautologia, “juízo de valor” significa *decidir com base em valores*²¹⁵. Isso implica afirmar que o legislador, ao lançar mão de normas construídas com base no modelo das cláusulas gerais em sentido amplo, confere um mandato ao juiz ou ao árbitro para que decidam com base em uma pauta axiológica designada na lei. Significa “a imposição de um reenvio ao operador, determinado pela norma, e para a complementação de seu significado, a critérios não definidos no enunciado da cláusula geral, como estaria descrito em regra do tipo casuístico”²¹⁶⁻²¹⁷.

Mas quais critérios seriam esses e onde encontrá-los? Por se tratar de pauta axiológica, haveria remissão, pela proposição jurídica legislada, a normas “extrajurídicas” ou “metajurídicas” como critérios de julgamento? LARENZ aduz que “só algumas das

213 Conforme leciona LARENZ, “por ‘valorar’ ou ‘avaliar’ deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objecto a avaliar será julgado como apetecível ou despiendo, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele” (LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 408).

214 IRTI, criticando o modelo jurídico das cláusulas gerais, aponta que “il giudizio secondo valori non è propriamente giudizio, che assegni un predicato a un soggetto, ma presa di posizione dinanzi ad un episodio di vita” (IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 10).

215 LARENZ entende que “a tarefa do jurista é precisamente a ‘materialização’ das valorações. Incumbe-lhe, por isso, um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento ‘orientado a valores’” (*op. cit.*, p. 410).

216 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *op. cit.*, p. 122.

217 Na mesma linha, MARTINS-COSTA diz que as cláusulas gerais em sentido amplo impõem a “remissão a um *standard* e/ou a realidades valorativas” (*op. cit.*, p. 146).

denominadas ‘cláusulas gerais’ contêm algo como uma remissão a normas extrajurídicas, dadas noutro lugar”, o que ocorreria no caso da noção de “bons costumes” ou outras referências à moral social, por exemplo²¹⁸. Contudo, independentemente de haver ou não remissão, a pergunta permanece: a fundamentação do ato jurisdicional pautada em juízo de valor pode reportar apenas ao entendimento do juiz acerca do conteúdo daquele princípio social ou valor de natureza extrajurídica acolhido pela norma?

Segundo MARTINS-COSTA, “o intérprete deve atentar a essas pautas, a fim de concretizá-las em forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social”, e são os elementos intersistemáticos e extrassistemáticos aos quais o juiz é remetido que devem fundamentar a sua decisão²¹⁹. A cláusula geral não é carta-branca para que o juiz ou árbitro julgue com base no seu próprio critério de justiça ou na sua percepção subjetiva do significado do valor ético ou moral esculpido na norma jurídica²²⁰.

Deixada de lado, por ora, a polêmica sobre se o julgamento com base em juízos de valor seria ou não dotado de alta carga de subjetivismo e se corresponde a um arbítrio delegado ao aplicador²²¹, fato é que, como não se trata do modelo típico de aplicação ao caso concreto do regramento previsto às hipóteses amplas e abstratas, há a necessidade de um ato de vontade que ligue o fato à norma. Mais do que isso, quem valora não é qualquer do povo, mas sim um juiz ou árbitro no exercício do seu poder de jurisdição. Enquanto a realização

218 LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 407.

219 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 173 e 174. Segue a Professora sustentando que “os elementos extrassistemáticos ou intersistemáticos a que é o juiz direcionado pelo reenvio fundamentarão a decisão, motivo pelo qual esses fundamentos, uma vez reiterados no tempo, alcançarão uma relativa abstração que, por sua vez, viabilizará a ressystematização destes elementos originariamente inter e extrassistemáticos no interior do Ordenamento jurídico”.

220 “[D]iante de uma cláusula geral, não se permite ao aplicador apenas justificar a criação da regra do caso concreto pelo que ele considera justo, a pretexto de que tanto autorizado pelo reenvio a critérios extrajurídicos, puramente éticos ou morais, como se eles se desenvolvessem à margem do direito” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *op. cit.*, p. 124).

221 Essa discussão será abordada mais adiante.

do direito material por meio da subsunção pode ser concebida como *ato de conhecimento dos indivíduos*, a valoração é necessariamente a aplicação da lei por *ato de vontade do intérprete-aplicador*, que deve necessariamente estar imbuído de *jurisdição*.

Refere-se, aqui, à noção basilar de jurisdição, em especial ao seu escopo jurídico. Tradicionalmente, ela é concebida como uma manifestação do *poder estatal*, exercido em *função* da pacificação de conflitos interindividuais e por meio do “complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo” (*atividade*)²²². Seu escopo jurídico traduz a garantia de que “o direito material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado”²²³⁻²²⁴. Como o juízo de valor visa à concretização, ou até à verdadeira construção da norma no caso concreto, é imprescindível que seja realizado por quem detém poderes para tanto. A valoração está adstrita aos contornos do litígio, e é a sua delimitação que define não apenas a atuação do julgador no exercício de seu poder de jurisdição, mas principalmente os elementos com base nos quais o aplicador dará concretude ao enunciado elástico da hipótese específica que for submetida ao seu escrutínio.

Nesse sentido, a aplicação do direito por meio de juízos de valor alinha-se às ideias defendidas por GRAU, de acordo com quem “a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito”. O conceito de “norma jurídica”, para o autor, liga-se à norma de decisão, que é formulada apenas (i) pelo juiz

222 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 149.

223 *Ibid.*, p. 151.

224 O árbitro, assim como o juiz, possui poderes para efetivação do escopo jurídico da jurisdição, isto é, para realização do direito material no caso concreto, com definitividade, apesar de haver limites à sua atuação. Conforme leciona DINAMARCO, “o poder do árbitro só se configura como capacidade de decidir com eficácia vinculante para as partes, sem dispor do imperium exclusivo dos agentes estatais e sem ter a capacidade de impor decisões (ou seja, de executar ou efetivar medidas constritivas); mas, nessa medida, é poder e é jurisdição” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47).

e (ii) para solucionar um caso concreto²²⁵, e a interpretação seria o instrumento pelo qual o julgador (e apenas ele²²⁶) concretiza o direito positivo²²⁷.

Ao contrário do que ocorre no método casuístico – que é calcado na descrição prévia das hipóteses normativas pelo legislador –, as cláusulas gerais não se aplicam por simples recurso lógico. Isso, além de impactar a segurança jurídica e a previsibilidade do conteúdo dos provimentos jurisdicionais (como veremos mais adiante), distancia a hermenêutica jurídica de contornos *técnicos* ou *científicos*, aproximando a interpretação do direito ao campo da *prudência*²²⁸.

Ao menos no caso dos enunciados elásticos, a proposição jurídica não se submete ao crivo da veracidade, do acerto ou desacerto da decisão judicial. O intérprete-aplicador, por meio de seu juízo de valor, analisa se seu provimento é *adequado* e justificável²²⁹. Disso decorre que não há apenas um resultado tecnicamente correto para a valoração num determinado caso concreto, e, uma vez que há a possibilidade de

225 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29. Para GRAU, a interpretação da norma sempre se dá diante de caso concreto, seja este real ou fictício.

226 De acordo com GRAU, apenas o juiz – o intérprete autêntico – “realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão” (*Ibid.*, p. 28).

227 Conforme leciona GRAU, interpretar é “dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido: a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e a sua aplicação particular; em outros termos ainda: opera a sua inserção na vida” (*Ibid.*, p. 38).

228 V. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 63 a 67. Segundo GRAU, “a prudência é uma disposição [capacidade], acompanhada de razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para um ser humano” (*Ibid.*, p. 64).

229 Trata-se da ideia defendida (de um modo mais amplo do que o ora proposto) por GRAU: “a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução” (*Ibid.*, p. 39). Importante ressaltar que o Ilustre Professor defende a extensão dessa forma de se pensar metodologicamente a todo o Direito, o que é algo muito além do que ora se propõe. Para os fins deste trabalho, basta a verificação do impacto que as estruturas dos diferentes juízos (de valor e de subsunção) produzem sobre não apenas a forma como se enxerga a hermenêutica jurídica, mas também o Direito e sua relação com a clássica tripartição do conhecimento entre *ciência*, *prudência* e *técnica*.

se tratar casos similares com réguas distintas a depender do juiz que o analisa, observa-se que o método do juízo de valor traz consigo certo nível de insegurança em sua aplicação.

3. CLÁUSULAS GERAIS, SEGURANÇA JURÍDICA E SISTEMA

A ordem jurídica do mercado, fundada na autonomia privada, necessita de *segurança jurídica* para operar com lisura. Diante da impossibilidade fática de se antever o futuro, o Direito busca reduzir a margem de insegurança, e o faz por meio da tipificação de um grupo de possíveis situações que provavelmente podem ocorrer, determinando, de modo geral e abstrato, o regramento que deve ser observado nessas hipóteses. Portanto, há, por meio da delimitação normativa de condutas, um “cálculo de probabilidade” de determinado fato ocorrer, antevendo-lhe a consequência jurídica e, por conseguinte, permitindo aos indivíduos uma margem de segurança sobre o futuro, sobre a forma como o direito será aplicado nessas eventuais situações²³⁰. Isso é fundamental para o momento de negociação das premissas que pautarão as relações contratuais privadas, sobretudo aquelas interempresariais.

Com efeito, se na seara empresarial o substrato real do contrato (leia-se: aquilo que lhe dá causa) é a operação econômica²³¹, e se a negociação dessa operação econômica pauta-se em análise de

230 IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 20 e 21. O autor aduz que: “il diritto si affida a un calcolo di probabilità, un calcolo del grado di possibilità degli eventi, che esso decide di regolare. Questa scelta, questa selezione di eventi probabili, sta alla genesi di ogni norma o gruppo di norme. E, poiché gli eventi sono soltanto probabili, e dunque privi di qualsiasi determinatezza (non hanno né nome né volto, né tempo né luogo), ecco che il diritto si trova d'ordinario nella necessità di tipizzarli, di considerarli in modo astratto e generale. [...] Queste caratteristiche, che ormai da secoli si attribuiscono alla legge, sono strumenti di un viaggio verso il futuro: tentativo di contrastare l'imprevedibile mediante il calcolo di probabilità”.

231 A ideia de que o contrato é o revestimento jurídico de uma operação econômica é comumente atribuída a ROPPO. De acordo com o autor, “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente – para a ideia

riscos²³², certamente um dos elementos a serem considerados pelas partes na contratação são os limites impostos pela ordem jurídica à autonomia privada, bem como a certeza e a previsibilidade sobre as consequências aplicadas pelos julgadores às potenciais condutas dos agentes econômicos. E, nesse cenário, as normas aplicadas por meio de valoração estruturalmente constituem óbice à antevisão completa dos riscos do negócio, uma vez que essa forma de raciocínio jurídico não se baseia na descrição prévia da *fattispecie*, mas na concreção caso a caso a partir de parâmetros fluidos.

A doutrina tradicional das cláusulas gerais, atenta à necessidade de se maximizar a segurança jurídica na aplicação dessas normas, recomenda duas providências a serem tomadas pelo ordenamento: [i] a consolidação de uma cultura de respeito ao precedente e [ii] a técnica do julgamento por grupos de casos.

Por meio de sua função *interpretativa* (servindo como guia hermenêutico para os julgadores que vierem a deparar-se com casos semelhantes) e *imperativa* (ordenando a observância dos critérios de julgamento por ele fixados, em obediência hierárquica, ou vinculação formal), o precedente seria ferramenta destinada a conferir ao ordenamento jurídico “bases mínimas de controlabilidade, previsibilidade e segurança”²³³. Se é verdade que a correta aplicação do Direito confere a mesma solução a casos idênticos²³⁴, a decisão anterior, que lança os parâmetros para a concreção do enunciado elástico naquele caso concreto, deve servir de base para os julgadores

de operação econômica” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. port. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Janeiro C. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8).

232 Como apontado por FORGIONI, “as contratações empresariais envolvem riscos, ou seja, a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. [...] Por vezes, as empresas valem-se do contrato para disciplinar a forma de divisão dos riscos” (FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 153 a 155).

233 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 185.

234 No entender de LARENZ, seria “um postulado fundamental da justiça que ‘casos iguais’ devem ser tratados de modo igual” (*op. cit.*, p. 411).

que se depararem com as mesmas circunstâncias reunidas em outros casos.

Com a identificação dos pontos fáticos centrais que ensejaram a concretização do enunciado elástico de tal ou qual forma, também é possível o agrupamento de julgados, de modo a consolidar por via jurisprudencial esse entendimento, a fim de se conferir maior segurança jurídica à aplicação da norma. Trata-se de uma forma de “complementação judicial do sistema jurídico” que acaba por reduzir a margem de discricionariedade deixada ao julgador em virtude de característica estrutural da norma²³⁵.

Por meio do agrupamento de casos, não apenas o sentido abstrato da cláusula geral ficaria mais evidente, mas também se abriria margem à possibilidade de segmentação do instituto na forma de *figuras parcelares* observadas empiricamente a partir da repercussão de precedentes, com o consequente agrupamento de decisões em sua órbita²³⁶. Dessa maneira, a repetição permite a consolidação de estruturas decisórias, fenômeno que, no caso específico da cláusula geral de boa-fé objetiva, possibilitou a criação de “subcláusulas gerais” como a *surrectio* e o *venire contra factum proprium*, por exemplo²³⁷.

Contudo, essas técnicas para conferir maior coerência à aplicação dessas normas apenas amenizam o problema genético da insegurança jurídica. Sempre haverá uma margem irreduzível de incerteza que permeará a concreção dessas pautas axiológicas caso

235 V. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, p. 1191. Acerca da cláusula geral de boa-fé objetiva, o autor sustenta que “a repetição de julgados permite reduzir a margem de discricionariedade, focando pontos de referência essenciais, afastando outros, e conduzindo, em última análise, à complementação judicial do sistema”.

236 É o que LARENZ chama de “pontos de vista valorativos mais especiais”, obtidos por meio da reiteração de certas circunstâncias que acabam servindo como parâmetro para orientar a concreção dos enunciados elásticos (*op. cit.*, p. 412).

237 No entender de MENEZES CORDEIRO, “a dogmatização das soluções particularísticas [...] leva, pelo contrário, à sua tipificação. A repetição de julgados e o seu estudo permite descobrir a presença de estruturas de decisão, sempre repetidas e o reaparecimento dos mesmos valores e pontos de referência” (*op. cit.*, pp. 1193 e 1194).

a caso²³⁸, o que gera a preocupação de muitos com a desfiguração das cláusulas gerais em virtude do uso excessivo dessas técnicas²³⁹.

Isso porque o atendimento à função subjacente a esses enunciados elásticos de base valorativa demanda certo grau de maleabilidade em sua aplicação. Lembre-se: o método das cláusulas gerais, como política legislativa, visa à abertura do sistema jurídico, delegando-se o preenchimento de parte do conteúdo da norma aos julgadores no momento da apreciação de cada caso concreto²⁴⁰. Ou, de maneira mais simples, é possível afirmar que existe uma série de fatores a orientar a decisão do legislador de usar o método casuístico ou enunciados elásticos. Diante do viés da racionalidade limitada do legislador, a escolha pela forma casuística ou por enunciados elásticos varia conforme, por exemplo²⁴¹: [i] a quantidade e certeza sobre os suportes fáticos abarcados, [ii] o custo para a análise/antevisão preventiva da *fattispecie*, [iii] a importância atribuída à certeza aplicativa da norma etc.

Independentemente da razão de ser por trás das cláusulas gerais, fato é que sua estrutura (leia-se: o juízo por meio da qual se faz valer a regra no caso concreto) constitui entrave natural à satisfação do *standard* de segurança jurídica que se espera de um sistema preocupado com o bom fluxo de relações econômicas. Se o núcleo da norma densifica-se apenas quando de sua aplicação a determinado conjunto de fatos, abre-se margem ao subjetivismo das decisões. Nas palavras de IRTI, “*le clausole generali sono trasferibili da uno ad altro clima politico, possono riempirsi di etica capitalistica degli affari o di interessi totalitari del popolo, e, insomma, si offrono ad ogni uso e ad ogni manipolazione*”²⁴².

238 V., por exemplo, LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 413 e MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, pp. 1193-1195.

239 Tal como relatado por MARTINS-COSTA, alguns autores “alertam para o fato de as cláusulas gerais, ‘pelo irrestrito emprego do método de grupo de casos’, passarem a ser operadas por uma automática, simplificada e redutora subsunção” (*op. cit.*, p. 188).

240 V. GARBI, pp. 75-83. Fala-se também em uma função de promover certos valores em nível social, cf. MORSELLO, Marco Fábio. *op. cit.*

241 Cf. DENOZZA, Francesco. *op. cit.*

242 IRTI, Natalino. *op. cit.*, pp. 8 e 9. De acordo com o autor, haveria “l’irruzione di criteri di giudizio, che non si richiamano alla logica sussuntiva della *fattispecie* e offrono

A sentença baseada em juízo de valor, de acordo com o autor italiano, seria simples tomada de posição em relação a uma situação da vida, ou seja, uma decisão fundamentada em si própria, privando a atividade jurisdicional de qualquer vínculo metodológico²⁴³.

Como, no âmbito das avenças interempresariais, a segurança jurídica e a previsibilidade da aplicação do direito são elementos fundamentais ao cálculo de risco dos agentes econômicos no momento da contratação, o risco estrutural à “calculabilidade”²⁴⁴ do sistema aumenta os custos de transação e, por conseguinte, atua como força contrária ao azeitamento do fluxo de relações econômicas. Se a decisão judicial fundada em valoração guarda consigo certo nível de imprevisibilidade, impede-se que o investidor possa ter razoável margem de certeza sobre o modo como os termos por ele avençados serão interpretados pelo juiz com base em critérios axiológicos demasiadamente fluídos²⁴⁵.

Nesse cenário, parece-nos haver duas principais formas de conciliar, de um lado, as demandas advindas das funções subjacentes à aplicação das cláusulas gerais e, do outro, a necessidade de se garantir segurança e previsibilidade às avenças empresariais.

A *primeira* consiste em enxergar as cláusulas gerais como normas de aplicação subsidiária em relação a eventuais disposições casuísticas. O raciocínio ora proposto se embasa nas mesmas premissas que pautam a tradicional regra de solução de antinomias de acordo com a qual a lei especial prevalece sobre a geral (*lex specialis*

immediata risposta alle situazioni di vita. Criteri, che riposano, non più sull'oggettività di norme calcolabili, ma sull'incontrollabile soggettivismo della decisione”.

243 *Ibid.*, p. 11. Segundo IRTI, “un giudizio senza legge, dalla quali si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda decisione, che ha fondamento in se stessa. [...] Il soggettivismo, intuizionistico e vitalistico, scioglie l'interprete da ogni vincolo metodologico. Siamo qui al ‘come’ del mestiere giuridico”.

244 A palavra, apesar de não existir na língua portuguesa, designa com maior precisão o significado do termo utilizado por Natalino IRTI (“*calcolabilità*”).

245 V. IRTI, Natalino. *op. cit.*, p. 15. *In verbis*: “la perdita della calcolabilità impedisce al capitalista di far conto su ciò che verrà, ossia di considerare il futuro giuridico fra le ragioni delle proprie scelte”.

derrogat generali)²⁴⁶. De fato, se é verdade que “*in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*”²⁴⁷, as situações previamente reguladas pelo legislador por meio da construção de suportes fáticos gerais e abstratos com contornos preestabelecidos deve prevalecer sobre a aplicação de amplos deveres de conduta sem a prévia descrição pormenorizada das hipóteses de incidência.

Por mais que se possa sustentar a inexistência de um efetivo conflito aparente de normas (uma vez que o conteúdo das cláusulas gerais só pode ser precisado à luz dos elementos de cada caso concreto pelo juiz), fato é que o legislador, ao determinar a aplicação de certa consequência jurídica a um grupo selecionado de situações, afastou a hipótese de atribuição de amplos limites de valoração ao juiz. Apesar de não se afastar a função interpretativa comumente atribuída às cláusulas gerais, é máxima conhecida em matéria hermenêutica que a atividade do intérprete deve ater-se aos limites semânticos permitidos pelo texto escrito. Não pode o juiz reescrever a norma casuística para que ela passe a significar aquilo que resultar de sua valoração individual, transbordando os limites desenhados pelo legislador ao elaborar a disposição casuística. Na dicção de LARENZ, “o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja”²⁴⁸. Por mais que a pauta axiológica subjacente às cláusulas gerais

246 Sobre essa regra, v. BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993, pp. 220 e 221. De acordo com o autor, “il passaggio da una regola più estesa (che abbraccia un certo *genus*) ad una regola derogatoria meno estesa (che abbraccia una *species* del *genus*) corrisponde ad una fondamentale esigenza di giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che appartengono alla stessa categoria. Il passaggio dalla regola generale a quella speciale corrisponde ad un naturale processo di differenziazione delle categorie, e ad una graduale scoperta, da parte del legislatore, di questa differenziazione. Avvenuta o scoperta la differenziazione, il persistere nella regola generale importerebbe il trattamento eguale di persone che appartengono a categorie diverse, e quindi un’ingiustizia”.

247 Fragmento de Papiniano (D, liv. 50, tit. 17, frag. 80). Cf. tradução de MAXIMILIANO, “em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 173).

248 LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 441.

seja um dos elementos a serem levados em consideração pelo aplicador do Direito, não pode servir de base para a total desconfiguração da norma.

A *segunda* maneira de compatibilizar a aplicação das cláusulas gerais às demandas sistêmicas do modo de produção capitalista é imprimir-lhes uma concreção coerente com a *função econômica* da avença. Isso porque a positivação de *standards* de solidariedade social e colaboração não pode, em relação aos contratos interempresariais válidos e eficazes, cobrar de agentes econômicos um comportamento irreal, “fingindo a existência de um sistema que, na realidade, não existe”²⁴⁹. Pelo contrário, sua aplicação deve ser balizada pelos padrões definidos pelos usos e costumes de mercado²⁵⁰.

Nesse sentido, FORGIONI leciona que, no âmbito do direito comercial, “agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos ‘comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado [...], sempre de acordo com o direito”. Trata-se de “linha determinável e determinada de conduta” empiricamente observável, livre de rasgos subjetivistas²⁵¹.

Ao ater-se aos padrões de mercado reproduzidos pelos agentes econômicos que neles atuam, o conteúdo da cláusula geral passa a contribuir para a redução dos custos de transação, não mais representando um risco do subjetivismo das decisões. Com efeito, conforme sustentado por FORGIONI²⁵²,

249 Cf. brilhante exposição de DENOZZA: “posto che nessuno, credo, può in buona fede sostenere che l’attuale disciplina legislativa (italiana e, soprattutto, europea) dei rapporti economici privati sia ispirata da principi di solidarietà sociale, in qualunque modo intesi, non sembra operazione giuridicamente corretta quella di interpretare clausole generali come correttezza e buona fede in una direzione che le pone in rotta di collisione con i valori del mercato che informano la disciplina specifica, senza spiegare come le due prospettive si possano coordinare e fingendo sostanzialmente l’esistenza di un sistema che in realtà non esiste” (*op. cit.*, pp. 18 e 19).

250 Lembre-se que o próprio art. 113, *caput*, do Código Civil brasileiro colocam a boa-fé objetiva no mesmo nível dos “usos do lugar de sua celebração” como vetor hermenêutico.

251 FORGIONI, Paula A. *op. cit.*, pp. 129 e 130.

252 *Ibid.*, pp. 133 e 134.

“os *momenti etici* [*Treu und Glauben, bona fides*] ou *market ethics* ampliam o grau de impessoalidade [ou objetivação] no mercado, pois possibilitam que os agentes econômicos dispensem menor atenção às características específicas/subjetivas da outra parte, concentrando-se na operação econômica em si”.

Na mesma linha, observa-se que a garantia da objetividade na aplicação das cláusulas gerais está intimamente ligada à defesa da máxima *pacta sunt servanda*²⁵³. De fato, a primeira manifestação de retidão e probidade é a daquele que cumpre aquilo que livremente avençou. No caso específico da boa-fé, FRIED sustenta que, concebida como “*honesty in fact*”, essa pauta axiológica deve ser concebida como manifestação da crença liberal na objetividade dos fatos, na autonomia privada e na importância da garantia de cumprimento da palavra empenhada²⁵⁴. Não diria respeito a anseios de justiça distributiva ou altruísmo, característicos das relações de direito de família, mas sim a um padrão de comportamento esperado de vínculos comerciais por meio dos quais agentes econômicos de porte, no livre exercício de sua autonomia privada²⁵⁵.

CONCLUSÃO

Emsíntese, a estrutura do raciocínio jurídico de subsunção melhor se adequa às demandas dos agentes econômicos por “calculabilidade”. Os juízos de valor, aplicados aos contratos empresariais, podem

253 Vale lembrar a função econômica da regra insculpida no antigo brocardo. Conforme lição de FORGIONI, “a força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas” (*Ibid.*, p. 111).

254 FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 78, tradução livre. No original, “good faith as honesty may be viewed as a manifestation of the liberal belief in the objectivity of facts, in individual autonomy, and in the importance of keeping one’s word”.

255 *Ibid.*, pp. 76 e 77. De acordo com o autor, “the parties’ duties to each other are just those they have assumed and no more. The model of the altruistic relation is the family, contrasted to the harsh individualism of commercial relations”.

trazer consigo insegurança e imprevisibilidade, de modo que se faz necessário refletir acerca de soluções para conciliar, num sistema capitalista, [i] a pauta axiológica das cláusulas gerais e [ii] a garantia de um mínimo de certeza quanto à aplicação do direito contratual, de forma a minimizar os custos de transação e azeitar o fluxo de relações econômicas.

A proposta parte de uma necessária clivagem entre os contratos *existenciais*, de um lado, e aqueles com *escopo de lucro*, do outro. Como aduzido por MORSELLO, a preponderância dos princípios sociais contratuais nas relações interempresariais teria impactos econômicos claros, disseminando “risco negocial ao corpo social”²⁵⁶. Por essa razão, a densificação dos valores contidos nas cláusulas gerais não pode se dar da mesma maneira em relações existenciais (como contratos de consumo) e em avenças empresariais.

Por fim, é preciso esclarecer que não se nega a importância dos valores para o direito comercial. Pelo contrário, as cláusulas gerais na seara empresarial desempenham o papel de fixar o padrão de comportamento esperado dos agentes econômicos no ambiente de mercado²⁵⁷. A preservação da retidão de conduta pautada no que se observa da prática negocial “diminui os custos de transação, facilitando os negócios e estimulando o fluxo de relações econômicas”²⁵⁸. A pauta axiológica no direito comercial, desde que objetivada pelo mercado (leia-se: “formada pela prática comercial de determinado ambiente institucional”²⁵⁹) não apenas cumpre o papel de controle de

256 MORSELLO, Marco Fábio. *op. cit.*, pp. 306 e 307. Segundo o professor, a preponderância dos princípios sociais contratuais nas relações interempresariais “teria o condão de obstaculizar a célere circulação de bens e serviços e a riqueza proveniente da livre-iniciativa, de modo que impõe-se demonstração de maior peso ao princípio da autonomia privada, quando cotejado com os novos princípios sociais, sendo relevantes a análise econômica e sua repercussão negativa em eventual *spreading* do risco negocial ao corpo social”.

257 FORGIONI, Paula Andrea. *op. cit.*, p. 129 (sobre a boa-fé objetiva no direito comercial).

258 *Ibidem*.

259 *Ibid.*, p. 135.

comportamentos (no lugar de simples condutas)²⁶⁰, como não periclita a previsibilidade necessária ao tráfico mercantil, uma vez que o *standard* surge do mercado e para o mercado, e não de subjetivismos particulares de julgadores.

O que se espera da valoração, na seara do direito comercial, é transparência, segurança e previsibilidade²⁶¹, que podem, a nosso ver, ser alcançadas por duas vias: [i] reconhecendo-se a prevalência das normas casuísticas sobre as cláusulas gerais, em virtude das regras clássicas de interpretação e aplicação do Direito, e [ii] concebendo-se a *função econômica* do contrato empresarial e a prática negocial como elementos orientadores e limitador do raciocínio de valoração e da aplicação desses enunciados elásticos.

260 V. DENOZZA, Francesco. *op. cit.*

261 Cf. DENOZZA, Francesco. *op. cit.*, p. 19. “Se ci si pone l’obiettivo di una maggiore trasparenza delle valutazioni e degli interessi coinvolti nelle valutazioni stesse, piuttosto che la (ri)proposizione di orientamenti in fondo moralistici, penso che la strada da percorrere sia invece quella di una critica puntuale delle posizioni dell’analisi economica del diritto”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DENOZZA, Francesco. Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale. In: **Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale**, Milão, v. 1, n. 2, p. 1-22, jan. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

GARBI, Carlos Alberto. **A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

----- . **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1996.

----- . **Por que tenho medo dos juízes.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato.** 5. ed. Roma: Laterza, 2003

----- . **Un diritto incalcolabile.** Turim: G. Giappichelli Editore, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado:** critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292-307.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** t. 1. Atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo Luís da Cruz; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. port. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHMITT, Carl. **La tirannia dei valori**. 10. ed. Trad. it. GURISATTI, Giovanni; VOLPI, Franco. Milão: Adelphi Edizioni, 2021.

----- . **On the Three Types of Juristic Thought**. Contributions In Political Science: Global Perspective in History and Politics, Londres, v. 397, n. 147, p. 1-124, jan. 2004.

VELLUZZI, Vito. Osservazioni sulla semantica delle clausole generali. In: **Etica & Politica**, I, 2006. Disponível em http://www2.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.pdf. Acesso em 23/11/2022.

A INCLUSÃO DE RISCOS CLIMÁTICOS NA REGULAÇÃO PRUDENCIAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

THE INCLUSION OF CLIMATE RISKS IN THE PRUDENTIAL REGULATION OF THE BRAZILIAN CENTRAL BANK

Renê Naimég da Mata (USP, São Paulo; Université Jean Moulin Lyon 3 III, Lyon, França)

Resumo: Diante da inação dos governos, diversos bancos centrais de todo o mundo passaram a incluir considerações climáticas em sua regulação prudencial. Este artigo faz a revisão da literatura sobre ferramentas “verdes” a serem adotadas na regulação prudencial em cada pilar de Basileia, i.e., capital regulatório, supervisão e gestão de risco, e disciplina do mercado. Em seguida, analisa as normas relativas à inclusão de riscos climáticos pelo Banco Central do Brasil (BCB) em perspectiva comparada com suas antigas normas que incluíram riscos socioambientais em sua regulação. Por fim, a análise conclui que as normas do BCB estão em linha com as abordagens mais aceitas internacionalmente, mas há espaço para melhoras em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade à regulação prudencial, ao melhor detalhamento de sanções e/ou medidas que o BCB pode tomar face ao descumprimento de obrigações regulatórias e ao uso de capacitações dos regulados.

Palavras-chave: Bancos Centrais; Riscos Climáticos; Regulação Prudencial; Banco Central do Brasil; Transição Verde; Pilares de Basileia; Net-Zero.

Abstract: Given the inaction of governments, central banks around the globe started to include climate risks in their prudential regulation. This article reviews the literature on green tools that can be adopted under each of the pillars of Basel, i.e., regulatory capital, supervision and management of risk, and market discipline. Following that, it analyzes the rules through which climate risks were included in the prudential regulation of the Brazilian Central Bank (BCB) in a

comparative manner with its former rules on the consideration of socioenvironmental risks. Finally, it concludes that the BCB rules are in line with international best practice, nonetheless there is room for improvement in relation to its application of the proportionality principle to prudential regulation, the level of detail regarding possible sanctions and/or actions which the BCB may take in face of breach of regulatory obligations and the use of capacity development initiatives for regulated institutions.

Key-words: Central Banks; Climate Risks; Prudential Regulation; Brazilian Central Bank; Green Transition; Basel Pillars; Net-Zero.

INTRODUÇÃO

Com a assinatura do Acordo de Paris em 2015, a busca pelo “*net zero*” até 2050 se tornou um objetivo de diversos países e instituições. Assim, considerando a lentidão dos governos em implementar medidas efetivas, como a taxaço do carbono; a importância dos riscos climáticos para a economia como um todo; o papel dos bancos centrais²⁶² ou supervisores prudenciais, conforme o caso, em garantir a estabilidade do sistema financeiro; e que o art. 2(c) do Acordo de Paris estabelece a obrigação de “*promover fluxos financeiros consistentes com um caminho de baixas emissões de gases de efeito estufa e de desenvolvimento resiliente ao clima*”, intensificou-se a discussão sobre qual deveria ser o papel dos bancos centrais em relação às mudanças climáticas e à transição para uma economia verde. A literatura jurídica sobre o tema o tratou principalmente sob a perspectiva das restrições do direito público interno e dos mandatos dos bancos centrais à atuação destes no âmbito climático, incluindo *trade-offs* entre atuação climática e os outros objetivos principais perseguidos por bancos centrais, bem como a sugestão de princípios para a regulação dessa atuação. Tendo isso em vista, o presente artigo busca contribuir para a

262 Quando dito banco central ao longo deste trabalho, considera-se também autoridades de supervisão prudencial para o caso de jurisdições em que o banco central não é tal autoridade.

crescente literatura sobre bancos centrais e riscos climáticos por meio da análise da inclusão de riscos climáticos na regulação prudencial do Banco Central do Brasil (BCB).

A perspectiva adotada é mais focada no detalhamento das ferramentas que podem ser adotadas no âmbito da regulação prudencial, algo que foi bastante explorado pela literatura econômica, mas não tanto pela literatura jurídica (BOLTON ET AL., 2020; D'ORAZIO e POPOYAN, 2019; DEMEKAS e GRIPPA, 2021; DIKAU, ROBINS e TAGER, 2019; ROBINS, DIKAU e VOLZ, 2021; LASTRA e ALEXANDER, 2022). Para tanto, este artigo será estruturado em três seções: na primeira, será feita a revisão da literatura econômica e jurídica pertinente, que será organizada em três grandes temas: Capital Regulatório, Supervisão e Gestão de Risco, e Disciplina do Mercado, mostrando quais são as ferramentas e as possibilidades de regulação de cada tema, sendo que tal divisão foi realizada a fim de estruturar o pensamento em referência aos pilares de Basileia III.

Na segunda seção, serão analisados os documentos e os normativos do BCB relacionados à regulação prudencial e ações no âmbito climático a fim de entender onde ele se encontra em relação às diferentes possibilidades de escolha regulatórias encontradas na literatura e descritas na seção 1. E, na terceira seção, será feita uma análise crítica da atuação do BCB e da regulação financeira aplicada às questões climáticas, sem prejuízo da existência de análises ao longo da seção 2.

Dentro da estrutura dos três pilares de Basileia, diversas sugestões de ferramentas “verdes” foram feitas e as opiniões sobre a adequação e eficiência delas são divergentes. No primeiro pilar, uma das principais sugestões é a adoção de fatores verdes e marrons para fins de cálculo do capital regulatório visando encorajar ou desencorajar, respectivamente, ativos verdes e marrons. Além disso, há ideias como colchões “verdes” de capital, índices de alavancagem de carbono intensivo e limites de crédito buscando limitar o engajamento com ativos sujos.

No segundo pilar, as principais temáticas são a adaptação da governança interna e dos testes de estresse. O primeiro trata da inclusão do risco climático na estrutura de governança com a elaboração de políticas de risco climático e a indicação de responsáveis bem definidos para sua implementação. Em relação à segunda temática, a utilização de análises de cenários climáticos está avançando, mas apresenta grandes dificuldades do ponto de vista técnico em virtude da não-linearidade desses riscos e da falta de dados de qualidade e com granularidade, o que gera discussões sobre a maior valorização de abordagens qualitativas.

No terceiro pilar, há a necessidade de harmonizar minimamente as diferentes taxonomias e padrões de divulgação que estão surgindo ao redor do mundo.

Por fim, o conteúdo principal das normas adotadas pelo BCB no âmbito climático é dado pelas resoluções CMN nº 4.945/2021, que trata sobre a política de responsabilidade social, ambiental e climática a ser adotada pelos regulados, e as Resoluções CMN nº 4.943/2021 e 4.944/2021, que dispõem sobre a estrutura de gerenciamento de risco e de capital. A análise conclui que as normas do BCB estão em linha com as abordagens mais aceitas internacionalmente, mas há espaço para melhorar sua ação em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade à regulação prudencial, ao melhor detalhamento de sanções e/ou medidas que o BCB pode tomar face ao descumprimento de obrigações regulatórias e ao uso de capacitações dos regulados. Entretanto, em uma perspectiva mais ampla do que meros incrementos ao atual de regulação, faz-se necessária a reflexão sobre a necessidade de uma mudança mais radical na regulação financeira brasileira aplicada ao clima que a torne mais interventiva e com sanções mais robustas. Entretanto, uma atuação mais robusta do BCB demandaria maior coordenação com os outros órgãos da administração pública e deveria ser pensada no âmbito de uma Política Nacional sobre Mudança do Clima atualizada.

SEÇÃO 1 - ESTABILIDADE FINANCEIRA, REGULAÇÃO PRUDENCIAL E RISCOS CLIMÁTICOS

1.1 RISCO CLIMÁTICO, RISCO AMBIENTAL E NET-ZERO.

A literatura tanto jurídica quanto econômica sobre o tema parte das categorias de risco climático do discurso de Mark Carney (2015), ex-Governor do Bank of England, “*Breaking the tragedy of the horizon*”. Nesse momento, ele fez a distinção entre três canais pelos quais as mudanças climáticas podem afetar a estabilidade financeira: riscos físicos, riscos de transição e riscos de responsabilidade, sendo este uma subcategoria dos dois primeiros. Os riscos físicos são os impactos sobre os seguros e o valor dos ativos financeiros decorrentes de eventos climáticos, como inundações e tempestades que danificam propriedades ou interrompem o comércio. Os riscos de transição são os riscos financeiros que podem resultar do processo de adaptação para uma economia de baixo carbono, isso porque mudanças na política, tecnologia e riscos físicos podem levar a uma reavaliação do valor de uma ampla gama de ativos. E os riscos de responsabilidade dizem respeito aos impactos que podem surgir se as partes que sofreram perdas ou danos devido aos efeitos da mudança climática buscarem uma compensação daqueles que consideram responsáveis.

Riscos ambientais, por sua vez, também são citados na literatura pertinente a esse artigo, mas possuem um significado mais amplo, pois além de incluírem riscos climáticos, também incluem outros riscos, como poluição e perda de diversidade.

Por fim, é importante entender que “*net zero*” é um conceito científico cujo significado é que: considerando que há uma quantidade máxima de dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa que são permitidos na atmosfera, é necessária a remoção do excesso desses gases. Em outras palavras, net zero significa que para além dessa quantidade máxima, a produção desses gases deve ser acompanhada por uma medida para sua retirada em mesma quantidade. No âmbito da

operacionalização do net-zero, no entanto, há inúmeros julgamentos éticos, preocupações sociais, interesses políticos, dimensões de justiça, considerações econômicas e de transição tecnológica com as quais se precisa lidar (FANKHAUSER ET AL., 2021). Com esses conceitos em mente, pode-se seguir para a revisão da literatura propriamente dita.

1.2 ESTABILIDADE FINANCEIRA E RISCOS CLIMÁTICOS

A competência dos bancos centrais para considerarem riscos ambientais ou climáticos em suas atividades geralmente é compreendida como parte de seu objetivo de estabilidade financeira (DIKAU e VOLZ, 2021). Para fins deste artigo, essa interpretação será considerada válida e a discussão sobre a pertinência da mesma não será aprofundada. O conceito de estabilidade financeira, por sua vez, não possui uma definição única, sendo definido pelo BCB como:

“a financial system is “stable” when it continues performing its functions – e.g., maturity transformation, allocation of savings, etc. – across a time dimension (e.g., growing in a sustainable way across the financial cycle) without building-up systemic risk measured across its cross-section dimension. “Stability” requires also that when the system is submitted to a normal-sized shock (or even larger shocks up to a certain defined threshold) it would be resilient and return – within some timeframe – to its previous functioning pattern.” (PEREIRA DA SILVA, SOARES SALES e PIAZZA GAGLIANONE, 2012, p.5)

A fim de se conseguir tal estabilidade, os órgãos supervisores dispõem da regulação prudencial, isto é, um tipo de regulação financeira que estabelece requisitos para as instituições financeiras com foco no gerenciamento de riscos e nos requerimentos mínimos de capital para fazer face aos riscos decorrentes de suas atividades (BCB, 2023). Desse modo, a regulação prudencial se apresenta como

um dos instrumentos que supervisores dispõem para lidar com riscos climáticos físicos e de transição que podem ter um efeito dominó no sistema financeiro, impactando toda a sociedade. Contudo, os Acordos da Basileia, os quais harmonizam a regulação prudencial internacionalmente, não preveem explicitamente a consideração de riscos ambientais ou climáticos. No início da fase de implementação de Basileia III, Alexander (2014) já apontava que apesar da ausência de tratamento explícito de riscos ambientais por Basileia III, sua estrutura é suficientemente flexível para que reguladores e bancos avaliem e meçam os riscos financeiros associados a riscos ambientais. Isso foi recentemente confirmado pelo BCBS (2022), que compartilhou uma lista de princípios para a gestão e supervisão efetiva de riscos financeiros relacionados ao clima, dando um pouco mais de direção aos bancos centrais. Lastra e Alexander (2022) apontam que essa flexibilidade existente para diversos supervisores permite a consideração de riscos ambientais materiais ao setor financeiro e defendem que toda a gama de instrumentos de supervisão, desde o licenciamento ao sancionamento e à gestão de crises, deve ser adaptada para enfrentar os desafios de sustentabilidade ambiental.

Lastra e Alexander (2022) defendem a maior harmonização internacional na inclusão dos riscos climáticos, que seriam aplicados conforme os contextos nacionais, sendo que tal inclusão não poderia ferir o objetivo geral de estabilidade financeira e de preços. Nesse sentido, diversas propostas de ferramentas para bancos centrais a partir da estrutura dos pilares de Basileia III foram e estão sendo apresentadas à medida que a regulação dessa área se desenvolve. Entretanto, não há consenso sobre a desejabilidade de algumas ferramentas e abordagens, o que gera embates. Por exemplo, por um lado, Lastra e Skinner (2022) argumentam que ferramentas de bancos centrais não deveriam ser utilizadas para escolher “vencedores climáticos” e declarar “perdedores climáticos”, uma vez que uma abordagem que favoreça alguns setores em detrimento de outros seria uma violação do princípio de neutralidade do mercado a ser seguido por bancos centrais. Por outro lado, Kedward, Ryan-Collins

e Chenet (2020) argumentam que os bancos centrais deveriam passar de agentes que corrigem falhas de mercado para agentes que moldam o mercado, o que dificilmente seria possível sem o favorecimento de certos setores face a outros nesse caso.

Os subtópicos a seguir enquadrarão as diferentes propostas de ferramentas dentro dos três pilares de Basiléia (Capital Regulatório, Supervisão e Gestão de Risco, e Disciplina do Mercado) a fim de que se tenha uma visão global das possibilidades de escolha de modo a, posteriormente, na segunda seção deste artigo, compreender melhor as escolhas e alternativas do BCB.

1.2.1. REQUERIMENTO DE CAPITAL

O primeiro pilar de Basileia é o requerimento de capital, isto é, a quantia de capital próprio de um banco depositado em caixa para mitigar possíveis riscos (WOOD, 2008). Em relação a esse capital mínimo, uma das sugestões mais debatidas é a de fatores verdes e marrons para o cálculo dos requerimentos, conforme será visto abaixo, além de sugestões que partem das inovações de Basiléia após a crise de 2008, como colchões adicionais de capital (“*buffers*”) e índices de alavancagem em versões “climáticas”, dentre outras.

1.2.1.1. FATORES VERDES E MARRONS

Para fins de Basiléia, o índice de adequação de capital (definido em no mínimo 8%) é igual à divisão do capital regulatório pelos ativos ajustados pelo risco (operacional+crédito+mercado). A ideia seria a introdução de um “*green supporting factor*” (GSF) ou um “*brown penalising factor*” (BPF) no cálculo do capital regulatório mínimo, enquanto o primeiro reduziria a quantidade de capital regulatório necessário para bancos com menor exposição à riscos climáticos, o segundo aumentaria a necessidade de capital para bancos com maior exposição a determinados setores (THOMA e HILKE, 2018). A

maioria da literatura entende que BPFs seriam preferíveis, uma vez que o fato de um ativo ser verde não implica em não ser arriscado do ponto de vista de riscos não-climáticos (BOLTON ET AL., 2020; BOOT e SCHOENMAKER, 2018; FORD, 2018). Contudo, há quem defenda seu uso conjunto, uma vez que teriam funções complementares (BERENGUER ET AL., 2020; DAFERMOS e NIKOLAIDI, 2022), ou a não utilização dos mesmos, já que não representam riscos presentes e quantificáveis (IIF, 2021; MANNINEN e TIILILÄ, 2020; CARNEY, 2015), bem como a falta de evidência que tal alteração realmente teria um efeito nas decisões dos bancos (CULLEN, 2022).

Outros problemas apontados são: a possibilidade de formação de “bolhas verdes” e de diminuição da atividade econômica com o menor crédito disponível para atividades “sujas” (DEMEKAS e GRIPPA, 2021), o fato de que ativos verdes podem ainda estar sujeitos a riscos climáticos físicos e de transição (e.g. eventos físicos podem afetar plantas de usinas de energia renovável) (BOLTON ET AL., 2020) e a possibilidade de arbitragem regulatória (LASTRA e ALEXANDER, 2022).

Além disso, para que isso seja operacionalizado, é necessária a criação de uma taxonomia sobre quais ativos são verdes e marrons, o que não só é demorado, mas também enfrentará problemas para harmonização internacional (BOLTON ET AL., 2020; LASTRA e ALEXANDER, 2022). Essa questão será retomada com maiores detalhes no tópico III(a) abaixo.

Ademais, vale mencionar as críticas a Basileia III no que tange ao incentivo a ativos de curto prazo ao invés de ativos de longo prazo, uma vez que os primeiros são tidos como menos arriscados e afetam menos a liquidez. Isso faria com que bancos fossem desencorajados a financiar ativos “verdes”, uma vez que tais ativos geralmente são de longo prazo (D’ORAZIO e POPOYAN, 2019). Entretanto, Alexander (2014) apresenta evidência empírica de economias emergentes como China, Brasil e Peru de que o capital regulatório é um fator insignificante na precificação de empréstimos ou na disposição de emprestar para o financiamento de projetos. Sendo assim, faz-se necessário

investigar os efeitos das regulações de capital e liquidez nos diferentes cenários nacionais e fazer as adaptações caso estejam desencorajando investimentos mais sustentáveis. Os resultados de um estudo mais recente sobre o efeito real da inclusão de riscos socioambientais na regulação prudencial do BCB em 2014 será discutido na seção 2.

1.2.1.2. COLCHÃO DE CAPITAL “VERDE”

Basileia III prevê a inclusão de colchões adicionais de capital (“*Buffers*”) para além do capital regulatório, tais colchões podem ser de “Conservação de Capital” - um adicional de 2,5% ao requerimento mínimo padrão, ampliando o capital que pode ser acessado em situações de estresse - e “Contracíclico” - o requerimento de capital contracíclico flutua num intervalo de 0% a 2,5%, de acordo com o ciclo econômico, visando mitigar a pró-ciclicalidade, com formação de “bolhas de crédito”, que são características dos mercados financeiros. Tais *Buffers* são os chamados “*Buffers* de Basileia III”, que não devem ser confundidos com os “*Buffers* do Pilar 2 de Basileia III” (também chamados de “*Pillar 2 add-ons*”). Os *Buffers* do Pilar 2 são impostos pelos supervisores após um processo de avaliação do Pilar 2 em que é demandado ao banco em avaliação que ele retenha capital para além do capital mínimo regulatório (o qual inclui “*Buffers* de Basileia III”) a fim de que tenha capital suficiente em relação aos seus riscos (BIS, 2019). A utilização de uma versão climática desses dois tipos de *Buffers* foi sugerida. Contudo, neste item (b), trata-se dos *Buffers* de Basileia III.

De um lado, há a ideia de um colchão sistêmico climático que faria com que bancos tivessem que preservar um capital adicional se detivessem uma exposição alta a um grupo de ativos com riscos físicos e de transição altos (SHOENMAKER e VAN TILBURG, 2016; DIKAU, ROBINS e TAGER, 2019, DAFERMOS e NIKOLAIDI, 2022), o que se assemelha a um *buffer* de conservação de capital. De outro, há uma adaptação do *buffer* contracíclico, que se daria pela construção de um

buffer durante períodos de crescimento excessivo de crédito intensivo em carbono que atuaria como um limite de velocidade a tal aumento, melhorando a resiliência dos bancos (D’ORAZIO e POPOYAN, 2019). Além disso, D’Orazio e Popoyan (2019) apontam que o buffer também poderia ser construído sob a forma de buffer de capital negativo (NCB), isto é, ocorreria a redução do nível mínimo de capital requerido quando a carteira de crédito do banco parecesse “suficientemente verde”. Tal NCB poderia ser considerado uma “compensação” para os bancos que não estão excessivamente expostos à indústria intensiva em carbono ou participam ativamente da “transformação verde” e, de certo modo, é semelhante a um GSF.

1.2.1.3. OUTROS INSTRUMENTOS: ÍNDICE DE ALAVANCAGEM DE CARBONO INTENSIVO E LIMITES DE CRÉDITO.

Diversos outros instrumentos foram propostos, variando em abordagens macro e microprudenciais e em mecanismos com maior ou menor grau de intervencionismo, alguns deles são:

- a. Índice de alavancagem de carbono intensivo: Enquanto o índice de alavancagem introduzido em Basileia III evita alavancagem excessiva dentro e fora do balanço por meio da relação entre o patrimônio do banco e as exposições totais, o índice proposto para fins climáticos poderia limitar uma alavancagem excessiva em relação a um grupo-alvo de ativos, i.e., ativos intensivos em carbono (D’ORAZIO e POPOYAN, 2019). De maneira semelhante, Dikau, Robins e Tager (2019) sugerem instrumentos de restrição a grandes exposições calibrados para considerar exposições à concentração de investimentos não sustentáveis. Sendo que, se grandes bancos não estiverem suficientemente incentivados para tratar de riscos climáticos, capital adicional poderia ser prescrito no âmbito do pilar II. Tais instrumentos fariam parte de uma abordagem macroprudencial fraca, na classificação de

Dafermos e Nikolaidi (2022), uma vez que visam à redução da exposição do sistema financeiro a riscos ambientais específicos de setores ou regiões, em contraposição a uma abordagem macroprudencial forte (objetiva contribuir para a redução de riscos ambientais sistêmicos e leva em consideração ciclos de retroalimentação macroprudenciais, e.g., Green Supporting Factor) ou uma abordagem microprudencial (objetivando a redução da exposição de instituições financeiras individualmente a riscos ambientais de nível micro, e.g. ajustes na ponderação de riscos com base em riscos de crédito relacionados ao clima).

- b. Limites de crédito: estabelecer um teto máximo de crédito para ativos “marrons” e um piso mínimo de crédito para ativos “verdes”. Tal opção é criticada por não ter uma natureza de mercado (D’ORAZIO e POPOYAN, 2019), mas seu uso é uma ferramenta mais direta e poderosa do que a alteração do capital regulatório (CULLEN, 2019).

1.2.2. SUPERVISÃO E GESTÃO DE RISCO

O Pilar II estabelece como os supervisores irão revisar os bancos para garantir que possuem o capital necessário em relação aos seus riscos, bem como auxiliar no desenvolvimento e uso de técnicas de gestão de riscos (BIS, 2019). Para tanto, é necessário, dentre outros, que os bancos façam o chamado Processo Interno de Avaliação da Adequação de Capital (ICAAP), que consiste em projetar e implementar uma estrutura de gerenciamento ajustada ao risco, o qual é submetido para revisão do supervisor. Com isso, visa-se garantir que os bancos atendam constantemente seus requisitos de capital regulatório e gerenciem riscos que não são capturados pelo Pilar I, como risco de concentração, fraude e risco de liquidez. Os principais instrumentos nesse âmbito seriam (1.2.2.1) estruturas de governança interna e (1.2.2.2) o uso de análises de cenário, além da prescrição

de capital adicional, conforme já citado anteriormente. O primeiro trata da inclusão do risco climático na estrutura de governança com a elaboração de políticas de risco climático e indicação de responsáveis bem definidos para sua implementação. Em relação à segunda temática, a utilização de análises de cenários climáticos está avançando, mas apresenta grandes dificuldades do ponto de vista técnico em virtude da não-linearidade desses riscos e da falta de dados, o que gera discussões sobre a maior valorização de abordagens qualitativas.

1.2.2.1. GOVERNANÇA INTERNA

Os Princípios de Governança Corporativa para Bancos do Comitê da Basiléia (BSBS, 2015) enfatizaram a importância crítica de uma governança corporativa efetiva para o funcionamento seguro de bancos e promoveram conselhos de administração fortes e com funções de controle efetivas. Contudo, ainda sem citar questões ambientais ou climáticas.

Entretanto, princípios para a consideração de riscos climáticos foram emitidos posteriormente, em 2022, pelo BCBS. Em 2022, o BCBS concluiu que, em relação à supervisão, os princípios básicos para uma supervisão bancária eficaz (BCPs) e o processo de revisão de supervisão (SRP) são suficientemente amplos e flexíveis para acomodar respostas adicionais de supervisão a riscos financeiros relacionados ao clima, mas supervisores e bancos poderiam se beneficiar da orientação do Comitê para promover o alinhamento em termos de expectativas de supervisão para lidar com esses riscos. Nesse sentido, o BCBS publicou uma série de 18 princípios, incluindo responsabilidades bem definidas e atribuídas a membros, inclusão nas estratégias de negócios e políticas, processos e controles. Ademais vale ressaltar que o princípio da proporcionalidade é adotado, ou seja, os supervisores devem estabelecer expectativas de maneira proporcional à natureza, escala e complexidade das atividades dos bancos relevantes. Entretanto, Lastra

e Alexander (2022) apontam que reguladores deveriam fornecer uma interpretação mais específica do princípio da proporcionalidade em relação a riscos ambientais financeiramente relevantes.

Em sentido semelhante, Robins, Dikau e Volz (2021) argumentam que uma maneira de implementar abordagens *net-zero* por meio de política de supervisão seria demandar que instituições financeiras reguladas submetam planos de transição *net-zero*. Tais planos mostrariam tanto os objetivos de curto quanto longo prazo (e.g. 5 anos), incluindo passos para reduzir exposição a recursos fósseis e aumentar ativos verdes. As autoridades teriam tanto uma visão dos planos individualmente como de forma agregada a fim de tomar medidas em relação às instituições que estejam desalinhadas. Instituições desalinhadas poderiam ser sujeitas a mecanismos do pilar II como capital buffers (DIKAU, ROBINS e TAGER, 2019; ROBINS, DIKAU e VOLZ, 2021).

1.2.2.2. ANÁLISES DE CENÁRIOS CLIMÁTICOS

A natureza não-linear e a profunda incerteza em relação aos riscos físicos e de transição, bem como a impossibilidade do uso de dados históricos - geralmente utilizados em testes de estresse, dificulta a viabilidade prática de análises de cenário climático. Entretanto, à medida que mais dados são disponibilizados e exercícios são conduzidos por bancos centrais e melhores práticas são compartilhadas internacionalmente, tais testes vêm sendo aperfeiçoados. Nesse âmbito, o ator central tem sido a NGFS, que desde de 2018 desenvolve cenários para serem utilizados por bancos centrais. São oferecidos seis cenários, dos quais três são mais populares: continuação das políticas atuais/ inação, transição ordenada para o net zero em 2050 e transição desordenada/ atrasada para o net zero em 2050 (FSB e NGFS, 2022).

Apesar do potencial promissor das análises prospectivas, autores apontam que elas não podem superar totalmente as limitações das abordagens probabilísticas, sendo necessários, para além de mais

dados, posições epistemológicas alternativas que possam incluir totalmente a incerteza e a necessidade de transformações estruturais, inclusive por meio de abordagens mais qualitativas e politicamente fundamentadas (Bolton et al., 2020), incluindo a análise qualitativa por meio do princípio da precaução aplicado à supervisão financeira de Kedward, Ryan-Collins e Chenet (2020). O princípio da precaução, amplamente utilizado no direito ambiental, recomenda a tomada de medidas preventivas face a situações de incerteza ao invés de esperar por mais informações como pré-requisito para agir. Assim, o foco seria não em cenários plausíveis, mas no pior resultado possível e como evitá-lo, o que seria melhor para riscos climáticos, dada sua natureza não-linear.

Entretanto, a visão dominante é pelo uso da abordagem quantitativa, liderada pela NGFS. Robins, Dikau e Volz (2021) defendem que testes de estresse climáticos deveriam ser um recurso padrão da regulação prudencial e deveriam ser centrados em cenários de net-zero que representam uma transição ordenada. Além disso, argumentam que bancos centrais e supervisores criando e executando esses cenários necessitam sinalizar claramente que eles não são indiferentes ao resultado (i.e., se o net-zero é alcançado ou não). De maneira similar, o princípio 18 do BIS indica que “*Supervisors should clearly articulate their specific objectives for supervisory climate scenario analysis*”.

1.2.3. DISCIPLINA DO MERCADO

1.2.3.1. DIVULGAÇÕES

Como citado anteriormente, um grande problema na análise de riscos climáticos é a falta de dados. Nesse sentido, faz-se necessário um grande foco na divulgação de informações relevantes para o tema. Uma das principais iniciativas nesse âmbito foi a criação da Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD) pelo Financial

Sustainability Board (FSB), que apesar de descontinuada no fim de 2023, foi incorporada pelas divulgações do IFRS S1/S2. O TCFD é dividido em quatro pilares: Governança (divulgação da governança da organização acerca de riscos e oportunidades ligadas a riscos climáticos), Estratégia (divulgação de impactos atuais e potenciais de riscos e oportunidades climáticas nos negócios, estratégia e planejamento da organização quando essa informação for relevante), Gestão de Risco (divulgação de como a organização identifica, avalia e gere riscos climáticos) e Métricas e Objetivos (divulgação das métricas e objetivos utilizados para avaliar e gerir riscos e oportunidades climáticas relevantes quando essa informação for relevante).

Apesar da importância de estruturas voluntárias como a da TCFD, diversos autores compartilham a visão de que as recomendações da TCFD não são suficientes como estrutura de divulgação, particularmente em relação às suas deficiências para bancos centrais e supervisores financeiros, bem como sua falha em capturar a dupla materialidade, i.e., conceito criado pela União Europeia que se refere à integração dupla de uma empresa no contexto do sistema financeiro que, por sua vez, está inserido em um sistema socioecológico (Dikau, Robins e Tager, 2019; Robins, Dikau e Volz, 2021; Kyriakopoulou et al., 2022; Armour, Enriques e Wetzer, 2021).²⁶³

A necessidade de divulgações robustas faz parte de um dos desafios para lidar com a falta de dados relacionados ao clima (há questões de *disponibilidade*: cobertura, granularidade, acessibilidade; *confiabilidade*: qualidade, auditabilidade, transparência; e *comparabilidade*). No Progress Report on Bridging Data Gaps da NGFS (2021) foram destacados três focos para lidar com esse problema: (i) convergência rápida para um sistema global consistente de padrões de divulgação; (ii) esforços para uma taxonomia/ princípios comuns minimamente aceitos globalmente para classificações de finanças

263 Conceito introduzido pela Comissão Europeia como parte das Non-Binding Guidelines on Non-Financial Reporting Update (NFRD) para adereçar a materialidade financeira, ambiental e social e levar em conta que o resultado ambiental e social do impacto de uma organização pode ter consequências financeiras materiais com o tempo.

sustentáveis; (iii) o desenvolvimento e o uso transparente de métricas bem definidas e úteis para tomada de decisão, de selos de certificação e de padrões metodológicos.

Nesse sentido, diversas iniciativas já tiveram resultados, como a criação da taxonomia da União Europeia, da ASEAN, da Malásia e da África do Sul, bem como padrões de informações sustentáveis, como os padrões de sustentabilidade IFRS (International Financial Reporting Standards) criados pelo ISSB (International Sustainability Standards Boards). Outro exemplo interessante é o art. 173 da *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte* na França, que demanda que empresas financeiras e não financeiras divulguem os riscos climáticos a que estão expostas e como procuram gerenciá-los. Contudo, o grande desafio é garantir interoperabilidade dessas taxonomias e padrões (NGFS, 2022).

SEÇÃO 2 - - AÇÕES DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

No âmbito do planejamento estratégico do BCB, a promoção da sustentabilidade está na sua visão de futuro e “*promover finanças sustentáveis e contribuir para a redução dos riscos socioambientais e climáticos na economia e no Sistema Financeiro Nacional*” está entre os seus objetivos estratégicos. Nesse sentido, a chamada Agenda B# inclui dentre seus pilares a sustentabilidade, além da inclusão, transparência, competitividade e educação financeira. Dentro do pilar de sustentabilidade, o BCB divide suas ações nas seguintes áreas: Responsabilidade socioambiental do BC, Regulação, Supervisão, Parceria e Políticas. Para fins da análise deste trabalho, analisar-se-á a legislação relacionada indicada pelo BCB, analisando a evolução de tais normas e verificando as mudanças de conteúdo mais recentes de modo aprofundado.

2.1. DA RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL PARA A RESPONSABILIDADE SOCIAL, AMBIENTAL E CLIMÁTICA.

O início da história da ação socioambiental do BCB pode ser traçado até 2008, porém uma ação mais robusta se inicia a partir de 2014 e sofre alterações para passar de “responsabilidade socioambiental” para “responsabilidade social, ambiental e climática” a partir de 2021. Para fins deste artigo, só serão explorados a responsabilidade e os riscos ambiental e climático, mas também há a responsabilidade e o risco social na atual regulação do BCB.

Naquele primeiro período, a ação estava mais ligada ao crédito rural e à adaptação climática no âmbito da Política Nacional sobre Mudança do Clima. Em 2014, foi emitida a primeira resolução que marca o início da abordagem de regulação prudencial vinculada aos riscos socioambientais.²⁶⁴ Tal resolução exigia que as instituições reguladas pelo BCB adotassem políticas de responsabilidade socioambiental. Para complementar, em 2017, o BCB instituiu que seus regulados considerassem riscos socioambientais em suas estruturas de gerenciamento de riscos e de gerenciamento de capital²⁶⁵.

Em 2021, diante das tendências globais, como as iniciadas pela NGFS, foram publicadas novas resoluções, revogando ou alterando as de 2014 e 2017, incluindo explicitamente o risco climático para além do ambiental e social. Contudo, os riscos considerados como ambientais e como climáticos se sobrepõem em grande parte, considerando a taxonomia verde elaborada pela FEBRABAN²⁶⁶, de modo que pode ser dito que já havia uma inclusão implícita do risco climático para

²⁶⁴ Resolução CMN 4.327/2014

²⁶⁵ Resoluções CMN 4.557/2017 e 4.606/2017.

²⁶⁶ O volume de crédito bancário destinado a setores da ‘Economia Verde’ é mensurado pela FEBRABAN desde 2015 (com dados retroativos até a 2013), utilizando como base a Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE). Desde 2019, a análise passou a considerar 100% do crédito a pessoas jurídicas oferecido pelo sistema bancário no Brasil. Em 2020, foi feita nova classificação das atividades (Taxonomia Verde) em três modalidades de classificação: “Economia Verde”, “Exposição às mudanças climáticas” e “Exposição ao risco ambiental”. Para mais informações acesse: <https://portal.febraban.org.br/paginas/1103/pt-br/>.

os períodos anteriores (MIGUEL, PEDRAZA e RUIZ-ORTEGA, 2022). Tendo isso em mente, analisar-se-á as resoluções atuais comparando-as com as provisões de suas versões anteriores e com as influências regulatórias internacionais.

Tabela 1: Atuais resoluções sobre riscos climáticos e suas versões anteriores.

Versão Anterior	Nova versão	Conteúdo
Resolução 4.327/2014	Resolução CMN n° 4.945/2021	Exigem que as instituições reguladas pelo BCB adotem, respectivamente, uma política de responsabilidade socio-ambiental e uma política de responsabilidade social, ambiental e climática.
Resolução 4.557/2017	Resolução 4.943/21	Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos, a estrutura de gerenciamento de capital e a política de divulgação de informações.
Resolução CMN n° 4.606/2017	Resolução CMN n° 4.944/2021	Detalhou a metodologia facultativa simplificada para apuração do requerimento mínimo de Patrimônio de Referência Simplificado (PRS5), os requisitos para opção por essa metodologia, e os requisitos adicionais para a estrutura simplificada de gerenciamento contínuo de riscos de que trata a Resolução n° 4.557/2017.
Sem equivalente anterior.	Resolução BCB n° 139/2021 e Instrução Normativa BCB n° 153/2021	Dispõem sobre o Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas.
Sem equivalente único anterior.	Resolução BCB n° 140/2021 e Resolução CMN N° 4.883, de 23 de dezembro de 2020	Dispõe sobre a criação da Seção 9 (Impedimentos Sociais, Ambientais e Climáticos) no Capítulo 2 (Condições Básicas) do Manual de Crédito Rural (MCR).

Além disso, vale dizer que as normas vigentes foram realizadas por meio de edital para participação pública de maneira transparente, o que vai ao encontro do 3º princípio delineado por Lastra e Skinner (2022) em sua lista de princípios que deveriam reger a ação climática de

bancos: “*Public law values of transparency, due process, and proportionality should be maintained in the design of climate change supervisory policies*”. Entretanto, vale apontar que a consulta pública realizada pelo BCB não explica o porquê de não ter acolhido uma sugestão, diferentemente da consulta da Comissão de Valores Mobiliários. Desse modo, essa seria uma alteração a ser considerada no modelo de consulta do BCB.

2.2. DAS OBRIGAÇÕES REGULATÓRIAS

Neste item serão apresentadas as alterações ocorridas nas regras sobre estabelecimento de uma política de responsabilidade social, ambiental e climática e sobre a inclusão dos riscos sociais, ambientais e climáticos na gestão na estrutura de gerenciamento de risco e de capital dos regulados. O foco será em não só comparar as alterações das versões mais recentes desses normativos com suas versões anteriores, mas também ressaltar, ao longo de tal comparação, a diferente textura da regulação prudencial, em que o próprio regulado cria os contornos das regras e o regulador os aprova. Isso possibilita uma maior eficiência na alocação dos recursos e tempo do BCB, bem como na escolha de ferramentas pelo regulado, que detêm maior conhecimento sobre suas operações.

2.2.1. A POLÍTICA DE RESPONSABILIDADE

A origem da atual Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC)²⁶⁷ se encontra na instituição da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA)²⁶⁸ em 2014, sendo que, no âmbito de Basileia, está no Pilar II. Neste item serão exploradas as diferenças entre essas duas resoluções e ver-se-á que a nova resolução traz um maior nível de detalhamento em relação à anterior. Além

²⁶⁷ Resolução CMN 4.945/2021

²⁶⁸ Resolução CMN 4.327/2014

disso, na própria inclusão de novos capítulos e alteração do título de outros, já é possível observar o maior foco da nova resolução em ações para dar efetividade à política e em divulgação de informações. Ainda que o conteúdo da política e as ações para dar efetividade a mesma não sejam definidos e fiquem a cargo do regulado.

Enquanto a antiga resolução se concentrava em orientar ações socioambientais nos negócios e nas relações com as partes interessadas, a nova resolução abrange considerações sociais, ambientais e climáticas em todas as operações e interações da instituição. Além disso, a nova resolução amplia a definição de partes interessadas para incluir fornecedores, prestadores de serviços terceirizados, investidores e outras pessoas impactadas pelos produtos, serviços, atividades e processos da instituição. Essa ampliação reflete uma preocupação mais abrangente com a sustentabilidade a longo prazo, buscando influenciar não apenas os clientes, mas também toda a cadeia de valor e os investidores.

A nova resolução estipula que a elaboração da PRSAC deve levar em conta: (i) o impacto social, ambiental e climático das atividades, processos, produtos e serviços da instituição; (ii) os objetivos estratégicos da instituição e as oportunidades de negócios relacionadas a esses aspectos; e (iii) as condições competitivas e regulatórias do ambiente em que a instituição opera.

Sendo a “natureza climática” definida por meio da contribuição positiva da instituição para uma economia de baixo carbono e para a redução dos riscos físicos. Desse modo, é interessante notar a interação da dimensão de sustentabilidade com as outras dimensões da Agenda BC#, sendo uma delas competitividade, e o foco em oportunidades para além do foco em riscos. Essa inclusão de considerações climáticas ocorre de acordo com o princípio da proporcionalidade e é pensada pela próprio regulado ao invés de imposta pelo regulador de um modo “*one-size-fits-all*”.

2.2.1.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

Na antiga resolução, o primeiro capítulo estabelecia que os princípios de relevância e proporcionalidade deveriam ser observados no estabelecimento e implementação da política em questão pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB. Sendo que definia o princípio da relevância como “*o grau de exposição ao risco socioambiental das atividades e das operações da instituição*” e a proporcionalidade como “*a compatibilidade da PRSA com a natureza da instituição e com a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros*”.

Na nova resolução, estão elencados como sujeitos ao estabelecimento e implementação da política as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB enquadradas nos Segmentos 1 (S1) (entidades maiores) a 5 (S5) (entidades menores), sendo essa variação entre segmentos feita com base em seu tamanho em relação ao produto interno bruto do Brasil, exceto que instituições com atividade internacional relevante são consideradas S1 independentemente de seu tamanho. Essa divisão em segmentos busca justamente facilitar a aplicação da proporcionalidade às instituições reguladas, sendo que a nova resolução também indica que a política deve ser proporcional ao “*modelo de negócio, à natureza das operações e à complexidade dos produtos, dos serviços, das atividades e dos processos da instituição*” e “*adequadas à dimensão e à relevância da exposição ao risco social, ao risco ambiental e ao risco climático*”, conforme tratados nas resoluções relevantes.

É interessante notar que a adoção da proporcionalidade é condizente com os “*Principles for the effective management and supervision of climate-related financial risks*” do BCBS (2022), sendo que a crítica de Lastra e Alexander (2022) de que reguladores deveriam fornecer uma interpretação mais específica do princípio da proporcionalidade em relação a riscos ambientais e climáticos financeiramente relevantes pode ser aplicada aqui. Por mais que a segmentação das instituições

ajude nessa aplicação, talvez fosse interessante que o BCB fornecesse exemplos detalhados de diferentes ações para cada segmento quando uma disposição for aplicável a todos eles. Isso pode partir da seleção e compartilhamento pelo BCB de melhores práticas das instituições reguladas à medida que elas adotem e melhorem suas políticas, de modo a não comprometer a eficiência da atual natureza da regulação prudencial, conforme descrita acima.

Por fim, é importante notar que enquanto o escopo da primeira é o estabelecimento e a implementação da política (incluindo um plano de ação), a segunda vai além ao também requerer a implementação de ações visando a efetividade da política, as quais devem ser monitoradas continuamente e avaliadas, com critérios claros e passíveis de verificação, quanto à sua contribuição para a efetividade da PRSAC. Tal foco na efetividade visa prevenir que as instituições tenham políticas genéricas e vazias, apenas para fins de estar em conformidade com a regulação, mas que não têm efeitos práticos nas atividades da instituição. Desse modo, percebe-se a necessidade de impedir que os regulados utilizem da natureza regulatória diferenciada da regulação prudencial para escapar da regulação efetiva.

2.2.1.2 GOVERNANÇA

A antiga resolução ditava a indicação de diretor responsável pelo cumprimento da resolução e a constituição de um comitê de responsabilidade socioambiental era facultativa. Na nova resolução, continua-se necessário indicar diretor responsável, mas a existência de um comitê de responsabilidade social, ambiental e climática, vinculado ao conselho de administração, é obrigatória para instituições enquadradas no S1 ou no S2, sendo facultativa para as demais. Além disso, a resolução mais recente estabelece detalhadamente as atribuições do diretor nomeado, do comitê e do conselho de administração, o que não acontecia na anterior.

Tabela 2: Atribuições do diretor, do comitê e do conselho de administração na PRSAC.

Diretor	Comitê	Conselho de Administração
I - Prestação de subsídio e participação no processo de tomada de decisões relacionadas ao estabelecimento e à revisão da PRSAC, auxiliando o conselho de administração; II - Implementação de ações com vistas à efetividade da PRSAC; III - Monitoramento e avaliação das ações implementadas; IV - Aperfeiçoamento das ações implementadas, quando identificadas eventuais deficiências; e V - Divulgação adequada e fidedigna das informações de que trata o art. 10.	I - Propor recomendações ao conselho de administração sobre o estabelecimento e a revisão da PRSAC; II - Avaliar o grau de aderência das ações implementadas à PRSAC e, quando necessário, propor recomendações de aperfeiçoamento; e III - Manter registros das recomendações de que tratam os incisos I e II.	I - Aprovar e revisar a PRSAC, com o auxílio do diretor de que trata o art. 5º e do comitê de responsabilidade social, ambiental e climática; II - Assegurar a aderência da instituição à PRSAC e às ações com vistas à sua efetividade; III - Assegurar a compatibilidade e a integração da PRSAC às demais políticas estabelecidas pela instituição, incluindo, quando existentes, políticas de crédito, de gestão de recursos humanos, de gerenciamento de riscos, de gerenciamento de capital e de conformidade; IV - Assegurar a correção tempestiva de deficiências relacionadas à PRSAC; V - Estabelecer a organização e as atribuições do comitê de responsabilidade social, ambiental e climática; VI - Assegurar que a estrutura remuneratória adotada pela instituição não incentive comportamentos incompatíveis com a PRSAC; e VII - Promover a disseminação interna da PRSAC e das ações com vistas à sua efetividade.

Dessa maneira, essas três figuras possuem algumas funções que se sobrepõem, atuando como diferentes níveis de defesa. Adicionalmente, os processos relativos ao estabelecimento da PRSAC e à implementação de ações com vistas à sua efetividade devem ser avaliados periodicamente pela auditoria interna da instituição, como uma linha de defesa adicional.

2.2.1.3 TRANSPARÊNCIA

A antiga resolução já exigia a formalização e divulgação da PRSA, mas a nova resolução ampliou essas obrigações. Agora, é obrigatória a divulgação da PRSAC, das ações implementadas para torná-la efetiva e dos critérios de avaliação, em um local visível no site da instituição. Adicionalmente, devem ser divulgados os setores econômicos sujeitos a restrições ambientais e climáticas, produtos e serviços que contribuem positivamente, acordos nacionais e internacionais relevantes e mecanismos para a participação das partes interessadas. Além disso, a avaliação das ações em relação à efetividade da PRSAC pode ser divulgada.

2.2.1.4 SANÇÕES

É interessante notar que ambas as resoluções possibilitam que o BCB sugira modificações no âmbito do estabelecimento da política, mas não há previsão de qualquer espécie de sanção pelo descumprimento das resoluções no caso de uma má implementação reiterada. Além disso, a antiga resolução previa o estabelecimento de um prazo para a implementação das modificações determinadas pelo BCB, o que não acontece na atual. Contudo, a versão atual é mais ampla, pois inclui a possibilidade de determinação de aperfeiçoamentos não só nos controles e nos procedimentos relativos ao estabelecimento da PRSAC, mas também nos relativos à implementação de ações com vistas à sua efetividade.

2.2.2. ESTRUTURA DE GERENCIAMENTO DE RISCOS E A ESTRUTURA DE GERENCIAMENTO DE CAPITAL

A nova resolução²⁶⁹ altera a versão de 2017²⁷⁰ a fim de incluir considerações climáticas de forma explícita. A resolução é aplicável às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB enquadradas no S1, S2, S3 e S4, para a implementação da “*estrutura de gerenciamento contínuo e integrado de riscos*” e da “*estrutura de gerenciamento contínuo de capital*”, e no S5, para a “*estrutura simplificada de gerenciamento contínuo de riscos*”. Sendo que os requisitos adicionais para a estrutura simplificada de gerenciamento contínuo de riscos são dados por outra resolução²⁷¹, que também foi alterada no mesmo sentido para incluir riscos climáticos.

2.2.2.1 ESTRUTURA DE GERENCIAMENTO DE RISCO:

A antiga resolução exigia que a estrutura de gerenciamento de riscos abordasse diversos tipos de riscos, incluindo o socioambiental. A nova resolução substitui esse último por três novos: risco social, ambiental e climático. Isso é refletido na declaração de apetite por riscos (RAS), que agora requer a discriminação dos níveis de risco por tipo e horizonte de tempo. Isso é crucial para avaliar os riscos climáticos, conforme recomendado pelo BCBS. Além disso, as políticas de gerenciamento de risco devem ser compatíveis com a PRSAC.

Com isso, a consideração de riscos ambientais e climáticos também se torna um requisito dos programas de testes de estresse. No processo de elaboração de cenários, quando utilizada a metodologia de análise de cenários, devem ser considerados, quando relevantes, elementos hipotéticos, não linearidades e efeitos de segunda ordem. Desse modo, a resolução considera as diferenças essenciais da análise

269 Resolução CMN 4.943/21

270 Resolução CMN 4.557/2017

271 Resolução CMN 4.606/2017, alterada pela Resolução CMN 4.944/2021

de cenários para fins climáticos. Ainda, o BCB poderá determinar ajustes no programa de testes de estresse da instituição, incluindo a utilização de cenários diferentes dos originalmente estabelecidos e a realização de testes de estresse adicionais, caso sejam identificadas deficiências nesse programa, bem como a realização de testes de estresse com base em cenários por ele fornecidos. Adicionalmente, indica a realização de análise de cenários que considerem tanto as hipóteses de mudanças em padrões climáticos quanto a de transição para uma economia de baixo carbono. Por fim, não parece haver uma tendência para questionar a utilização de uma abordagem mais quantitativa em prol de uma abordagem precaucionária mais qualitativa.

Mais importante, a nova resolução inclui uma seção inteira²⁷² dedicada ao gerenciamento do risco social, do risco ambiental e do risco climático. O risco ambiental é definido como a possibilidade de ocorrência de perdas para a instituição ocasionadas por eventos associados à degradação do meio ambiente, incluindo o uso excessivo de recursos naturais²⁷³. Somado a isso, um hall de exemplos de eventos de risco ambiental é fornecido, incluindo atos que, apesar de regulares, legais e não criminosos, impactem negativamente a reputação da instituição, em decorrência de degradação do meio ambiente.

Em relação ao risco climático, ele é definido em suas vertentes de risco de transição e de risco físico como, respectivamente, a possibilidade de ocorrência de perdas para a instituição ocasionadas por eventos associados ao processo de transição para uma economia de baixo carbono, em que a emissão de gases do efeito estufa é reduzida ou compensada e os mecanismos naturais de captura desses gases são preservados; e a possibilidade de ocorrência de perdas para a instituição ocasionadas por eventos associados a intempéries frequentes e severas ou a alterações ambientais de longo prazo, que possam ser relacionadas a mudanças em padrões climáticos.²⁷⁴ Novamente,

272 Seção VIII

273 Art. 38-B

274 Art. 38-C

um hall exemplificativo dos eventos de risco climático é fornecido, tanto de transição quanto físicos. No âmbito do risco climático de transição, é incluída, por exemplo, a percepção desfavorável dos clientes, do mercado financeiro ou da sociedade em geral que impacte negativamente a reputação da instituição relativamente ao seu grau de contribuição na transição para uma economia de baixo carbono.

A nova seção inclui provisões adicionais para a estrutura de gerenciamento dos riscos social, ambiental e climático, enfatizando a necessidade de registro de dados relevantes e a avaliação consistente desses riscos. Questões interessantes são a necessidade de mecanismos para a identificação e o monitoramento desses riscos pela instituição em decorrência não só da sua própria atuação, mas também das atividades desempenhadas por contrapartes da instituição, entidades controladas e fornecedores e prestadores de serviços terceirizados da instituição.²⁷⁵ Além disso, prevê explicitamente o monitoramento de concentrações de exposições a setores econômicos ou a regiões geográficas mais suscetíveis de sofrer ou de causar danos sociais, ambientais ou climáticos. Contudo, a questão que se coloca é qual será o controle feito pelo BCB em relação ao escopo das expressões abertas “quando relevantes”, “com base em critérios por ela estabelecidos” “quando apropriado” que se juntam a essas obrigações de monitoramento e estabelecimento de limites.

Ela também aborda as interações entre esses riscos e outros riscos, como crédito, mercado, operacionais e de liquidez, dentro de uma abordagem integrada de gerenciamento de riscos. Por exemplo, considera o impacto dos riscos social, ambiental e climático na qualidade creditícia das contrapartes e estabelece critérios para garantias de crédito. Nos riscos operacionais, esses são considerados na seleção de prestadores de serviços e na mitigação de riscos legais nos contratos. Já nos riscos de liquidez, são avaliados os impactos nos ativos líquidos e nas fontes de captação de recursos, além de estratégias para lidar com situações de estresse.²⁷⁶ Por fim, o BCB pode exigir

275 Art. 38-D

276 Art. 38-E

aumento de capital regulatório caso os riscos não estejam alinhados com as novas considerações durante as avaliações do ICAAP.

2.2.2.2. ESTRUTURA DE GERENCIAMENTO DE CAPITAL:

A resolução define o gerenciamento de capital como o processo contínuo de monitoramento e controle do capital mantido pela instituição; avaliação da necessidade de capital para fazer face aos riscos a que a instituição está exposta; e planejamento de metas e de necessidade de capital, considerando os objetivos estratégicos da instituição.²⁷⁷ Como a elaboração do plano de capital deve considerar, dentre outros, ameaças e oportunidades relativas ao ambiente econômico e de negócios, bem como os termos da RAS, os riscos ambientais e climáticos acabam por ser considerados na estrutura de gerenciamento de capital.

2.2.2.3. PROPORCIONALIDADE E DISPENSAS ESPECÍFICAS POR SEGMENTO

Conforme citado anteriormente, a adoção da proporcionalidade gera obrigações diferenciadas para os regulados de acordo com seu tamanho. Nesse sentido, as instituições enquadradas nos segmentos S3 e S4 são dispensadas de constituírem comitê de riscos e realizarem análise de cenários climáticos. Além disso, não lhes é aplicável a obrigação de *“identificar tempestivamente percepção negativa de clientes, do mercado financeiro e da sociedade em geral sobre a reputação da instituição, quando essa percepção possa impactar de maneira relevante o risco social, o risco ambiental e o risco climático por ela incorridos”*.

A questão das dispensas por segmento deve ser projetada de maneira a não impactar negativamente a redução real das emissões. Estudo do Banco Mundial analisou os efeitos das resoluções de 2014 e

²⁷⁷ Art. 39

2017 na alocação dos recursos dos bancos no Brasil e concluiu que isso realmente levou bancos grandes a alocarem menos recursos em setores expostos a maiores riscos socioambientais. Contudo, essa contração do crédito não gerou um impacto substancial na atividade real e emissões de gás de efeito estufa pelos setores expostos, uma vez que bancos menores passaram a emprestar mais para esses setores. Isso se deu pelo fato de que a implementação do ICAAP considerando riscos socioambientais só era obrigatória para instituições dos segmentos S1 e S2, seguindo o princípio da proporcionalidade (Miguel, Pedraza e Ruiz-Ortega, 2022). Nesse sentido, talvez a adoção desse princípio deveria ser melhor adaptada ao contexto de riscos climáticos para obter bons resultados reais.

2.2.3 DIVULGAÇÃO E PADRÃO TCFD

A Resolução BCB nº 139/2021 estabelece a divulgação anual do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas (Relatório GRSAC) para instituições classificadas como S1, S2, S3 e S4. O relatório segue o padrão do TCFD, e continuará seguindo apesar da descontinuação do mesmo, com seções sobre Governança, Estratégia, Gestão de Risco e Métricas e Objetivos. As informações obrigatórias são organizadas em três tabelas: GVR (Governança do gerenciamento de riscos social, ambiental e climático), EST (Estratégias para lidar com os riscos social, ambiental e climático) e GER (Gerenciamento dos riscos social, ambiental e climático).

Há também informações facultativas, como certos indicadores quantitativos, o que é compreensível no atual estado de desenvolvimento da consideração de riscos climáticos, já que são de difícil elaboração, de modo que é esperado que indicadores qualitativos sejam mais utilizados no momento. Contudo, à medida que a área se desenvolva, tais indicadores deveriam se tornar de divulgação obrigatória. Por fim, vale dizer que as instituições enquadradas no S1 e no S2 devem publicar todas as tabelas obrigatórias, enquanto enquadradas no S3 e

no S4 são obrigadas a publicar somente a Tabela GVR. Aqui, do mesmo modo, fica a reflexão sobre como dispensas por segmentos podem ter efeitos perversos. O princípio da proporcionalidade é algo razoável, mas tendo em vista os resultados da pesquisa do Banco Mundial citada acima, talvez seria melhor ser mais exigente com instituições S3-S5, porém dando o suporte de capacitação necessário.

SEÇÃO 3 – ANÁLISE CRÍTICA

Conforme visto acima, a regulação prudencial brasileira está em linha com os padrões internacionais de melhores práticas na área. Contudo, é necessário refletir sobre a eficácia e legitimidade de tais padrões de regulação financeira aplicada às mudanças climáticas. Talvez criar “versões verdes” de todas as estruturas já existentes não seja suficiente (3.1) e para que um banco central aja para criar um modelo que saia desse paradigma sua legitimidade seria ainda mais contestada (3.2).

3.1. MODELO DE REGULAÇÃO “COMPLY OR EXPLAIN”

Ao se olhar as medidas adotadas pelos bancos brasileiros face a nova regulação, percebe-se que suas alterações são bastante superficiais, sendo que há exemplos de PRSAC que parecem simplesmente terem sido escritas com o propósito de “*comply*” com a regulação, mas não possuem um direcionamento prático e ambicioso. Sendo assim, faz-se necessário pensar em impor sanções mais robustas para os regulados. Nesse sentido, Soares (2022) aponta que o BCB deveria adotar o modelo “*carrots and sticks*”, que possui regras mais rígidas e intervencionistas, no âmbito da prevenção de ESGwashing.

3.2. INOVAÇÃO E LEGITIMIDADE

A atuação inicial do BCB encontrava respaldo na lei que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima, a qual elenca os instrumentos para atuação na Política Nacional sobre Mudança do Clima. Entretanto, a atuação mais recente não possui uma legitimidade tão bem definida, sendo retirada do objeto secundário no mandato do BCB: *“sem prejuízo de seu objetivo fundamental (assegurar a estabilidade de preços), o Banco Central do Brasil também tem por objetivos zelar pela estabilidade e pela eficiência do sistema financeiro, suavizar as flutuações do nível de atividade econômica e fomentar o pleno emprego”*.

Desse modo, uma atuação mais intervencionista do BCB deveria ocorrer, mas provavelmente enfrentaria grandes desafios se não fosse decorrente de uma lei que especificamente lhe conferisse tais poderes. Além disso, a consideração da nova atuação do BCB no âmbito da Política Nacional sobre Mudança do Clima seria importante para uma atuação coordenada e eficaz aproveitando as vantagens comparativas de cada órgão da administração pública.

CONCLUSÃO

Considerando a atuação dos governos, vários bancos centrais têm incorporado considerações climáticas em suas regulações prudenciais, utilizando diversas ferramentas dentro dos três pilares de Basileia. O BCB foi pioneiro ao incluir riscos socioambientais em sua regulação e foi rápido em atualizar suas normas para considerar explicitamente os riscos climáticos, mesmo que já fossem parcialmente abordados como riscos ambientais. Suas medidas refletem ferramentas de consenso internacional nos pilares 2 e 3, evitando medidas mais controversas do pilar 1, como fatores verdes e marrons. Além disso, suas resoluções enfatizam a necessidade de evitar “greenwashing”, com foco em ações efetivas e critérios documentados. A documentação desses critérios

não só ajuda a evitar práticas enganosas, mas também melhora a qualidade dos dados para análise de riscos climáticos.

No entanto, há áreas passíveis de melhoria, como a explicação mais clara das expectativas em relação ao princípio da proporcionalidade, sanções e capacitações, bem como é importante considerar uma regulação mais rigorosa para instituições menores, embora acompanhada de suporte para capacitação.

Por fim, em uma visão mais ampla, é necessário refletir sobre a possibilidade de uma mudança mais radical na regulação financeira brasileira em relação ao clima, demandando maior coordenação entre órgãos públicos e uma atualização da Política Nacional sobre Mudança do Clima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, K. Stability and Sustainability in Banking Reform: Are Environmental Risks Missing in Basel III? Cambridge: CISL UNEP, 2014.

ALEXANDER, K.; LASTRA, R. International banking regulation and climate change, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4290785>.

ARMOUR, J; ENRIQUES, L; WETZER, T. Mandatory Corporate Climate Disclosures: Now, but How? European Corporate Governance Institute, Working Paper Series in Law, Working Paper N° 614/2021, 2021.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). BCB.gov.br, 2023. Regulação Prudencial. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/regprudenciais>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Banco Central do Brasil. Instrução Normativa BCB n° 153 de 15/9/2021.

Banco Central do Brasil. Resolução BCB n° 139 de 15/9/2021.

Banco Central do Brasil. Resolução BCB n° 140 de 15/9/2021.

BCBS., Corporate governance principles for banks. Basileia: Basel Committee on Banking Supervision, jul. 2015. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf>.

BCBS. Overview of Pillar 2 supervisory review practices and approaches. Basileia: Basel Committee on Banking Supervision, jun. 2019.

BCBS. Principles for the effective management and supervision of climate-related financial risks. Basileia: Basel Committee on Banking Supervision, 2022.

BERENGUER, M.; M. CARDONA; J. EVAIN. Integrating Climate-Related Risks into Banks' Capital Requirements. Paris: Institute for Climate Economics, 2020. Disponível em: https://www.i4ce.org/wp-content/uploads/2020/03/IntegratingClimate_EtudeVA.pdf.

BOLTON, P.; DESPRES, M.; PEREIRA DA SILVA, L.; et al. The green swan. Central banking and financial stability in the age of climate change. Basileia: Bank for International Settlements, 2020.

BOOT, A.; SCHOENMAKER, D. Climate Change Adds to Risk for Banks, but EU Lending Proposals Will Do More Harm than Good. Bruegel, jan. 2018. Disponível em: <https://www.bruegel.org/2018/01/climate-change-adds-to-risk-for-banks-but-eu-lending-proposals-will-do-more-harm-than-good/>.

CARNEY, M. Breaking the tragedy of the horizon – climate change and financial stability Discurso de Mark Carney, quando Governador do Bank of England e Chairman do Financial Stability Board, em Lloyd's of London, Londres, 29 set. 2015.

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 3.869 de 17/6/2010 (REVOGADO).

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 3.869 de 17/6/2010 (REVOGADO).

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.327 de 25/4/2014 (REVOGADO).

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.553 de 30/1/2017.

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.557 de 23/2/2017.

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.606 de 19/10/2017.

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.943 de 15/9/2021.

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.944 de 15/9/2021.

Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.945 de 15/9/2021.

CULLEN, J. Central banks and climate change: mission impossible? Artigo apresentado na “Fifth Law and Macroeconomics Conference”, 20/10/22 - 21/10/22. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4230856>.

D’Orazio, P.; Popoyan, L. Fostering green investments and tackling climate-related financial risks: Which role for macroprudential policies?. Elsevier, Ecological Economics 160, p. 25–37, 2019.

DAFERMOS, Y.; NIKOLAIDI, M. Greening capital requirements. The INSPIRE Sustainable Central Banking Toolbox, Policy Briefing Paper 08, out. 2022.

DEMEKAS, D.G; P. GRIPPA. Financial Regulation, Climate Change, and the Transition to a Low-Carbon Economy: A Survey of the Issues. IMF Working Paper WP/21/296, Washington DC: International Monetary Fund, 2021. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/downloadpdf/journals/001/2021/296/article-A001-en.xml>.

DIKAU, S.; VOLZ, U. Central bank mandates, sustainability objectives and the promotion of green finance, Ecological Economics,

Volume 184, 2021, 107022, ISSN 0921-8009. <https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2021.107022>.

FANKHAUSER, S.; SMITH, S.M.; ALLEN, M. et al. The meaning of net zero and how to get it right. *Nat. Clim. Chang.* 12, 15–21, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41558-021-01245-w>.

FEBRABAN. [Portal.febraban.org.br](http://portal.febraban.org.br), 2023. Taxonomia Verde. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/paginas/1103/pt-br/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

FORD, G. A Green Supporting Factor Would Weaken Banks and Do Little for the Environment. *FinanceWatch blog*, 2 fev. 2018. Disponível em: <https://www.finance-watch.org/a-green-supporting-factor-would-weaken-banks-and-do-little-for-the-environment/>.

FSB; NGFS. Climate Scenario Analysis by Jurisdictions Initial findings and lessons. FSB, 2022. Disponível em: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P151122.pdf>.

GIUGNI MAIA SOARES, A. ESGwashing e Brasil: A insuficiência do modelo de governança corporativa comply or explain à luz do direito comparado. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro – FGV Direito Rio. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/33501/Vers%c3%a3o%20final%20de%20Disserta%c3%a7%c3%a3o_Alexander%20Giugni%20Maia%20Soares_15%20mar%202023.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 02 de jul. 2023.

IIF. Prudential Pathways: Industry Perspectives on Supervisory and Regulatory Approaches to Climate-related and Environmental Risks. Washington DC: Institute of International Finance, jan. 2021. Disponível em: https://www.iif.com/Portals/0/Files/content/Regulatory/01_21_2021_prudential_pathways.pdf.

KEDWARD, K., RYAN-COLLINS, J.;CHENET, H. Managing nature-related financial risks: a precautionary policy approach for central banks and financial supervisors. UCL Institute for Innovation and Public Purpose, Working Paper Series, IIPP WP, set. 2020. Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/bartlett/public-purpose/wp2020-09>

KYRIAKOPOULOU, D.; ANTONAKAKI, T. ; BEKIARI, M ; ET AL. Central banks and climate-related disclosures: applying the TCFD's recommendations. SOAS Centre of Sustainable Finance, LSE Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, mai. 2022.

LASTRA, R; Skinner, C.P. Sustainable Central Banking. Virginia Journal of International Law, Vol. 61, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4287729>.

MANNINEN, O.;TIILILÄ, N. Could the Green Supporting Factor Help Mitigate Climate Change?. Helsinki: Bank of Finland, Bank of Finland Bulletin, jul. 2020. Disponível em: <https://www.bofbulletin.fi/en/2020/articles/could-the-green-supporting-factor-help-mitigate-climate-change>.

MIGUEL, F.; PEDRAZA, A.; RUIZ-ORTEGA, C. Climate Change Regulations, Bank Lending and Real Effects. World Bank, Policy Research Working Paper 10270, dec. 2022.

NGFS. Final Report on bridging data gaps. Network for Greening of the Financial System, 2022. Disponível em: [final_report_on_bridging_data_gaps.pdf](#) (ngfs.net).

NGFS. Progress Report on bridging data gaps. Network for Greening of the Financial System, 2021. Disponível em: [progress_report_on_bridging_data_gaps.pdf](#) (ngfs.net).

PEREIRA DA SILVA, L.A.; SOARES SALES, A.; e PIAZZA GAGLIANONE, W. Financial Stability in Brazil. Banco Central do Brasil,

working paper series 289, ago. 2012. Acesso em: <https://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps289.pdf>.

ROBINS, N; DIKAU, S.; VOLZ, U. Net-zero central banking: A new phase in greening the financial system. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment (LSE) / Centre for Sustainable Finance (SOAS, University of London), 2021.

THOMÄ, J; HILKE, A. The Green Supporting Factor: Quantifying the Impact on European Banks and Green Finance. 2 Degrees Investing Initiative, 2018.

WOOD, P. Law and Practice of Internacional Finance. Sweet & Maxwell, 2008.

OFERTAS HOSTIS E POISON PILLS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS À DISPERSÃO ACIONÁRIA PELAS COMPANHIAS BRASILEIRAS

HOSTILE BIDS AND POISON PILLS: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE APPLICATION OF PROTECTIVE MEASURES TO SHAREHOLDING DISPERSION BY BRAZILIAN COMPANIES

Igor Silvério de Carvalho Assis (USP, São Paulo)

RESUMO

O presente artigo apresenta os dados e resultados obtidos a partir da pesquisa empírica realizada na Iniciação Científica sobre o tema “*Ofertas Hostis e Medidas Defensivas: Diagnóstico sobre a Estrutura e Eficácia das Poison Pills nas Companhias Brasileiras*”. Inicialmente, aborda-se a origem e o desenvolvimento histórico das *Poison Pills* nos Estados Unidos e como se deu a importação desta medida defensiva ao Brasil. Em seguida, são apresentados os dados referentes a adoção, estrutura e principais características das *Poison Pills* utilizadas pelas companhias brasileiras, além de números sobre a pulverização acionária das empresas que possuem tais mecanismos inseridos em seus estatutos sociais. Por fim, relaciona-se os dados coletados com duas teorias difundidas na doutrina societária pátria: o elevado grau de concentração acionária observado no mercado de capitais brasileiro e o desvirtuamento finalístico na aplicação das *Poison Pills* por parte das companhias brasileiras.

Palavras chave: Poison Pill; OPA; Ofertas Hostis; Dispersão Acionária; Mercado de Capitais; Pesquisa Empírica; Dados.

ABSTRACT

This article presents the data and results obtained from empirical research conducted in Scientific Initiation on the theme “*Hostile Bids and Defensive Measures: Diagnosis on the Structure and Effectiveness of Poison Pills in Brazilian Companies*.” Initially, it addresses the origin and

historical development of Poison Pills in the United States and how the importation of this defensive measure occurred in Brazil. Then, data regarding the adoption, structure, and main characteristics of Poison Pills used by Brazilian companies are presented, along with figures on the shareholding dispersion of companies that have such mechanisms embedded in their bylaws. Finally, the collected data is related to two theories disseminated in domestic corporate doctrine: the high degree of shareholding concentration observed in the Brazilian capital market and the finalistic distortion in the application of Poison Pills by Brazilian companies.

Keywords: Poison Pill; Takeover Bid; Hostile Bids; Shareholding Dispersion; Capital Market; Empirical Research; Data.

1. INTRODUÇÃO

A ideia do presente artigo nasce a partir da realização do trabalho de Iniciação Científica intitulado “*Ofertas Hostis e Medidas Defensivas: Diagnóstico sobre a Estrutura e Eficácia das Poison Pills nas Companhias Brasileiras*”, escrito por Igor Silvério de Carvalho Assis²⁷⁸, autor deste artigo e discente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e orientado pela Professora Doutora Juliana Krueger Pela²⁷⁹, docente na mesma instituição de ensino.

Um dos objetivos da pesquisa consistiu na coleta e organização de dados que possibilitassem a construção de um panorama quantitativo e qualitativo sobre o emprego de *Poison Pills* pelas companhias brasileiras, permitindo a elaboração de análises e questionamento de teses difundidas pela doutrina societária. Ademais, buscou-se também examinar o grau de dispersão acionária das companhias que fazem uso de mecanismos de defesa contra ofertas hostis, sendo que

278 Graduando do 9º semestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

279 Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

tais ofertas visam cooptar o controle acionário das sociedades que apresentam capital social pulverizado.

A metodologia de pesquisa teve, como ponto de partida, a análise dos estatutos sociais de todas as companhias abertas devidamente registradas na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a fim de identificar a presença de mecanismos de defesa da dispersão acionária. Para a obtenção de dados referentes a pulverização do capital social, foram analisados os itens 15.1, 15.2 e 15.3 da antiga estrutura de apresentação do formulário de referência²⁸⁰, que detalham a composição do quadro acionário das empresas. Com a leitura destes documentos, elaborou-se uma planilha no programa “Excel”, que compilou e organizou todas as informações extraídas, possibilitando a realização de análises macro sobre a aplicação de *Poison Pills* pelas companhias brasileiras.

Com os dados em mãos, a Iniciação Científica pode apresentar subsídios e elementos para discussão de duas teses abordadas pela doutrina: o alto grau de concentração acionária nas companhias brasileiras, o que reflete a ausência de *Poison Pills* na maioria dos estatutos analisados, e o desvirtuamento destes mecanismos de defesa pelas próprias companhias, ao utilizarem estas medidas com o intuito de conservar o poder de controle de determinados acionistas sobre a sociedade.

Nesse sentido, a publicação do artigo busca ampliar a divulgação e disseminação dos dados coletados a partir do trabalho feito na Iniciação Científica, proporcionando aos estudiosos do tema informações empíricas que possam embasar a análise e construção de teses quanto à presença *Poison Pills* no contexto brasileiro.

280 Em 2 de janeiro de 2023, entraram em vigor as alterações no Formulário de Referência, prevista na Resolução CVM nº 59, de 29 de dezembro de 2021. A estrutura dos itens do formulário foi modificada na nova versão, sendo que os conteúdos abrangidos pelos itens 15.1, 15.2 e 15.3 da antiga versão do formulário constam agora nos itens 6.1, 6.2 e 6.3.

2. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DAS POISON PILLS

O surgimento das *Poison Pills* se deu a partir da primeira metade do século XX, com a expansão do mercado de capitais em diversos países, refletindo uma maior necessidade das empresas pela captação de novos recursos e atração de investimentos. Nos Estados Unidos, John Cofee Jr. elenca alguns dos fatores responsáveis pelo crescimento deste mercado²⁸¹: (i) o aumento da demanda por financiamentos em infraestrutura; (ii) o desenvolvimento de um embrionário sistema de governança corporativa nas companhias; (iii) a defesa da concorrência, por meio da *Sherman Antitrust Act* de 1890²⁸², que impulsionou a primeira grande onda de fusões (1895-1903); e, (iv) o crescimento da autorregulação da *New York Stock Exchange (NYSE)*, a principal bolsa de valores do EUA.

Com a maior exposição das empresas norte-americanas à dinâmica do mercado de capitais, o quadro acionário de tais companhias foi se tornando mais pulverizado, por meio da entrada de novos investidores interessados em adquirir participação societária de empresas investidas.

Inicialmente, a dispersão do capital social foi vista como uma forma de alocação eficiente dos riscos, dado que a entrada de novos acionistas reduziria a exposição dos riscos ao qual o acionista original estaria submetido, caso investisse isoladamente o capital necessário para o desenvolvimento da empresa²⁸³. Ademais, a pulverização também estimularia uma maior persecução do interesse social das companhias, através do fortalecimento do papel desempenhado pelo

281 COFFEE JR., John C. ***The Rise of Dispersed Ownership: The Role of Law in the Separation of Ownership and Control***. *The Center for Law and Economic Studies Working Paper* No. 182, janeiro de 2001, pp. 27/42

282 Colocar o Sherman Antitrust Act

283 AHMIMHUD, Yakov; LEV, Baruch. ***Risk Reduction as a Managerial Motive for Conglomerate Mergers***: In: ROMANO, Roberta [coord.] ***Foundations of Corporate Law***. 2 re-imp. Nova York: Foundation Press, 2004, p. 232

conselho de administração. Desse modo, haveria a constituição de conselhos formados por administradores apontados por diferentes acionistas que buscariam congregar diversos interesses e visões para a companhia²⁸⁴.

Entretanto, com a dispersão de capital, companhias sem controlador definido tornaram-se alvos frequentes de tentativas de tomada de controle, seja por meio de operações negociadas em bolsa de valores, ou pela realização de ofertas públicas de aquisição de ações, as chamadas ofertas hostis, cuja hostilidade é caracterizada pela ausência de acordo prévio sobre o controle da empresa entre os ofertantes, administradores e demais acionistas.

Diante desse cenário, surgiram-se as primeiras *Poison Pills*, que consistiam em técnicas e estratégias societárias que estabeleciam medidas defensivas contras as tentativas de tomada hostil de controle. Tais mecanismos buscavam dificultar a aquisição do poder de controle de uma companhia de capital disperso. Dentre as principais modalidades de *Poison Pills*, podemos citar o “*Flip Over*”, que conferia direitos aos atuais acionistas da companhia alvo para que adquirissem ações de emissão da mesma por um preço significativamente abaixo do valor de mercado, visando a diluição societária do acionista hostil²⁸⁵. Já o “*Staggered Board*” estabelecia a divisão do conselho de administração em diferentes grupos, com períodos de mandato distintos, evitando, assim, que o ofertante hostil substitua, de forma imediata, todos os membros do conselho.

No Brasil, embora com um desenvolvimento mais tardio, a dispersão acionária também se tornou um fenômeno observado em nosso mercado de capitais, na busca por recursos advindos de investidores interessados em ingressar no capital social das empresas brasileiras. Como consequência, para a preservação de sua pulverização, as companhias brasileiras passaram a importar técnicas

284 NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas Defensivas à Tomada de Controle de Companhias**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 31

285 NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas Defensivas à Tomada de Controle de Companhias**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 200

e mecanismos de defesa criados nos EUA, para evitar a realização de ofertas hostis sobre o seu capital disperso.

Contudo, caberessaltar ascontrovérsias sobre a incompatibilidade de determinados tipos de *Poison Pill* com a legislação brasileira. Por exemplo, podemos mencionar a “*Golden Parachute*”, que consiste em contratos celebrados entre a companhia alvo e seus administradores e profissionais estratégicos para que, na hipótese de mudança de controle, estes recebam da companhia compensações financeiras caso venham a ser desligados da empresa pelos novos acionistas controladores.

Na visão de Carlos Augusto Silveira Lobo, a “*Golden Parachute*” seria ilícita uma vez que “*atribui injustificadamente aos administradores opções de compra de ações, bonificações, gratificações e outras vantagens extraordinárias a serem pagas no caso de serem exonerados*”²⁸⁶. Já para João Pedro Barroso do Nascimento, a referida *Poison Pill* não seria vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo, contudo, tais mecanismos serem aplicados em observância ao princípio da boa-fé objetiva e aos deveres impostos aos administradores pela legislação societária²⁸⁷.

Nesse sentido, buscando maior compatibilidade com a lei brasileira, a *Poison Pill* sofreu o que Francisco Müssnich chama de processo de “tropicalização”, sendo adaptada aos contornos do nosso regime societário²⁸⁸. Denominada de “*Brazilian Poison Pill*”, tais mecanismos referem-se cláusulas estatutárias de proteção à

286 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Sociedades coligadas, controladores e controladas**. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Direito das companhias. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2034-2035

287 NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas Defensivas à Tomada de Controle de Companhias**. 2º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. Pag. 114.

288 MÜSSNICH, F. A. M.. **Análise prática e considerações sobre a realidade e a aplicação das medidas de proteção à tomada hostil de controle nos estatutos sociais das companhias abertas brasileiras (“Brazilian Pills”)**. In: Alexandre Couto Silva. (Org.). Direito societário: estudos sobre a Lei de sociedades por ações. 1ed. São Paulo: Saraiva.

dispersão acionária. Müssnich identifica duas tipificações diferentes que caracterizam referida medida de defesa.

A *Brazilian Poison Pill* “Tipo A” determina que o acionista que eventualmente adquirir uma quantidade de ações com direito de voto igual ou superior ao percentual limite estabelecido na cláusula estatutária, estaria obrigado a efetuar uma oferta pública voltada para aquisição da totalidade das demais ações da companhia. Já as do “Tipo B” versam que os acionistas que atingirem o percentual de participação social definido no estatuto deverão, em aquisições futuras, comunicar o diretor de relações com investidores da companhia e/ou o diretor de pregão da bolsa de valores sua intenção de adquirir outras ações de emissão da companhia. Importante destacar que alguns estatutos sociais apresentam, simultaneamente, os dois tipos de *Poison Pill*.

Ademais, há também as chamadas “Cláusulas Pétreas” ou “Pílulas Blindadas”. Estas cláusulas obrigam os acionistas que votarem favoravelmente, em sede de Assembleia Geral, pela retirada ou alteração das cláusulas de proteção à dispersão acionária, a realizarem uma oferta pública de aquisição das ações dos acionistas que foram contrários a tal mudança.

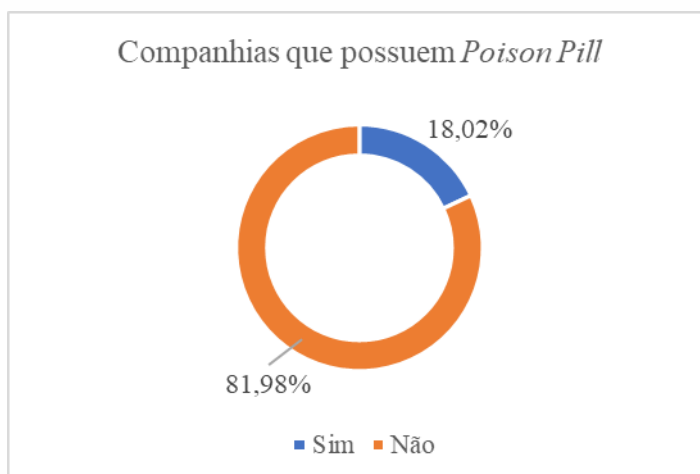
Neste artigo, considerando as práticas de mercado e a utilização recorrente do termo por parte da doutrina, utilizaremos a expressão “*Poison Pills*” para nos referirmos às cláusulas estatutárias de proteção à dispersão acionária, embora se reconheça a diversidade dos tipos de medida defensiva que são abrangidos pela referida expressão.

3. DADOS SOBRE *POISON PILLS* E DISPERSÃO ACIONÁRIA

Neste tópico, serão apresentados os dados coletados no trabalho de Iniciação Científica. A amostra do estudo contemplou a análise dos estatutos sociais e dos formulários de referência de 100% das sociedades com registro de companhia aberta nas categorias “A” e “B”, nos termos da Resolução CVM nº 80, de 29 de março de 2022.

A coleta de dados foi realizada entre abril a setembro de 2022, sendo possível que os números apresentados na pesquisa não reflitam mais o cenário na data de publicação do artigo, dada a eventualidade de alterações nas cláusulas dos estatutos sociais após o período de pesquisa, bem como o registro de novas companhias abertas que possuam em seus estatutos *Poison Pills*.

3.1. COMPANHIAS QUE ADOTAM POISON PILLS NOS ESTATUTOS SOCIAIS



Dentre as 716 companhias abertas analisadas, 129 (18,02%) adotam cláusulas de proteção à dispersão acionária em seus estatutos, enquanto que 587 (81,98%) não fazem uso do mecanismo.

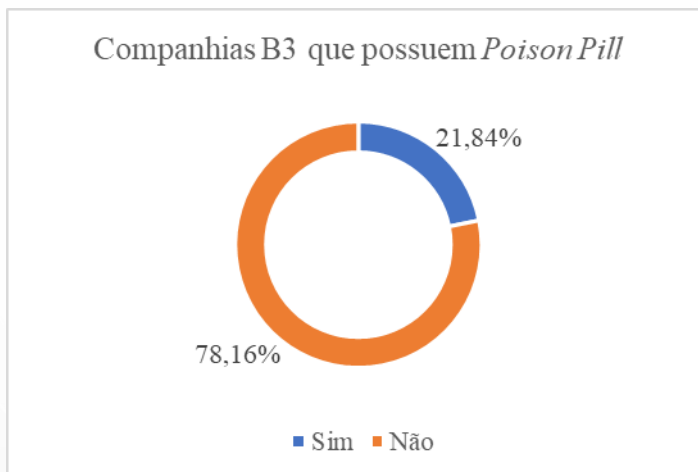
À título exemplificativo, temos o artigo 34 do estatuto social das Americanas S.A. – Em Recuperação Judicial, que apresenta estabelece a seguinte *Poison Pill*²⁸⁹:

289 Estatuto Social das Americanas S.A. – Em Recuperação Judicial. Link: <https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmExibirArquivoIPEExterno.aspx?NumeroProtocoloEntrega=1018667> Acesso em 09 de fevereiro de 2024.

Na hipótese de haver Controle Difuso, qualquer Acionista Adquirente (conforme definição abaixo), que adquira ou se torne titular de ações de emissão da Companhia, em quantidade igual ou superior a 15% (quinze por cento) do total de ações de emissão da Companhia ou Outros Direitos de Natureza Societária, excluídas para os fins deste cômputo as ações em tesouraria, deverá, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data de aquisição ou do evento que resultou na titularidade de ações nessa quantidade, realizar ou solicitar o registro de uma OPA para aquisição da totalidade das ações de emissão da Companhia, observando-se o disposto na regulamentação aplicável da CVM, os regulamentos da B3 e os termos deste Capítulo.

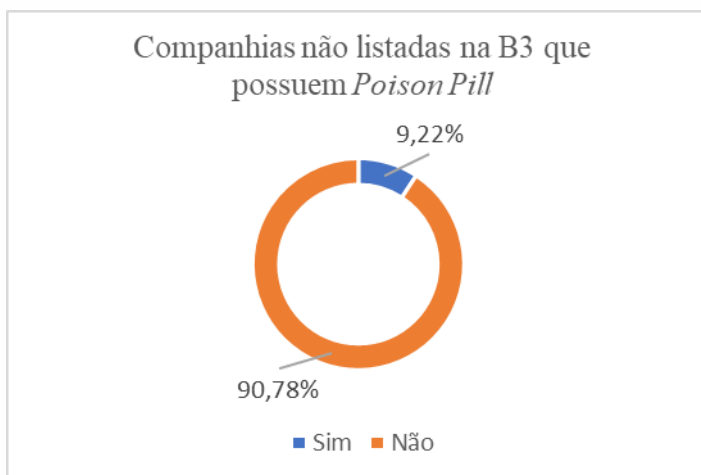
Portanto, pode-se depreender que a maioria das companhias abertas no Brasil não adotam medidas defensivas para a proteção da dispersão acionária, o que reflete, como será debatido no tópico 3, o elevado grau de concentração de poder nas companhias abertas brasileiras.

2.2. COMPANHIAS LISTADAS NA B3 QUE ADOTAM *POISON PILLS* NOS ESTATUTOS SOCIAIS



Das 499 companhias analisadas que são listas na Bolsa de Valores de São Paulo (B3), 109 (21,84%) adotam *Poison Pills*, enquanto que 390 (78,16%) não fazem o seu uso. Em comparação com os números anteriores, o cenário majoritário de não utilização das medidas defensivas permanece, mesmo quando analisado sob o aspecto da listagem na bolsa.

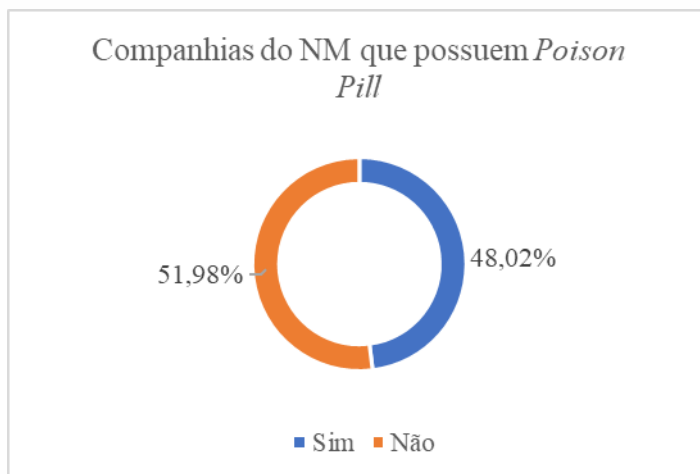
2.3. COMPANHIAS NÃO LISTADAS NA B3 QUE ADOTAM *POISON PILLS* NOS ESTATUTOS SOCIAIS



Das 217 companhias pesquisadas que não são listadas na B3, apenas 20 (9,22%) apresentam *Poison Pills* em seus estatutos, já 197 (90,78%) não empregam referidas cláusulas.

Embora confirme o mesmo cenário majoritário dos dados anteriores, constata-se uma presença proporcional ainda menor de companhias que adotam medidas defensivas de proteção à dispersão acionária, o que pode denotar um controle acionário ainda mais concentrado em companhias que não estão listadas na bolsa de valores.

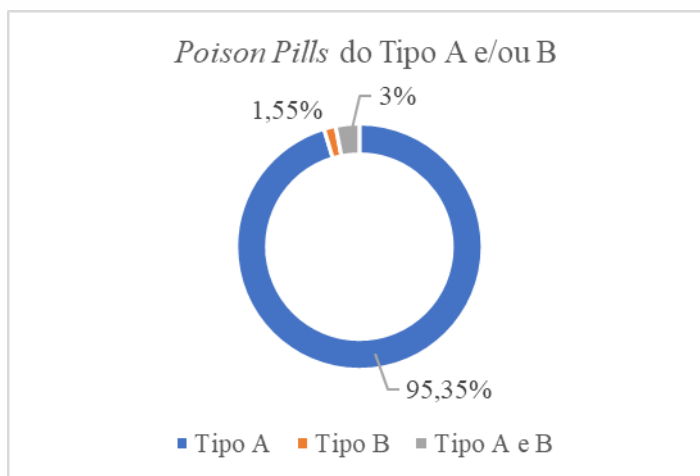
2.4. COMPANHIAS DO NOVO MERCADO QUE ADOTAM *POISON PILLS* NOS ESTATUTOS SOCIAIS



Dentre as 202 companhias pesquisadas que integram o segmento do Novo Mercado da B3, 105 (51,98%) apresentam *Poison Pills*, enquanto que 97 (48,02%) não possuem nos estatutos mecanismos defensivos.

Diferentemente do que foi apresentado pelo artigo até então, notamos agora um equilíbrio numérico entre a adoção de *Poison Pills* por parte das companhias do Novo Mercado, o que pode denotar a ideia de maior pulverização do capital social nas empresas que participam deste segmento especial de listagem. Nesse sentido, vale salientar que 97 das 129 companhias pesquisadas que possuem cláusulas de proteção à dispersão acionária integram o Novo Mercado.

2.5. TIPOS DE POISON PILLS



Das 129 companhias que apresentam cláusulas de proteção à dispersão acionária, 123 (95,35) adotam a *Poison Pill* do tipo “A”, 2 do tipo “B” e 4 mesclam os tipos “A” e “B”. De tais dados, pode-se inferir que a ampla maioria das companhias brasileiras preferem a aplicação da *Poison Pill* do tipo “A”.

O artigo 46 do estatuto social da JBS S.A. contempla uma *Poison Pill* do tipo “A”, conforme transcrição abaixo²⁹⁰:

Artigo 46. Qualquer Comprador (conforme definido no parágrafo 11 deste artigo), que adquira ou se torne titular de ações de emissão da Companhia ou de outros direitos, inclusive usufruto ou fideicomisso sobre ações de emissão da Companhia em quantidade igual ou superior a 20% (vinte por cento) do seu capital social deverá efetivar uma oferta pública de aquisição de ações para aquisição da totalidade das ações de emissão da Companhia, observando-se o disposto na regulamentação aplicável da CVM, os regulamentos

290 Estatuto Social da JBS S.A. Link: <https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmExibirArquivoIPEExterno.aspx?NumeroProtocoloEntrega=977729> Acesso em 09 de fevereiro de 2024

da B3 e os 95,35% 1,55% 3% Companhias que possuem Poison Pill do Tipo A, B e/ou C Tipo A Tipo B Tipo A e B 34 termos deste artigo. O Comprador deverá solicitar o registro da referida oferta no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da data de aquisição ou do evento que resultou na titularidade de ações ou direitos em quantidade igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social da Companhia.

Já a Viver Incorporadora e Construtora S.A optou pela adoção da *Poison Pill* tipo “B”, como demonstra o artigo 41 de seu estatuto²⁹¹:

Artigo 45. Qualquer Pessoa Interessada que atingir, direta ou indiretamente, participação em Ações em Circulação igual ou superior a 10% (dez por cento) do capital social da Companhia, e que deseje realizar uma nova aquisição de Ações em Circulação, estará obrigado a (i) realizar cada nova aquisição na B3, vedada a realização de negociações privadas ou em mercado de balcão; e (ii) previamente a cada nova aquisição, comunicar por escrito ao Diretor de Relações com Investidores da Companhia, por meio da sociedade corretora a ser utilizada para adquirir as ações, a quantidade de Ações em Circulação que pretende adquirir, com antecedência mínima de 03 (três) dias úteis da data prevista para a realização da nova aquisição de ações.

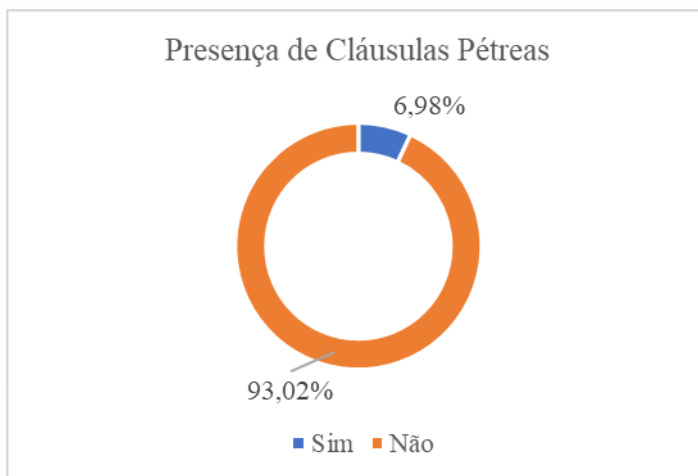
Por fim, o estatuto social da Rede D’or São Luiz S.A., em seu artigo 39, combina os dois tipos de mecanismos defensivos estudados²⁹²:

291 Estatuto Social da Viver Incorporadora e Construtora S.A. Link: <https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmExibirArquivoIPEEExterno.aspx?NumeroProtocoloEntrega=1104620> Acesso 09 de fevereiro de 2024

292 Estatuto Social da Rede D’Or São Luiz S.A. Link: <https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmExibirArquivoIPEEExterno.aspx?NumeroProtocoloEntrega=693567> Acesso em 09 de fevereiro de 2024

Artigo 39 – Caso qualquer Pessoa ou Grupo de Pessoas, adquira ou, por qualquer forma, se torne titular, direta ou indiretamente, seja por meio de uma única operação ou operações diversas, de ações ordinárias de emissão da Companhia e/ou de Outros Direitos, em qualquer caso, em quantidade igual ou superior a 20% (vinte por cento) do total de ações de emissão da Companhia (“Participação Relevante”) (“Adquirente de Participação Relevante”), deverá: (i) comunicar tal fato à Companhia, por meio de notificação enviada ao Diretor de Relações com Investidores, contendo as informações previstas no Artigo 12 da Resolução CVM nº 44, de 23 de agosto de 2021 (ou qualquer norma que venha a substituí-la) (“Resolução 44”) e nos itens “i” até “m” do Inciso I do Anexo II à Instrução CVM nº 361, de 5 de março de 2002, conforme alterada (ou norma que venha a substituí-la) (“ICVM 361”); e (ii) no prazo estabelecido no Parágrafo Primeiro abaixo, realizar uma oferta pública de aquisição da totalidade das ações de emissão da Companhia (“OPA por Atingimento de Participação Relevante”) nos termos deste Artigo.

2.6. CLÁUSULAS PÉTREAS



Das 129 companhias que adotam *Poison Pills*, apenas 9 (6,98%) possuem cláusulas pétreas inseridas em seus estatutos, enquanto que as demais 120 (93,02%) não fazem uso de tal mecanismo.

A Helbor Empreendimentos S.A. é uma das poucas companhias que adota cláusula pétrea, conforme §11 do artigo 43 de seu estatuto social²⁹³:

§ 11 - Qualquer alteração deste Estatuto Social que limite o direito dos acionistas à realização da oferta pública prevista neste artigo ou a exclusão deste artigo, incluindo, sem limitação, a redução do percentual a que se refere o parágrafo 2º e/ou parágrafo 3º deste artigo, conforme aplicável, obrigará o(s) acionista(s) que tiver(em) votado a favor de tal alteração ou exclusão na deliberação em Assembleia Geral a realizar, de forma conjunta e solidária, a 6,98% 93,02% Companhias que possuem cláusulas pétreas em suas *Poison Pills* Sim Não 36 oferta pública para a aquisição das ações de emissão da Companhia. O preço a ser ofertado deverá corresponder, no mínimo, ao valor econômico apurado em laudo de avaliação, elaborado por empresa especializada, com experiência comprovada e independência quanto ao poder de decisão da Companhia, seus administradores e/ou Acionista Controlador, além de satisfazer os requisitos do parágrafo 1º do Artigo 8 da Lei nº 6.404/76 e conter a responsabilidade prevista no parágrafo 6º do mesmo Artigo.

A baixa presença de cláusulas pétreas nos estatutos reflete a divergência e as críticas doutrinárias e jurisprudenciais acerca

293 Estatuto Social da Helbor Empreendimentos S.A. Link: <https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmExibirArquivoIPEEExterno.aspx?NumeroProtocoloEntrega=1124979> Acesso em 09 de fevereiro de 2024

da validade e conformidade destas disposições estatutárias com a legislação societária²⁹⁴.

A CVM, no Parecer de Orientação nº 36/09²⁹⁵, já se manifestou de forma contrária as cláusulas péticas. No entendimento da autarquia, as referidas cláusulas não são compatíveis com os princípios e normas consubstanciadas na Lei nº 6.404/76, sendo assegurado aos acionistas que eventualmente votarem pela exclusão de uma *Poison Pill* e não realizarem a oferta pública prevista na cláusula pétrea, a não submissão a processos e punições por parte da CVM.

2.7. COMPANHIAS COM *POISON PILL* QUE POSSUEM ACIONISTAS CONTROLADORES COM MAIS DE 50% DO CAPITAL SOCIAL



Examinando a partir deste tópico o grau de dispersão acionária das 129 companhias que adotam *Poison Pills*, temos que 68 (52,71%) apresentam acionistas ou bloco de acionistas controladores que

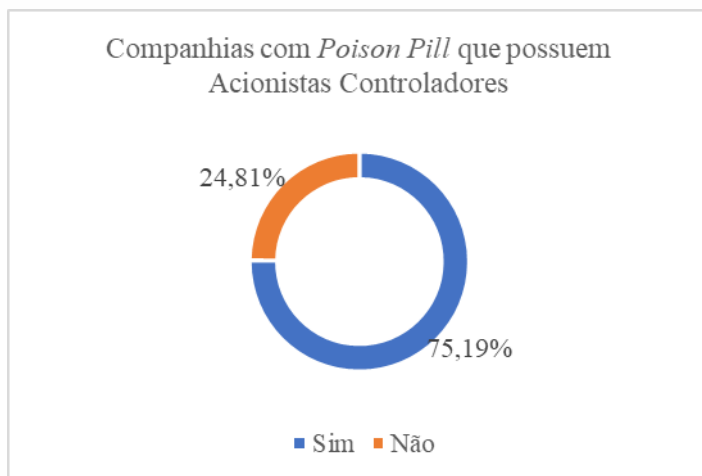
294 NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas Defensivas à Tomada de Controle de Companhias**. 2º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 221 e CARVALHOSA, Modesto. **As *poison pills* estatutárias na prática brasileira - alguns aspectos de sua legalidade**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord) *Direito societário desafios atuais*, p. 26.

295 Parecer de Orientação CVM nº 36/09. Link: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare036.html> Acesso em 09 de fevereiro de 2024

possuem mais de 50% do capital social. Já em 61 (47,29%), não há acionistas que exerçam o controle majoritário.

Ao constatarmos que, dentre as companhias adotam medidas defensivas, existe uma maioria cuja mais da metade do capital social encontra-se altamente concentrado, podemos observar uma contradição na aplicação das *Poison Pills*. Nesse sentido, a medida defensiva não exerce a sua função inicialmente designada em mais da metade das companhias brasileiras que fazem seu uso, tendo em vista que tais companhias não apresentam dispersão acionária que justifique o seu emprego. Como será visto no tópico 3, esta constatação revela o desvirtuamento finalístico no uso das *Poison Pills* pelas companhias no Brasil.

2.8. COMPANHIAS COM *POISON PILL* QUE POSSUEM ACIONISTAS CONTROLADORES, INDEPENDENTEMENTE DE POSSUÍREM OU NÃO MAIS 50% DO CAPITAL SOCIAL



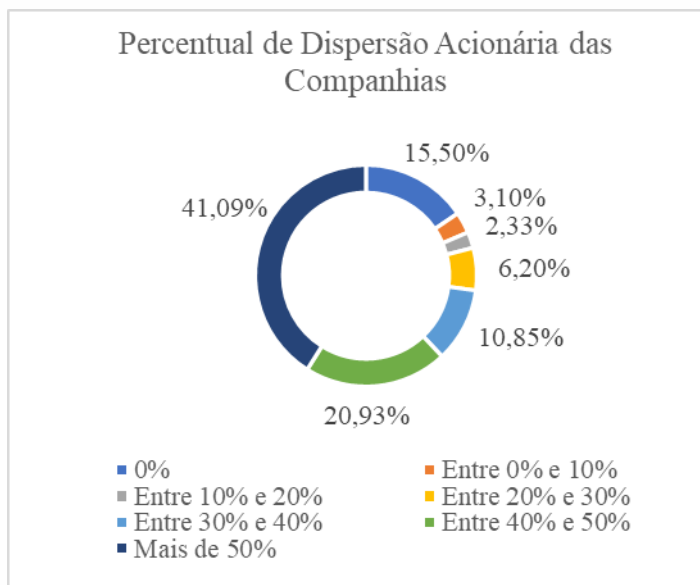
Ampliando o escopo de análise para as companhias cujo controle é exercido de forma minoritária, ou seja, os acionistas controladores detêm menos de 50% do capital social, 97 (75,19%) das 129 companhias pesquisadas possuem acionistas controladores, exercendo controle

majoritário ou minoritário, enquanto que em 32 (24,81%) a figura do acionista controlador não se faz presente.

Dentre as 97 companhias com acionistas controladores, em 68 (52,71%) o controle é majoritário e em 29 (22,48%) o controle é minoritário.

Tais dados corroboram com a tese do desvirtuamento das *Poison Pills*, dado a sua utilização para a manutenção do controle societário vigente e não para a proteção da dispersão acionária.

2.9. PERCENTUAL DE DISPERSÃO ACIONÁRIA NAS COMPANHIAS COM *POISON PILLS*



Em relação as 129 companhias pesquisadas, 53 (41,09%) possuem uma dispersão acionária superior a 50% do montante total de ações, 27 (20,93%) têm dispersão entre 40% e 50% do capital social, 14 (10,85%) detém dispersão entre 30% e 40%, 8 (6,20%) apresentam dispersão entre 20% e 30%, 3 (2,33%) têm dispersão entre 10% e 20%,

4 (3,10%) detém dispersão entre 0% e 10%, e 20 (15,50%) não possuem qualquer grau de dispersão acionária.

Para a definição do percentual do capital social que pode ser classificado como disperso, utiliza-se a conceituação de ações em circulação, estabelecida na Resolução CVM nº 85, de 31 de março de 2022²⁹⁶.

Os dados acima confirmam a utilização majoritária das *Poison Pills* por companhias em que mais da metade de seu capital pertence a um ou mais acionistas controladores. Contudo, deve se reconhecer a existência de uma parte considerável de empresas cuja dispersão acionária é superior a 50%, o que reflete a necessidade de se adotar medidas para defender a pulverização.

3. ANÁLISE DADOS: O ELEVADO GRAU DE CONCENTRAÇÃO ACIONÁRIA NAS COMPANHIAS BRASILEIRAS

Pelos dados obtidos, pode-se afirmar que a grande maioria das companhias abertas no Brasil não adotam *Poison Pills* em seus estatutos. Aproximadamente, de cada cinco companhias apenas uma faz uso das medidas defensivas. Estas informações revelam o alto grau de concentração do capital social nas companhias, tendo em vista que, de certo modo, a ausência de *Poison Pills* em grande parte dos estatutos demonstra desnecessidade da aplicação de tal dispositivo.

Examinando o histórico e o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, La Poerta *et al* identifica a existência de dois sistemas de *corporate governance*, sendo eles o sistema de capital disperso e o de capital concentrado²⁹⁷. O primeiro sistema é caracterizado pela “solidez e robusteza” de sua estrutura, com a presença de companhias

296 Art. 3º, II da Resolução CVM nº 85: “todas as ações emitidas pela companhia objeto, excetuadas as ações detidas pelo acionista controlador, por pessoas a ele vinculadas, por administradores da companhia objeto, e aquelas em tesouraria”

297 LA PORTA, Rafael; LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. **The Economic Consequences of Legal Origins**. Journal of Economic Literature, Pittsburgh, v. 46, n. 2, p. 285-322, June 2008.

de capital acionário pulverizado, além de normas sobre direitos dos acionistas e divulgação de informações ao mercado. Já o segundo sistema seria “incipiente e limitado”, com um diminuto arcabouço legal e regulatório e a presença de grandes blocos de controle sobre as companhias. Enquanto os Estados Unidos e o Reino Unido são exemplos de países que se encaixam no primeiro sistema, o Brasil é associado ao desenvolvimento do segundo sistema corporativo.

Atualmente, o estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) em 2019, corrobora com o cenário de concentração acionária no país. Segundo a pesquisa, das 100 maiores empresas brasileiras não financeiras, em média, 44,8% da totalidade das ações com direito a voto eram de propriedade do maior acionista da companhia. Ademais, em mais da metade das companhias pesquisadas, o acionista controlador detinha mais de 50% do capital social votante²⁹⁸.

Entretanto, constata-se tendência recente em prol da dispersão do capital social, em razão da disseminação sobre os potenciais benefícios para companhia oriundos do estímulo à pulverização de sua base acionária. Este movimento pode ser observado principalmente nas companhias listadas no Novo Mercado, como evidenciado pelos dados sobre a adoção de *Poison Pills* pelas empresas que integram este grupo. Nesse sentido, o Novo Mercado é um segmento especial de listagem voltado para companhias que se comprometem, por meio da observância de normas estabelecidas pela B3, a adotarem boas práticas de governança corporativa. Como exemplo, empresas que participam do Novo Mercado são obrigadas a apresentarem um patamar mínimo de 20% das ações de sua emissão em circulação (*free float*).

298 **Estudo sobre as 100 maiores empresas não financeiras do Brasil.** Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). 2019.

4. ANÁLISE DADOS: O DESVIRTUAMENTO DA *POISON PILLS*

Já os dados sobre dispersão acionária em companhias que adotam *Poison Pills* revelam que a maioria apresenta mais da metade de seu capital social concentrado, o que denota uma certa contradição na aplicação de medidas defensivas por empresas cuja base acionária não é pulverizada, mas sim altamente concentrada.

Erica Gorga, em estudo empírico sobre as mudanças no grau de dispersão das ações das companhias brasileiras, analisou a presença de *Poison Pills* nas empresas listadas no Novo Mercado e nos Níveis 1 e 2 da então Bovespa – hoje conhecida como B3. Das 84 companhias examinadas, 47 (55,95%) tinham inseridos em seus estatutos cláusulas de proteção à dispersão acionária. Entretanto, o referido estudo não examinou a eventual adoção de *Poison Pills* por companhias com controlador definido, uma vez que a autora, ao justificar o não exame de tais empresas, partiu do pressuposto da desnecessidade de utilização de destas medidas por companhias cujo capital é majoritariamente concentrado²⁹⁹.

Contudo, Erica Gorga reconhece a existência de companhias com controle definido que incluem *Poison Pills* em seus estatutos, sendo que, para a autora, não seria claro quais os motivos que levam tais companhias a aplicarem medidas defensivas³⁰⁰. Ressalta-se que, nestas hipóteses de uso, a *Poison Pill* restringiria o poder de venda da companhia por parte de seu acionista controlador. Desse modo, o estudo afirma que acionistas e administradores não compreendem os efeitos concretos das medidas defensivas, sendo estas utilizadas de forma indiscriminada e desvirtuada.

299 GORGA, Érica, **Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries**. Cornell Law Faculty Working Papers, paper 42, 2008. p. 33

300 GORGA, Érica, **Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries**. Cornell Law Faculty Working Papers, paper 42, 2008. p. 84

Em consonância, João Pedro Barroso do Nascimento critica desvirtuamento finalístico da *Poison Pill* dispondo que tais mecanismos “em vez de evitarem ofertas de controle nocivas, acabam funcionando como ferramenta de manutenção da estrutura de controle concentrado”³⁰¹. Já Francisco Müssnich ressalta que o uso de *Poison Pills* por companhias com capital pouco disperso gera uma situação de discriminação entre os acionistas, dado que somente o controlador possuiria o percentual de ações igual ou superior ao estabelecido pela cláusula estatutária, sem estar obrigado a efetuar uma oferta pública de aquisição de ações³⁰².

Outra razão que pode justificar a presença de *Poison Pills* nos estatutos de companhias com base acionária concentrada é o insucesso de determinadas empresas na realização de ofertas públicas inicial de ações, também conhecido, no inglês, como *initial public offer* (IPO). Diversas companhias, como parte da ação preparatória para a abertura de capital, adicionam em seus estatutos cláusulas de proteção a dispersão acionária, haja vista que a realização de um IPO implica, na maioria das vezes, na perda de participação societária dos atuais acionistas em prol da entrada de novos investidores³⁰³.

Nesse sentido, com a *Poison Pill*, o IPO torna-se uma estratégia atrativa para aqueles que desejam atrair novos investidores sem abrir mão do domínio sobre a companhia.

Além disso, Marcelo Ramos Leite destaca que, neste contexto de desvirtuamento, a *Poison Pill* dificulta a formação de blocos de minorias relevantes, principalmente em companhias onde o percentual de acionamento da pílula é baixo, uma vez que, ao desempenhar um

301 NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas Defensivas à Tomada de Controle de Companhias**. 2º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pag.: 60.

302 MÜSSNICH, F. A. M. **Análise prática e considerações sobre a realidade e a aplicação das medidas de proteção à tomada hostil de controle nos estatutos sociais das companhias abertas brasileiras (“Brazilian Pills”)**. In: Alexandre Couto Silva. (Org.). *Direito societário: estudos sobre a Lei de sociedades por ações*. 1ed. São Paulo: Saraiva. P. 56

303 ZANINI, Carlos Klein. **A Poison Pill brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência**. In: *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. Malheiros: São Paulo, 2011, pp. 264 e 267.

papel de barreira para a aquisição de uma participação acionária mais expressiva, os acionistas minoritários encontram dificuldades para exercer um maior grau de poder sobre a companhia, como a indicação de membros para o conselho de administração e o conselho fiscal³⁰⁴.

Portanto, os dados apresentados na pesquisa confirmam o fenômeno já identificado e abordado por parte da doutrina: a existência de desvirtuamento na utilização de medidas defensivas contra ofertas hostis por companhias abertas brasileiras, na medida em que elas, em sua ampla maioria, auxiliam na preservação do controle societário original, e, conseqüentemente, dificulta a dispersão acionária.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou divulgar os resultados da pesquisa empírica realizada na Iniciação Científica intitulada “*Ofertas Hostis e Medidas Defensivas: Diagnóstico sobre a Estrutura e Eficácia das Poison Pills nas Companhias Brasileiras*”. Os dados revelam informações sobre a estrutura e utilização da *Poison Pill* enquanto cláusula estatutária de proteção à dispersão acionária. Quando examinados, os dados demonstram que o instituto da *Poison Pill* ainda não é previsto em grande parte dos estatutos sociais das companhias analisadas.

A pesquisa também corrobora a evidência de maior presença de medidas defensivas em companhias listadas no Novo Mercado, o que comprova o impacto das regras de governança corporativa sobre as empresas que integram tal segmento. Constata-se também a presença maior de *Poison Pills* do tipo “A”, em comparação com a do tipo “B”, além da ausência de cláusulas péticas na maior parte dos estatutos sociais.

Embora haja exceções, os números obtidos na pesquisa evidenciam o desvirtuamento finalístico das *Poison Pills* no Brasil, dado que parcela majoritária das companhias que adotam os mecanismos

304 LEITE, Marcelo Ramos. **Poison Pill Brasileira e a Dispersão Acionária no Brasil**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2015.

defensivos não apresentam pulverização acionária que justifique a inserção de cláusulas protetivas em seus estatutos. Em outras palavras, estas medidas são utilizadas com propósitos diferentes da finalidade original, ajudando proteger a concentração ao invés da dispersão acionária.

Diante das informações obtidas, podemos inferir que os dados coletados confirmam duas teorias disseminadas e já apontadas previamente pela doutrina e por demais estudos empíricos. São elas: (i) o alto grau de concentração acionária no mercado brasileiro e, conseqüentemente, o reflexo da presença minoritária das cláusulas de proteção à tomada de controle nos estatutos sociais; e (ii) o desvirtuamento no uso da *Poison Pill*, em prol da preservação das estruturas de controle.

Portanto, o propósito deste artigo e da pesquisa consistiu em fomentar as discussões sobre a utilização da *Poison Pill* pelas companhias brasileiras, fornecendo dados que poderão auxiliar pesquisas futuras a destrinchar melhor a seara de debates envolvendo medidas defensivas à tomada de controle e a preservação da dispersão acionária no mercado de capitais brasileiro.

6. BIBLIOGRAFIA

BARCLAY, Christopher, *Defensive Strategies to Hostile Takeover Arremps: The Impact of Norlin Corp. v. Rooney Pace, Inc.*, in Northern Kentucky Law Review 13 (1986- 1987)

CARVALHOSA, Modesto. **As Poison Pills Estatutárias na Prática Brasileira: alguns aspectos de sua Legalidade.** In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. Direito Societário: Desafios Atuais. São Paulo: Quartier Latin

CARVALHOSA, Modesto, *The Brazilian Experience with Respect to Tender Offers*, in Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation 3 (1981).

DAMI, Anamélia Borges Tannús; ROGERS, Pablo; DA SILVA, Wesley Mendes; RIBEIRO, Kárem Cristina de Souza. **Estrutura de Propriedade no Brasil: Evidências Empíricas no Grau de Concentração Acionária.** Congresso FIPECAFI-USP. 2015

DE SOUZA, Paloma dos Reis Coimbra. **A Tomada de Controle de Companhia Aberta: A Poison Pill à Brasileira.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo

EIZIRIK, Nelson. **Mercado de Capitais: Regime Jurídico.** 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada.** São Paulo: Quartier Latin, 2015. 4. v.1

GORGA, Érica, **Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries.** Cornell Law Faculty Working Papers, paper 42, 2008.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**. 3rd Edition. Oxford University Press, 2017.

LA PORTA, Rafael; LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. **The Economic Consequences of Legal Origins**. Journal of Economic Literature, Pittsburgh, v. 46, n. 2, p. 285-322, June 2008

LEAL, R. P. C., Silva, A. L. C. D., & Valadares, S. M. (2002). **Estrutura de controle das companhias brasileiras de capital aberto. Revista de Administração Contemporânea**.

LEITE, Marcelo Ramos. **Poison Pill Brasileira e a Dispersão Acionária no Brasil**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2015

MORAES, Luiza Rangel de, **A pulverização do controle de companhias abertas**, in Revista de Direito Bancário 32 (2006).

MOURA AZEVEDO, Luís André N. de. **Ativismo dos Investidores Institucionais e Poder de Controle nas Companhias Abertas de Capital Pulverizado Brasileiras**. In: CASTRO, Rodrigo R. M. de; MOURA AZEVEDO, Luís André N. de (coord.). Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 238

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Aquisição de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-107

MUNHOZ, Eduardo Secchi, **Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas diluído e concentrado**, in Direito Societário. Desafios Atuais, coord. R. R.

MÜSSNICH, F. A. M.. **Análise prática e considerações sobre a realidade e a aplicação das medidas de proteção à tomada hostil de**

controle nos estatutos sociais das companhias abertas brasileiras (“Brazilian Pills”). In: Alexandre Couto Silva. (Org.). Direito societário: estudos sobre a Lei de sociedades por ações. 1ed. São Paulo: Saraiva

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas Defensivas à Tomada de Controle de Companhias.** 2º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PITTA, Andre Grünspun. **A Capitalização da Empresa e o Mercado de Valores Mobiliários.** 1. ed. rev. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PALMITER, Alan R. **Securities Regulation.** 7. ed. rev. New York: Wolters Kluwer, 2017.

PRADO, R. N. **Desconcentração do Poder de Controle e Poison Pills: Evolução no Mercado de Capital brasileiro.** In: CASTRO, R. R. M. D.; AZEVEDO, L. A. N. D. M. Poder de Controle e outros temas de Direito Societário e Mercado de Capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010. págs. 376-409.

RICHTER JÚNIOR, Mário Stella, SALOMÃO FILHO, Calixto, **Interesse Social e Poderes dos Administradores na Alienação de Controle**, in Revista de Direito Mercantil. 89 (1993)

SALOMÃO, Eduardo, **Brazilian Poison Pills: rare but legitimate.** In International Financial Law Review 36 (1990)

SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes, **Mecanismos de proteção e estratégias de defesa em tomadas hostis de controle, in Direito Societário – Desafios Atuais** , coord. R. R. M. CASTRO e L. S. ARAGÃO, São Paulo, Quartier Latin, 2009

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, **Poison pill: modismo ou solução , in Direito Societário – Desafios Atuais** , coord. R. R. M. CASTRO e L. S. ARAGÃO, São Paulo, Quartier Latin, 2009

ZANINI, Carlos Klein, **A poison pill brasileira: desvirtuamento, antijuridicidade e ineficiência , in Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneo**, coord. M. V. ADAMEK, São Paulo, Malheiros, 2011.

MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL: UM REMÉDIO ADEQUADO, TEMPESTIVO E EFETIVO

Geovana Pereira de Andrade (USP, São Paulo)

RESUMO

Este estudo destaca a importância das medidas preventivas no direito antitruste, e seu potencial para ser utilizado como remédio em situações de risco iminente para o mercado. Embora possua amplo embasamento legal e doutrinário, foi observado por meio de levantamento de dados junto ao Cade que sua utilização ainda é limitada. Ademais, muitas vezes sua aplicação depende de provocação de representantes, apesar de a autarquia ter competência para aplicá-la *ex officio*. Outro aspecto que se destacou foi a demora na análise dos pedidos, considerando que a urgência, intrínseca ao instituto, exige que ele seja utilizada de forma tempestiva. A demora pode prejudicar a efetividade da decisão e a imagem institucional da autarquia, além de implicar no desincentivo ao ingresso de representações futuras. Por fim, constatou-se que as medidas preventivas são mais adotadas em condutas unilaterais, particularmente nos setores portuário e em mercados digitais, em que a dinamicidade apresenta desafios adicionais. Portanto, a fim de assegurar uma aplicação mais adequada, tempestiva e eficaz das medidas preventivas, este estudo destaca a importância de uma abordagem mais proativa e contextualizada em sua adoção pela autoridade antitruste, levando em consideração as particularidades de cada setor econômico, visando preservar a saúde e a competitividade do mercado.

PALAVRAS-CHAVE:

Medidas preventivas, Direito Concorrencial, CADE, Processo Administrativo, Tutela de Urgência, Condutas unilaterais, Mercados digitais

INTRODUÇÃO

Imagine-se em uma situação na qual está sentindo fortes dores e precisa ir ao hospital às pressas. Em um atendimento de urgência surgem algumas suspeitas. Mas, para um diagnóstico certo, serão necessários diversos exames demorados. A dor persiste e será insuportável esperar uma resposta concreta sem qualquer medicação. Para isto, lhe prescrevem provisoriamente analgésicos, assim a dor cessará e os exames são realizados para uma avaliação final. No Direito a medida de urgência exerce a mesma finalidade que os remédios na história narrada. Por isso, é descrito como um instrumento *“destinado não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita”*.³⁰⁵

No Direito Concorrencial, a tempestividade de uma intervenção pelo o Cade também é motivo de preocupação. Assim como é importante aprofundar o estudo sobre condutas anticompetitivas, também é crucial estudar os instrumentos que a autoridade antitruste utiliza na consecução de suas atividades. A autoridade antitruste brasileira tem como principal referência processual a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011) e regulamentações institucionais, com alguns instrumentos mais utilizados do que outros no dia a dia da autarquia. Segundo o anuário do Cade, em 2022 foram instauradas 103 investigações.³⁰⁶ Na pesquisa apresentada no presente artigo, verificou-se que no mesmo ano apenas 2 medidas preventivas foram impostas pela autarquia.

Apesar do histórico pouco encorajador em relação à utilização de medidas,³⁰⁷ a necessidade de uma resposta mais rápida destaca-as como um importante instrumento para a efetivação da tutela

305 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Gral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 345.

306 Cade. Anuário de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/anuarios-do-cade>.

307 GRINBERG, Mauro. Medidas Preventivas no processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). WebAdvocacy. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2023/10/09/medidas-preventivas-no-processo-administrativo-sancionador-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-cade/>.

da concorrência. Em um contexto em que, por vezes, a velocidade dos procedimentos não acompanha o ritmo acelerado das relações negociais, as vantagens da processualização do Direito são inúmeras. No entanto, em certos casos, os trâmites necessários para uma resposta efetiva demandam tempo, que pode ser escasso diante de situações que representem risco de lesão irreparável à concorrência ou ao desfecho do processo.³⁰⁸

Mesmo que agora esse remédio pareça pouco explorado pelo Cade, antes sua utilização era quase um conto de ficção. Um retrospecto histórico revela o aumento de sua utilização. Segundo levantamento de MATTIUZZO apresentado na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) comparando dados do Cade do período de 2012 a 2017 e o período entre 2018 e junho de 2022, o número de tutelas de urgência quase quadruplicou, subindo de 4 para 15. E, se anteriormente havia um equilíbrio entre o uso do instituto em atos de concentração e em controle de condutas, houve uma clara tendência ao utilizá-la em investigações, empregando-o em 13 processos, sendo apenas 2 atos de concentração.³⁰⁹

Assim como uma situação de fortes dores que exige medida tempestiva de profissionais da saúde, os operadores do direito também devem agir de modo célere quando há risco de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.³¹⁰

Na prática, foi verificado que entre 2018 e 2023 o tempo médio de análise pela autoridade antitruste brasileira para imposição de

308 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros Ed. 31^a. p. 207. No mesmo sentido, FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste / Paula A. Forgioni. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 161 e seguintes.

309 MATTIUZZO, Marcela. Injunctions and preventive measures - reflections from the case of Brazil. Junho de 2022. Link de acesso: <https://pt.slideshare.net/OECDCompetitionDivis/interim-measures-in-antitrust-investigations-marcela-mattiuzzo-june-2022-oecd-discussion>. Data de acesso: 02 de fevereiro de 2024.

310 Art. 84 da Lei n.º 12.529/2011.

medidas preventivas foi de quase um ano, em que pese o índice venha melhorado nos últimos anos. Apesar de incongruente ao instituto, não há qualquer previsão normativa expressa de prioridade processual ou de exigibilidade de uma decisão da autarquia para estes pedidos³¹¹.

Nestes casos, o paciente com necessidade imediata de atendimento não é pessoa natural ou jurídica específica, já que a autoridade não tutela interesses meramente particulares, de modo que o perigo e lesão mencionados pela legislação referem-se à defesa da livre concorrência. Ou seja, apesar dos benefícios trazidos pelas medidas preventivas poderem ricochetear interesses particulares, o seu alvo é sempre o atendimento ao interesse público³¹². Apesar da sua importância e autonomia,³¹³ o órgão antitruste não é imune a revisão judicial de suas decisões, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Há limites legais que, mesmo em tutela de urgência, devem ser respeitados. Além do Recurso Voluntário junto ao Tribunal do Cade³¹⁴, há também a possibilidade de judicialização da decisão com pedido de efeito suspensivo. Neste sentido, o mencionado estudo aponta um elevado índice de judicialização das medidas preventivas. No levantamento que se atém ao período entre 2018 e junho de 2022, das 13 medidas adotadas apenas 6 mantiveram-se efetivas, já que 7 foram judicializadas com êxito e tiveram o pedido de suspensão deferido. Consequentemente, na prática, menos da metade das medidas preventivas se mantiveram efetivas em um recorte de cinco anos.³¹⁵

311 A previsão de análise na primeira sessão após a distribuição do processo restringe-se ao Recurso Voluntário em medida preventiva, conforme apontado pelo Art. 218 do Regimento Interno do Cade.

312 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Capítulo 4.3.1.

313 Segundo o Art. 9º §2º da Lei n.º 12.529/2011: “As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

314 Segundo o Art. 84, § 2º da Lei 12.529/2011: “Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo”.

315 MATTIUZZO, Marcela. Injunctions and preventive measures - reflections from the case of Brazil. Junho de 2022. Link de acesso: <https://pt.slideshare.net/>

Diante da crescente importância do tema, a primeira parte deste trabalho abordará a base legal e doutrinária das medidas preventivas. Em seguida, será justificada sua aplicabilidade e finalidade no âmbito do direito administrativo, destacando-se a urgência das medidas e sua natureza não sancionatória. Em seguida, serão apresentados dados empíricos para demonstrar que, embora o instituto tenha demonstrado grande utilidade em casos que requerem rápida intervenção por parte do Cade, sua utilização ainda é limitada e costuma demandar tempo para ser implementada. Além disso, serão analisados o alto índice de judicialização das medidas e o papel dos Termos de Compromisso de Cessação nos processos, os quais podem gerar tanto efeitos positivos quanto negativos. Por fim, serão examinados os dados relacionados à natureza das condutas e aos setores econômicos envolvidos.

I. MEDIDA PREVENTIVA, UM REMÉDIO À DISPOSIÇÃO

Medidas cautelares. Medidas de urgência. Medidas preventivas. São diversas as denominações utilizadas no meio jurídico para fazer referência às tutelas conferidas provisoriamente, cuja não atuação imediata da autoridade pode acarretar prejuízo potencial ou efetivo ao direito tutelado. Na Lei Antitruste, “medida preventiva” é a nomenclatura utilizada no artigo 84 para este tipo de tutela, motivo da escolha lexical no presente trabalho.

A transposição do “remédio” para o Direito é usada para designar “*meio lícito utilizado para fazer atuar o direito objetivo e restabelecer a ordem jurídica*”, segundo conceituação de DINIZ³¹⁶. No Antitruste, em casos de infração à ordem econômica, os remédios são utilizados para dar conformidade às condutas danosas à concorrência. Apesar das medidas preventivas não serem mencionadas exemplificativamente pelo documento do Cade sobre remédios antitruste, as características

OECDCompetitionDivis/interim-measures-in-antitrust-investigations-marcela-mattiuzzo-june-2022-oecd-discussion.

316 DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 149.

conferidas ao instituto deixam evidente a possibilidade de sua classificação como remédio.³¹⁷

A Lei n.º 12.529/2011 estabelece, então, sua competência preferencial para versar sobre os processos técnico especializados do Cade, assim como de suas regulamentações institucionais,³¹⁸ com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei de Processo Administrativo.³¹⁹

O processualismo foi atrelado durante muito tempo apenas ao âmbito judicial. Somente na década de 1950 foi pacificado o entendimento da sua aplicação no âmbito administrativo.³²⁰ Não obstante possuam competências diferentes, sua vocação processualista tornou-se cada vez mais latente, pois, os atos administrativos, assim como as decisões judiciais, são caracterizados pela unilateralidade e o poder de atingir a esfera jurídica dos indivíduos. No Estado Democrático de Direito, o processo é o modo normal de atuação do Estado. Assim, atos administrativos são considerados válidos quando alcançam os fins a que se destinam.

Neste sentido, WATANABE aponta que o uso de medidas urgentes no Direito Processual tem fundamento na disposição constitucional de acesso à justiça e apresenta-se para atender ao trinômio de

317 CADE, Remédios Antitruste no CADE: uma análise da jurisprudência. disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n02-2020-remedios-antitruste-no-cade-uma-analise-da-jurisprudencia.pdf>.

318 Exemplo da importância das regulamentações institucionais são os critérios legais de notificação obrigatória de ato de concentração. Conquanto a Lei n.º 12.529/2011 estabelece como patamar de obrigatoriedade as operações celebradas entre empresas com faturamento bruto anual o valor equivalente ou superior a R\$ 400 milhões para uma das requerentes, e equivalente ou superior a R\$ 30 milhões para outra requerente, atualmente os valor utilizados com parâmetro pelo CADE são consideravelmente maiores, R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões, devido a Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012.

319 Segundo Art. 115 da Lei n.º 12.529/2011: “Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999”.

320 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno/ Odete Medauar. Ed. 16ª. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2012.

adequação-tempestividade-efetividade e relaciona-se à sua teoria do grau de cognição das decisões. Segundo sua teoria, as decisões devem ser adequadas no sentido de serem justas, devem ser efetivas quanto a produção de resultados, e tempestivas para que tutelem direitos antes que estes pereçam ou fiquem enfraquecidos.³²¹ No contexto do Direito Concorrencial, as medidas preventivas desempenham principalmente uma função conservativa.

Assim como em um pronto-socorro, o órgão estatal toma decisões por meio de um juízo de cognição sumária para lidar com situações urgentes. Conforme a teoria do grau de cognição das decisões a cognição do agente decisório pode ser vista em dois eixos: horizontal e vertical. A escolha da combinação de profundidade dependerá da necessidade de utilização em cada procedimento.³²² No plano horizontal há uma visão panorâmica das questões processuais — como a análise de condições processuais, condições da ação e questões de mérito — já no plano vertical há a possibilidade de diferentes níveis de análise das questões existentes no plano horizontal, desde o nível sumário ao exauriente.

Enquanto as decisões finais de mérito passam por uma análise profunda da cognição pelo órgão julgador, as medidas preventivas possuem um grau de cognição sumário, com uma análise não exauriente para verificar a probabilidade do direito. Tal qual o médico administra medicações em caráter de urgência de forma embasada, assim também ocorre na imposição de medidas preventivas pelo Cade, que deve demonstrar a sua competência de pronto no racional decisório³²³ e o atendimento ao binômio probabilidade do direito e perigo na demora.

321 WATANABE, Kazuo apud CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros Ed. 31^a. Capítulo 34.

322 WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

323 FARINA, Elizabeth et al. In: Condutas unilaterais: exploração, exclusão e concorrência legítima em Concorrência: um olhar contemporâneo sobre condutas unilaterais – 1. Ed. – São Paulo: Editora Singular, 2021. p. 143 e seguintes.

Conforme apontado, tal instrumento “*é destinado não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita*”.³²⁴ Portanto, as medidas preventivas não têm como objetivo punir e dar uma resposta terminativa ao processo,³²⁵ possuindo elemento teleológico distinto das sanções. E, apesar do forte parentesco, elas não estão sujeitas ao mesmo regime jurídico.³²⁶

Se por um lado as medidas preventivas são aplicadas com finalidade assecuratória antes ou durante a concretização do dano contra o bem jurídico, as decisões sancionatórias aparecem como consequência do procedimento para dar resposta à comprovada da transgressão da lei e, por isso, possuem maior grau de estabilidade.³²⁷ Eventual restrição a condutas por parte do Cade em suas atribuições do poder de polícia não pode ser encarada como sanção, uma vez que o Estado já vedava a conduta, como por exemplo o abuso de poder econômico. Em outras palavras, a imposição de medida preventiva é utilizada para garantir o reestabelecimento da legalidade em caso concreto.³²⁸

No que diz respeito à relação entre as medidas preventivas e as decisões terminativas, elas convergem quanto à finalidade de prevenção de infrações à ordem econômica, mas diferem quanto à possibilidade de imposição de sanções. As medidas preventivas são exercidas como parte do poder de polícia para impor condições e restrições ao uso e gozo de bens e direitos em benefício da coletividade,

324 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Gral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 345.

325 Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022.

326 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113 e seguintes.

327 Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. p. 11.

328 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113 e seguintes.

visando à proteção temporária da concorrência. Já o art. 1º da Lei de Defesa da Concorrência dispõe a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica como finalidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Neste sentido, o processo conhecido como “Caso Sem Parar” chama atenção pela ordem judicial de suspensão da decisão do Cade por considerar que seu caráter satisfativo seria uma desvirtuação do instituto.³²⁹ Respeitado entendimento diverso, argumenta-se que a medida preventiva, quando visa à prevenção e à cessação de infrações à concorrência, é compatível com o instituto no direito antitruste, desde que se observe a proibição de imposição de sanções aos representados.

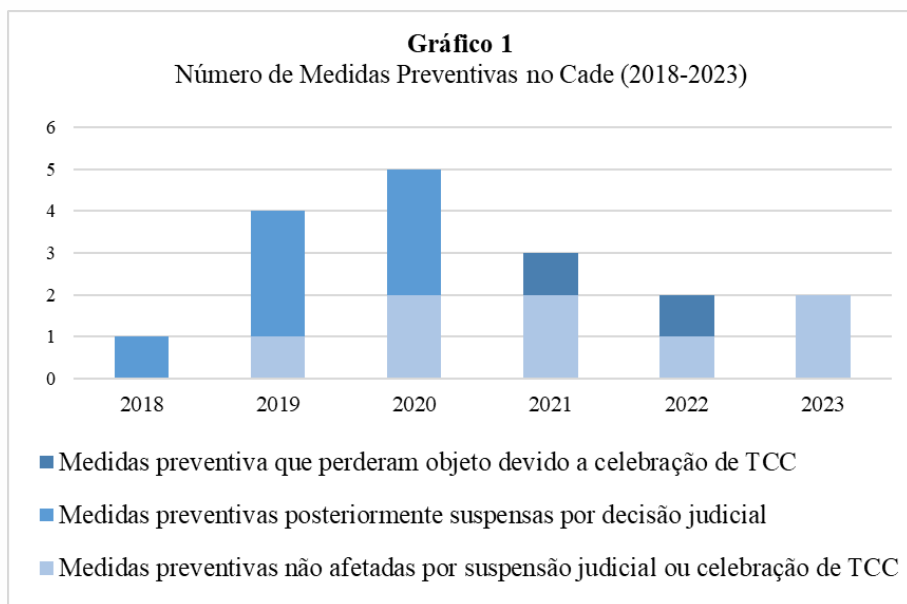
II. MEDIDA PREVENTIVA, UM REMÉDIO PARA POCOS PACIENTES

Apesar de todos os alicerces legais e doutrinários, na prática a utilização do remédio pela autarquia é baixa e costuma demorar para ter seu pedido atendido. Conforme apontado em introdução, nos últimos anos houve um aumento exponencial das medidas preventivas impostas pelo Cade. Enquanto no período de 2012 a 2017 foram apenas 4 tutelas de urgência, entre 2018 a junho de 2022 este número passou para 15.³³⁰

O índice foi acompanhado pelo crescimento reflexo de questionamentos judiciais de suas decisões. Expandindo o período da pesquisa de MATIUZZO até dezembro de 2023, foram verificadas no presente artigo 17 medidas preventivas no total. Dentre elas, 7 foram levadas ao Poder Judiciário para requerer sua suspensão e outras 2 perderam seu objeto após a celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), conforme gráfico abaixo:

329 Processo n.º 08700.006268/2018-15. Manifestação da Sem Parar sobre concessão de liminar de suspensão da Medida Preventiva (0614736).

330 MATTIUZZO, Marcela. Injunctions and preventive measures - reflections from the case of Brazil. Junho de 2022. Link de acesso: <https://pt.slideshare.net/OECDCompetitionDivis/interim-measures-in-antitrust-investigations-marcela-mattiuzzo-june-2022-oecd-discussion>.



Fonte: Elaboração própria.

Quanto ao aumento de utilização de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), necessário se faz citar o relatório da OCDE publicado em 2019³³¹, que observa que desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, o Cade ainda não encarou como prioridade a apuração de condutas relacionadas ao exercício abusivo de posição dominante.

O documento ainda observa com ressalvas a quantidade de interrupções de investigações das infrações, apontando ausência de entendimentos firmados pelo Tribunal para delinear a atuação de empresas, postura que pode levar ao desincentivo de denúncias. De fato, não há volume de entendimentos firmados no Tribunal, e os TCCs costumam ser celebrados em etapas avançadas das investigações, possivelmente próximos de uma condenação.

Contudo, após a verificação dos casos, outra interpretação possível é o da utilização estratégica de TCCs, seja endereçar outros

331 OCDE. BRASIL - Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência (2019). Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>.

problemas concorrenciais que não são o foco da investigação — como ocorreu no “Caso iFood” em que foram abrangidos pelo TCC problemas quanto às cláusulas de *most favored nations* (MFN) e o compartilhamento de interface de programação para permitir maior *multihoming*³³². Outra vantagem da celebração de acordos é evitar longas e complexas jornadas recursais — como ocorreu no “Caso Sem Parar”, processo em que houve o indeferimento de medida preventiva pela SG, posterior deferimento do pedido em sede recursal pelo Tribunal e suspensão da medida por decisão judicial.³³³

Segundo FORTES em sua monografia sobre a judicialização da defesa da concorrência: *“As decisões que envolvem questões econômicas devem ser proferidas em tempo econômico, reclamando implementação imediata em face da dinamicidade da economia. [...] A demora inerente ao processo judicial, somada à concessão de liminares, posterga a efetividade da tutela administrativa dos direitos difusos e coletivos, impedindo-a de atingir seu objetivo reparador de reversão dos benefícios à sociedade.”*³³⁴

A autora destaca a judicialização como um dos fatores de prolongamento do processo. Se atrelado ao tema em voga, insurge o questionamento sobre o elevado percentual de decisões judicializadas e sobre de que modo o êxito judicial destas ações afeta a eficácia do instituto. O modo em que as tutelas de urgência são aplicadas na prática pode criar incentivos ou desincentivos aos agentes econômicos.

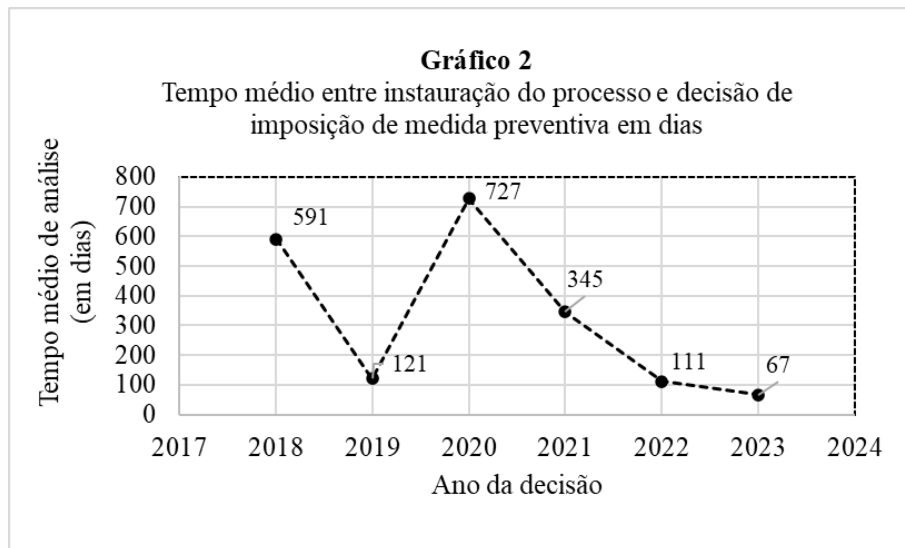
Outro fator que também é importante, tendo em vista o pressuposto da existência de urgência para imposição da medida, é o tempo entre a instauração do processo e a imposição da medida preventiva. Apesar da nítida melhora nos últimos anos, entre 2018 e 2023 o tempo médio de análise dos 17 casos em que houve deferimento

332 Processo n.º 08700.004588/2020-47. Nota Técnica n.º 3/2023/CGAA1/SGA1/SG/CADE (SEI! 1184081); Despacho SG n.º 191 (SEI! 1186925); Minuta do Termo de Compromisso de Cessação (SEI! 1184645).

333 Processo n.º 08700.006268/2018-15. Nota Técnica 3 de indeferimento do pedido de medida preventiva (SEI! 0578658). Voto da Conselheira-Relatora no Recurso Voluntário (SEI! 0744756). Manifestação da Sem Parar sobre concessão de liminar de suspensão da Medida Preventiva (SEI! 0614736).

334 FORTES. Flávia Teixeira. A judicialização da defesa da concorrência. p. 41.

foi de 355 dias, o que demonstra que eventuais representantes devem ser pacientes caso requeiram a aplicação de medida preventiva.



Fonte: Elaboração própria.

Sem prazo estabelecido por norma, a apreciação do pedido de medida preventiva pode ocorrer a qualquer momento. Situação curiosa que ilustra a lacuna regulamentar ocorreu no processo conhecido como “Caso Gympass”, em que a representante formulou Recurso Voluntário alegando que a demora de quase um ano para julgamento do requerimento de medida preventiva pela Superintendência-Geral do Cade (SG) poderia ser considerada como omissão injustificada do órgão e indeferimento tácito do pedido, o que daria ensejo à competência do Tribunal em sede recursal. Apesar da relatora, a ex-Conselheira Lenisa Prado, ter entendido pelo conhecimento e admissibilidade do recurso, o voto vencedor foi do ex-Conselheiro Luiz Hoffmann, que argumentou que a ausência de prazo legal para

a decisão da Superintendência impedia o conhecimento do processo pelo Tribunal.³³⁵

Evidente que a demora para análise de pedido de medida preventiva desestimula eventuais representações e cria uma situação de constante apreensão para os representados, que ficam sujeitos à incerteza. Para um melhor atendimento do trinômio de adequação-tempestividade-efetividade pelo Cade, entende-se que seria benéfico o estabelecimento de norma que fixe prazo para apreciação, de modo a proporcionar maior segurança jurídica a todos os envolvidos, sem prejuízo de eventual reapreciação da questão pelo órgão em fase mais avançada do processo.

O art. 84 da Lei 12.529/2011 exige como embasamento decisório apenas indício ou fundado receio de efeitos deletérios à concorrência³³⁶ e permite a aplicação da medida em qualquer fase do inquérito administrativo ou do processo administrativo. Embora o contraditório não seja exigido, todos os casos contaram com a manifestação prévia dos representados, demonstrando a cautela do órgão em garantir a ampla defesa, mesmo que isso resulte em um aumento no período de análise.

No entanto, um dado extraído dos processos analisados que pode soar contraditório é a ausência de uma relação entre celeridade e contestação judicial. Assim, apesar da importância da análise individual de cada caso, não é garantido que processos que buscam um maior grau de certeza e levam mais tempo para conceder medida preventiva apresentem um menor índice de judicialização. Ao analisar os 5 processos com maior e menor tempo entre instauração do processo e imposição da medida, constatou-se que, no grupo das decisões mais

335 Processo n.º processo de n.º 08700.004136/2020. Recurso Voluntário n.º 08700.005875/2021-55. Recurso Voluntário interposto pela TotalPass (SEI! 0976235) e Voto Vogal do Conselheiro Luiz Hoffmann (SEI! 0988462).

336 Acerca dos efeitos potenciais, PEREIRA NETO observa que a potencialidade não pode se tratar de mera hipótese. A potencialidade só pode ser observada quando baseada em risco iminente e concreto de impacto ao mercado. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Direito Concorrencial* / Caio Mário da Silva Pereira Neto, Paulo Leonardo Casagrande - São Paulo: Saraiva, 2016 - (Coleção direito econômico / coordenador Fernando Herren Aguillar). p. 98-99.

céleres, apenas uma foi judicializada e suspensa, enquanto no grupo de decisões mais demoradas esse número subiu para três.

III. MEDIDAS PREVENTIVAS, UM REMÉDIO COM POTENCIAL

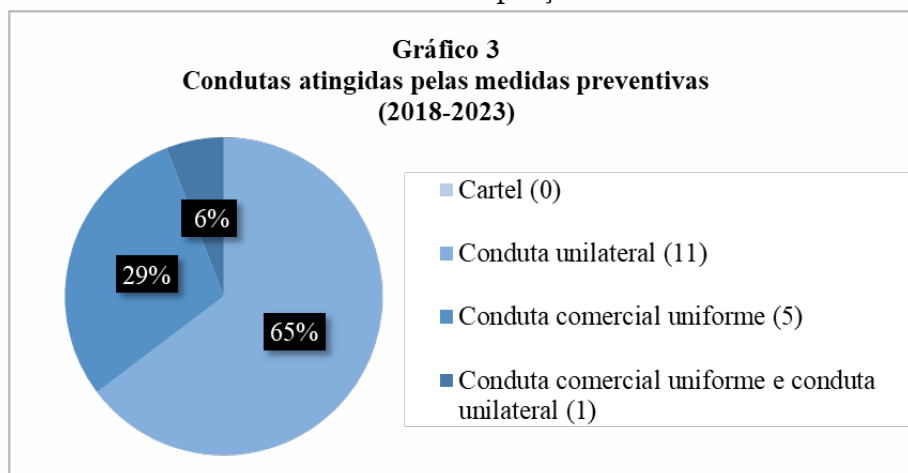
Assim como os organismos patogênicos evoluem para se adaptar aos seus ambientes e resistir aos tratamentos médicos, exigindo uma constante evolução farmacológica, as práticas anticoncorrenciais também se transformam na busca pelo domínio dos mercados e pela maximização dos lucros. Isso demanda um contínuo aprimoramento do Direito Concorrencial, tanto por meio da legislação quanto dos métodos de análise.

Em relação à evolução da atuação do Cade, ATHAYDE dividiu os momentos de ênfase de aplicação do Direito Antitruste em 3 “ondas”. A primeira foi marcada pela institucionalização do Cade e o julgamento majoritário de atos de concentração antitruste. Ao passo que a segunda teve como marco temporal a vigência da Lei n.º 12.529/2011, e foi caracterizada pela divisão de atribuições entre o Tribunal do Cade e da SG e pelo aumento no número de cartéis julgados. A terceira “onda”, ainda a ser iniciada, seria focada na análise de condutas unilaterais. Devido à sua complexidade, essa análise dependeria da evolução institucional da autoridade antitruste para realização de uma análise complexa e dispendiosa de efeitos concorrenciais pela regra da razão.³³⁷

Apesar da classificação da autora não estar explícita no art. 36 da Lei n.º 12.529/2011, as condutas analisadas pelo Antitruste são comumente classificadas dessa forma. Neste sentido, o próprio Cade em seus anuários classifica as condutas investigadas como (i) cartel, (ii) conduta unilateral e (iii) influência à conduta uniforme. O cartel é definido como acordo, que pode ser explícito ou implícito, com objetivo de combinar preços ou qualquer outra condição de mercado entre

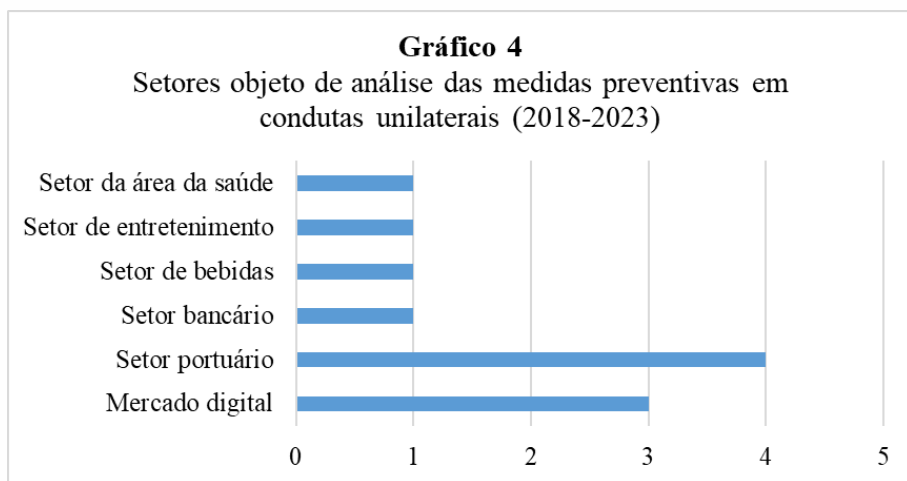
337 ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. Jota, 2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>.

empresas que deveriam concorrer entre si. Já as condutas unilaterais são práticas abusivas de um agente com posição dominante no mercado em que atua, com o potencial de gerar prejuízos ao ambiente competitivo, como, por exemplo, a criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, a exigência de exclusividade e a prática de preços predatórios. Por fim, há a influência à conduta uniforme quando há a adoção de medidas que visam uniformizar a atuação de concorrentes, como o estabelecimento de tabela de preços.



Fonte: Elaboração própria.

Quanto às condutas ilícitas objeto de análise pelo Cade em medidas preventivas, observa-se no gráfico acima a predominância de sua utilização em condutas unilaterais. E, se por um lado todos os processos que envolvem conduta comercial uniforme têm como polo passivo associações e sindicatos, nas condutas unilaterais, o perfil dos investigados são empresas de diversos setores, conforme o gráfico abaixo.



Fonte: Elaboração própria.

Ao realizar o recorte de análise nos setores envolvidos nos 11 processos que analisam exclusivamente condutas unilaterais, situa-se em primeiro lugar o setor portuário com 4 processos com imposição de medida preventiva. Observa-se que, historicamente, tal setor é frequentemente objeto de análise pelo Cade devido suas características que aumentam a possibilidade da ocorrência de eventual prática anticompetitiva, como a dependência dos importadores e exportadores em relação às operadoras dos portos³³⁸.

Outras 4 medidas preventivas foram aplicadas em mercados relevantes diversos, relacionados aos setores da saúde, de entretenimento, bancário e de bebidas. Em segundo lugar em setores afetados estão mercados digitais com 3 tutelas de urgência. O uso do remédio em tais mercados chama particularmente atenção, uma vez que a análise deles pelo Antitruste instiga e desafia abordagens tradicionais, pois além de também desafiarem metodologias clássicas, como a teoria clássica do dano, também exigem respostas rápidas, o

338 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Mercado de serviços portuários. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/dee.cc1.017>.

que traz grande potencial às medidas preventivas como instrumento de efetivação da tutela da concorrência.³³⁹

Os mercados e plataformas digitais trazem ao Cade pacientes que, devido algumas de suas características, exigem uma anamnese diferenciada, uma vez que podem apresentar sintomas não observados em pacientes tradicionais. Em que pese existam características comuns a todas as plataformas, digitais ou não, como efeito *tipping* e os efeitos de rede³⁴⁰, os mercados de tecnologia tem potencial ofensivo intensificado pela dinamicidade digital, principalmente quando praticados por agentes com elevado poder de mercado. Além disso, podem ter como sinais da lesão a concorrência sintomas não relacionadas ao preço monetário, como redução da qualidade e efeitos deletérios à inovação³⁴¹.

Quanto à escolha do remédio adequado para a enfermidade, o maior grau de inovação, característico dos mercados digitais, exige que eventuais intervenções da autoridade antitruste sejam feitas com especial cautela, a fim de proteger o paciente sem restringir seu acesso a insumos vitais, como investimentos em inovação.

Há diversos relatórios internacionais sobre o assunto que convergem no entendimento que o uso de medidas preventivas pode ser eficaz para a superação destes desafios. Dentre eles está o relatório do Reino Unido, o “*Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*”, que defende o maior uso de medidas cautelares em mercados digitais como forma de evitar danos irreparáveis à concorrência, diante do risco de *tipping*³⁴².

339 KIRA, B.; R. COUTINHO, D. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021. Disponível em: 10.52896/rdc.v9i1.734.

340 FERNANDES, Victor de Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação / Victor Oliveira Fernandes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

341 KIRA, B.; R. COUTINHO, D. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i1.734. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734>.

342 REINO UNIDO. Jason Furman (chair) et al, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel. HM Treasury. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781108888888>.

Já o relatório da União Europeia defende que determinadas condutas devam ser presumidamente anticompetitivas quando praticadas por plataformas dominantes, isso resultaria em uma demonstração mais rápida da probabilidade de direito nos pedidos de medida preventiva³⁴³. Há também um relatório alemão que defende o maior uso de medidas cautelares como forma de se endereçar eventuais abusos de poder de mercado e proteger a competição em mercados digitais.³⁴⁴ Em convergência, no Brasil o Departamento de Estudos Econômicos do CADE (“DEE”) publicou o documento chamado “*Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*”,³⁴⁵ em que conclui que as medidas cautelares vêm sendo acolhidas pelas autoridades internacionais antitruste como instrumento eficiente de evitar o abuso de posição dominante.

Visto a importância e potencial do remédio para os mercados digitais, analisar-se-á, por fim, a caracterização das condutas unilaterais praticadas pelos investigados nos 3 processos em que houve a utilização das medidas preventivas. Verificou-se no ‘Caso iFood’ que as condutas analisadas consistiram essencialmente em abuso de posição dominante com fechamento de mercado e aumento de barreiras à entrada devido à utilização de *cláusulas de exclusividade*. Da mesma forma, o Caso Gympass” investigou o abuso de posição dominante com fechamento de mercado e aumento de barreiras à entrada pela utilização de *cláusula de exclusividade* e cláusulas de MFN. Por fim, no “Caso Sem Parar”, a conduta investigada foi abuso de poder

org/10.17639/wjcs-jc14.

343 UNIÃO EUROPEIA. Competition Policy for the Digital Era, 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

344 Recomendação n.º 18 da ALEMANHA, Commission Competition Law 4.0, ‘A New Competition Framework for the Digital Economy’. Disponível em: https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Downloads/a/a-new-competition-framework.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

345 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Mercados de Plataformas Digitais. Agosto, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>.

econômico pela recusa de contratar e, também, utilização de *cláusula de exclusividade*.

Evidente há convergência dos três casos em apontar a utilização de cláusula de exclusividade como ator patogênico. A preocupação do antitruste com sua utilização não advém da proteção dos investimentos feitos pelo empresário, uma vez que estes podem ser pleiteados pelo direito privado. O que é analisado no âmbito concorrencial são os seus efeitos sob a ótica da proteção dos interesses da coletividade.

A proibição ou a limitação à liberdade individual de contratar e negociar com terceiros contida na exclusividade, segundo SALOMÃO FILHO, faz com que seus efeitos tenham abrangência não apenas em relação às partes envolvidas no contrato, englobando também todas as empresas do mercado.³⁴⁶ Ao contrário dos carteis, que sempre são tumores malignos por objeto, acordos de exclusividade podem ser benignos.

Todavia, um diagnóstico preciso acerca de acordos verticais requer uma análise profunda dos principais itens concernentes à preços, níveis de produção em termos quantitativos e qualitativos, além de analisar a variedade e grau de inovação dos produtos oferecidos, utilizando a regra da razão como método de análise³⁴⁷. Apesar de não ser ilícita por objeto, a exclusividade é uma das restrições verticais tradicionalmente analisadas pelo Cade e pela doutrina, havendo grande insumo para a realização da ponderação de efeitos competitivos.

Contudo, a análise pode tornar-se mais complexa em ecossistemas digitais. Novos atores, mesmo que mais eficientes, podem enfrentar grande dificuldade para reunir massa crítica de consumidores, pois as restrições podem ocasionar a elevação dos custos de troca e sendo acentuada pelos efeitos de rede. O fenômeno chamado “*winner takes all*”

346 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 421 e seguintes. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais : teoria geral e aplicação* / Paula A. Forgioni. -- 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 299.

347 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Cartilha do Cade. p. 17. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. e Resolução n.º20/1999 do Cade.

resume a concentração de mercado que prejudica a entrada de novos agentes no mercado e, em última análise, o consumidor que sofre com a diminuição dos incentivos à competitividade e à inovação³⁴⁸.

Assim, são justamente os concorrentes e seus órgãos representativos que, ao sentirem de forma imediata o efeito de potenciais condutas anticompetitivas, protocolam representação para provocar a atuação do Cade. Portanto, todos os casos mencionados foram instigados por representações de interessados. Contudo, o processo de entrada de uma representação no Cade requer investimento financeiro por parte dos interessados. Isso implica na necessidade de que o processo junto ao Cade seja atrativo. As respostas devem atender ao trinômio adequação-tempestividade-efetividade, especialmente em mercados digitais, onde os fluxos de negociação são altamente dinâmicos.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, foi demonstrado que em um contexto em que haja o risco do mercado padecer ou sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação à espera de um diagnóstico definitivo da autoridade antitruste, destaca-se a importância da discussão sobre as medidas preventivas como um remédio com grande potencial na preservação da saúde e bem-estar da livre concorrência.

É essencial contar com insumos suficientes para legitimar decisões. Assim como o resultado e a análise de exames médicos demandam tempo, a investigação de condutas anticompetitivas também requer tempo hábil, o qual às vezes é escasso diante de uma situação de urgência. Ao contrário de um diagnóstico final, as decisões de tutela de urgência exigem apenas um juízo de cognição sumária, baseado na probabilidade do direito. Por isso, não possuem estabilidade e têm função conservativa, não sancionatória.

348 KIRA, B.; R. COUTINHO, D. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021. Disponível em: 10.52896/rdc.v9i1.734.

Com base nos dados apresentados, foi possível verificar que ainda que sua utilização seja reduzida quando comparada à quantidade de instauração de investigações de condutas anticompetitivas, ocorreu um crescimento nas medidas preventivas impostas nos últimos anos. Todavia, a demora média de quase um ano para sua utilização demonstra-se incongruente ao instituto que tem como pressuposto a urgência.

Essa demora é agravada pela ausência de uma norma que estabeleça objetivamente um prazo para a apreciação de pedidos de imposição de medidas preventivas. Portanto, a primeira proposta apresentada neste artigo é a criação de um prazo para a análise de tais pedidos, sem prejuízo de uma possível revisão posterior, dada a natureza dinâmica do processo e ausência de estabilidade da decisão.

Outro aspecto preocupante reside no elevado número de medidas preventivas que são submetidas ao crivo do Poder Judiciário para revisão. Entretanto, desde 2021, não tem havido novas suspensões decorrentes de decisões judiciais, o que contrasta com o movimento inversamente proporcional observado na celebração de Termos de Compromisso de Cessação em tais casos. Embora os TCCs ofereçam as vantagens do acordo consensual e a capacidade de abordar outras questões concorrenciais além daquelas inicialmente investigadas, essa prática ainda é vista com cautela pela OCDE. A organização já criticou a falta de decisões da autarquia e a ausência de jurisprudência consolidada em relação às condutas unilaterais.

Observou-se também que, embora o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral tenham competência para adotar ou propor a utilização de medidas preventivas, na prática, estas são acionadas somente quando provocadas por representantes. Isso evidencia uma atuação ainda tímida da autarquia em sua utilização.

Por fim, observou-se uma maior incidência do mecanismo em condutas unilaterais, especialmente nos setores portuário e de mercados digitais. Enquanto o setor portuário possui uma jurisprudência consolidada do Cade, conferindo maior segurança para fundamentar a imposição das medidas, os mercados digitais apresentam um risco de

demora latente devido à sua grande dinamicidade. Ademais, a análise dos processos indica que a autoridade antitruste brasileira observa com atenção a utilização de cláusulas de exclusividade nos mercados digitais, já que, embora essa conduta não configure um ilícito por objeto, ela foi um elemento comum em todas as medidas preventivas envolvendo esse setor.

Diante do exposto, torna-se evidente a importância crucial da utilização das medidas preventivas como remédio fundamental na preservação da livre concorrência e no combate a condutas anticompetitivas que possam prejudicar o mercado. No entanto, é imperativo que tais medidas sejam aplicadas de forma célere e eficaz, garantindo a adequação, a tempestividade e a efetividade necessárias para assegurar a proteção dos interesses da coletividade. Somente dessa forma será possível garantir um ambiente concorrencial saudável e dinâmico, capaz de fomentar a inovação, a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Recomendação n.º 18. Commission Competition Law 4.0, 'A New Competition Framework for the Digital Economy'. Disponível em: https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Downloads/a/a-new-competition-framework.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. Jota, 2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Cartilha do Cade. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Mercado de serviços portuários. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/dee.cc1.017>.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Mercados de Plataformas Digitais. Agosto, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cader-nos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>.

CADE. Anuário de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/anuarios-do-cade>.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2015. Ed. 31^a.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010. Ed. 26^a.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022.

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022.

FARINA, Elizabeth et al. In: *Condutas unilaterais: exploração, exclusão e concorrência legítima em Concorrência: um olhar contemporâneo sobre condutas unilaterais* – 1. Ed. – São Paulo: Editora Singular, 2021.

FERNANDES, Victor de Oliveira. *Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação* / Victor Oliveira Fernandes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais : teoria geral e aplicação* / Paula A. Forgioni. -- 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* / Paula A. Forgioni. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

FORTES, Flávia Teixeira. *A judicialização da defesa da concorrência*.

GRINBERG, Mauro. *Medidas Preventivas no processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. WebAdvocacy. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2023/10/09/medidas-preventivas-no-processo-administrativo-sancionador-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-cade/>.

KIRA, B.; R. COUTINHO, D. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i1.734. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/734>.

MATTIUZZO, Marcela. *Injunctions and preventive measures - reflections from the case of Brazil*. Junho de 2022. Link de acesso: <https://pt.slideshare.net/OECDCompetitionDivis/interim-measures-in-antitrust-investigations-marcela-mattiuzzo-june-2022-oecd-discussion>. Data de acesso: 02 de fevereiro de 2024.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno/ Odete Medauar*. Ed. 16^a. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2012.

OCDE. BRASIL - Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência (2019). Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113 e seguintes.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Direito Concorrencial / Caio Mário da Silva Pereira Neto*, Paulo Leonardo Casagrande - São Paulo:

Saraiva, 2016 - (Coleção direito econômico / coordenador Fernando Herren Aguillar).

REINO UNIDO. Jason Furman (chair) et al, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel. HM Treasury. Disponível em: <https://doi.org/10.17639/wjcs-jc14>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4^a edição, revista, aumentada e atualizada. 10^a tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Competition Policy for the Digital Era, 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAN VS. COULD: THE EFFECTS OF DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY NO. 5,529 ON PHARMACEUTICAL PATENT TERMS

*Michelle Baruhm Diegues (USP, São Paulo)*³⁴⁹⁻³⁵⁰

1. Introduction. 2. From Inequality Costs to Underdevelopment: The Case of the Brazilian Healthcare System. 3. The Turning Point: A Brief History of DAU 5,529. 4. Winds of Change or Wasted Potential? 4.1. The Concrete Effects of DAU 5,529 on patent terms. 4.2. Finding a Way Around It: Administrative Strategies. 5. Conclusion.

ABSTRACT

The landmark ruling of the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,529 (DAU 5,529) declared the unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, of the Brazilian Industrial Property Code, which proposed an automatic and indeterminate patent term extension. However, four years later, there has been no public effort to identify the patents affected by the decision and to monitor its implementation by the Brazilian patent office (INPI). This short paper therefore aims to begin filling this data gap through exploratory research, analyzing a sample of 500 patents whose protection periods were adjusted by the INPI. The hypothesis presented here is that the DAU 5,529 had very limited effects on expanding access to healthcare thus far, since most patents affected by the decision are still in force and patent holders

349 Ph.D. Candidate at the University of São Paulo, Brazil. Researcher of the Law and Poverty Group (*Grupo Direito e Pobreza*) since 2020 and graduate coordinator since 2021. Editor-in-Chief of the Brazilian Business Law Review (*Revista de Direito Mercantil*). E-mail: michellebaruhm@usp.br.

350 I am grateful to Professor Carlos Portugal Gouvêa for his mentorship and guidance. I am also thankful to Professor Rodrigo Fialho Borges, Gustavo Manicardi Schneider, Cynthia Maria Santos Bezerra, Thais Calixto de Abreu, Maria Eduarda Lessa, and Laryssa Menezes for their helpful comments. All errors are my own.

have been using administrative strategies to extend their invention's term. The results of the empirical research confirm the hypothesis and indicate that a more in-depth and comprehensive analysis of the outcomes of DAU 5,529 is necessary.

1. INTRODUCTION

The judgment of the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,529 (DAU 5,529), which declared the unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, of the Brazilian Industrial Property Code (IPC), brought forth various possibilities for expanding access to healthcare. Observers and experts anticipated that the decision would stimulate the national pharmaceutical industry to produce generic drugs and, consequently, reduce the expenses of the Universal Healthcare Program (*Sistema Único de Saúde* – SUS) in acquiring medications by billions of Brazilian reais.

But almost four years later, it is necessary to assess the concrete effects of the DAU 5,529 on the protection period of pharmaceutical patents. However, after the decision was published, there was no public initiative to identify patents affected by the unconstitutionality of the extended term or to monitor the implementation of the Supreme Court's ruling by the national patent and trademark office (*Instituto Nacional da Propriedade Intelectual* – INPI). Hence, this paper proposes exploratory research on the administrative effects of extinguishing the sole paragraph of Section 40 through the analysis of a sample of five hundred patents whose validity periods were adjusted by the INPI.

The hypothesis of this paper is that DAU 5,529 has not yielded significant effects on access to medicines thus far. Such a limited outcome would result from most patents affected by the decision still being in force and the administrative strategies employed by patent holders to extend the invention's term.

To test these propositions, I will first present how access to healthcare in Brazil perpetuates and exacerbates inequality costs. The second part of the paper provides a brief history of

DAU 5,529, unveiling the lobbying efforts of affected industries. The third part presents the results of the empirical research I conducted, divided into two subtopics to analyze, respectively, the effects of DAU 5,529 on the terms of pharmaceutical patents and the strategies used by patent holders to extend their validity period. The final part concludes.

This paper, therefore, aims to provide a starting point for more in-depth research on the effects of DAU 5,529 on the Brazilian right to health. After all, it is only by gathering data that it will be possible to effectively implement public policies that reflect the full transformative potential that this landmark ruling can bring.

2. FROM INEQUALITY COSTS TO UNDERDEVELOPMENT: THE CASE OF THE BRAZILIAN HEALTHCARE SYSTEM

The rapid rise of industrial capitalism in the 19th century questioned the foundational principles of intellectual property, fundamentally based on Lockean ideas. Classical scholars considered knowledge a common good, and labor on it should be protected by property rights³⁵¹ – specifically, patents or copyrights. However, this conception loses its relevance in the context of an industrialized economy. Determining when knowledge qualifies as a common good becomes challenging, as it becomes difficult to sustain its non-excludable nature.

Despite the challenges that industrial development posed to IP rights, its principles remain unchanged to this day. The World Trade Organization's (WTO's) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) of 1994 crystallized the traditional concept of private property applied to IP by setting a list of minimum standards of protection that WTO members are obliged to adopt.³⁵²

351 LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980, p. 19.

352 MIYAMOTO, Tomoko. International treaties and patent law harmonization: today and beyond. In: TAKENAKA, Toshiko (ed.). *Research Handbook on Patent Law and Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2019.

The TRIPS Agreement, therefore, aimed at harmonizing IP legislation throughout the globe to facilitate international trade and foreign investment, but created significant challenges for developing nations. Pharmaceutical patents, for example, were not covered by IP rights in most developing countries,³⁵³ including Brazil, but their protection became mandatory for a minimum period of twenty years counted from the filing date.³⁵⁴

But besides TRIPS' minimum protection, developed countries pressured their commercial partners into adopting even stricter provisions through bilateral and regional agreements.³⁵⁵ Those "TRIPS-plus" commitments often assumed the form of longer protection periods for patents, such as patent term extensions (PTE) and patent term adjustments (PTA). The Brazilian approach, however, drifts apart from this logic: although there is no parallel agreement demanding it, the country unilaterally adopted an additional protection period for invention patents of at least ten years after the request is granted by the INPI.

Section 40. An invention patent shall be valid for twenty (20) years and a utility model patent for fifteen (15) years counted from the filing date.

Sole paragraph. The term of protection shall not be less than ten (10) years for an invention patent and seven (7) years for a utility model patent, counting from the granting date, except in the event that the INPI is prevented from examining the merits of the

353 SUBHAN, Junaid. Scrutinized: the TRIPS agreement and public health. *McGill Journal of Medicine*, v. 9, n. 2, p. 152-159, 2006.

354 TRIPS Agreement, Article 33: "The term of protection available shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the filing date." Available at: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf>. Access on January 28, 2024. See SHADLEN, Kenneth C.; SAMPAT, Bhaven N.; KAPCZYNSKI, Amy. Patents, trade and medicines: past, present and future. *Review Of International Political Economy*, v. 27, n. 1, p. 75-97, June 2019.

355 DREYFUSS, Rochelle; PILA, Justine. Intellectual Property Law: An Anatomical Overview. In: DREYFUSS, Rochelle; PILA, Justine (ed.). *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 26-27.

application due to a proven pending court case or for reasons of force majeure.³⁵⁶

Section 40's sole paragraph of the IPC therefore proposed an automatic and indeterminate patent term extension since it was not possible to know when the patent would expire until its grant date. In practice, it meant that patents filed in Brazil could have up to 30 years of protection. This provision was particularly relevant in terms of access to healthcare because most pharmaceutical products were covered by the additional protection³⁵⁷ and it hindered proper production planning by the generic drug industry.

Besides long-lasting higher prices for pharmaceuticals purchased by the population, the variable mechanism provided by Section 40, sole paragraph is especially significant when considered in the context of public healthcare. In Brazil, SUS is a decentralized system created in 1990 with the aim of narrowing health inequalities by improving nationwide coverage and free access to healthcare.³⁵⁸ The SUS has federal, state and municipal administrative responsibilities, which includes providing hospitals and public care services with a set of drugs covered by the National List of Essential Medicines (*Relação Nacional de Medicamentos Essenciais* – RENAME), a unified list periodically updated and approved by the Ministry of Health.

356 Informal translation. The original in Portuguese reads as follows: “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.” Law No. 9,279, of May 14, 1996. Brazilian Industrial Property Code. Available at: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Access on January 28, 2024.

357 IDO, Vitor Henrique Pinto. The Role of Courts in Implementing TRIPS Flexibilities: Brazilian Supreme Court Rules Automatic Patent Term Extensions Unconstitutional. *South Centre Policy Brief*, n. 94, June 2021. Available at: <<https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/06/PB-94-1.pdf>>. Access on January 28, 2024.

358 CASTRO, Marcia C. *et al.* Brazil's unified health system: the first 30 years and prospects for the future. *The Lancet Health Policy*, v. 394, n. 10195, p. 345-356, July 2019.

Pharmaceuticals included in the RENAME are purchased through public bidding (*licitação*), waiver of bidding (*dispensa de licitação*), or non-bidding (*inexigibilidade de licitação*).³⁵⁹ However, experts estimate that the extension mechanism outlined in Section 40, sole paragraph, of the IPC contributes up to BRL 3.9 billion to SUS' expenditures³⁶⁰ – and given the scarcity of resources, if the provision of certain services sees increased spending, it results in a lower budget for all others.

This is the exact application of what contemporary scholars have named “*inequality costs*”, which are additional expenses imposed on economic agents, hindering the most productive allocation of resources.³⁶¹ Section 40, sole paragraph, created additional costs that prevented economic agents – in this case, the SUS – from efficiently allocating its resources and, therefore, amplified inequalities due to the lower offer of public healthcare services.

Doubt lingers, however, about the reasons that led to the inclusion of this provision in the IPC. There was no prior justification for its inclusion, but only a later narrative construction that the provision served to compensate depositors for INPI's delay in granting patents, similar to the PTE and PTA mechanisms. But as I explore in the next section, Brazilian authorities started to question these arguments.

3. THE TURNING POINT: A BRIEF HISTORY OF DAU 5,529

On May 17, 2016, the former Attorney General, Rodrigo Janot, filed DAU 5,529, requiring the declaration of unconstitutionality of

359 MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aquisição de Medicamentos para Assistência Farmacêutica no SUS: Orientações básicas*. Brasília: Círculo de Brasília, 2006. Available at: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/284.pdf>>. Access on January 28, 2024.

360 This amount refers to only four high-cost medications, which means that SUS' total expenses should be significantly higher. See PARANHOS, Julia; MERCADANTE, Eduardo; HASENCLEVER, Lia. O custo da extensão da vigência de patentes de medicamentos para o Sistema Único de Saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, n. 11, 2020. Available at: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/37vfpd7rVJzFDhzbznStQ9YM/abstract/?lang=pt&format=html>>. Access on January 28, 2024.

361 PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. *Análise dos Custos da Desigualdade: Efeitos institucionais do círculo vicioso de desigualdade e corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 215.

Section 40, sole paragraph of the IPC. Janot claimed that the legal device allowed for the establishment of undetermined protection periods for IP rights, which would contravene the principle of the temporality of patent protection, as provided in Section 5, item XXIX of the Federal Constitution.³⁶²⁻³⁶³

The case had little activity until 2020 when the COVID-19 pandemic threatened the public health system's ability to bear the expenses related to disease containment.³⁶⁴ Several *amici curiae*, representing national associations of generic drug producers, public-interest organizations advocating for access to healthcare, and transnational pharmaceutical companies, joined the legal proceeding to express their views.

A true mediatic war took place in the first semester of 2021. Industries affected by the potential decision hired experts and renowned scholars to defend that the Supreme Court did not have the authority to invalidate the legislator's choice regarding patent term extension.³⁶⁵ Debates, interviews and numerous branded contents

362 Section 5, item XXIX, of the Brazilian Federal Constitution: "Section 5. All people are equal before the law, without any distinction whatsoever. Brazilians and foreigners residing in the country are ensured the inviolability of their right to life, liberty, equality, security, and property, under the following terms: [...] XXIX – the law shall ensure the inventors of industrial inventions a temporary privilege for their use, in addition to protection of industrial creations, ownership of trademarks, company names and other distinctive signs, taking into account the interest of society and the technological and economic development of the country." Official translation by the Brazilian Supreme Court. Available at: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/ brazil_federal_constitution.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/brazil_federal_constitution.pdf)>. Access on January 28, 2024.

363 BRAZIL. Supreme Court. Direct Action of Unconstitutionality No. 5,529. Justice Rapporteur Dias Toffoli. Judged on May 12, 2021.

364 CABRAL, Mário André Machado. Automatic Patent Term Extensions Ruled Unconstitutional in Brazil: better late than never? *IIC – International Review Of Intellectual Property And Competition Law*, v. 53, n. 1, p. 160-168, January 2022.

365 "The Supreme Court does not have the authority to debate the legislator's choice regarding patent terms. Ellen Gracie, Floriano de Azevedo Marques, and Carlos Ari Sundfeld concluded that the provision in patent law does not violate the Federal Constitution." Informal translation. The original headline in Portuguese reads as follows: "Não é competência do STF debater escolha do legislador sobre vigência de patente. Ellen Gracie, Floriano de Azevedo Marques e Carlos Ari Sundfeld avaliaram que dispositivo na lei de patentes não fere CF." Available at: <<https://www.jota.info/casa-jota/competencia-stf-vigencia-patentes-13102020>>. Access on January 28, 2024.

explicitly stating that the declaration of unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, would hinder economic recovery and national development filled newspapers and websites.³⁶⁶ Later, a report by *The Intercept* exposed that the lobby against the waiver of pharmaceutical patents before the Supreme Court's decision paid approximately BRL 1.5 million to newspapers.³⁶⁷

On April 7, 2021, symbolically chosen for being World Health Day, Justice Rapporteur Dias Toffoli issued a preliminary injunction that suspended the effects of Section, 40, sole paragraph of the IPC on pharmaceutical patents. The decision is noteworthy for being based on a research report from 2020 by the Law and Poverty Group (*Grupo Direito e Pobreza – GDP*) of the University of São Paulo. This report systematically analyzed the relevant legislation of thirty jurisdictions and gathered over five thousand administrative decisions on patent grants. The conclusion drawn was that Section 40, sole paragraph, lacks parallels in the other studied countries. Consequently, Brazilian pharmaceutical patents ended up having an average protection period longer than those observed in the international community.³⁶⁸

366 See, for example, the promotional cover of the newspaper “*Valor Econômico*” from March 28, 2021, which read as follows: “The Attorney General’s Office goes to the Supreme Court to invalidate more than 30,000 patents and threatens economic recovery” and “Attacks on the Industrial Property Code hinder national development”. Informal translations. The originals in Portuguese read as follows: “*Procuradoria-Geral da República vai ao Supremo para invalidar mais de 30 mil patentes e ameaça retomada da economia*” and “*Ataques à LPI prejudicam desenvolvimento nacional*”. Available at: <https://www.intercept.com.br/wp-content/plugins/seox-image-magick/imagick_convert.php?width=713&height=491&format=webp&quality=91&imagick=uploads.intercept.com.br/2023/03/jornal-valor2.jpg> and <https://www.intercept.com.br/wp-content/plugins/seox-image-magick/imagick_convert.php?width=713&height=491&format=webp&quality=91&imagick=uploads.intercept.com.br/2023/03/jornal-valor3.jpg>. Access on January 28, 2024.

367 DIAS, Tatiana. Lobby contra quebra de patentes de medicamentos pagou R\$ 1,5 milhão a jornais. *The Intercept*. April 28, 2021. Available at: <<https://www.intercept.com.br/2021/04/28/lobby-contra-quebra-de-patentes-pagou-jornais/>>. Access on January 28, 2024.

368 See SALOMÃO FILHO, Calixto; PORTUGAL GOUVÊA, Carlos *et al.* *A Inconstitucionalidade do Artigo 40, Parágrafo Único, da Lei de Propriedade Industrial sob uma Perspectiva Comparada*. December 8, 2020. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=3745372>>. Access on January 28, 2024.

Justice Rapporteur Dias Toffoli quoted GDP's report eight times and attached it to his vote, which was distributed to the offices of the other members of the Supreme Court. The plenary rendered a decision on May 12, 2021, declaring the unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, with a vote of nine to two. GDP's report was also quoted by Justices Marco Aurelio and Ricardo Lewandowski, and Justices Luís Roberto Barroso and Luiz Fux dissented.

Concern expressed by various *amici curiae* representing the industry led the Supreme Court to propose a modulation of the outcomes of the decision, where the unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, would only have retroactive effects (*ex tunc*) in relation to patents for pharmaceutical products and medical equipment. Meanwhile, other patents already granted by the INPI would maintain their original term, with the application of the validity extension. Nevertheless, as an *ex nunc* effect, no patent granted from the date of the judgment's publication could benefit from the mechanism provided in Section 40, sole paragraph.

In the following weeks, the INPI published several lists containing all patent numbers affected by the decision, which would have their term adjusted to twenty years counting from the filing date. The Brazilian patent office applied the guidelines of DAU 5,529 to at least 6,119 patents, making the Supreme Court's decision the most important in Brazilian history in terms of intellectual property and public health.³⁶⁹ Three years later, it is now time to understand how the Brazilian government implemented the decision and examine its actual impact on the right to health.

369 GDP. *Grupo Direito e Pobreza Repercutindo o Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529*. May 17, 2021. Available at: <<https://www.direitoepobreza.org.br/post/grupo-direito-e-pobreza-repercutindo-o-julgamento-da-a%C3%A7%C3%A3o-direta-de-inconstitucionalidade-n-5-529?fbclid=IwAR2og3sV7hadvRcdsaDDJSrTeFDmEyNbMz28Bl-j6HfTLTDW5tObjNLBqrQ>>. Access on January 29, 2024.

4. WINDS OF CHANGE OR WASTED POTENTIAL?

The results of DAU 5,529 had the potential to inform the design of various public policies aimed at promoting access to healthcare. However, although following a historic judgment, there is no record of public or private initiatives to analyze the patents affected by the decision. There was not even data on the total number of impacted IP rights. This paper's first contribution, as mentioned in the previous section, is revealing that at least 6,119 patents had their terms adjusted because of the decision.

But before exploring whether the Brazilian government had effectively succeeded in reducing SUS' expenses on high-cost medicines through the acquisition of generic drugs, as I first intended to do, it was necessary to take a step back. Given that Brazil faces a data gap regarding the concrete results of DAU 5,529, examining the new term of validity for the patents adjusted by INPI was crucial. This would allow determining which ones are still in force and for how long.

But given the lobbying efforts by patent holders in the period leading up to the judgment of DAU 5,529, explored in the previous section, it was also anticipated that affected industries would seek a way to defend their interests. This short paper, therefore, departs from a global hypothesis that DAU 5,529 has not yielded significant effects on access to medicines thus far. Such a limited outcome would result from the majority of patents affected by the decision still being in force and the administrative strategies employed by patent holders to extend the invention's term.

To test these propositions, I compiled an exploratory sample of five hundred pharmaceutical³⁷⁰ patents that had their terms modified

370 According to the International Patent Classification, pharmaceutical patents are those classified as A61K or A61P. The sample does not include A61K 6/00 and A61K 8/00 patents, which respectively refer to preparations for dentistry and cosmetics or similar toilet preparations. See WIPO. World Intellectual Property Organization. *IPC Publication*. 2024.01 version. Available at: <<http://ipc.inpi.gov.br/classifications/ipc/ipcpub/?notion=scheme&version=20240101&symbol=non&cwid=none&tree=no&searchmode=smart>>. Access on January 30, 2024.

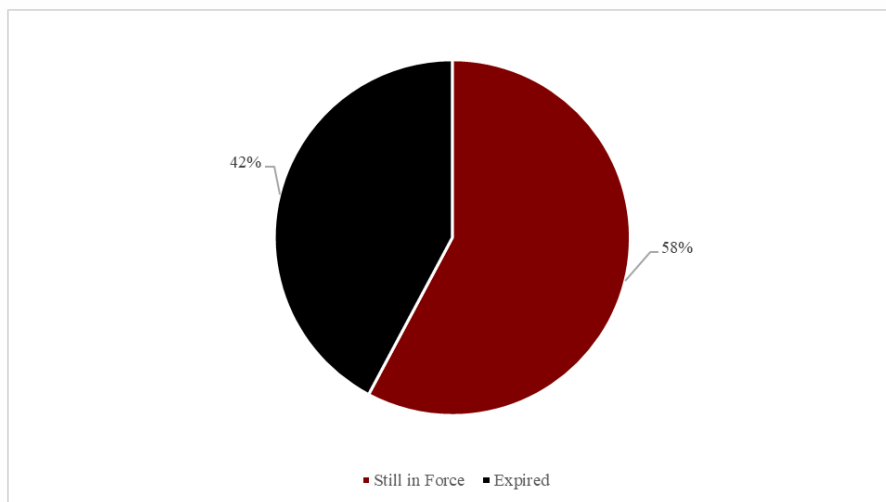
by the INPI, according to the lists published in the Industrial Property Gazette (*Revista de Propriedade Industrial – RPI*) following the ruling on DAU 5,529, and examined data such as filing date, grant date, validity period, owner, and observations by the patent office. All data is organized into charts, which can be found in the other tabs of Appendix I.

This chapter is thus divided into two main sections. Section 4.1 offers a quantitative analysis of the protection periods of the patents in the sample, while section 4.2 examines whether patent owners attempted to employ administrative strategies to bypass the declaration of unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, of the IPC.

4.1 THE CONCRETE EFFECTS OF DAU 5,529 ON PATENT TERMS

Despite the significant effects announced by the affected industries, as I presented in Section 3, the information gathered indicates that most pharmaceutical patents affected by DAU 5,529 are still in force. Nearly two-thirds of the sample had not expired by the submission date of this research on January 31, 2024. This finding is significant because it shows that one of the claims made by interest groups opposing the unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, was not accurate. These groups claimed that the decision would invalidate the majority of filed patents, which did not happen.

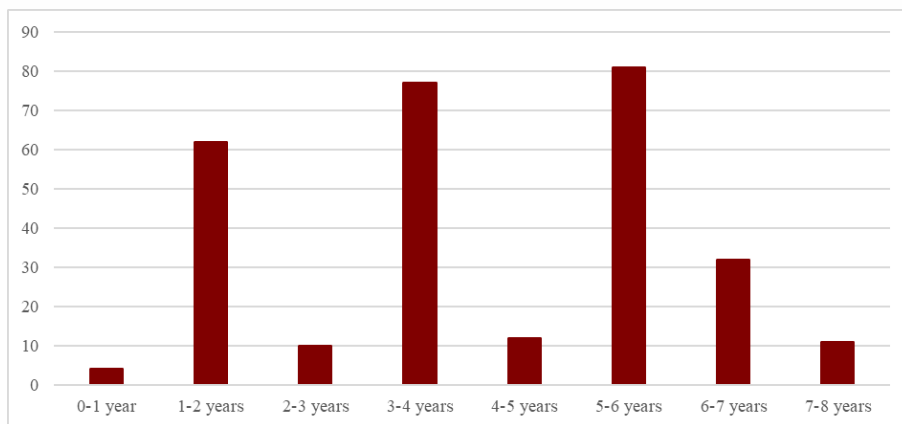
Figure 1. Validity of patents affected by the DAU 5,529



Source: compiled by the author.

However, having 42% of the patents in the sample already expired is not an insignificant number and provides room for the formulation of public policies and private sector planning to offer such medications at competitive prices. But the biggest downside to having most affected patents still in force is that the generic drug industry cannot start producing the medications, which means that SUS' expenses continue at the same levels as before DAU 5,529. To properly plan how to expand long-term access to healthcare, it is therefore important to analyze for how long such patents will remain in force as well.

Figure 2. Years until the expiration date of pharmaceutical patents



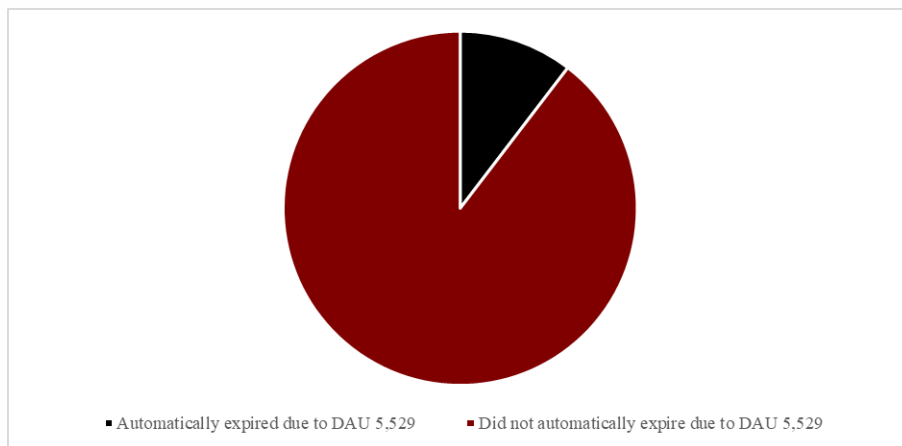
Source: compiled by the author.

Figure 2 shows that approximately 28% of the patents still in force will remain valid for five to six years, with eleven of them potentially extending to an additional eight years of validity. Considering the total sample, the average period until the patent expiration date is 4.08 years. However, SUS may remain subject to the same high prices already practiced by patent holders for a longer period, as medications are purchased through bidding processes that may have longer durations than the term of the patent. In this scenario, even if a laboratory managed to organize the production of generic drugs, the Public Administration would have to request a review or the economic rebalancing of the existing contract with the former patent holder, which could lead to additional legal disputes and complicate the purchase of generic pharmaceuticals.

The existence of prolonged periods of patent protection even after DAU 5,529 also contradicts the common perspective of an outstanding backlog at the INPI. As Section 2 shows, the variable term came to be commonly justified in national doctrine as a way to compensate applicants for INPI's unreasonable delay in analyzing patent applications, as there was a fear of patents being granted after their expiration – that is, whose examination took more than twenty years.

That, however, is not the case, as only 10.40% of the examined patents automatically expired after the declaration of unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, of the IPC.

Figure 3. Pharmaceutical patents that automatically expired after DAU 5,529



Source: compiled by the author.

According to Figure 3, 89.60% of the sample remained in force immediately after the Supreme Court's decision. This shows that the INPI did not have as large of a backlog as reported, and that the media campaign to raise public awareness against DAU 5,529 was not supported by concrete data. Actually, until now, the decision has only led to the extinction of 111 out of the 500 analyzed patents. In other words, the sum of patents that expired immediately after DAU 5,529 with those that reached their term by January 2024 reveals that only 22.20% of the sample was affected by the decision. The other expired patents indicated in Figure 1 mostly lost their protection due to non-payment of INPI annual fees.

The compiled data indicates, thus, that DAU 5,529 has had a very limited impact on healthcare access so far, given that most of the affected patents are still in force. This information serves as a valuable planning resource for both generic drug manufacturers and SUS, facilitating proper pharmaceutical production and public expenditure

planning. However, it is essential to further analyze whether the patents that were supposed to expire due to the decision have indeed had all their effects extinguished, as I propose to do in the following section.

4.2 FINDING A WAY AROUND IT: ADMINISTRATIVE STRATEGIES

It was quite curious to notice that some of the patents examined had the following observation in their history of administrative orders:

Figure 4. Administrative orders to extend patent term

RPI	Data RPI	Dispatch	Img	Order Supplement
2679	10/05/2022	16.3		Rectification ref. RPI 2323, of 07/14/2015. Validity period: 10 years from 07/14/2015, subject to legal conditions. Patent granted in accordance with ADI 5.529/DF, with an apostille of the validity period of the protection of the matter relating to pharmaceutical products and processes and equipment and/or materials for use in health, for application in humans.
2678	03/05/2022	21.9	-	- The publication of code 21.1 in RPI nº 2630 of 06/01/2021 was annulled as it was inappropriate.
2678	03/05/2022	16.2	-	- The publication of code 16.3 in RPI nº 2629 of 05/25/2021 was annulled as it was improper.
2668	22/02/2022	22.5	-	- Requirement formulated for adequacy or compliance with legal provisions within 60 (sixty) days of this date.
2630	01/06/2021	21.1	-	- Patent expired on 01/19/2020
2629	25/05/2021	16.3	-	- Validity period: 20 (twenty) years from 01/19/2000, subject to legal conditions. Patent granted according to ADI 5.529/DF

Source: INPI Patent Data Base.³⁷¹

The figure above is one of the examples in which a patent’s term was adjusted according to the instructions provided by DAU 5,529 but was subsequently readjusted to reinstate the application of Section 40, sole paragraph, of the IPC. As a result, the patent regained protection for at least ten years from the grant date. Nine pharmaceutical patents in the sample presented the same exception to the rule provided by the Supreme Court’s decision, causing their protection periods to extend for over 28 years.

Tabela 1. Patents with protection periods longer than 20 years

Patent No.	Patent Holder	Filing Date	Grant Date	Patent Term	Pro-tection Period
PI0011152	Lipotec, S.A.	02/18/00	03/13/18	02/13/28	28.01

371 Informal translation using a text translation feature directly on INPI’s data base. The original in Portuguese reads as follows: “*Retificação ref. RPI 2323, de 14/07/2015. Prazo de validade: 10 anos contados a partir de 14/07/2015, observadas as*

Patent No.	Patent Holder	Filing Date	Grant Date	Patent Term	Pro-tection Period
PI0512563-4	Destiny Pharma Limited	06/22/05	04/13/21	04/13/31	25.82
PI0512563	Destiny Pharma Limited	06/22/05	04/13/21	04/13/31	25.82
PI0513500	N.V. Nutricia	07/18/05	03/09/21	03/09/31	25.66
PI0000126	Zoetis Services LLC	01/19/00	07/14/15	07/14/25	25.50
PI0004827	Exsymol S.A.M. / Pierre Emile Claude Jean Bondon	10/13/00	09/30/14	09/30/24	23.98
PI0512528	N. V. Nutricia	06/22/05	02/06/18	02/06/28	22.64
PI0718183	Boehringer Ingelheim Animal Health USA INC. (US)	26/10/2007	17/03/2020	17/03/2030	22.41
PI0309918	S.S. Steiner, INC.	05/15/03	07/28/15	07/28/25	22.22

Source: compiled by the author.

The INPI decided to maintain the original protection period of the patents above based on its understanding that these patents included incidental claims or part of their description relative to the pharmaceutical area, but their focus was on processes/products

condições legais. Patente concedida conforme a ADI 5.529/DF, com apostilamento do prazo de validade da proteção da matéria relativa a produtos e processos farmacêuticos e equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, para aplicação em humanos. / Anulada a publicação código 21.1 na RPI nº 2630 de 01/06/2021 por ter sido indevida. / Anulada a publicação código 16.3 na RPI nº 2629 de 25/05/2021 por ter sido indevida. / Formulada exigência para adequação ou cumprimento de disposições legais no prazo de 60 (sessenta) dias desta data. / Patente extinta em 19/01/2020 / Prazo de Validade: 20 (vinte) anos contados a partir de 19/01/2000 observadas as condições legais. Patente concedida conforme ADI 5.529/DF.” INPI. Patent Data Base. 2024. Available at: <<https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=540644&SearchParameter=PI0000126%20%20%20%20%20%20%20&Resumo=&Titulo=>>>. Access on: February 2, 2024.

in areas adjacent to healthcare, such as veterinary medicine and pesticides. Since DAU 5,529 only provided for *ex tunc* effects for “pharmaceutical products and processes, as well as health equipment and/or materials”³⁷², the Patents, Computer Programs, and Integrated Circuit Topographies Office (*Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografia de Circuitos Integrados – DIRPA*) requested the INPI to annotate the patent certificates that were not related to pharmaceutical products so that they could regain their original protection period.³⁷³

Therefore, the holders of affected patents had to request the INPI to reconsider and annotate the relevant patent certificates, as they should not have been subject to the effects of DAU 5,529. But there are borderline situations in which the disputed patent can encompass both content related to human health and to other technologies. For example, patent No. PI0011152, which has a protection period of 28.01 years, refers to “peptides inhibiting neuronal exocytosis, a mixture of peptides, cosmetic and pharmaceutical compositions, the use of a peptide, and a method for cosmetic treatment of facial wrinkles and/or facial asymmetry in humans”.³⁷⁴ The patent certificate does not mention any other application of the product besides in humans,

372 BRAZIL. Supreme Court. *Proposal for modulation of the effects of DAU 5,529*. Justice Rapporteur Dias Toffoli. Judged on May 12, 2021.

373 PGF. Federal Attorney General's Office. *Opinion No. 00047/2021/CGPI/PFE-INPI/PGF/AGU*. November 3, 2021. Available at: <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/legislacao/arquivos/documentos/parecer-n-00047-2021-cgpi-pfe-inpi-pgf-agu-com-carater-normativo.pdf>>. Access on February 2, 2024.

374 Informal translation with emphasis added. The original in Portuguese reads as follows: “*peptídeos inibidores da exocitose neuronal, mistura de peptídeos, composições cosméticas e farmacêuticas, utilização de um peptídeo, e método para o tratamento cosmético em um ser humano das rugas faciais e/ou da assimetria facial*”. BALLESTER, Gregorio Fernández et al. *Peptídeos inibidores da exocitose neuronal, mistura de peptídeos, composições cosméticas e farmacêuticas, utilização de um peptídeo, e método para o tratamento cosmético em um ser humano das rugas faciais e/ou da assimetria facial*. Patent holder: Lipotec S.A. BR PI 0011152-0. Filing date: February 18, 2000. Grant date: March 13, 2018. Available at: <<https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/PatenteServletController?PI0011152%20%20%20%20%20%20&Resumo=&Titulo=>>>. Access on February 2, 2024.

which would require a better understanding of INPI's motivations for granting the term extension in this case.³⁷⁵

Nonetheless, for such borderline situations, INPI proposed that these patents shall have two protection periods: one for the portion of the content applicable to human health, not exceeding twenty years from the filing date, and another for the content related to other technologies, subject to the term-extending effects of Section 40, sole paragraph. Since the patent certificate cannot showcase two protection periods, the expiration of the patent would only be published on the later expiration date.³⁷⁶

This mechanism, however, creates significant legal uncertainties regarding the effects of DAU 5,529. Firstly, it opens a loophole for patents that have application only in human healthcare, like the aforementioned PI0011152, to gain access to a term extension that the Supreme Court declared unconstitutional. Additionally, among the nine patents that present this type of annotation, none explicitly clarifies what is the content related to human health to which the twenty-year term applies. This, therefore, reproduces the harmful effects on competition of Section 40, sole paragraph, as generic manufacturers cannot be certain about which portion of the patent is expired or not. Consequently, it becomes economically disadvantageous to initiate production before the patent reaches its full expiration.

Moreover, patent holders may also be employing another strategy to ensure the continuity of their applications beyond the twenty years stipulated by law. In some instances, INPI identified on its lists that the patent should have its term adjusted but refrained from publishing the decree declaring its expiration. As a result, the holders continue to pay

375 DIRPA is required to provide internal documentation justifying all annotations made on patent certificates. While not automatically published, interested parties can obtain it upon request. However, up until this paper's date of submission, no requests were granted. See INPI. *Revista da Propriedade Industrial* n° 2666. Comunicados. February 8, 2022. Available at: <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/informacoes-relacionadas26661.pdf>>. Access on February 2, 2024.

376 INPI. *Revista da Propriedade Industrial* n° 2666. Comunicados. February 8, 2022. Available at: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/copy_of_Comunicados26661.pdf>. Access on February 2, 2024.

annual fees as if the patents were still in force, creating uncertainties about its protection period. This is the case of patent No. PI0008405, used for the treatment of Hemophilia A, which should have expired on February 22, 2020. However, there are no administrative orders declaring the patent extinction and its owners continue to pay INPE's fees. They may be leveraging an error from the patent office to extend their rights beyond the legal protection period.

Figura 5. Payment of annual fees of patent No. PI0008405 beyond the legal protection period

20th annual installment :
Status: OK Type: Annual Fee GRU: 29409161901628743 Value: R\$ \$2,005.00 Payment Date: 02/22/2019
21st annual installment :
Status: OK Type: Annual Fee GRU: 29409161916283372 Value: R\$ \$2,005.00 Payment Date: 02/28/2020
22nd annual installment :
Status: OK Type: Annual Fee GRU: 29409161930425294 Value: R\$ \$2,005.00 Payment Date: 02/23/2021
23rd annual fee :
Status: OK Type: Annual Fee GRU: 29409161946804184 Value: R\$ \$2,005.00 Payment Date: 02/22/2022
24th annual installment :
Status: OK Type: Annual Fee GRU: 29409162300331876 Value: R\$ \$2,005.00 Payment Date: 02/23/2023
25th annual installment :
Status: Contains no releases

Source: INPI Patent Data Base.³⁷⁷

377 Informal translation using a text translation feature directly on INPI's data base. The original in Portuguese reads as follows: "20ª anuidade: Status: OK. Tipo: Anuidade. GRU: 29409161901628743. Valor: R\$ \$2,005.00. Data Pagamento: 22/02/2019. 21ª anuidade: Status: OK. Tipo: Anuidade. GRU: 29409161916283372. Valor: R\$ \$2,005.00. Data Pagamento: 28/02/2020. 22ª anuidade: Status: OK. Tipo: Anuidade. GRU: 29409161930425294. Valor: R\$ \$2,005.00. Data Pagamento: 23/02/2021. 23ª anuidade: Status: OK. Tipo: Anuidade. GRU: 29409161946804184. Valor: R\$ \$2,005.00. Data Pagamento: 22/02/2022. 24ª anuidade: Status: OK. Tipo: Anuidade. GRU: 29409162300331876. Valor: R\$ \$2,005.00. Data Pagamento: 23/02/2023. 25ª anuidade: Status: Não contém lançamentos". Available at: <<https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=589244&SearchParameter=PI%200008405%20%20%20%20%20%20&Resumo=&Titulo=#>>. Access on February 2, 2024.

There are many other patents that continued to pay annual fees beyond the patent's 20th anniversary. But at this point it is not possible to confirm if these other cases are really using an administrative strategy to keep their patent in force, since most of them have only paid one additional fee thus far. The example above is the only one that has paid a significant number of undue fees, raising questions about the actual expiration term of the patent.

As this paper is intended to showcase exploratory results from a 500-patent sample, these are the only two potential strategies identified thus far to extend the term of patents. However, there could be other mechanisms employed by the owners of the inventions in the remaining portion of the total sample. Consequently, these findings call for a thorough analysis of INPI's approach to DAU 5,529. The decision had an enormous potential to expand access to health in Brazil, but that depends on the correct application of its provisions by the patent office. Using these strategies to circumvent the unconstitutionality of Section 40, sole paragraph, of the IPC represents another way of perpetuating inequality costs in the country and could jeopardize the entire potential of DAU 5,529.

5. CONCLUSION

The DAU 5,529 stands on the threshold of possibilities. Its potential to reduce inequality costs is enormous but has not been fully utilized thus far. To truly adopt an institutionalist approach, data collection is necessary to guide the formulation of public policies. However, there is a data blackout regarding the effects of the unconstitutionality of Section 40, sole paragraph. There has been no national public effort to try to identify the patents affected by the decision, and the only groups that seem genuinely mobilized are those interested in maintaining long periods of patent protection.

This is not, however, a critique to the DAU 5,529 itself. The decision was historic and marks a turning point in Brazilian approach to inequalities in access to healthcare. But as David Kennedy states,

we will not avoid the difficulties presented here “by avoiding their articulation, discussion, assessment”.³⁷⁸ Without prompt attention, the DAU 5,529 will soon become wasted potential.

378 KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem? In: *Harvard Human Rights Journal*, v. 15, 2002, p. 125.

REFERENCES

BRAZIL. Supreme Court. *Direct Action of Unconstitutionality No. 5,529*. Justice Rapporteur Dias Toffoli. Judged on May 12, 2021.

BRAZIL. Supreme Court. *Proposal for modulation of the effects of DAU 5,529*. Justice Rapporteur Dias Toffoli. Judged on May 12, 2021.

CABRAL, Mário André Machado. Automatic Patent Term Extensions Ruled Unconstitutional in Brazil: better late than never? *IIC – International Review Of Intellectual Property And Competition Law*, v. 53, n. 1, p. 160-168, January 2022.

CASTRO, Marcia C. *et al.* Brazil's unified health system: the first 30 years and prospects for the future. *The Lancet Health Policy*, v. 394, n. 10195, p. 345-356, July 2019.

DIAS, Tatiana. Lobby contra quebra de patentes de medicamentos pagou R\$ 1,5 milhão a jornais. *The Intercept*. April 28, 2021. Available at: <<https://www.intercept.com.br/2021/04/28/lobby-contra-quebra-de-patentes-pagou-jornais/>>. Access on January 28, 2024.

DREYFUSS, Rochelle; PILA, Justine. Intellectual Property Law: An Anatomical Overview. In: DREYFUSS, Rochelle; PILA, Justine (ed.). *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 26-27.

GDP. *Grupo Direito e Pobreza Repercutindo o Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529*. May 17, 2021. Available at: <https://www.direitoepobreza.org.br/post/grupo-direito-e-pobreza-repercutindo-o-julgamento-da-a%C3%A7%C3%A3o-direta-de-inconstitucionalidade-n-5-529?fbclid=IwAR2og3s-V7had_vRcdsaDDJSrTeFDmEyNbMz28Bl-j6HfTLTDW5tObjNLBqrQ>. Access on January 29, 2024.

IDO, Vitor Henrique Pinto. The Role of Courts in Implementing TRIPS Flexibilities: Brazilian Supreme Court Rules Automatic Patent Term Extensions Unconstitutional. *South Centre Policy Brief*, n. 94, June 2021. Available at: <<https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/06/PB-94-1.pdf>>. Access on January 28, 2024.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980.

KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem? In: *Harvard Human Rights Journal*, v. 15, 2002, p. 101-125.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aquisição de Medicamentos para Assistência Farmacêutica no SUS: Orientações básicas*. Brasília: Círculo de Brasília, 2006. Available at: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/284.pdf>>. Access on January 28, 2024.

MIYAMOTO, Tomoko. International treaties and patent law harmonization: today and beyond. In: TAKENAKA, Toshiko (ed.). *Research Handbook on Patent Law and Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2019.

PARANHOS, Julia; MERCADANTE, Eduardo; HASENCLEVER, Lia. O custo da extensão da vigência de patentes de medicamentos para o Sistema Único de Saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, n. 11, 2020. Available at: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/37vfpd7rVJzFDhzbnStQ9YM/abstract/?lang=pt&format=html>>. Access on January 28, 2024.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. *Análise dos Custos da Desigualdade: Efeitos institucionais do círculo vicioso de desigualdade e corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

PGF. Federal Attorney General's Office. *Opinion No. 00047/2021/CGPI/PFE-INPI/PGF/AGU*. November 3, 2021. Available at: <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/legislacao/arquivos/documentos/>>

parecer-n-00047-2021-cgpi-pfe-inpi-pgf-agu-com-carater-normativo.pdf>. Access on February 2, 2024.

SALOMÃO FILHO, Calixto; PORTUGAL GOUVÊA, Carlos *et al.* *A Inconstitucionalidade do Artigo 40, Parágrafo Único, da Lei de Propriedade Industrial sob uma Perspectiva Comparada*. December 8, 2020. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=3745372>>. Access on January 28, 2024.

SHADLEN, Kenneth C.; SAMPAT, Bhaven N.; KAPCZYNSKI, Amy. Patents, trade and medicines: past, present and future. *Review Of International Political Economy*, v. 27, n. 1, p. 75-97, June 2019.

O DEVER DE SPONSORSHIP DISCLOSURE, A BOA-FÉ E A LEGÍTIMA CONCORRÊNCIA

THE DUTY OF SPONSORSHIP DISCLOSURE, GOOD FAITH AND LEGITIMATE COMPETITION

Tamara Beatriz Santos (ICF, Teresina)

Roger Vitorio Oliveira Sousa (UESPI, Teresina)

RESUMO

As publicações patrocinadas são utilizadas por influenciadores digitais para divulgação de produtos e de serviços. A postagem patrocinada é o meio utilizado pelos fornecedores para alcançar um público específico, os seguidores de determinado *influencer*. A persuasão pode agir no modo de consumo, uma vez que se trata de formadores de opinião. Contudo, tal prática não pode ferir a livre concorrência e a boa-fé. O objetivo geral da pesquisa é analisar a possibilidade de violação à livre e legítima concorrência entre atores econômicos quando um deles realiza parceria com influenciadores digitais e é omitida a onerosidade da divulgação. Os objetivos específicos são tecer considerações sobre a Era Digital; analisar a publicidade e sua relação com a boa-fé e a livre concorrência; e relacionar o dever informacional com a nocividade da publicidade oculta. O método utilizado é o dedutivo e a pesquisa é do tipo bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Publicações patrocinadas. Influenciadores digitais. Boa-fé. Livre concorrência.

ABSTRACT

Sponsored content is used frequently by digital influencers to market products and services. Sponsoring content is the way found by sellers to reach a specific audience, the followers of a influencer. Persuasion acts on buying trends since influencers are opinion makers. However, this practice cannot interfere with free competition or business's good faith. The objective of this study is to analyse the

possibility that when sponsorships are not disclosed, there may be a violation of free and legitimate competition between economic actors. As specific objectives that can be listed there are to discuss about the digital age; to analyse publicity and it's relation with good faith and free market; and to stablish a bridge between the duty to disclose and the harm brought by hidden advertising. The deductive method was used, and the research is bibliographical and documentary.

Keywords: Sponsored content. Digital influencers. Good Faith. Free competition.

1. INTRODUÇÃO

As *paid partnerships* – publicações e divulgações pagas realizadas por influenciadores digitais em favor de determinado fornecedor de bens de vida, coisas ou serviços – são uma realidade na era digital. Há, todavia, implicações éticas a esse tipo de divulgação e, mais ainda, devem ser identificados os limites ao exercício de tais práticas, mormente considerando os riscos que dela se projetam em desfavor dos fornecedores (risco à livre concorrência) e, até mesmo, aos consumidores (que devem ser informados, de forma válida, acerca daquilo que consomem e por que consomem).

Discute-se se há, de fato, violação à livre e legítima concorrência entre atores econômicos quando um deles firma parceria com influenciador digital (ou *influencer*) para a realização de publicidades e este profissional se omite de mencionar que a divulgação se deu de forma onerosa. De outra maneira, analisa-se se há um dever de informar que as publicidades foram pagas (*sponsorship disclosure*) imposto ao influenciador digital e a seu contratante, em razão do equilíbrio concorrencial e da cláusula geral de boa-fé que rege interações entre particulares.

O objeto da discussão evidenciou que o método mais adequado ao progresso da pesquisa seria o dedutivo. Isso porque seria necessária a elucidação de conceitos anteriores a fim de se atingir o escopo. Fez-se essencial entender quem seria o influenciador digital, sua relação

com os contratantes enquanto veículo de publicidade, bem como os deveres, especialmente externos, oriundos da boa-fé objetiva, que se projetam desse vínculo. A consulta bibliográfica, portanto, resultou como opção natural de meio de pesquisa.

Desta forma, inicialmente, foi necessário entender, na primeira seção, ainda que de forma breve, de que forma se estabelecem as interações humanas na era digital. Analisou-se a posição dos influenciadores digitais enquanto ocupantes de novo nicho de atuação profissional, no contexto das redes sociais; posteriormente, apreciou-se de que forma se dá a publicidade na era digital e seu impacto na livre concorrência.

Ato contínuo, acompanhando a tendência inaugurada na seção anterior, a seção seguinte discutiu acerca da publicidade e sua relação com a livre concorrência, avaliando os limites da publicidade adequada impostos pela necessidade de se ter uma concorrência leal entre os atores econômicos. Haveria, questiona-se neste ponto do desenvolvimento, limites à publicidade encontrados no dever geral de boa-fé objetiva, cláusula que se evidencia como matriz do direito privado moderno?

A discussão evolui, enfim, à terceira seção do desenvolvimento, “Divulgação patrocinada, dever informacional e a nocividade da publicidade oculta”, na qual se analisa de que forma a publicidade oculta viola a livre concorrência. No tópico em discussão, avaliam-se regras oriundas de outros ordenamentos, regramentos extraídos de plataformas digitais, tudo com o fito de solucionar a indagação retro formulada.

Cumprido, em arremate, frisar a relevância do tema: faz-se necessário notar se há, de fato, ilicitude na conduta mencionada, se ela é capaz de ensejar a violação à livre concorrência. Sendo a liberdade uma regra, só pode ser afastada – mediante o uso de regulamentos e restrições – quando identificado risco ao exercício da dita liberdade. E para saber se há a violação discutida, necessário que se entenda em que consiste o fenômeno da publicidade oculta.

2. MODESTOS RECORTES SOBRE A ERA DIGITAL

A consolidação do paradigma tecnológico iniciou no século XX e proporcionou o crescimento do fluxo informacional em todo o mundo. Com isso, houve a transformação do modo de interagir, pensar, trabalhar e comunicar. O aperfeiçoamento das novas tecnologias permitiu o avanço na prestação de serviços, na indústria e no comércio (Oliveira; Lanzillo, 2021).

A internet é uma das mais imprescindíveis ferramentas da contemporaneidade. A referida forma de comunicação concedeu nova definição ao conceito de fronteiras, indivíduos separados por milhares de quilômetros podem se comunicar em tempo real. A separação geográfica pode ser quase integralmente superada. E como toda inovação, a internet traz benefícios e malefícios que permeiam o tecido social (Silva; Cajado; Ferreira, 2023).

Convém salientar que no decorrer do tempo os indivíduos passaram a usar diversos recursos tecnológicos. São mecanismos facilitadores que estão presentes no cotidiano. A busca pelo conhecimento, as relações comerciais, os relacionamentos pessoais e as formas de investimento ganharam nova roupagem (Freitas; Gonçalves; Torres, 2023).

2.1 REDES SOCIAIS, INFLUENCIADORES DIGITAIS E A DINÂMICA SOCIAL MODERNA

Para Karhawi (2017), foi no ano de 2015 que se iniciou a mudança de nomenclatura dos profissionais da internet. No ano anterior, havia as blogueiras de moda ou *bloggers* e os vlogueiros ou *vloggers*. No seu nascedouro, os blogs se apresentavam como listas de links e a prática iniciou em 1997 com os experts em HTML. A partir dos anos 2000 adveio a facilidade de publicação e a popularização do espaço de comunicação pessoal.

O YouTube foi fundado em 2005 com o fito de acesso público no qual os usuários pudessem hospedar vídeos. O primeiro vídeo postado funcionou como um convite. A partir de 2010, os primeiros *vloggers* brasileiros começaram a hospedar. Naquela época o termo influenciador digital não era utilizado. No ano seguinte, a popularidade dos vídeos passou a atrair patrocinadores. Recentemente, o vocábulo vlogueiro foi substituído por youtuber (Karhawi, 2017).

No ano de 2015, o termo influenciador digital ou *digital influencer* foi popularizado no Brasil. A principal causa foi o surgimento de diversos aplicativos utilizados na produção de conteúdo. Os vocábulos anteriores possuíam liame com uma única plataforma. A nova nomenclatura revela as alterações de mercado, o capital social das relações e o poder de influência sobre a mídia tradicional (Karhawi, 2017).

A adoção da influência digital significa o alargamento de atividades. Desse modo,

A institucionalização desse modelo de negócio e de competências profissionais específicas é algo que vem sendo delimitado desde os primeiros blogueiros profissionais. Ainda, o termo influenciador não anula dinâmicas dos “extintos” vlogueiros ou blogueiros, não representa, necessariamente, uma novidade em termos de práticas de comunicação – mas uma ampliação das possibilidades de atuação (Karhawi, 2017, p. 55).

Nesse contexto, imperioso destacar o papel das redes sociais. Na maior parte das vezes, a rede social é entendida como o local de interações sociais entre os usuários da internet, comum atrelar as redes sociais a sites como o *Facebook*. Contudo, é importante estabelecer a diferenciação de outros conceitos como o de sites de relacionamentos. O último é entendido como o espaço de interação, enquanto que as redes sociais online ou redes sociais virtuais se aproximam de um

grupo de pessoas que produzem interação por meio de comunicação. As mídias sociais também podem ser entendidas como sites que fornecem ao usuário a possibilidade produção de conteúdo e consequente compartilhamento com os outros participantes (Amaral, 2016).

A circulação de informação é condição para a existência de uma rede. A viabilidade de compartilhamento com outros membros é fundamental. As redes passaram a conectar computadores e pessoas. No novo ambiente, o indivíduo é o primeiro elemento e precisa atuar de acordo com a estrutura social, interagindo e constituindo vínculos sociais. Logo, há uma busca incessante por inovação e produção de novas ideias e qualidades, o que pode afastar as pessoas da realidade e dificultar a noção de distanciamento entre os membros (Amaral, 2016).

A sociedade de exposição passou a ser uma temática explorada por diversas áreas. A inserção de uma pessoa no meio virtual implica na sua própria existência. Aquilo que não pode ser encontrado no referido meio, não existe. Corriqueiramente, o conteúdo pode ser compartilhado livremente e é autobiográfico, potencializado pelas redes sociais. Agradar a vontade geral é possibilitar a verificação da vida de outras pessoas (Gasparatto; Freitas; Efnig, 2019, p. 64).

O modelo de interação também gera a necessidade de constância na conexão. Há a exigência de que os membros das redes sociais estejam navegando e promovendo atualizações dos perfis a maior parte do tempo. E isso se revela pela velocidade das postagens e pela exibição da rotina. Consequentemente, há a efemeridade do conteúdo das redes (Lacerda, 2017).

Os influenciadores digitais são integrantes do ambiente citado. A influência é propícia, uma vez que é lá onde está a maior parte das pessoas e na maior parte do tempo. Por isso,

[...] os influenciadores digitais exercem papel fundamental na cadeia de relação de consumo, uma vez que são capazes de mudar comportamentos e

opiniões, por exercerem poder suficiente tanto na “Geração Y” quanto em futuras gerações, de modo a indicar marcas ou apontar determinado produto ou serviço, norteando grande parte das decisões de compra de seus seguidores (Gasparatto; Freitas; Efig, 2019, p. 83-84).

Portanto, influenciadores atuam como modificadores de comportamento e de opiniões. Considerando a influência exercida no público (seguidores), eles podem nortear decisões, transformando o público em consumidores de determinados serviços ou produtos. Assim, o comportamento induzido ultrapassa o conteúdo e é capaz de agir no mercado de consumo.

2.2 PUBLICIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA

O desempenho publicitário é o maior responsável pelo desenvolvimento do mercado de consumo do século XX. A importância da prática foi ampliada a partir da ideia de hiperinformação social, uma vez que é uma informação direcionada a um público específico com o propósito de promover uma atividade econômica. Assim, é essencial destacar o oferecimento de um bem ou serviço frente a gama de informações que as pessoas recebem a cada instante (Miragem, 2022).

A publicidade pode ser definida como a técnica de criar a necessidade de consumir. E por isso, frequentemente envolve as seguintes premissas: destacar; despertar o interesse; aguçar o desejo; conceber convicção; e compelir à ação. Em que pese a doutrina busque distinguir publicidade e propaganda, a legislação aborda os dois vocábulos quase sempre com igual significado. A propaganda pode ser citada também nas relações de consumo, embora a doutrina considere a ausência das mencionadas relações, a promoção dela não se aproxima do objetivo de lucro (Miragem, 2022).

O Código de Defesa do Consumidor possui seção própria para tratar da publicidade, contudo não é a única norma que regula a ação. A Constituição Federal menciona:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 3º Compete à lei federal:

[...]

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

[...]

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (BRASIL, 1988, n.p).

Portanto, a atividade ultrapassa os limites da comunicação social e possui relevância para as ciências jurídicas, por consequência, há a inclusão no texto da Lei Maior e em outros diplomas legais, encontrando restrição para sua utilização e equilíbrio com as outras garantias fundamentais.

Sobre isso, Nunes (2022) realça que a Constituição Federal protege a ética da comunicação social e um dos valores éticos é o da verdade. Assim, a atividade publicitária não pode se afastar da verdade, pois estaria violando a proteção constitucional conferida ao consumidor.

O art. 36, do Código de Defesa do Consumidor assevera que a publicidade precisa ser de fácil identificação. Além disso, o artigo seguinte veda a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva. Como forma de proteger o consumidor, o art. 37 insere a figura da publicidade enganosa por omissão. Assim, a propagação deve ser inteiramente verdadeira e não pode omitir informações essenciais do bem ou serviço (Brasil, 1990).

Coelho (2020) entende que a Constituição Federal moldou a ordem econômica com natureza neoliberal. No contexto mundial após a Guerra Fria, o neoliberalismo passou a ser sinônimo de redução estatal. O doutrinador define como neoliberal o modelo econômico firmado na livre iniciativa e que adota outros valores distintos que devem ser harmonizados com ela. Nos termos do art. 170, da Lei Maior, os particulares possuem a primazia da produção e circulação de bens e serviços, contudo, devem observar os valores de justiça social.

Além disso, o direito de explorar as atividades empresariais é titularizado por todos e disso decorre o dever de respeito por parte das outras pessoas e do próprio Estado. Há a consagração do pleno exercício. O Estado somente pode intervir nos limites definidos constitucionalmente (Coelho, 2020).

Por isso, o art. 173, §4º, da Constituição Federal, reprime o abuso do poder econômico que objetive a dominação do mercado, o aumento arbitrário do lucro e a eliminação da concorrência (Brasil, 1988).

A livre concorrência é uma estrutura basilar da organização econômica. As normas infraconstitucionais são responsáveis por reprimir o abuso do poder econômico, um exemplo é a Lei Antitruste. A repressão aos abusos do poder econômico ampara a livre concorrência. A generalidade das práticas empresariais é consagrada pela Constituição Federal e ela somente repudia quando a competição corre riscos (Coelho, 2020).

3. PUBLICIDADE, BOA-FÉ E CONCORRÊNCIA

É cediço que a publicidade se relaciona de modo íntimo com a boa-fé daquele que anuncia, assim como ambos os institutos devem ser utilizados com obediência aos princípios do direito empresarial, dentre eles o da livre concorrência. Por isso, a presente seção tem por fito conceituar a boa-fé e sua compatibilidade com a livre concorrência, bem como tecer comentários sobre a publicidade de patrocínio.

3.1 A BOA-FÉ E A LIVRE CONCORRÊNCIA

Gonçalves (2022) esmiúça que o princípio da boa-fé é o que se espera dos contratantes durante as tratativas e no cumprimento contratual. Assim, o julgador deve presumir a boa-fé e a má-fé deve ser provada por quem alega. A boa-fé objetiva pressupõe um comportamento com retidão, lealdade, honestidade, respeitadas as particularidades do lugar.

De acordo com o doutrinador, o princípio da boa-fé pode ser segmentado em dois aspectos. A boa-fé subjetiva possui relação com a concepção psicológica, era regra de interpretação do negócio jurídico no Código Civil de 1916. Tem relação com a presença ou ausência de conhecimento de um indivíduo com respeito a fatos específicos. Por outro lado, o Código Civil de 2002 inovou ao consagrar a boa-fé objetiva, norma jurídica e regra de conduta. Assim, perante o aspecto subjetivo, é uma forma de conduta e perante o aspecto objetivo é uma norma de comportamento (Gonçalves, 2022).

Desse modo, em sua dissertação, Gonçalves (2021) ressalta que a limitação e a abrangência da cláusula de não concorrência são imprescindíveis para que a liberdade individual não seja tolhida e, por consequência, garantir o pleno emprego e a dignidade da pessoa humana. A boa-fé revela a necessidade de equidade entre as partes contratantes, de modo que se estabeleça o equilíbrio.

3.2 PARTNERSHIP E SPONSORSHIP DISCLOSURE

O patrocínio é uma ferramenta do marketing que se relaciona com os projetos culturais e de entretenimento. A ferramenta contribui para os interesses estratégicos das marcas, consistindo em uma fonte de receita alternativa dos projetos. O marketing de patrocínio é a forma de apoiar o evento ou o artista com o objetivo de obter maior visibilidade (Bacha; Kamlot, 2023).

Cardoso (2016) infere que o digital influencer é a pessoa que se tornou referência na indicação de produtos e serviços. O número de seguidores e a capacidade de influência sobre eles são fatores que favorecem a publicidade patrocinada. Uma personalidade terá um bom nível de influência quando os seguidores confiam nas indicações e ela pode se apresentar como uma referência.

O investimento na publicidade patrocinada faz com que as empresas se direcionem a um público específico. O retorno financeiro pode ser maior e com menor custo, uma vez que o alcance da publicidade depende diretamente do alcance do influenciador patrocinado (Cardoso, 2016).

É possível destacar o seguinte:

As Digital Influencers acabam se tornando espécies de líderes que ditam as tendências a serem seguidas pelo seu público. Elas se tornam um exemplo para suas seguidoras, que adotam determinado estilo semelhante ao seu e com isso passam a “ditar” modelos a serem copiados (Cardoso, 2016, p. 11).

As marcas podem buscar a produção de conteúdo exclusivo voltado para a divulgação do produto ou serviço ou divulgam por envio de presentes e por presença em evento da marca. Ao passo que os consumidores se relacionam de modo íntimo com os influenciadores, aumentam as chances de visibilidade (Schorchit, 2021).

Com isso, as próprias redes lançam funções que facilitam o uso da publicidade patrocinada. No ano de 2015, foi criado o *Instagram Analytics*, uma ferramenta que fornece relatórios dos seguidores, impressões, engajamento e visualizações. Ademais, há a possibilidade de criar promoções que serão visualizadas por seguidores e por pessoas que se interessem por um conteúdo semelhante (Schorchit, 2021).

4. DIVULGAÇÃO PATROCINADA, DEVER INFORMACIONAL E A NOCIVIDADE DA PUBLICIDADE OCULTA

O Brasil adotou a chamada economia de mercado, fundamentada na liberdade econômica, a qual, por sua vez, projeta-se por meio da livre iniciativa e da livre concorrência. Com o fito de garantir a livre concorrência, a própria Constituição veda o abuso do poder econômico na produção e no consumo, vedação esta concretizada tanto pela confecção do Código de Defesa do Consumidor quanto pela feitura da Lei n. 12.529, de 2011 (que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) (Martins, 2005).

Dessa maneira, a tutela à livre concorrência não pode ser interpretada apenas como uma obrigação negativa – a não intervenção estatal na economia – mas também, como visto, de forma positiva, mediante a realização de legítimas intervenções quando necessário a que se mantenha o equilíbrio econômico (Fernandes, 2014).

Nessa senda, identifica-se que, por meio da atuação estatal, protegem-se diversos bens jurídicos entendidos como de relevância tamanha a ponto de atraírem a atuação do legislador na confecção de norma repressora de condutas que os colocassem em risco. São alguns dos interesses que “se pode abrigar sob as normas antitruste: interesse do mercado, interesse do consumidor, interesse nacional, bem comum, eficiência alocativa, interesse público etc.” (Forgioni, 2015, p. 239).

O eventual conflito entre esses interesses, quando analisadas as práticas adotadas pelos agentes econômicos, refoge ao fundo desta

discussão. No entanto, dando seguimento ao diálogo, vê-se que, das previsões exemplificativas de práticas infracionais contra a ordem econômica previstas pela Lei n. 12.529/11, é possível extrair a tutela de um ou mais desses valores. Assim, ao ser vedada a manipulação de preços (Art. 36, § 3º, I, “a”), protegem-se tanto o consumidor, a quem deve ser facultada a escolha do fornecedor de bens ou serviços, quanto o próprio mercado e o interesse público, este último considerando até mesmo que o estímulo à concorrência costumeiramente leva à evolução da técnica, à busca de meios de produção de bens de vida mais eficientes e baratos – o que acarreta o barateamento dos próprios bens de vida.

Interessante para a pesquisa, no entanto, é que a própria legislação repressora de infrações contra a ordem econômica tipifica a publicidade desleal como prática infracional (Art. 36, § 3º, VI, Lei n. 12.529/11). Embora a previsão expressa seja apenas quanto à prática de “exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa”, é evidente que a publicidade oculta e o *paid partnership non-disclosing* afetam sobremaneira a concorrência, uma vez que destituem o consumidor de uma escolha informada, viabilizando que os *partners* (as empresas patrocinadoras) lucrem com divulgações que parecem orgânicas, mas que, em realidade, são publicidades custeadas pelas empresas.³⁷⁹

Tratando-se o influenciador digital de alguém cuja atuação ou a presença nas plataformas digitais é voltada “para produzir conteúdo sobre determinados temas, influenciando no seu modo de vida, consumo de produtos e serviços, opiniões, entre outros aspectos do cotidiano” (Martins, 2020, s. n.), tem-se que sua atuação deve ser a mais transparente possível, em observância ao dever informacional

379 Há, inclusive, quem verificou que o uso de influenciadores digitais tem sido estratégico, especialmente por parte de grupos econômicos fornecedores de produtos cujas publicidades sejam diferenciadamente regradas, a exemplo das indústrias do tabaco e farmacêutica, como constatado pela prática da *British American Tobacco* de tentar alterar sua imagem pública, maculada em razão da visão atual da sociedade acerca do fumo, para uma imagem de parceira da saúde pública, em razão de ter pregado, durante a pandemia COVID-19, a necessidade do uso de máscaras a fim de viabilizar o controle da difusão do vírus (Archer, Wolf, Nalloor, 2021).

que permeia as publicidades, à boa-fé objetiva e à própria livre concorrência. Há orientação específica, inclusive, do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, no sentido de que a publicidade, quando veiculada, deve ser claramente identificada como tal, independente de qual seja sua forma ou meio de veiculação (Art. 28, Seção 6, Código de Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – doravante CBAP), sendo ilegítimo o proveito publicitário obtido mediante o emprego de artifício ou mesmo de ardil (Art. 31, parágrafo único, Seção 6, CBAP).

No Brasil, é salutar que se mencione que mesmo entidades públicas fazem uso do alcance das redes sociais para propagar ideias favoráveis a determinado plano de governo. Cite-se, por exemplo, quando o governo federal – à época gerido pelo ex-presidente Michel Temer – contratou diversos influenciadores digitais para que formulassem publicações acerca da Reforma da Previdência. Houve, inclusive, acusações de que o *disclosing da partnership* não havia sido realizado de forma adequada (Portal G1, 2017).

Nesse contexto, os alcançados pelas publicações acabam ficando sujeitos às ideias propagadas e, sem saber se tratar de publicidade paga, acabam por ter tais postagens como manifestações orgânicas, sendo induzidos a uma conclusão mais favorável que a que inicialmente teriam caso já soubessem que se trata de mera divulgação remunerada de determinada ideia. Isso tende a ensejar um maior interesse pelos produtos de determinado fornecedor, em detrimento dos demais, em violação ampla à boa-fé e à livre concorrência. Nessa senda, entende Santos, elucidando o claro vínculo entre o direito do consumidor de ser informado acerca do produto ou do bem de vida adquirido e a hígida concorrência:

A livre concorrência, por sua vez, é a faculdade de conquistar clientes e ocupar posição, lícita, no mercado, ou seja, é medida imperiosa para o próprio mercado de consumo, devendo ser garantida pelo Estado, na qualidade de agente normativo e regulador

da atividade econômica, aos fornecedores e aos consumidores, nos termos dos Artigos 173, § 4º, e 174, da CRFB/88. Certo é que são os consumidores que, direta ou indiretamente, determinam o que deve ser produzido, daí a necessidade de terem assegurada a liberdade de escolha entre os inúmeros produtos e serviços existentes no mercado (2009, p. 37/38).

E é em razão da possibilidade de violação à livre concorrência, de prejuízo ao mercado e de agressão à esfera consumerista, que, no Reino Unido, por exemplo, a *Competition and Markets Authority* elaborou um guia para plataformas de mídia digital, marcas e criadores de conteúdo (*influencers*), a fim de delinear a existência de publicidade paga em determinado conteúdo, após ser notificada de que certos influenciadores promoviam *marketing* oculto em suas publicações (Reino Unido, 2022).

Às plataformas de mídia digital, a CMA estabeleceu como princípios: informar os usuários que a divulgação incentivada de produtos deve ser identificada de forma clara, como uma publicidade, viabilizando sua distinção de outros conteúdos geralmente produzidos pelo influenciador; disponibilizar aos influenciadores ferramentas a fim de que possam identificar suas publicações como publicidades pagas; prevenir que a prática de publicidade oculta ocorra, inclusive pelo uso de tecnologias (como algoritmos criados para identificar conteúdo contendo publicidade paga que não foi realizada com a clareza devida) e medidas proporcionais nesse controle; facilitar as denúncias, pelos usuários; facilitar, ainda, o *compliance* pelas empresas patrocinadoras (*partners*); e, por fim, que as plataformas tomem as medidas adequadas quando identificadas violações (Reino Unido, 2022a). Aos influenciadores, esclareceu a CMA que toda publicidade, divulgação, publicação de relação comercial, sorteio, disponibilização de códigos de desconto etc. que sejam incentivados devem ser identificados como publicidade, devendo o influenciador evitar de

induzir a audiência a erro, deixando claro o caractere de propaganda daquela publicação (Reino Unido, 2022b).

Plataformas como o *Instagram* e o *Youtube* também trouxeram previsões acerca dos elementos essenciais a uma postagem ou publicação de conteúdo patrocinada. O *instagram* define conteúdo patrocinado como aquele pelo qual o *influencer* foi compensado, direta ou indiretamente pela fornecedora do bem de vida/produto ou parceira. Para a plataforma, todo conteúdo patrocinado deve ser identificado, sendo utilizado o identificador disponibilizado pela própria plataforma (Instagram, 2023). No *YouTube*, estabeleceu-se que podem ser incluídas publicidades nos vídeos disponibilizados pelos criadores de conteúdo, mas deve haver a observância das regras da comunidade e a identificação, no vídeo, de que há publicidade paga, não sendo viável a publicidade de conteúdo adulto, serviços relacionados a prostituição, bens de vida ilegais, drogas recreacionais, serviços de aposta online ainda não avaliados pelo Google etc., sob pena de remoção do conteúdo e, havendo reincidência, uma advertência (um *strike*). Cumuladas três advertências (ou *strikes*), a conta será excluída da plataforma (Google, 2023).

Ao viabilizar a possibilidade de destituição do consumidor de sua faculdade de escolha informada, podendo este ser induzido a erro em razão de publicidades ocultas cujos patrocínios não foram expostos, o que não é somente gravoso ao consumidor, mas aos próprios concorrentes da fornecedora que viabilizou a publicidade oculta, a parceria com influenciadores digitais para fins de promoção de determinado bem de vida atraiu a atenção tanto de Estados quanto de plataformas eletrônicas – redes sociais e plataformas de compartilhamento de conteúdo, com o *Instagram* e o *Youtube* – tornando nítida a necessidade de controle dessa prática, a fim de que haja a manutenção da higidez da divulgação de bens e serviços e a manutenção da escolha informada pelo consumidor, a fim de que haja a garantia de uma livre concorrência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento de mecânicas sociais próprias de tempos modernos, como as redes sociais e as plataformas de difusão de conteúdos, viabilizou o surgimento de uma figura peculiar no arranjo coletivo contemporâneo: o influenciador digital. Os ajustes estabelecidos por esses agentes, que dependem de suas imagens e servem como verdadeiros veículos de exposição de produtos e bens de vida, demandam atenção, em razão dos riscos que podem apresentar à manutenção da higidez da concorrência.

O presente diálogo buscou verificar se existiria um dever de *sponsorship disclosure* vinculando as condutas do *influencer* e do fornecedor de bens ou serviços que o contrata para realizar determinada divulgação mediante paga.

Conceitou-se, de início, o influenciador digital, reconhecendo-se-o, em suma, como o agente que cria conteúdos para plataformas eletrônicas e busca aumentar seu alcance social, muitas vezes com o fito de monetizar sua imagem. Nessa senda, ao identificar que o influenciador explora a própria imagem, percebeu-se que a publicidade representa, verdadeiramente, tanto um instrumento necessário à manutenção da livre concorrência quanto, quando abusada, num mecanismo que mitiga ou mesmo põe em risco a existência de mencionada concorrência.

Estabeleceu-se, posteriormente, que a publicidade deveria, necessariamente, ser realizada de forma a observar a boa-fé, tanto entre os sujeitos acordantes – *in casu*, o beneficiado pela divulgação e o influenciador digital – o que autorizaria a devida concorrência, fator benéfico tanto para a competição entre os agentes econômicos – os fornecedores – quanto para os consumidores, que teriam maior liberdade de escolha. A publicidade, pois, não poderia ser utilizada como um instrumento pelo qual, de forma oculta, os fornecedores tentariam persuadir o consumidor; deveria ser ostensiva, clara, evidente, a fim de facilitar o exercício do direito de consumo, ao consumidor garantido, de forma livre e informada.

Constatou-se, assim, haver um dever, do influenciador digital, de tornar evidente, quando for o caso, de que determinada publicidade foi patrocinada. A obrigação decorre da boa-fé objetiva, do dever de publicidade e de transparência estabelecidos como ônus ao fornecedor, em favor do consumidor, bem como, também, da livre concorrência constitucionalmente garantida.

Assim, ao fazer determinada publicidade, incumbiria tanto ao *influencer* quanto ao *sponsor* o dever de tornar nítido que aquela manifestação, postagem, vídeo ou outro tipo de conteúdo, foi remunerada, e não realizada de forma espontânea e orgânica.

O ordenamento pátrio garantiu, como princípio da ordem econômica, a livre concorrência. Portanto, seriam vedadas medidas que, por incompatíveis com tal princípio, garantissem vantagens desleais a um ou alguns fornecedores de bens de vida em relação aos demais. Isso é constatado não somente pela regulamentação realizada tanto por Estados estrangeiros quanto pelas próprias plataformas de difusão de conteúdo e redes sociais, mas também pelo próprio sistema jurídico brasileiro, voltado à consecução dos objetivos constitucionais, inclusive a tutela do consumidor e a garantia da isonomia entre os competidores que integram o mercado.

REFERÊNCIAS

Archer, Catherine; Wolf, Katharina; Nalloor, Joseph. Capitalising on chaos – exploring the impact and future of social media influencer engagement during the early stages of a global pandemic. *Media International Australia*, v. 178, 2021, p. 106-113. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1329878X20958157>. Acesso: 6 jan. 2024.

Amaral, Rogerio do. EXPOSIÇÃO PRIVADA NAS REDES SOCIAIS: uma análise sobre o facebook na sociedade contemporânea. 2016. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Educação, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/30fdb25c-22f9-466e-ac2f-efd-d7a23b148/content>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Bacha, Gabrielle Amaral; kamlot, Daniel. A UTILIZAÇÃO DO PATROCÍNIO COMO FERRAMENTA DE MARKETING EM PROJETOS DE CULTURA E ENTRETENIMENTO AO VIVO NO BRASIL. *Revista Valore, Volta Redonda*, v. 8, n. 1, p. 1-24, mar. 2023. Disponível em: <https://revistavalore.emnuvens.com.br/valore/article/view/1055>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 jan. 2024.

Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lei Nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 05 jan. 2024.

Cardoso, Bruna Crasoves. Influência das Redes Sociais da Digital Influencer Paula Feijó no Comportamento de Seus Seguidores. 2016. 53 f. TCC (Graduação) - Curso de Administração, Universidade

Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/148529/001002120.pdf?sequence=1#:~:text=Confrontando%20os%20dados%20levantados%20concluiu,dicas%20de%20moda%20e%20maquiagem..> Acesso em: 05 jan. 2024.

Coelho, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 24. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2020.

Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. ed. 2021/2022. São Paulo: CONAR, 2021. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso: 10 jan. 2024.

Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

Forgioni, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Freitas, Camila Cristina Gonzaga de; Gonçalves, Jonas Rodrigo; Torres, Mateus Guimarães. A evolução do direito penal brasileiro relacionado aos crimes cibernéticos. Revista Jrg de Estudos Acadêmicos, [s. l], v. 6, n. 12, p. 296-311, jan. 2023. Disponível em: <https://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/520>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Gasparatto, Ana Paula Gilio; Freitas, Cinthia Obladen de Almeida; Efig, Antônio Carlos. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 19, n. 1, p. 65-87, jan. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Google. Youtube help: add paid product placements, sponsorships & endorsements. 2023. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/154235?hl=en>. Acesso: 20 dez. 2023.

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. 3 v.

Gonçalves, Daniel Henrique Rodrigues. *A Boa-Fé Contratual e a Interpretação da Cláusula de não Concorrência*. 2021. 92 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Civil, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/24299>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Instagram. Central de ajuda: como começar a usar o conteúdo de marca no instagram. Disponível em: <https://help.instagram.com/1123581461537025>. Acesso: 05 jan. 2024.

Karhawi, Issaaf. Influenciadores digitais: conceitos e práticas em discussão. *Revista Communicare*, [s. l], v. 17, n. 1, p. 46-61, jan. 2017. Disponível em: https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/4979443/mod_resource/content/1/Artigo-1-Communicare-17-Edic%CC%A-7a%CC%83o-Especial%20%282%29.pdf. Acesso em: 05 jan. 2024.

Lacerda, Ingrid. A cultura do efêmero: o formato snapchat nas redes sociais, a vontade de exposição e a construção da imagem individual. *Intercom - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, Volta Redonda*, v. 1, n. 1, p. 1-12, jun. 2021. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/sudeste2017/resumos/R58-0944-1.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Martins, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira*, volume 1. Barueri: Manole, 2005.

Martins, José Eduardo Figueiredo de Andrade. A responsabilidade civil do influenciador digital pela sua comunidade. *Coluna Opinião. Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/martins-responsabilidade-civil-influenciador-digital/>. Acesso: 31. dez. 2023.

Miragem, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

Nunes, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

Portal G1. MEC paga R\$ 295 mil para vídeos de youtubers sobre a reforma do ensino médio. Brasil, 17 fev. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/educacao/noticia/mec-desloca-r-295-mil-para-propaganda-de-youtubers-sobre-a-reforma-do-ensino-medio.ghhtml>. Acesso: 15 jan. 2024.

Oliveira, Fabiane Araújo de; Lanzillo, Anderson Souza da Silva. ESTADO, NOVAS TECNOLOGIAS E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, [s. l], v. 7, n. 1, p. 92-107, jan. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/7901>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Reino Unido. Competition and Marketing Authority. Hidden ads: Being clear with your audience.

Londres, 3 Nov. 2022b. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/social-media-endorsements-guide-for-influencers/social-media-endorsements-being-transparent-with-your-followers#more-information>. Acesso: 15 dez. 2023.

Reino Unido. Competition and Marketing Authority. Hidden ads: Principles for social media platforms. Londres, 3 Nov. 2022a. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/compliance-principles-for-social-media-platforms/hidden-ads-principles-for-social-media-platforms>. Acesso: 26 dez. 2023.

Reino Unido. Competition and Marketing Authority. Social Media Endorsements: The CMA is investigating the disclosure of paid for endorsements on social media platforms. Londres, 26 out. 2023.

Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/social-media-endorsements>. Acesso: 26 dez. 2023.

Santos, Fabíola Meira de Almeida. O marketing digital e a defesa do consumidor. Monografia [mestrado] São Paulo: PUC-SP, 2009. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp090477.pdf>. Acesso: 8 jan. 2024.

Schorchit, Fernanda Dias. O PAPEL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NO MARKETING DAS EMPRESAS DE COSMÉTICOS FEMININOS A PARTIR DO INSTAGRAM: o impacto nas consumidoras. 2021. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Administração, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/16109/1/FDSchorchit.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2024.

Silva, Reinaldo de Oliveira; Cajado, Rode Maria dos Santos; Ferreira, Rafael Freire. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCER DIGITAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. Graduação em Movimento Ciências Jurídicas, [s. l], v. 1, n. 3, p. 44-60, maio 2023. Disponível em: <https://periodicos.unifc.edu.br/index.php/gdmdireito/article/view/598>. Acesso em: 05 jan. 2024.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS NOCIVOS DA PROTEÇÃO INTELECTUAL ATUAL DO SOFTWARE À CONCORRÊNCIA

BRIEF CONSIDERATIONS ON THE HARMFUL EFFECTS OF CURRENT SOFTWARE INTELLECTUAL PROTECTION ON COMPETITION

Lucas Atihe (USP, São Paulo)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é, por meio do método dedutivo, abordagem qualitativa e revisão bibliográfica, analisar a necessidade e função da aplicação das regras atinentes ao Direito Antitruste às transações de mercado que envolvem o software, tendo em vista que o regime de proteção intelectual aplicável ao software é *sui generis* e por vezes inadequado, tanto à natureza jurídica do software quanto ao bem estar social. Nesse contexto, deve-se destacar também a função econômica da propriedade intelectual, bem como seus efeitos perante o Estado, a Sociedade e os particulares, e sua interface com o Direito Concorrencial. Assim, a partir das características técnicas do software, dos preceitos econômicos, constitucionais e concorrências da propriedade intelectual, inclusive acerca da possibilidade de cumulação protetiva entre o software e outros institutos de propriedade intelectual, verificando as consequências da referida cumulação.

Palavras-chave: software; antitruste; concorrência; propriedade intelectual; patente; Direito de Autor; interface;

ABSTRACT

The objective of this work is, through the deductive method, qualitative approach and bibliographical review, to analyze the need and function of applying the rules relating to Antitrust Law to market transactions involving software, bearing in mind that the applicable intellectual protection regime to the software is *sui generis* and

sometimes inappropriate, both to the legal nature of the software and to social well-being. In this context, the economic function of intellectual property must also be highlighted, as well as its effects on the State, Society and individuals, and its interface with Competition Law. Thus, based on the technical characteristics of the software, the economic, constitutional precepts and competitions of intellectual property, including the possibility of protective cumulation between the software and other intellectual property institutes, verifying the consequences of said cumulation.

Key-words: software; antitrust; competition; intellectual property; patent; Copyright; interface;

SUMÁRIO

Introdução, 1. Aspectos gerais da proteção legal do software, 2.Interface Entre Concorrência e Propriedade Intelectual, 3. Livre Concorrência. Teoria da Diferenciação. Barreiras de Entrada e Abuso de Direito, 4. Interface Entre Software e Concorrência, Conclusão, Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Neste artigo, busca-se – sem qualquer pretensão de esgotar o tema - analisar os efeitos da forma de proteção atual do software, por meio da propriedade intelectual, no Direito Antitruste.

Inicialmente, serão analisadas premissas gerais sobre a proteção intelectual do software, partindo da sua natureza jurídica, para elencar os meios atuais concessão de direitos de “exclusivo” aos produtores/criadores de software.

Posteriormente, passa-se a aferição da função econômica da propriedade intelectual, justificada pela importância da inovação para o desenvolvimento econômico - com especial enfoque na teoria da destruição criativa de Shumpeter e na teoria da diferenciação, passando para os principais aspectos constitucionais, discutidos sob a égide do trinômio Estado, sociedade e particular, bem como

da necessidade de coibição de abusos para que sejam alcançados os objetivos constitucionais de desenvolvimento econômico e cultural – e sua muito debatida relação com o Direito Antitruste.

Por fim, serão sopesados os aspectos concorrenciais decorrentes da propriedade intelectual do software, examinando as barreiras de entrada neste mercado.

1. NATUREZA JURÍDICA DO SOFTWARE E ELEMENTOS TÉCNICOS DO SISTEMA DE COMPUTAÇÃO.

Frente à constante renovação tecnológica, em meio à sociedade da informação e a chamada “indústria 4.0”, o mercado deve se adaptar ao surgimento das novas tecnologias, nas quais o software desempenha papel fundamental. Em consequência, o direito não pode ficar alheio a estas mudanças, e deve se adequar à nova realidade fática apresentada, seja por meio da utilização de institutos e soluções jurídicas existentes, ou da criação de novas teorias e modalidades jurídicas.

O software constitui figura única em meio à propriedade intelectual. Regido por legislação própria (Lei 9.609/1998), tem suas omissões sanadas pela Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), todavia esta proteção dos direitos intelectuais do autor/criador não parece satisfazer por completo as necessidades sociais ou mesmo se adequar por completo à natureza jurídica do programa de computador.

Antes de encarar diretamente os principais aspectos da proteção intelectual do software, é necessário delimitar alguns conceitos que permeiam a informática (e que por vezes não contam uma definição jurídica precisa), tais quais os conceitos de sistema informático, software, e código-fonte, para que se compreenda melhor o objeto do contratual e suas peculiaridades.

Para que se tenha uma noção mais abrangente da função do software no sistema computacional (tanto no âmbito legal como técnico), é necessário entender o contexto em que ele se insere e sua função no sistema computacional ou sistema informático.

O computador é um item composto essencialmente de sua máquina, ou seja, do hardware, (estrutura corpórea, material) e do software, estrutura imaterial criada pelo ser humano que lhe dá vida, juntamente com outros acessórios que estabelecem tal conjunção, como, por exemplo, suportes magnéticos de programas de computador.

Conforme define Leonardo Macedo Poli: “o sistema informático, também definido como computador lato sensu, é o conjunto composto por uma parte física e uma parte intelectual”³⁸⁰. Como afirmado, a parte física, material, é denominada hardware, e a parte intelectual, imaterial, é denominada software; juntos, eles formam o sistema informático ou computador.

Manoel Joaquim Pereira dos Santos, ao elucidar os conceitos técnicos de software e hardware, componentes de um sistema computacional, assinala: “Do ponto de vista técnico, o termo hardware compreende os elementos físicos do sistema de computação, enquanto software, os elementos lógicos, dos quais o programa de computador é a parte central”.³⁸¹

Em outras palavras, portanto, ao passo que o hardware é o computador/smartphone enquanto máquina vazia, bem material, o software é o seu conteúdo, criação intelectual e imaterial, que os torna utilizáveis juntos, uma vez que o software precisa de uma forma física para se expressar (suporte magnético), e o hardware é nada mais que um produto industrial inanimado.

Cabe esclarecer que a expressão software compreende não só o programa de computador em si considerado, mas também

380 POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de Autor e Software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 8.

381 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A Proteção Autoral de Programas de Computador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 135

outros elementos auxiliares.³⁸² Como destaca Marcos Wachowicz³⁸³, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), ao fixar o conceito de software, dividiu-o em três componentes, quais sejam:

(i) Programa de computador: é conjunto lógico de instruções capaz de processar informações, realizar tarefas ou determinadas funções, após incorporação numa máquina apta a tornar legíveis estes dados, funções e tarefas;

(ii) Descrição do programa: documento escrito, expresso em palavras e/ou esquemas, apto a apresentar de forma completa e pormenorizada o conjunto lógico de instruções que compõe determinado programa de computador;

(iii) Material de apoio: qualquer material, complementar aos dois primeiros, que auxilie na compreensão ou aplicação do programa, como, por exemplo, instruções para os usuários de determinados programas.

Contudo, apesar das diferenças supracitadas, a expressão software vem sendo utilizada tanto pela doutrina como pela jurisprudência, de forma quase unânime, como sinônimo de programa de computador.

382 Não existe tradução literal na língua portuguesa para o termo *software*. Essa denominação compreende não só o programa de computador, mas também a metodologia de operação, a documentação auxiliar, o suporte magnético e, eventualmente, outros elementos relacionados ao programa de computador. A importância de delimitar um conceito legal de *software* está relacionada a estabelecer os limites e parâmetros de sua proteção; quais elementos que o compõem estão incluídos em sua proteção jurídica e quais não estão. Os documentos relativos ao *software* estão sujeitos à proteção, no que lhes couber, do direito autoral, na condição de obras literárias, mas não se equiparam ao regime conferido ao programa de computador. O mesmo ocorre, por exemplo, com as bases de dados, que, apesar de acompanharem o programa de computador, são figura digna de proteção autônoma. Já o suporte magnético equipara-se ao *hardware*, distanciando-se, assim, da noção estrita de programa de computador, posto que, enquanto o primeiro é considerado bem material, o segundo é considerado bem imaterial, oriundo da criatividade humana. Vide SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A Proteção Autoral de Programas de Computador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; e PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

383 WACHOWICZ, Marcos. O programa de computador e sua proteção no Brasil. **Jus Navigandi**, 2002a. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2530/o-programa-de-computador-e-sua-protecao-no-brasil>>. Acesso em: 20 junho 2018.

Por conseguinte, é necessário que se conceitue o software ou programa de computador, para que se tenha uma melhor noção do objeto estudado.

Arnoldo Wald conceitua software como “conjunto de programas e procedimentos que permitem o processamento de dados do computador e comandam para seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário”.³⁸⁴

Marcos Wachowicz define software levando em consideração seu caráter quase que literário, no sentido de corresponder à linguagem computacional, definindo-o como: “todo o escrito destinado a processamento de dados, compreendendo todo o conjunto de instruções para o citado fim (textos, manuais, codificações)”.³⁸⁵

Porém, surgem complicações quando se chega ao termo jurídico. Como os conceitos técnicos relacionados aos objetos informáticos e ao mundo digital geralmente mudam constantemente, em velocidade muito superior à da formulação de conceitos jurídicos a seu respeito, a tarefa de delinear conceitos jurídicos que sejam precisos, abrangentes e, ao mesmo tempo, de certa forma duráveis – já que o direito não muda na mesma velocidade – é muitas vezes ingrata.

A Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI)³⁸⁶ expõe em seu sítio as discussões acerca do regime jurídico aplicado ao software, resultando na ideia mais aceita atualmente de que o programa de computador em si considerado deveria ser objeto de proteção do direito autoral, enquanto as inovações relacionadas ao software estariam sujeitas à patente:

Nas décadas de 1970 e 1980, haviam extensivas discussões sobre se o sistema de patentes, o sistema

384 WALD, Arnoldo. **Da natureza jurídica do software**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 22, n. 87, jul./set., 1985. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181635>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

385 WACHOWICZ, op. cit. np.

386 WIPO. World International Property Organization. **Copyright Protection of Computer Software**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/activities/software.html>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

de direito do autor, ou um sistema *sui generis*, deveria proporcionar proteção ao software.

Tais discussões resultaram no princípio geralmente aceito de que o programa de computador deveria ser protegido pelo direito de autor, ao passo que equipamentos que utilizem programas de computador ou invenções relacionadas ao software deveriam ser protegidas por meio de patente.³⁸⁷

Na legislação estrangeira, a extensão do conceito de software também é tema de controvérsia. Os mais recentes decretos legislativos da Europa têm preferido não conferir ao software um conceito jurídico fechado, tendo em vista a frequente e frenética mudança nos meios tecnológicos.³⁸⁸

Os E.U.A. foram um dos países que, assim como o Brasil, não se omitiu ao conferir um conceito legal. O Computer Software Copyright Act 1980³⁸⁹, que define software como “*um conjunto de declarações ou instruções para ser usado, direta ou indiretamente, em um computador, em ordem de obter certo resultado*”³⁹⁰ do qual percebe-se, um conceito aberto, de ampla interpretação.

Manoel Joaquim Pereira dos Santos sintetiza a discussão ao subdividir em duas categorias os sistemas internacionais de proteção autoral do software, dessa forma “as legislações que simplesmente assimilam software às demais obras intelectuais e as legislações que, embora apliquem o direito autoral, introduziram regras específicas

387 Texto original em inglês: “*In the 1970s and 1980s, there were extensive discussions on whether the patent system, the copyright system, or a sui generis system, should provide protection for computer software. These discussions resulted in the generally accepted principle that computer programs should be protected by copyright, whereas apparatus using computer software or software-related inventions should be protected by patent*”.

388 PAESANI, 2014, p. 12

389 MOSSOF, Adam. **A brief history of software patents (and why they're valid)**. Center For The Protection Of Intellectual Property. 2013. Disponível em: <<http://cpip.gmu.edu/tag/computer-software-copyright-act-of-1980/>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

390 Em tradução livre do texto original em inglês: “[...] a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”.

para o software”.³⁹¹ Como se observa, o Brasil enquadra-se no segundo modelo, aplicando uma lei específica e, subsidiariamente, o Direito de Autor, seguindo o modelo francês.³⁹²

O legislador brasileiro, ao tratar do conceito de software, trouxe no art. 1º da Lei 9.609/1998, que dispõe sobre a tutela jurídica do programa de computador, a seguinte definição:

“Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

Vale destacar alguns elementos contidos no referido conceito legal. Ao afirmar que o software é a “expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada”, remete-se à função do software de, pela linguagem binária (0 e 1), comandar as funções da máquina, resultando em dados e informações.³⁹³

Manoel Joaquim Pereira dos Santos explica que o principal efeito dessa redação é a opção por esclarecer que a proteção do Direito de Autor ao programa de computador está restrita à forma de expressão

391 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A nova Lei do *Software*: aspectos controvertidos da proteção autoral, **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual**, n. 29, jul./ago. 1997, p. 21-28.

392 Sobre o tema, João Marcelo de Lima Assafim afirma que “(...) a natureza singular dos programas de computador – situados entre as criações abstratas e técnicas – ficou claramente demonstrado pelas dúvidas surgidas nos anos 1960, quando o Ordenamento europeu, entre os que então existiam, de um sistema de proteção jurídica para essas novas criações. E, apesar de ter sido escolhido por ampla maioria, o Direito de autor para proteger esses programas e não o Direito de Patentes, é inegável que as particularidades de sua essência forçaram, dentro do esquema tradicional do Direito de autor, a adoção de um regime sui generis. Da mesma maneira ocorre com o direito brasileiro”. ASSAFIM, 2005, p. 22

393 PINHEIRO, 2008, p. 167.

do conjunto de instruções que compõem o referido programa, e não simplesmente ao conjunto de instruções em si³⁹⁴.

Isso ocorre, pois, o conjunto de instruções, de forma isolada, é uma solução técnica, um método de operação e, portanto, mais próximo da tutela industrial do que autoral. Por sua vez, ao tratar da forma de expressão desse conjunto de expressão, o dispositivo legal supra remeteria mais ao sentido de linguagem computacional, daí a adoção de regime mais próximo ao do Direito de Autor.

Com efeito, a substância do software é intangível e se encontra representada em bem tangível (hardware), no qual pode exercer suas aplicabilidades, o que, como visto, não prejudica seu caráter de obra intelectual.

Liliana Minardi Paesani afirma que o programa de computador pode ser considerado bem imaterial, posto que preenche os seguintes requisitos: (i) é uma criação intelectual, derivando do pensamento criativo (podendo ser posteriormente classificado no direito de autor ou de propriedade intelectual); (ii) existe a possibilidade de reprodução (exploração econômica).³⁹⁵

Por conseguinte, sendo certo que o software deriva das criações da mente humana – tal qual invenções, símbolos, trabalhos artísticos e literários –, sua tutela deve ocorrer por meio da propriedade intelectual. Todavia, ele não se encaixa perfeitamente em nenhuma de suas subdivisões, o direito de autor e a propriedade industrial,³⁹⁶ constituindo figura *sui generis* no direito.

Com efeito, no que diz respeito à sua natureza jurídica, pode-se afirmar que o software constitui figura única em meio à propriedade intelectual, todavia, referida proteção não parece ser a mais adequada, tendo em vista que o software tem eminente função técnica, como nas criações reguladas pela Propriedade Industrial (tal qual as patentes

394 SANTOS, 2008, p. 140.

395 PAESANI, 2014, p. 11.

396 MOTTA, Carlos. **Princípios da Proteção Negocial e Jurídica para Empreendedores em Tecnologia**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). **Direito & Internet II: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 218-219.

de invenção, modelos de utilidade, e os sinais distintivos) ao invés de artística, como nas obras musicais, literárias e estéticas, reguladas pelo Direito de Autor³⁹⁷.

Essa dualidade permite ainda que haja dupla proteção intelectual, a depender de algumas características especificadas do software. A Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial), responsável por regular as patentes em geral, define como patenteável a invenção que preencha os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial (art. 8º).

Na época de sua constituição, o legislador excluiu o programa de computador da classificação como invenção ou, mesmo, modelo de utilidade, conforme expresso no art. 10, V, excluindo-o, portanto, do rol das criações patenteáveis por entender que, até então, sua proteção ocorreria pelo direito autoral.

Contudo, ressalva-se que o referido dispositivo só se aplica ao programa de computador em si considerado, mas é possível à patente de criações que combinem características de um novo processo ou produto com etapas de programa de computador, conforme afirma Manoel Joaquim Pereira dos Santos³⁹⁸:

No Brasil, sempre se distinguiu entre as chamadas “invenções de software”, ou seja, aquelas criações que combinam características de processo ou de produto com etapas de programa de computador e os programas de computador em si, expressamente

397 Carlos Alberto Bittar explica que o Direito de Autor “regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica, das obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e na ciência (BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25). Já a Propriedade Industrial caracteriza-se, nas palavras de João Marcelo de Lima Assafim pela: “busca de soluções materiais e práticas sobre problemas que se apresentam ao ser humano em sua relação com o ambiente físico e natural onde vive”. São tutelados pela propriedade industrial as patentes de invenção, os modelos de utilidade, as marcas, entre outros (ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 225.)

398 SANTOS, 1997, p. 75.

considerados pela Lei de Propriedade Industrial como insuscetíveis de serem enquadrados como invenção. Às invenções de *software* o INPI tem concedido diversas patentes desde 1982, na esteira do que ocorre no âmbito internacional, contanto que haja um efeito técnico novo.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Carlos Motta esclarece que a tarefa de patentear um software só logrará êxito quando este for necessário para que um aparelho ou máquina (hardware) funcione, a exemplo dos sistemas operacionais de aparelhos celulares (como o sistema Androide ou IOS – nos celulares da Apple).³⁹⁹

Assim, se observada a classificação dos tipos de software, somente os softwares básicos ou sistemas operacionais são passíveis de patenteamento pelo INPI, já que são invenções que acompanham um hardware, este sim, muito mais fácil de registrar.

Nessa perspectiva, Carlos Motta afirma que a proteção do INPI, por meio do oferecimento de patente ao software, não diz respeito ao programa de computador em todas as suas modalidades, de forma indistinta, mas somente aos programas “essenciais para o funcionamento do computador” – sistema operacional – enquanto, aos outros tipos de programas de computador (programas aplicativos), restaria a proteção ofertada pelo Direito de Autor.⁴⁰⁰

Destaca-se que a proteção autoral do software perdura por 50 anos⁴⁰¹. Assim, mesmo que eventual proteção patentária entre em domínio público após aproximadamente 20 anos, o cerne do software, ou seja, seu código-fonte – parte do programa cuja proteção intelectual é de fato almejada por seus criadores/produtores – restaria protegido por mais 30 anos. Referida proteção parece ir na contramão das mudanças socioeconômicas atuais, vez que diariamente surgem

399 MOTTA, 2008, p. 221.

400 *Idem. Ibidem*

401 Art. 2. § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

novos softwares (por vezes combinados inclusive a novos modelos de negócios), que tornam obsoletos os anteriores num período muito curto de tempo.

Outrossim, não resta dúvida de que a proteção intelectual do software, assim como a concessão de direitos de exclusivo, devem ser analisadas num espectro mais amplo, com base nos efeitos econômicos e concorrenciais da referida proteção concedida, sob pena de permitir eventuais abusos.

2. INTERFACE ENTRE CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Se outrora, os privilégios régios eram conferidos a poucos, para que obtivessem o monopólio de determinado produto, possibilitando sua exploração, hoje, com a eminente influência da sociedade de informação, não se pode mais limitar o entendimento da propriedade intelectual ao aspecto tradicional, privado.

Sobre a visão tradicional da propriedade intelectual, Paula Forgioni afirma:

“Tradicionalmente, a propriedade intelectual é encarada como uma ‘ilha de proteção’ do agente econômico contra a força concorrencial; uma espécie de recompensa por seu esforço de inovação, para incentivar o desenvolvimento de produtos e tecnologias”⁴⁰²

Assim, a função pública da propriedade intelectual, de incentivo ao desenvolvimento econômico, social e cultural, por meio da produção científica, artística e do surgimento de novas tecnologias, suplanta interesses meramente individuais dos agentes econômicos.

402 FORGIONI, Paula A. **Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: Da Mercancia ao Mercado, 2009.

Não é por isso que o interesse individual deve se esquecer. Pelo contrário, é necessário que sejam conferidos direitos individuais/privados sobre as criações, para que sua produção seja estimulada e quem a produz não dependa de outras atividades, podendo dedicar todo seu tempo e dinheiro a determinado ofício, compensando a sociedade com as criações que serão desenvolvidas.

Com efeito, a proteção por meio da propriedade intelectual confere o incentivo necessário para o aperfeiçoamento de tecnologias e ideias, tendo os inventores o direito de ser proprietários daquilo que criaram, com a possibilidade de se apropriar de seu valor social. Se esse incentivo econômico não for concedido, os agentes econômicos não terão a vontade e o empenho necessários para inovar, tendo em vista que os concorrentes fiar-se-iam em suas descobertas, vale dizer, seriam “caroneiros” (free-riders) de seu desempenho.

Leandro Saito afirma que⁴⁰³:

“O fundamento econômico básico da propriedade intelectual sempre se relacionou à necessidade de criação de incentivos para que alguém se disponha a criar um bem intelectual. (...) Porém, a questão que a tempos se coloca se relaciona à necessidade de limitação dessa proteção para que tal incentivo não extrapole seus fins, causando enorme prejuízo social.”

Ressalta-se que as inovações contêm informações – as quais são a base do conhecimento - e, devido a isso, enfrentam o mesmo problema dos bens públicos econômicos, vale dizer, tendem a ser não-rivais e não-excludentes. Em assim sendo, aqueles agentes econômicos que produzem inovações não terão incentivos para fazê-lo, uma vez que qualquer indivíduo possa valer-se das mesmas sem que haja, em contrapartida, a retribuição. Enquanto os custos de produção da inovação são, geralmente, elevados, a sua disseminação custa tanto

403 SAITO, Leandro. A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares. São Paulo: IBPI, 2012. P. 39

quanto o meio usado para a sua transferência. Ou seja, uma vez que a inovação foi produzida, o custo marginal para a produção de uma unidade a mais é irrisório (pelo menos se comparados aos custos fixos).

O exemplo do software (custoso para produzir) distribuído pela internet (barato para disseminar) ilustra bem a situação acima. Essa situação representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social daquilo que produzir. Com a proteção, via propriedade intelectual, atribui-se ao bem imaterial (de fácil acesso a todos) uma exclusividade, transformando-o em bem privado, do ponto de vista econômico.

Ludmila Somensi, em apurada análise da teoria de Schumpeter, que coloca a inovação como caráter essencial do regime capitalista, afirma o seguinte:⁴⁰⁴

O mercado é caracterizado por um processo cíclico, em que o desenvolvimento é resultado da introdução de uma inovação que movimenta as empresas de um estado estacionário. Segundo ele, a inovação promove uma “destruição criativa”, cujos ciclos que seguem são de imitação, difusão, equilíbrio momentâneo, seguidos de uma nova inovação, e assim por diante.

Basta observar o passado recente para perceber que, em meio à chamada sociedade de informação, com a frenética renovação tecnológica implementada atualmente, o surgimento de determinada tecnologia pode revolucionar o mercado de tal forma que gere a “destruição criativa” de empresas concorrentes. Os exemplos são vários. Pode-se citar o desaparecimento da Kodak pela não adaptação ao mercado das câmeras digitais, o desaparecimento da IBM, “engolida”

404 SOMENSI, Ludmila. O exercício abusivo da propriedade intelectual como infração à ordem econômica. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP), 2017. Pg. 29-31

pela Microsoft após decisões empresariais questionáveis na área da informática. Quem se lembra das fitas cassetes, quando até o DVD se tornou escasso com a popularização dos serviços de streaming.

Após referida inovação, os concorrentes passam a tentar imitar (e posteriormente melhorar) a inovação implementada. Após o sucesso na cópia, referida inovação se difunde no mercado, gerando, por fim, equilíbrio concorrencial, com a queda nos preços e maior acessibilidade por parte do consumidor. Mas isso só dura até o surgimento de outra inovação significativa, que inicia outro ciclo.

Dois momentos desse ciclo merecem destaque. O primeiro, é o período da tentativa de “imitação”, pois é onde incide a tutela da propriedade intelectual, o segundo é o do equilíbrio, ou a chamada “concorrência perfeita”.

Busca-se a proteção de propriedade intelectual justamente para evitar ou retardar a cópia da inovação tecnológica, garantindo que aquele que investiu na sua elaboração tenha, ao menos inicialmente, vantagem na sua exploração comercial para que seja vantajoso o investimento em novas inovações. Ou seja, não se trata de monopólio de mercado, ou privilégio, mas sim que a inovação não seja copiada durante determinado período. A doutrina majoritária utiliza o termo “exclusivo” para denominar o direito de exploração da inovação (embora esse termo também não seja completamente preciso, posto que esses direitos podem ser cedidos para produção da inovação por terceiro que tenha maior capacidade industrial, de distribuição, ou mesmo que seja formada um joint venture para exploração conjunta).

Quanto ao aspecto do equilíbrio momentâneo da concorrência, gerando, por um breve período a situação de “concorrência perfeita” – tão almejada pelos economistas, na qual as situações de competição são paritárias, levando a disputa concorrencial para guerra de preços e qualidades de produtos, favorecendo os consumidores -, Shumpeter afirma que dificilmente seria de rara ocorrência frente a uma inovação⁴⁰⁵:

405 SHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e a Democracia**, traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, fl. 134

“É dificilmente concebível a introdução, desde o início, de novos métodos de produção e novas mercadorias em condições de perfeita e imediata concorrência. Significa isso também que o que chamamos de progresso econômico é incompatível com a concorrência perfeita. Na verdade, a concorrência perfeita desaparece, e sempre desapareceu, em todos os casos em que surge qualquer inovação — automaticamente ou graças a medidas tomadas com esse fim — mesmo que existam todas as outras condições para ela.”

No entanto, a teoria da “destruição criativa”⁴⁰⁶ de Schumpeter, embora acurada, também deve ser vista com certa cautela. Paula Andrea Forgioni critica a aplicação, por vezes até com viés ideológico, da teoria schumpeteriana, asseverando que acabam ocorrendo abusos perante o mercado e a sociedade, por meio da exploração indevida e irrestrita dos direitos de exclusividade sobre bens imateriais oriundos da propriedade intelectual. A autora afirma que⁴⁰⁷:

Os abusos dos direitos de propriedade intelectual são vedados por nosso ordenamento jurídico, aplicando-se-lhe as disposições referentes à Lei Antitruste. Os direitos de que gozam os titulares dos exclusivos somente podem ser exercidos nos limites de sua função econômica e social, ou seja, como instrumentos concorrenciais, sob pena de configurar infração à ordem econômica.

406 Foi utilizado o termo destruição criativa pois, por vezes, o surgimento de determinada tecnologia permite a destruição completa de todos os concorrentes da empresa responsável por seu surgimento, tamanha a revolução em determinado setor, ocasionada por tal inovação. Todavia, essa temporária destruição da concorrência seria benéfica por possibilitar relevante progresso social.

407 FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 346.

Vale acrescentar, a própria Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial) comporta mecanismos para coibir abusos por parte dos detentores de direito de exclusividade sobre bens relacionados à propriedade industrial, como crimes contra a concorrência⁴⁰⁸, ou mesmo a licença compulsória, no caso das patentes – embora este último mecanismo tenha sido pouquíssimo utilizado na prática, talvez até pela condição nacional de país em desenvolvimento, que dificulta o enfrentamento de multinacionais de origem estrangeira e de grande influência no mercado internacional.

A título de exemplo, pode-se citar como atitude abusiva a não comercialização, ou a comercialização restrita, a preços elevadíssimos, de remédio cuja formulação química seja protegida por patente. Tal abuso do direito de patente configura clara ameaça à saúde pública, ensejando a licença compulsória e a aplicação da legislação antitruste.

O dilema aqui é encontrar o equilíbrio, um prazo ideal de proteção para determinada criação intelectual. Um tempo no qual o titular da propriedade intelectual, responsável por patrocinar a pesquisa, ou por realizar o trabalho artístico, consiga recuperar o investimento (de tempo, dinheiro ou de ambos) a ponto de auferir lucro com isso, fazendo desta sua atividade principal, e sendo incentivado a continuar a produzir, mas que não seja exagerado, para que a sociedade possa auferir com mais facilidade desse bem desenvolvido, após sua chegada ao conhecimento comum, ampliando o espectro da concorrência.

A proteção por tempo excessivo poderia gerar enriquecimento desmotivado, excessivo, a determinada empresa, decorrente de um direito de exclusivo que pode fazer custar não só à concorrência, mas a toda sociedade, que será privada dessa inovação (nota-se esse prejuízo, em especial, no ramo da saúde, com o desenvolvimento de

408 A autora destaca que os mecanismos para evitar a concorrência desleal previstos na LPI são relacionados ao interesse particular do detentor dos direitos de propriedade intelectual, enquanto a aplicação da Lei Antitruste só ocorre quando o bem jurídico tutelado é o interesse público sobre determinado bem, logo, é mais gravoso. Em outras palavras, não se confundem concorrência desleal e antitruste, são, outrossim, complementares.

medicamentos), ou mesmo da chance desenvolvimento cultural, por meio do acesso à informação ou à arte.

A função social da propriedade, especialmente no campo dos direitos de intelectuais, advém da moderna concepção do direito e, mormente, da empresa, em que as sociedades ou companhias são instituições dotadas de responsabilidades e deveres no seio da comunidade em que se inserem.

Desta foram, no equilíbrio entre interesse público e interesse privado, encontramos, a justificativa da temporariedade do direito de exclusividade, cuja razão é o equacionamento entre os interesses do inventor, merecedor de prêmio por seu desforço criativo, e o da coletividade, que deve ter acesso ao conhecimento.

Assim, proteção em excesso também pode ser danosa à sociedade, como assevera Paula Andrea Forgioni⁴⁰⁹:

“De uma parte, a garantia à propriedade intelectual estimula o desenvolvimento tecnológico, de outra, porém, é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade. Tudo está em acertar o tênue equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano e o estímulo à evolução cultural e industrial do país”

Uma breve análise do art. 170 da Constituição Federal e seus incisos, nos permite concluir de plano o caráter dúplice da ordem econômica constitucional, qual seja, de que deve haver livre iniciativa econômica (privilegiando a empresa e o desenvolvimento), desde que respeitados preceitos básicos relacionados à evolução sócio cultural (valorização do trabalho humano, existência digna, função social da propriedade, direito do consumidor, etc.)

409 FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 340.

Mas essa duplicidade também pode ser notada em diversos outros dispositivos constitucionais, no que diz respeito à relação entre estado, particular e sociedade na propriedade intelectual.

A propriedade intelectual está prevista no art. 5º: o inciso XXVII, determina “que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; por sua vez, o inciso XXIX confere “aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Observa-se a preocupação com a utilização da propriedade intelectual com meio de alcance ao desenvolvimento econômico/cultural na parte final do art. 5º, XXIX, e nos artigos 218 e 219 da CF/1988, que determinam, respectivamente, as seguintes diretrizes a serem seguidas: “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”; e, precipuamente, “incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”

Desta forma, a propriedade intelectual tem a importante função pública de incentivo à criação de novas tecnologias, ao progresso científico, e à criação artística. A sua visão exclusivamente privatista, como mero meio de garantir a exclusividade de exploração, proporcionando uma breve vantagem ao titular de direitos intelectuais sobre seus concorrentes diretos, é ultrapassada. A função privada da propriedade intelectual, quando muito distante da sua função social de desenvolvimento sociocultural, frequentemente leva a situações de abuso de direito na sua exploração.

Outrossim, o pilar da liberdade de iniciativa econômica, importante diretriz tanto da propriedade intelectual quanto da ordem econômica constitucional, não possui função exclusivamente privada,

mas também função pública relevante, especialmente no tocante ao desenvolvimento e à concorrência.

Cumprе destacar a posição de Eros Roberto Grau⁴¹⁰ sobre o princípio da liberdade de iniciativa econômica que, de forma didática, divide-o em liberdade privada e liberdade pública. Subdivide-se a liberdade privada na: (i) faculdade de conquistar a clientela, dentro do espectro da concorrência leal (liberdade de concorrência); (ii) proibição de formas de atuação comercial que ensejariam a detenção dos mecanismos de concorrência (ex. cartel, monopólio, etc – liberdade de concorrência). Por sua vez, subdivide-se a liberdade pública na (i) faculdade de explorar e criar atividade econômica privada (direito de empreender - liberdade de comércio e indústria – não ingerência do Estado na economia); (ii) não sujeição a restrições estatais, a não ser aquelas vedadas pela lei (liberdade de comércio e indústria); (iii) igualdade de condições de concorrência, por meio da neutralidade estatal (liberdade de concorrência).

Como observado anteriormente, a propriedade intelectual está virtualmente ligada à ideia de desenvolvimento. Todavia, salienta-se que desenvolvimento não está limitado ao desenvolvimento econômico. Eros Roberto Grau aponta que além de crescimento econômico, a ideia de desenvolvimento pressupõe um processo ativo de mudança social,

410 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 204-205: “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

a) Liberdade de comércio e indústria (não ingerência do estado no domínio econômico):

a.1. Faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;

a.2. Não sujeição de qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;

b) Liberdade de concorrência:

b.1. Faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;

b.2. Proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;

b.3. Neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.”

por meio do aumento do nível cultural e intelectual de determinada comunidade. O autor destaca a teoria de Shumpeter ao afirmar que, enquanto o crescimento é demonstrado por meros dados (em especial o aumento de população e aumento de riqueza), o desenvolvimento surge da inovação e da tecnologia, enquanto fenômenos econômicos qualitativamente novos, capazes de implicar em mudanças no meio de vida.⁴¹¹

Ao falar de desenvolvimento econômico no contexto da propriedade intelectual, é comum pensar, quase que imediatamente, em patentes, patentes de invenção (modelo de utilidade), cultivares, entre outros tantos tipos de inovações relacionadas a soluções práticas e palpáveis (como desenvolvimento de novo medicamento ou máquinas capazes de acelerar sobremaneira o ritmo de produção de bens destinados ao bem estar do ser humano), componentes da propriedade industrial.

Contudo, não se pode olvidar da função do Direito de Autor nesse contexto. Isso porque além de tutelar as publicações científicas, (e com isso, o conhecimento), tutela-se a arte, no que toca à sensibilidade da pessoa humana. Assim, a proteção aos direitos individuais do autor erigida pela Lei 9.610/1998 – tanto no campo moral, quanto no patrimonial – incentiva a produção de obras literárias, musicais e audiovisuais, que enriquecem o nível intelectual e cultural da sociedade, contribuindo também com a ideia de desenvolvimento, nos parâmetros previamente sustentados.

Manuella Santos aponta ainda dois princípios intrínsecos à propriedade intelectual amparados pelo texto constitucional, quais sejam: (i) o princípio da inderrogabilidade do domínio público e; (ii) o princípio da especificidade das proteções⁴¹². Sobre o princípio da especificidade das proteções, a autora explana que a proteção atribuída a determinado direito de propriedade intelectual deverá se encaixar em um desenho constitucional adequado, visando o

411 GRAU, 2008. p. 217.

412 SANTOS, Manuella. Aspectos constitucionais da propriedade intelectual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 71/2010, Abr-Jun/2010. p. 178-202

ponderado equilíbrio dos interesses aplicáveis e, claro, respeitando a regra de não se apropriar do que está em domínio comum⁴¹³. Sobre a inderrogabilidade do domínio público, Denis Borges Barbosa expõe que ao entrar em domínio público, a criação passa a pertencer à sociedade como um todo – sendo dever de todos mantê-la assim, impedindo a apropriação individual –, e que tal ato é “incondicional, universal e definitivo”, diferenciando-se, portanto, do abandono de obra (*res nullius* ou *res derelicta*), que pode ser apropriada por qualquer indivíduo.⁴¹⁴

Assume-se, portanto, que ao cair em domínio público, determinado bem passará a estar disponível de forma permanente, cumprindo de vez a função para a qual foi criado, de pertencer à sociedade. Como bem assinalado por Denis Barbosa, não se trata de estar livre para ser apropriado por outrem de forma gratuita, mas de estar disponível para a coletividade. Até porque, bem imateriais não tem caráter esgotável.

Por sua vez, o princípio da especificidade das proteções tem a função, já descrita anteriormente, de tentar conferir um tempo de proteção adequado, de forma que o titular dos direitos intelectuais possa auferir lucro com a criação, remunerando-o por seus investimentos, e incentivando a continuidade da pesquisa ou da produção artística, sem que haja exagero no tempo de proteção a ponto de gerar concorrência desleal, monopólio de mercado, ou abuso de direito, limitando o acesso à informação (e bens de consumo oriundos dessa informação) de forma indevida. Decorrido o tempo de proteção, caso

413 SANTOS, 2010. p. 178-202. A autora explica: “Especificar significa explicar em detalhes, esmiuçar, tornar algo especial ou exclusivo, ou seja, dar o maior número de informações a fim de diferenciar ou identificar da melhor forma. No campo da propriedade intelectual esse princípio se expressa da seguinte maneira: cada direito de propriedade intelectual terá a proteção adequada a seu desenho constitucional e ao equilíbrio ponderado dos interesses aplicáveis, respeitando-se a regra de que só se pode apropriar o que não está no domínio comum.”

414 BARBOSA, Denis Borges. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. **Propriedade intelectual - criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

não haja possibilidade de renovação do referido período, a criação cai em domínio público.

Portanto, quando se fala em tempo de proteção da propriedade intelectual, são vários os interesses em jogo, sejam estatais, sociais ou financeiros. Quanto maior o tempo de proteção, melhor para o particular, que poderá explorar por mais tempo os direitos intelectuais. Por sua vez, o menor tempo de proteção favorece a sociedade e, a princípio, o Estado, com a entrada em domínio público da criação/informação tutelada.⁴¹⁵

Todavia, essa proteção deve ser o mais específica possível, para que essa relação entre o bem intelectual a ser explorado e tempo de proteção seja equilibrada. Isso ocorre pois existe a possibilidade de conferir mais de um tipo de proteção a determinados bens. Destaca-se, por exemplo, o modelo de utilidade (proteção máxima de 10 anos) que também pode vir a ser protegido por desenho industrial (proteção máxima de 15 anos), ou o desenho industrial dotado de forte caráter artístico (obra de arte aplicada), que pode vir a ser tutelado pelo Direito de autor (proteção de 70 anos após o falecimento do autor), ou mesmo tornar-se uma marca tridimensional, sem falar no *software* que por vezes é patenteado de forma “embarcada”, enquanto faz parte de um

415 Neste sentido, afirma Balmes Vega Garcia: “Quanto ao esgotamento ou exaustão de direitos intelectuais para as citadas criações intelectuais industriais/técnicas configuram-se duas situações, a saber: uma para o mercado interno e outra para o mercado externo. Entenda-se, preliminarmente, que tal figura atua em favor da sociedade, enquanto acesso aos produtos em causa, tendo em conta que apenas com a expiração do prazo de vigência dos direitos patrimoniais da Patente (art. 40, LPI) e a correspondente extinção da patente (art. 78, LPI), com seu objeto ingressando no domínio público, nos termos do par. único do art. 78, LPI, ter-se-á a instalação da concorrência plena. Com os produtos em causa sendo oferecidos a preços mais competitivos e acessíveis à população, tendo em conta a manufatura destes a preços mais módicos, por conta do fato que os agentes econômicos poderão reproduzir a invenção, com plena liberdade, sem peias, explorando-a economicamente, sem necessitar amortizar os custos das pesquisas, pois pesquisas não foram feitas nesse passo, apenas cópias, e sem demandar a autorização da titular que patenteou o produto originariamente.” GARCIA, Balmes Vega. Propriedade industrial. In: JORGE, André Lemos et al (Org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Uninove, 2019. Disponível em: <https://s3.uninove.br/app/uploads/2016/06/09161359/1575926038-1575926038-livro-coletanea-da-atividade-negocial-09122019.pdf>. Acesso em: 10 out.2020.

produto patenteável. Daí a importância do princípio da especificidade protetiva.

No caso do *software*, em particular, o prazo de proteção de 50 anos a contar de sua criação parece não respeitar o referido equilíbrio entre o retorno do investimento do particular e o benefício social do domínio público sobre a tecnologia criada. Nas palavras de Heloísa Gomes Medeiros, ao proteger por tanto tempo (50 anos) bens jurídicos que entram em obsolescência em curtíssimo período, referida proteção tutelaria “verdadeiras peças de museu”.⁴¹⁶

Marcos Wachowicz destaca quatro argumentos que evidenciam a incongruência do prazo legal de 50 anos de proteção intelectual/autoral ao *software*⁴¹⁷:

(i) no mercado informático, as inovações tendem a se tornar obsoletas em menos de 2 anos, tornando ineficaz a proteção intelectual de 50 anos. Não faz sentido proteger algo obsoleto sob o fundamento de retorno do investimento do desenvolvedor dessa tecnologia;

(ii) é necessário encarar o sistema informático como um todo. Na medida em que são criados *softwares* mais complexos e elaborados, também é necessária inovação no meio dos *hardwares*, criando máquinas capazes de processar estes *softwares*. Contudo, a proteção intelectual da inovação no *hardware* será de no máximo 20 anos (por meio de patente de invenção), entrando em domínio público 30 anos antes do *software*;

(iii) o *firmware*, enquanto bem jurídico híbrido⁴¹⁸ (composto ao mesmo tempo por *hardware* e *software*), terá sua inovação protegida de forma díspare e dissociada. Uma só tecnologia, com uma só funcionalidade, terá proteção autoral e industrial que perdurarão por prazos bastante diferentes;

(iv) o aumento do prazo de proteção (era de 25 anos durante a vigência da lei 7.646/1987 – antiga lei de *software* – e aumentou para 50 anos na lei 9.609/1998) não teria justificativa senão para criação ou

⁴¹⁶ MEDEIROS, 2019, p. 185-186.

⁴¹⁷ WACHOWICZ, 2009, p. 164-165.

⁴¹⁸

manutenção de monopólios. Isto pois o planejamento dos investidores em pesquisa e desenvolvimento está relacionado ao prazo para obtenção de retorno (recuperar o valor investido e obter lucro), assim, é desarrazoado aumentar para 50 anos algo que foi projetado para trazer retorno em 25 anos.

O aumento do prazo legal de proteção no Brasil, descrito neste último argumento, se deve ao plano internacional. O prazo de proteção aos programas de computador fixado no art. 12 do Acordo TRIPS foi de 50 anos, e o referido acordo foi ratificado no Brasil em 1994⁴¹⁹. Assim, a Lei 9.609/1998 alterou o prazo da lei anterior para se adaptar ao referido acordo.

A Diretiva Europeia 91/250/CEE (1991) – que reforçava a equiparação da proteção do *software* à das obras literárias na forma da Convenção de Berna – previa, no seu art. 8º⁴²⁰, o elevadíssimo prazo de proteção autoral de 50 anos após a morte do último autor (e não da criação da obra). Isso foi corrigido na Diretiva 2009/24/CE, que revoga o referido artigo e deixa a cargo das legislações nacionais estabelecer o prazo de proteção do programa de computador. Manoel Joaquim Pereira dos Santos explica que a intenção da Diretiva anterior era de utilizar o prazo de 70 após a morte do autor, para torná-lo padrão. Ao final optaram por reduzi-lo a “apenas” 50 anos – prazo que, ainda assim, só seria justificável pensando-se na equiparação à proteção autoral.⁴²¹

419 Vide item 1.3 (tratados e legislações internacionais: premissas básicas).

420 Artigo 8º Duração da protecção. “1. A protecção será concedida durante a vida do autor e por um período de cinquenta anos após a sua morte ou após a morte do último autor vivo; se o programa de computador for uma obra anónima ou sob pseudónimo ou se a legislação nacional considerar que o seu autor é uma pessoa colectiva, nos termos do nº 1 do artigo 2o, a protecção será concedida por um período de cinquenta anos a contar da data em que o programa de computador se tornar legitimamente acessível ao público. Presume-se que a protecção tem início no dia 1 de Janeiro do ano seguinte à ocorrência dos factos acima mencionados.

2. Os Estados-membros onde a duração da protecção é já superior à prevista no nº 1 poderão manter a duração actual, até uma harmonização mais geral por legislação comunitária, do período de protecção das obras sujeitas a direitos de autor.

421 SANTOS, 2008, p. 129.

De fato, mesmo o prazo atual da Lei 9.609/1998, - bem menor do que o prazo previsto na antiga diretiva europeia -, é mais longo que o das proteções relativas às criações industriais (no máximo 20 anos). Isso ocorre em função da equiparação da expressão do *software* à obra literária, e foi inclusive um dos motivos do *lobby* estadunidense para escolha do regime das obras protegidas por direitos autorais⁴²².

Todavia, não leva em conta o caráter *sui generis* (ou, ao menos, da menor importância) do *software*. A inovação trazida (e talvez até mais relevante para o mercado) é aquela presente na função utilitária exercida pelo *software*. A expressão desta funcionalidade - o que se protege - somente descreve uma maneira de se atingir aquela funcionalidade. Ao que parece, a estipulação de prazo mais próximo ao das criações industriais para revelação dessa expressão seria mais adequada.

Ao falar desenvolvimento econômico/cultural no contexto da propriedade intelectual, é comum pensar, quase que imediatamente, em patentes (patentes de invenção ou modelo de utilidade), cultivares, entre outros tantos tipos de inovações relacionadas a soluções práticas e palpáveis (desenvolvimento de novo medicamento, máquinas capazes de acelerar sobremaneira o ritmo de produção de bens destinados aos bens estar do ser humano), componentes da propriedade industrial.

Assume-se, portanto, que ao cair em domínio público, determinado bem passará estar disponível de forma permanente ao, cumprindo de vez a função para o qual foi criado, de pertencer à sociedade. Como bem assinalado por Denis Barbosa, não se trata de estar livre para ser apropriado por outrem de forma gratuita, mas de estar disponível para coletividade. Até porque, bem imateriais não tem caráter esgotável.

Destaca-se, portanto, que apesar da sua natureza eminentemente privada, a propriedade intelectual possui também forte caráter

422 Vide item 1.2 e ASCENSÃO, 1997, p. 668.

publicísticos, de natureza estruturalista, gozando de forte afinidade com o Direito Concorrencial, como destaca Calixto Salomão Filho⁴²³:

“O direito industrial é, ao contrário, um campo no qual os princípios concorrenciais tem particular aplicação. Ocorre que esses princípios são publicísticos, isto é, tendentes à proteção da difusão do conhecimento e não à proteção privada de concorrentes. Mais do que isso. Esses princípios impõem uma visão estruturalista do processo econômico, em que monopólios são a exceção e não a regra. E mais, quando admitimos, como no caso das patentes, devem sê-lo se e somente se houver garantias de acesso de concorrentes e usuários (consumidores). Interpretado com base nesses princípios, o direito industrial não apenas ganha novas hipóteses legais de incidência, como passa a ter uma disciplina muito mais abrangente e rígida a um só tempo.” (...) “Visto como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de um determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham uma distinta conotação concorrencial, no sentido estruturalista e publicístico acima identificado. Passam a ser formas de proteção da instituição “concorrência” e do acesso ao conhecimento e informação por parte dos consumidores.”

Ainda sobre a não oponibilidade entre o Direito Industrial e o Direito Antitruste, Nuno Pires de Carvalho pondera que⁴²⁴:

423 SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 151.

424 CARVALHO, Nuno Pires de. A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência. Revista dos Tribunais, vol. 968/2016, Jun/2016, p. 255 – 287.

A propriedade intelectual é expressão da liberdade econômica. Por isso não deveria ser surpresa que ela, quando corretamente estabelecida, protegida e utilizada, seja a essência das economias competitivas. A diferenciação é o alimento e a expressão da liberdade individual do ser humano. E é a propriedade intelectual que garante a expressão comercial dessa liberdade. Não há, portanto, um conflito inerente entre a propriedade intelectual e a livre-concorrência. Pelo contrário: esta não existe sem aquela.

Não restam dúvidas, portanto, que as regras do Direito Antitruste são importantes instrumentos para que se possa evitar abusos dos agentes econômicos, a partir de uma premissa legítima e legal – concessão de direitos intelectuais sobre determinados produtos –, e possa dar efetividade à função primária da propriedade intelectual.

Como lembra Leandro Saito, tanto os direitos intelectuais como o direito concorrencial objetivam, em último caso, a promoção do bem-estar social. Por conseguinte, ainda que a exclusividade conferida pelos direitos intelectuais limite a concorrência em um primeiro momento (quando se pensa em concorrência estática), a longo prazo esta deverá fomentá-la, sob a perspectiva da concorrência dinâmica.⁴²⁵

3. LIVRE CONCORRÊNCIA, TEORIA DA DIFERENCIAÇÃO, BARREIRAS DE ENTRADA NO MERCADO E ABUSO DO DIREITO.

Nas lições sobre o espírito capitalista, Ripert assinala que, na modernidade capitalista, não se encontra o referido apego/afetividade pelos bens adquiridos. A agitação da vida moderna não lho permite. Basta ao homem médio moderno que saiba que poderá, devido à sua riqueza, adquirir o que desejar mediante pagamento. Ripert afirma

425 SAITO, 2012. P. 125/127

que “a riqueza é poder mais que gozo”⁴²⁶. Com efeito, nota-se uma inversão na relação entre riqueza e poder. Enquanto antigamente podia-se dizer que quem exercia o poder era rico, agora quem é rico é que exerce o poder.

Trata-se de uma sociedade de informações, de fluidez – seja de ideias, de acesso ao conhecimento, ou de acesso à tecnologia. O ter relacionado a propriedade material, já não é tão importante se colocado à frente da situação em que a pessoa (física ou jurídica) se insere. Por sua vez, a titularidade da propriedade intelectual sobre um bem pode conferir grande poder de mercado ao seu detentor.

Nesse contexto, é aspecto essencial para se destacar em meio à concorrência, a diferenciação do produto/serviço. Numa situação de concorrência perfeita, as pessoas diferenciariam os seus produtos por meio dos preços, do tempo de entrega, da localização das lojas, ou por meio da conquista da lealdade do consumidor. Outros, poderiam utilizar-se de instrumentos de propriedade intelectual, como melhoramentos técnicos, ou design mais agradável. Essa segunda possibilidade (melhoramentos técnicos e visuais), vem se mostrando significativas, a ponto de relativizar a busca por um menor preço – isso possibilite o surgimento da chamada “concorrência monopolística”.

Nuno Pires de Carvalho explica que a denominação “concorrência monopolística”, atribuída por Chamberlin, descreve o fenômeno de poder de impor preços mais elevados (até determinado limite), em função de diferenciações implementadas no produto, que “prendem” (*locked-in*) os consumidores por conta de suas preferências pessoais sobre o produto. No exemplo utilizado pelo autor, novos smartphones da Apple ou Samsung (hoje, pode-se incluir a Xiaomi) não desempenham necessariamente as mesmas funções (entre si ou em relação aos seus concorrentes), e podem ser lançados no mercado com preço acima do praticado por outras fabricantes de *smartphones*,

426 RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos do capitalismo moderno. Tradução Gilda G. Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. P. 342.

sem que percam mercado, em função da fidelidade dos consumidores em função da diferenciação.⁴²⁷

O autor ainda complementa que a diferenciação está presente (muitas vezes como condição *sine qua non*) para a concessão de tutela protetiva por meio de algum dos institutos de propriedade intelectual, pois “Conceitos como novidade, atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade, confidencialidade - todos eles são, afinal, sinônimos de diferenciação”.⁴²⁸

427 CARVALHO, Nuno Pires de. **A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência.** Revista dos Tribunais, vol. 968/2016, Jun/2016, p. 255 – 287. Vale citar a explicação conferida pelo autor: “O objetivo dos empresários seria, claro, vender mais e ganhar mais - levando em conta que, em situação de concorrência, ao contrário do que ocorre no monopólio, para ganhar mais o vendedor tem que vender mais. Chamberlin sugeriu que, ao introduzirem diferenças nos produtos, os concorrentes conseguem adquirir certo poder de determinação dos preços - mas só até certo ponto, posto que se os aumentos de preços forem excessivos, os concorrentes serão motivados a procurar substitutos. Ora, a existência dessas diferenças elimina a homogeneidade dos produtos e faz com que eles não sejam completamente intercambiáveis. Afinal, os smartphones da Apple e da Samsung não desempenham necessariamente as mesmas operações. Na medida (maior ou menor, dependendo da quantidade e da qualidade das características diferenciadoras) em que os consumidores estão dispostos a pagar um preço extra para continuarem fiéis ao aparelho de sua preferência, os fabricantes podem fixar os preços sem se preocuparem com a reação dos concorrentes. Portanto, quando um novo modelo da Samsung ou da Apple chega ao mercado, os consumidores serão insensíveis ao preço, até certa medida. Eles estarão amarrados (*locked-in*) às suas preferências pessoais. Foi a esta capacidade (ainda que limitada) de impor preços com base na diferenciação que Chamberlin chamou de concorrência monopolística.”

428 Idem. Afirma o autor: “A função primordial da diferenciação está presente em todo o espectro da propriedade intelectual e dá consistência e coerência a todos os seus componentes. A prova disto está em que a capacidade diferenciadora é a condição *sine qua non* para a proteção jurídica dos vários elementos da propriedade intelectual. Conceitos como novidade, atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade, confidencialidade - todos eles são, afinal, sinônimos de diferenciação. É nova a invenção que é diferente daquilo que existe no estado da técnica. Atende o requisito da atividade inventiva a invenção que é genuinamente, substancialmente diferente do que existe no estado da técnica. É original a obra que pode ser atribuída a um autor e que é diferente, por seu estilo, às obras dos outros autores. É distintiva a marca que diferencia produtos e serviços. É confidencial a informação que alguém possui e que é diferente daquilo que os outros sabem. Todos os requisitos substantivos que os ativos intangíveis têm que obedecer para poderem ser tratados como objetos da propriedade intelectual giram em torno das diferenças. Em sentido contrário, é também expressão da função diferenciadora da propriedade intelectual a repressão de práticas que constituem ou causam confusão, imitação, plágio, engano ou prejuízo à reputação dos concorrentes.”

Destacada a significativa vantagem concorrencial ocasionada pela concessão de direitos de propriedade intelectual (especialmente no caso da propriedade industrial), fica claro que a concessão de direito industrial (o mesmo não ocorre no Direito de Autor, cujo registro não é ato constitutivo de direitos) é exceção, sendo o acesso irrestrito do público a informações.

Isso porque os direitos intelectuais não podem ser protegidos de acordo com a aplicação do direito de propriedade; tampouco se aplica a eles a tragédia dos comuns, da teoria econômica tradicional. Isso ocorre pois a informação/conhecimento (objeto da tutela do direito intelectual) não é um bem escasso, não é esgotável.⁴²⁹

Calixto Salomão Filho destaca que a concessão da patente é exceção no sistema. O que justifica sua existência, enquanto exceção, e a torna efetivo estímulo à pesquisa e desenvolvimento em detrimento dos *free-riders*, é o requisito da atividade inventiva. O avanço tecnológico proporcionado pela atividade inventiva é o que impede que o direito de exclusivo se torne um meio de criação de monopólio.⁴³⁰

O autor aponta que não é mais cabível a doutrina tradicional do direito industrial, que apontava para a interpretação monopolística do direito de exclusividade de exploração decorrente da concessão de carta patente. Essa interpretação decorre da época em que havia somente os requisitos da novidade e da aplicação industrial, pois permitia aos *free-riders* a apropriação de descobertas, ou o registro de bens muito próximos aos já existentes no estado da técnica, prolongando sua proteção.

Após a adesão ao tratado de Estocolmo, em 1967, foi acrescentado o requisito da atividade inventiva. Referida adição parece singela, mas

429 SAITO, Leandro. A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de *softwares*. São Paulo: IBPI, 2012. p. 39.

430 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 130. Nas palavras do autor: “O requisito da atividade inventiva torna, portanto, a concessão da patente um verdadeiro estímulo ao investimento na pesquisa científica, impedindo a ação do *free-rider*. Evita, portanto, a exploração monopolista e anticoncorrencial do Direito Industrial. Assim, pode-se dizer que a patente não é a regra, e sim a exceção, que só se justificará caso relevante atividade inventiva tenha sido realizada.”

mudou substancialmente a interpretação dos direitos daquele que possui determinada patente e da relação da patente com a sociedade como um todo. Isso ocorre, pois, a inventividade torna necessário um salto maior em relação ao estado da técnica, uma inovação efetiva. Por isso não bastam os requisitos da novidade e da aplicação industrial. É necessário que haja um salto tecnológico, escapando à obviedade para os técnicos no assunto.

Todavia, a relação entre os direitos industriais e práticas antitruste sofreu sensíveis alterações nos últimos 30 anos, com a mudança da importância da informação no contexto econômico social. Anteriormente, notava-se situação conflitante entre direitos industriais e concorrenciais, conflito este resolvido em função do grau hierárquico superior (até então) da propriedade intelectual. Determinado sujeito de direito deveria ter conduta condizente com as diretrizes concorrenciais, a não ser que tivesse direito a algum exclusivo que permitisse proceder de forma diferente naquele ponto.⁴³¹

Isso ocorria enquanto a informação ocupava papel acessório/periférico na dinâmica do mercado. Este panorama mudou. Com a transição da informação para posição central do sistema econômico social surgem novos problemas, de maior complexidade, que tornam o modelo anterior insuficiente. Assim, propriedade intelectual e as práticas antitruste deixam de exercer situação de oposição, e passam a atuar de forma complementar, a ponto de justificar a atribuição de

431 GRAU-KUNTZ, Karin. **A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste**. Exposição apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 22.08.2011, disponível em <http://ibpibrasil.org/40693/64901.html>. Acesso em: 10 ago. 2020. A autora afirma que: “Tendo em conta a transformação do papel da informação na estrutura econômico-social nas últimas três décadas, é certo que também a estrutura da compreensão legal do processo de interação da propriedade intelectual com o direito antitruste sofreu transformações. Eu recorro neste momento que o direito é uma manifestação cultural e que ele vai se desenvolvendo naturalmente com as transformações sociais. Enquanto a informação ocupava uma posição acessória na estrutura econômico-social – eu me refiro aqui à sociedade industrial – entendia-se que os direitos exclusivos de propriedade intelectual estavam em uma relação de oposição ao direito antitruste. Entre eles haveria uma relação de conflito, que vinha bem expressa na frase “o legislador não pode tirar com uma mão, o que deu com a outra”, de forma que o princípio da liberdade de concorrência deveria ceder frente ao direito exclusivo.”

um direito de exclusivo justamente com base no seu poder de fomento à defesa da concorrência (desde que, logicamente, preenchidos os requisitos técnicos básicos para concessão do exclusivo, como atividade inventiva, novidade e aplicabilidade industrial no caso da patente, e assim por diante).⁴³²

Neste panorama, só haverá oposição entre direitos industriais e concorrenciais (em detrimento da sua relação de complementaridade) quando os direitos de exclusivo forem utilizados com abuso, extrapolando sua função econômico-social, e servindo preponderantemente para que seu titular se coloque em posição de poder/domínio de mercado em relação a seus concorrentes.⁴³³

Leandro Saito elenca, em síntese, quatro grupos de práticas abusivas perpetradas pelos detentores de direito de exclusividade intelectual sobre determinado bem: “(i) na aquisição de direitos; (ii) por meio de ação concertada entre titulares de direitos intelectuais; (iii) por meio de ação unilateral que extrapole os limites dos direitos; e (iv) relacionadas aos contratos de propriedade intelectual.”⁴³⁴

Como exemplos de práticas abusivas na aquisição de direitos de exclusividade, pode-se citar, por exemplo, o *patent leveraging*, com o emprego de patentes como forma de impedir a entrada de competidores no mercado ou, no mercado de *softwares*, os agentes econômicos em

432 GRAU-KUNTZ, 2011. Afirma a autora: “No momento em que a informação passa a se deslocar da posição acessória para o centro da estrutura econômico-social essa análise estática, calcada em uma relação de oposição entre os institutos jurídicos, deixa de ser suficiente para fazer frente à complexidade dos problemas que vão surgindo e, assim, passa a perder espaço para uma técnica de análise dinâmica, que se concentra nos efeitos do título exclusivo na estrutura de mercado. O direito de propriedade intelectual, por depender naturalmente do mercado, só poderá ser exercido em conformidade com as regras de preservação e com os fins políticos dos mercados. Esse pensamento vem bem expresso em uma frase de LEHMANN, que qualificou a propriedade intelectual como “limitações na concorrência voltadas a incentivar a concorrência”. As teses construídas a partir de uma noção hierárquica, que criam ver o direito de propriedade intelectual imune à aplicação do antitruste, são então definitivamente afastadas e a garantia do direito exclusivo de propriedade intelectual passa a ser justificada em razão de seu potencial instrumental concorrencial. A relação entre o direito de propriedade intelectual e o direito antitruste é compreendida como de complementaridade.”

433 SAITO, 2012, p. 128.

434 Idem. Ibidem., p. 134.

posição dominante podem usar referida exclusividade de exploração para impedirem terceiros de exercerem serviços subsidiários. Já a ação concertada entre agentes econômicos pode ocorrer por meio da restrição de acesso a certos bens, com intuito de impedir a competição justa. A ação unilateral abusiva do agente econômico ocorre quando se extrapola o limite da proteção intelectual a ponto de ocasionar desvirtuamento da finalidade protetiva destes direitos, como, por exemplo, quando o titular da patente se recusa a licenciá-la, ou quando realiza o licenciamento por um preço abusivo (inviabilizando seu uso).⁴³⁵

4. INTERFACE ENTRE O SOFTWARE E A CONCORRÊNCIA.

A interface entre *software* e concorrência se mostra ainda mais complexa do que a já polêmica relação entre Propriedade Industrial e Direito Antitruste. Isso porque, como afirmado, o *software* é figura *sui generis* no que tange à concessão de um direito de exclusivo que se adeque a sua natureza jurídica e a realidade mercadológica na qual este se insere.

Assim, nota-se que eventuais abusos de agentes econômicos ou o surgimento de situações que impliquem numa piora no bem estar do consumidor não decorrem somente de situações puramente concorrenciais, mas também da própria estrutura protetiva do *software*. Leandro Saito, em apurada análise das decisões proferidas pelos tribunais estadunidenses e pela Comissão Europeia, afirma que os problemas da tutela do *software* decorrem da sua estrutura protetiva. Enquanto vinculado ao direito autoral, o tempo da proteção é exageradamente extenso, dificultando o exercício da interoperabilidade (e, vale adicionar, aumentando a necessidade da prática da engenharia reversa).⁴³⁶

435 Idem. Ibidem, p. 134.

436 SAITO, 2012, p. 226-227. Afirma o autor: “Da análise das decisões proferidas tanto pela Comissão Europeia como pela Justiça norte-americana podemos concluir que mais do que um problema relacionado à interpretação de normas concorrenciais, a

Sobre a interoperabilidade entre programas (possibilidade de comunicação entre programas complementares), Manoel Joaquim Pereira dos Santos afirma que esta tem relação com a concorrência desleal, e consequentemente com a ordem pública, pois, por exemplo, “é imperativo que dois programas complementares ou um programa periférico e o computador se comuniquem”. O autor ainda acrescenta que programas de arquitetura aberta favorecem a concorrência e impedem o monopólio, na medida em que são plenamente interoperáveis.⁴³⁷

O exemplo mais claro da crítica ao sistema protetivo do *software* por seu efeito anticoncorrencial ou monopolista seria o da Microsoft, que exerce posição de dominância no setor dos sistemas operacionais. Como destacado anteriormente, praticamente todos os programas e aplicativos criados devem ser interoperáveis em relação ao sistema operacional Windows, da Microsoft. Para Leandro Saito, este fato resulta em duas importantes barreiras de entrada para novos competidores, quais sejam: (i) o efeito de rede; (ii) a estrutura da propriedade intelectual do *software*.⁴³⁸

O efeito de rede relaciona-se à interface entre programa e usuário (*look and feel*) e entre programas em si (interoperabilidade). Quanto mais pessoas usam determinado tipo de programa, maior efeito diferenciador, em função da tendência de fidelidade destes consumidores ao produto/serviço. A questão da propriedade intelectual relaciona-se com a interoperabilidade, pois o sistema de proteção decorre da atribuição de direitos autorais e sigilo sobre o código-fonte, e este é essencial para que se possa exercer a interoperabilidade, visto que sem acesso ao código-fonte, torna-se muito dificultoso

questão de fundo se relaciona à estrutura da proteção do *software* que, em vinculação jurídica à figura do direito autoral teve seu escopo muito ampliado e seu tempo de proteção inadequadamente estendido, criando problemas especialmente no que tange a interoperabilidade dos programas.”

437 SANTOS, 2008, p. 284.

438 SAITO, 2012, p. 14-15.

criar sistema operacional compatível com aquele predominante no mercado.⁴³⁹

Todavia, estes problemas concorrenciais ocasionados pela aplicação da proteção do Direito de Autor ao *software* não seriam resolvidos com uma simples mudança para o sistema de patentes. Como aponta Leandro Saito, a proteção patentária do *software* como regra (em detrimento do Direito de Autor) impediria o desenvolvimento de soluções informáticas de utilidade semelhante, pautadas em expressões literais distintas, o que geraria uma indesejada “exclusividade sobre a ideia (...), criando uma enorme barreira ao desenvolvimento de processos criativos novos e independentes.”⁴⁴⁰

Sobre as patentes de *software* no sistema estadunidense, James Bessem e Michael Meurer destacam que há grande chance de a descrição dos objetos patenteados serem muito abstratas⁴⁴¹, prejudicando a especificidade que deve permear a propriedade intelectual para que não haja lesão à concorrência:

439 SAITO, 2012, p. 14-15. Afirma o autor: “No entanto, há que se observar com cautela análises que se valem da concorrência Schumpeteriana como parâmetro absoluto. Os mercados de *software* possuem particularidades que criam complicações adicionais, como a problemática dos efeitos de rede e do efeito *lock-in*. As barreiras à entrada neste mercado são de duas ordens. Em primeiro lugar, temos os efeitos de rede, que fazem com que um sistema operacional seja mais valorizado à medida que mais pessoas o utilizem. Em segundo lugar a proteção da “propriedade intelectual” do *software* impede que os concorrentes tenham acesso a detalhes tanto do código-fonte como das *interfaces* necessárias para se realizar a interoperabilidade do sistema operacional. De modo que não permite aos concorrentes poderem adaptar o código-fonte de seus sistemas operacionais de forma a desenvolver um sistema compatível com os programas redigidos para a plataforma líder de mercado, ou seja, para o sistema operacional hegemônico. A Microsoft, tendo consciência destas barreiras, soube brilhantemente explorar seu controle sobre o mercado de sistemas operacionais, impedindo que qualquer concorrente pudesse por em xeque sua hegemonia. Não por outra razão, desde 1990 a empresa vem sendo submetida a inúmeras ações antitruste pela autoridade norte-americana e pela Comissão Europeia, tendo sido condenada a inúmeras imposições e sanções. No entanto, o que sobressaiu nestas decisões foi o fato de nenhum dos remédios propostos ter sido verdadeiramente eficaz. Possivelmente, a ineficácia destas sanções se deve ao não enfrentamento da questão central do caso: a atual estrutura de proteção do *software*.”

440 SAITO, 2012, p. 227.

441 BESSEN, James. MEURER, Michael J. **Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk** New Jersey: Princeton University Press, 2008. p. 187/188.

Apesar de nem todas as patentes de *software* conterem reivindicações abstratas, a tecnologia facilita a existência de reivindicações abstratas. Ademais, as decisões dos tribunais na década de 1990 enfraqueceram as doutrinas que restringiam a existência de reivindicações abstratas nas patentes de *software*, em particular. *Software* também parece ser a área com o maior número de patentes relativamente óbvias. Por estas razões, não é surpreendente que parte substancial dos litígios envolvendo patentes, envolvem patentes de *software*⁴⁴²

Os autores ainda apontam que a maior parte dos litígios envolvendo patente nos EUA são relacionados a patentes de *software*. Denis Borges Barbosa, contudo, ao analisar a obra de Bessem e Meurer, aponta que o problema mencionado pelos autores se relaciona com o sistema estadunidense de patentes, que concedeu referidas patentes com atitude casual e parcial, gerando patentes triviais e obscuras. Na opinião do autor, tal problema não ocorreria no Brasil, pois as patentes de *software* nacionais não deverão ser concedidas se não forem claras como as das áreas da mecânica ou da química, por exemplo. Com efeito, Barbosa aponta que “uma patente de *software* só será igual a uma patente de *hardware* que tenha igual funcionalidade se os rigores e as exigências desta sejam exatamente impostas àquelas, especialmente os rigores na construção das reivindicações”.⁴⁴³

De toda forma, nota-se que existem claros problemas no sistema de proteção intelectual do *software*, visto que além dos problemas enfrentados pelas patentes de produtos que contêm programas de computador embarcados, a proteção do *software* por meio da aplicação

442 Tradução livre do original: “Although not all software patents contain abstract claims, the technology facilitates abstract claiming. In addition, court decisions in the 1990s have undermined legal doctrines that restricted abstract claims in software patents in particular. Software also seems to be an area with large numbers of relatively obvious patents. For these reasons, it is not surprising that a substantial share of current patent litigation involves software patents.”

443 BARBOSA, 2010, p. 2002.

do regime autoral – que não raro conta com constantes dilatações do seu prazo de proteção, com a atualização de um mesmo programa de computador -, em conjunto, deram aos detentores do direito de exclusividade sobre o *software*.⁴⁴⁴

Considerando que, a princípio, não se encaminha uma mudança no sistema protetivo do *software*, e a criação de um novo sistema *sui generis*, mais adequada aos anseios sociais, se mostre uma tarefa homérica (tanto pela criação desse sistema em si, quanto pela falta de interesse dos agentes econômicos que atualmente detêm estes direitos), a aplicação efetiva das regras do Direito Antitruste às transações comerciais que envolvem o *software* é uma importante ferramenta para coibir abusos.

Nota-se forte caráter dualístico na propriedade intelectual: enquanto a liberdade – que é sua essência, enquanto liberdade econômica para criar, empreender e inovar -, somada ao direito “exclusivo”, temporariamente concedido, tem caráter primariamente privado, o acesso à informação, a necessidade de desenvolvimento econômico/cultural e a defesa da concorrência justa se fundam em bases constitucionais, de direito público.

No caso do *software*, a situação não é diferente. Todavia, existe o problema adicional da inadequação dos modelos de proteção intelectual aplicados ao *software* – o que, diga-se, não é um problema nacional, mas mundial – cuja natureza jurídica *sui generis* não permite que as estruturas do modelo patentário e/ou do modelo autoral se encaixem a ele de forma adequada.

Assim, embora não seja capaz de resolver inteiramente o problema, a efetiva aplicação das regras do direito concorrencial ao mercado de *software* demonstra ser ferramenta importante para sua regulação, de forma a coibir abusos e gerar bem estar social.

444 SAMUELSON, Pamela. *The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law*. UC Berkeley Public Law Research Paper n. 1.323.818. 2008, disponível em <<https://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyCVPDF.php?facID=346>>. Acesso em: 20 jun. 2019

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se forte caráter dualístico na propriedade intelectual: enquanto a liberdade – que é sua essência, enquanto liberdade econômica para criar, empreender e inovar –, somada ao direito “exclusivo”, temporariamente concedido, tem caráter primariamente privado, o acesso à informação, e a necessidade de desenvolvimento econômico/cultural, e a defesa da concorrência justa, se fundam em bases constitucionais, de direito público.

No caso do software, a situação não é diferente. Todavia, existe o problema adicional da inadequação dos modelos de proteção intelectual aplicados ao software – o que, diga-se, não é um problema nacional, mas mundial – cuja natureza jurídica *sui generis* não permite que as estruturas do modelo patentário e/ou do modelo autoral se encaixem a ele de forma adequada.

Assim, embora não seja capaz de resolver inteiramente o problema, a efetiva aplicação das regras do direito concorrencial ao mercado de software demonstra ser ferramenta importante para sua regulação, de forma a coibir abusos e gerar bem estar social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17-40.

----- In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. **Propriedade intelectual - criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BESSEN, James. MEURER, Michael J. **Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk** New Jersey: Princeton University Press, 2008

CARVALHO, Nuno Pires de. **A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência**. Revista dos Tribunais, vol. 968/2016, Jun/2016, p. 255 – 287.

CASTRO, Carla Frade. **Propriedade intelectual no CADE: a evolução para a afirmação de uma competência**. Revista do IBRAC, v. 23, p. 241.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8 ed. São Paulo: RT, 2015.

----- **A evolução no Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Balmes Vega. Propriedade industrial. In: JORGE, André Lemos et al (Org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Uninove, 2019. Disponível em: <<https://s3.uninove.br/app/>

uploads/2016/06/09161359/1575926038-1575926038-livro-coletanea-da-atividade-negocial-09122019.pdf>

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU-KUNTZ, Karin. **A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste**. Exposição apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 22 de agosto de 2011, disponível em: <http://ibpibrasil.org/40693/64901.html>,

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Software e direitos de propriedade intelectual**. Curitiba: GEDAI, 2019.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Tradução Gilda G. Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

SAITO, Leandro. **A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares**. São Paulo: IBPI, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

----- . **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

----- . **Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público**. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006

SAMUELSON, Pamela. ***The strange odyssey of software interfaces and intellectual property law***. UC Berkeley Public Law Research Paper n. 1.323.818. 2008, disponível em <https://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyCVPDF.php?facID=346>

SANTOS, Manuella. **Aspectos constitucionais da propriedade intelectual**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 71/2010, Abr-Jun/2010. p. 178 - 202

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**. 7 ed., Barueri: Manole, 2017.

SHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e a Democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SOMENSI, Ludmila. **O exercício abusivo da propriedade intelectual como infração à ordem econômica**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP), 2017.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da tecnologia da informação**. Curitiba: Juruá, 2009.

WALD, Arnoldo. **Da natureza jurídica do software**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 22, n. 87, jul./set., 1985. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181635>>.

CONSULTAS NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO (1994-2023): UM ESTUDO EMPÍRICO

Arthur Sadami (USP, São Paulo)

Julia Braga (UnB, Brasília)

Mateus Bernardes (USP, São Paulo)

RESUMO: O presente estudo visa à investigação do regime jurídico do instituto da consulta no direito concorrencial brasileiro, bem como à assimilação de como a mobilização desse mecanismo se portou ao longo de quase três décadas de sua existência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ao abranger tanto o regime da Lei nº 8.884/1994 quanto o da Lei nº 12.529/2011, esta pesquisa apresenta um panorama de como esse mecanismo foi empregado em diferentes contextos legais durante esse período. Este estudo igualmente explora as potencialidades e os desafios desse tipo de instrumento na tutela concorrencial brasileira, especialmente enquanto meio de aprimorar a comunicação entre regulados e regulador no controle sobre condutas e estruturas anticompetitivas, de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes econômicos em relação à regulação da concorrência no Brasil e de uniformizar precedentes estabelecidos pelo CADE. Ao fim, esta pesquisa busca contribuir para uma compreensão mais ampla do papel das consultas nesse cenário, considerando sua natureza regulatória singular, em contraste com outras ferramentas tradicionais disponíveis à autoridade de defesa da concorrência brasileira.

Palavras-chave: Regulação; Direito concorrencial; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Consultas; Estudo empírico.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO, 2.O REGIME JURÍDICO DA CONSULTA ENTRE A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011, 3.CONSULTAS E A PRÁTICA DO CADE: LEVANTAMENTO EMPÍRICO DOS CASOS ANALISADOS SOB A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011, 3.1.Metodologia, 3.2.Resultados, CONCLUSÕES, REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 15

1. INTRODUÇÃO

A regulação é um fenômeno de manifestação intrinsecamente *complexa*.⁴⁴⁵ O próprio conceito de “regulação” adquire uma ampla variedade de usos e aplicações, especialmente diante da diversidade de fenômenos genericamente incluídos sob esse rótulo.⁴⁴⁶ Contudo, para além de sua polissemia, a própria formatação institucional do Estado regulador contemporâneo⁴⁴⁷ evidencia outra dimensão da complexidade da governança econômica. Se, em um plano, a regulação se desenvolve calcada em propósitos diversos (e algumas vezes conflitantes), influenciando as estratégias de intervenção escolhidas para sua concretização,⁴⁴⁸ em outro, abordagens mais realistas a respeito desse fenômeno indicam sua natureza inerentemente descentralizada e policêntrica – isto é, marcada pela sua heterogeneidade, fragmentação, interdependência com outros sistemas e ausência de centros únicos de governança.

445 A respeito da ideia de complexidade em sistemas de governança, assumindo a interdependência e correlação de fatores e causas, conferir: BYRNE, David; CALLAGHAN, Gillian. **Complexity Theory and the Social Sciences**: The State of the Art. 2ª ed. Londres: Routledge, 2022.

446 Nesse sentido, é o levantamento empírico realizado por Chrtistel Koop e Martin Lodge, evidenciando o escopo vasto do termo “regulação”, além de uma relativa escassez de tentativas de definição direta e explícita na literatura: KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 11, n. 1, p. 95-108, 2015.

447 A respeito do surgimento desse modelo de governança estatal e de sua diversidade em realidades institucionais distintas, conferir: LEVI-FAUR, David. The Odyssey of the Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic Concept to a “Thick” and Polymorphic Concept. **Law & Policy**, Hoboken, v. 35, n. 1-2, p. 29-50, 2013; e BRAITHWAITE, John. The Regulatory State? In: GOODIN, Robert E. (Org.) **The Oxford Handbook of Political Science**. Oxford: Oxford University, 2011.

448 Um exemplo disso é a divisão tradicional de estratégias regulatórias por motivos de: (i) correção de falhas de mercado; e (ii) à garantia de direitos humanos ou de solidariedade social. Conferir: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**: Theory, Strategy, and Practice. Oxford: Oxford University, 2012, p. 15-24. Mesmo que uma interpretação mais abrangente dessas diferentes motivações assuma sua, em algum grau, sua confluência, em torno da ideia de interesse público, a coexistência de distintos objetivos a orientar a regulação se apresenta como um campo heterogêneo e, por vezes, conflituoso.

Essas diferentes dimensões de complexidade conduzem, invariavelmente, à diferenciação e expansão dos próprios mecanismos disponíveis a reguladores para a estruturação da governança econômica. Assim, cada vez menos a atividade regulatória se vê limitada por abordagens tradicionais de *command-and-control* em esquemas *top-down* entre Estado e agentes regulados, em benefício de estratégias regulatórias mais participativas, diversas e flexíveis.⁴⁴⁹

A regulação da concorrência, dentro desse contexto, é um exemplo dessa extensão para além dos seus campos de atuação mais tradicionais, como o controle de condutas anticompetitivas e de estruturas. O engajamento das autoridades de defesa da concorrência em atividades regulatórias menos usuais, visando a diversificação de seu rol de atividades, é uma realidade, na medida em aquilo que era historicamente considerado o propósito máximo da tutela concorrencial (bem-estar de consumidores) passa a ser questionado, englobando valores não-mercado, tais como desigualdade, proteção ambiental e política de emprego.⁴⁵⁰

Um exemplo clássico e até mesmo anterior a essa tendência de transformação da política concorrencial é a própria ideia de atividades de *advocacy* por autoridades de defesa da concorrência. Nesse contexto, uma autoridade concorrencial pode influenciar na formulação de políticas públicas que possam vir a comprometer o ambiente competitivo, contrariando o *lobby* de grupos de interesse ou mesmo abordagens estatais mais intrusivas por um governo de ocasião.⁴⁵¹ No

449 A compreensão desse tipo de ferramental regulatório foi especialmente desenvolvida por estudos acerca da ideia de *responsive regulation*, que são pautados não apenas no antagonismo de interesses entre regulador e regulado, mas também na possibilidade de sua cooperação. Conferir: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University, 1992.

450 Nesse sentido, conferir os comentários de Eleanor Fox a respeito dos impactos dessas transformações sobre possíveis reformas institucionais da política concorrencial estadunidense: FOX, Eleanor. The battle for reform of US antitrust law. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 11, n. 2, p. 179-184, 2023.

451 Conferir: BANCO MUNDIAL; ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **A Framework for the Design and Competition Law and Policy**. Nova York; Paris, 1998, p. 93-100.

Brasil, enquanto manifestação dessa tendência, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) assume a relevância de atividades de *advocacy* e, com frequência, emite documentos oficiais ou notas técnicas por meio de seus órgãos internos nesse sentido.⁴⁵²

Outro exemplo no caso brasileiro muito menos explorado de diversificação de seu ferramental regulatório são as realizações de consultas, previstas na legislação concorrencial nacional desde a Lei nº 8.884/1994, por agentes regulados. A consulta constitui um instrumento por meio do qual é facultado a esses atores requerer a emissão de opinião vinculante pelo CADE, diante de uma situação concreta, a respeito de interpretação legal atinente à sua competência, seja em sede de controle de condutas, seja em sede de controle de estruturas, nos termos do art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.529/2011.

Vale destacar, assim, que em teoria o instituto tem, ao menos, três funções centrais. Primeiro, a consulta possibilitaria um aprimoramento na comunicação entre regulados e regulador no controle sobre condutas e estruturas anticompetitivas, viabilizando um canal distinto para sua identificação e coibição. Segundo, o instrumento permitiria a diminuição da insegurança jurídica a agentes econômicos, relacionada à licitude de atos ou práticas que possam eventualmente ser considerados como anticompetitivos. Por fim, trata-se também de mecanismo de uniformização de precedentes a respeito de uma determinada matéria concorrencial.⁴⁵³

Apesar da aparente utilidade e singularidade desse mecanismo à tutela concorrencial brasileira, para o qual não há um equivalente exato em outras jurisdições,⁴⁵⁴ existe uma notável falta de estudos a seu

452 Conferir informações a respeito de tais documentos disponíveis em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/advocacy>>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

453 Conferir: SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 111-112; e FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 218-219.

454 Vale destacar que ainda que o Regulamento nº 1/2003 permita entre seus considerandos (38) a “orientação informal” a empresas em razão de “questões novas ou não resolvidas” atinentes à legislação concorrencial a nível europeu, tais orientações não consistem em posicionamentos vinculantes. De maneira similar,

respeito.⁴⁵⁵ Mais drástico ainda é a ausência de estudos que busquem compreender como de fato o CADE tem mobilizado esse mecanismo regulatório ao longo das décadas. A presente pesquisa, portanto, se destina à tentativa de suprir essa lacuna, propondo uma investigação desse instituto, compreendendo como ele foi efetivamente empregado durante em distintos marcos legais, bem como suas possibilidades e dificuldades dentro da tutela concorrencial brasileira.

Dessa forma, este estudo se dividirá em duas partes centrais, para além desta introdução e sua conclusão. Em sua primeira seção, busca-se compreender os principais aspectos do regime jurídico desse mecanismo dentro da legislação concorrencial nacional, sob o regime tanto da Lei nº 8.884/1994 quanto da Lei nº 12.529/2011. Em sequência, sua segunda seção apresenta um panorama do *enforcement* do CADE no endereçamento desse tipo de procedimento ao longo de quase três décadas.

2. O REGIME JURÍDICO DA CONSULTA ENTRE A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011

O primeiro registro institucional da consulta pode ser localizado à época dos debates do Projeto de Lei nº 3.712/1993, que daria origem à Lei nº 8.884/1994. Nessa ocasião, sustentou-se que, “na linha adotada pelas legislações antimonopolistas mais modernas, como a do Japão,

nos EUA há possibilidade de requerer *informal interpretations* não-vinculantes da Federal Trade Commission a respeito do Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001>>; <<https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-informal-interpretations/about-informal-interpretations>>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

455 A única exceção relevante consiste em dissertação de mestrado apresentada por Flavio Augusto Ferreira do Nascimento, que, no entanto, possui um escopo empírico mais limitado que o proposto por esta pesquisa. Conferir: NASCIMENTO, Flavio Augusto Ferreira. **A Importância do Procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a Efetividade das Normas de Defesa da Concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

deverá a lei antitruste brasileira regular [...] os mecanismos de consulta prévia sobre a legitimidade de atos e ajustes”.⁴⁵⁶

Com a promulgação da Lei nº 8.884/1994, ficou a cargo do plenário do CADE “responder a consultas sobre matéria de sua competência” (art. 7, inciso XVII) a respeito da “legalidade de atos ou ajustes que de qualquer forma possam caracterizar infração da ordem econômica” (art. 59). Pouco tempo depois, a própria redação do art. 59 foi revista pela Lei nº 9.069/1995, permitindo à autoridade de defesa da concorrência “responder a consultas sobre acordos que importem em concentração econômica”.

Em nível infralegal, também podem ser localizados desenvolvimentos relevantes do tema. Inicialmente, a Resolução CADE nº 10/1997, que estabeleceu o primeiro Regimento Interno do CADE, dispunha que os interessados poderiam apresentar consultas sobre “legitimidade de atos suscetíveis de acarretar restrições da concorrência ou concentração econômica” (art. 25). Tais submissões deveriam ser acompanhadas da “indicação precisa do seu objeto, bem como da tese do consulente devidamente fundamentada” (art. 26, inciso I), e da “comprovação do legítimo interesse no caso” (art. 26, inciso II).

O procedimento da consulta passaria ainda por revisões nas Resoluções CADE nº 18/1998 e nº 45/2007. A primeira dessas revisões estabeleceu um conjunto de regras específicas para disciplinar esse mecanismo, dentre as quais destacam-se: (i) a delimitação de seu escopo para práticas em tese ou em andamento (art. 3º) e atos e contratos em tese (art. 5º); e a declaração de que as decisões do CADE nesse tocante não possuíam caráter vinculante (art. 11). Por seu turno, a segunda dessas revisões resultou de uma reforma ampla

456 Conferir a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.712/1993 de relatoria do Deputado Fabio Feldmann. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=215260>>. Acesso em: 9 de set. de 2023. Destaca-se, contudo, que analisando-se o Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act nº 54/1947) japonês não foi possível localizar qualquer menção à referida disposição correspondente ao instituto da consulta.

do Regimento Interno do CADE, que voltava a englobar previsões específicas a respeito do procedimento de consulta, revogando a Resolução CADE nº 18/1998, ainda que não implicasse em mudanças significativas do texto infralegal anterior.

Diante das incertezas e preocupações envolvendo segurança jurídica e previsibilidade após a obtenção de resposta à eventual consulta, existia uma percepção geral de que durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 houve baixa utilização do instituto. À época da discussão do Projeto de Lei nº 3.937/2004 que visava alterar a legislação concorrencial nacional, foi, inclusive, pontuado que “instituto definitivamente não pegou”.⁴⁵⁷

Com a promulgação da Lei nº 12.529/2011 algumas modificações substantivas se foram operadas no tratamento desse mecanismo. Nesse sentido, o art. 9, § 4º, da referida lei estabelece expressamente que o CADE poderia responder consultas apenas sobre atos ou práticas “em andamento”. Em outras palavras, a legislação atual passou a não admitir mais a consulta sobre conduta em tese – como o fazia o antigo regime jurídico do instituto. Justamente aí também se estabeleceu o requisito legal de que as consultas, para serem admitidas, fossem “acompanhada[s] dos respectivos documentos” (art. 9, § 4º).⁴⁵⁸

457 E continua: “até porque as consultas submetidas tendem a ser sobre condutas em tese. Naturalmente, a avaliação de quaisquer condutas depende de uma série de particularidades das regras subjacentes as quais apenas serão conhecidas quando a conduta já estiver ocorrendo”. Conferir exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.937/2004, de relatoria do Deputado Ciro Gomes. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 9 de set. de 2023. Sobre o tema, Roberto Taufick pontua que “[a] experiência tem mostrado que a consulta é pouco explorada pelo administrado, dada a possibilidade de expor-se, inutilmente, à Administração. Pelo lado da Administração, predomina o sentimento de que o administrado não busca pela consulta senão argumentos para utilizar em juízo a fim de justificar operações ou práticas rejeitadas pelo CADE na análise *in concreto*” (TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 64-65).

458 Vale destacar que essa motivação havia sido, inclusive, ressaltada ao longo da exposição de motivos da Lei nº 12.529/2011: “definimos que o Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, de forma a evitar que o CADE tenha que dar pareceres em condutas ainda muito vagas, com pouco detalhe sobre seu *modus operandi*”. Conferir exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.937/2004, de relatoria do Deputado Ciro Gomes. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/>

Em nível infralegal, o procedimento da consulta também foi disciplinado pela Resolução CADE nº 12/2015, atualmente em vigor.⁴⁵⁹ Inicialmente, esse regramento permitiu a qualquer parte interessada a formulação de pedido de consulta, incluindo agentes diretamente envolvidos em seu objeto e entidades ou associações representativas do setor com interesse demonstrado no feito (art. 1º). Além disso, o escopo do procedimento também foi definido, limitando-se a questionamentos relacionados à interpretação da legislação ou regulamentação concorrencial (art. 2º, inciso I) e à licitude de atos, contratos, estratégias ou condutas já iniciadas (art. 2º, inciso II) ou já concebidas e planejadas (art. 2º, inciso III) pelas consulentes. O normativo também estabeleceu um rol extenso de requisitos e hipóteses de indeferimento de plano (arts. 3º e 4º). Por fim, foi delimitado prazo máximo de 120 dias para sua análise (art. 6º) e transformou sua natureza em vinculante, pelo período de cinco anos (arts. 8º e 9º).

Torna-se evidente que esse normativo representou uma grande modificação do regime anterior estabelecido Lei nº 8.884/1994. Perceba-se que não apenas foram adotadas diversas medidas para uma delimitação mais precisa do objeto, dos requisitos e de hipóteses de não conhecimento, como também a consulta foi transformada em vinculante. Ambas as medidas, ao fim, visavam a reverter o cenário

[proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404](#)>. Acesso em: 9 de set. de 2023. Sobre o tema, Roberto Taufick reconhece a importância de se restringir o escopo da consulta a práticas “em andamento”. Taufick aponta que havia um “receio de que [as consultas] servissem para isentar de punição determinadas práticas ilícitas” e explica que a utilidade da consulta se mantém quando restritas às práticas em andamento, uma vez que dela “se pode partir para a advocacia da concorrência, ou instaurar procedimento administrativo adequado para apuração de conduta anticompetitiva” (TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 63).

459 Para fins de completude, vale dizer que a taxa processual para a apresentação de consultas é prevista na Lei nº 12.529/2011. O artigo 23 estabelece o valor de R\$ 15.000,00 a ser pago “para os processos que têm como fato gerador a apresentação das consultas”.

anterior de baixa aderência do instituto, dentro dos esforços de maior comunicação na tutela concorrencial.⁴⁶⁰

Enquanto nota final, vale destacar que conforme alteração dada pela Lei nº 13.655/2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) também passou a determinar que a vinculação ampla para orientações gerais exaradas pela administração pública – situação na qual se enquadraria a consulta. Dessa forma, a revisão da esfera administrativa “quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época”, vedando-se “que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas” (art. 24).

3. CONSULTAS E A PRÁTICA DO CADE: LEVANTAMENTO EMPÍRICO DOS CASOS ANALISADOS SOB A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011

Tendo sido sumarizados os principais aspectos da disciplina da consulta entre os regimes jurídicos da Lei nº 8.884/1994 e da Lei nº 12.529/2011 acima, esta seção se destina a investigar como o CADE efetivamente mobilizou o instituto nesse ao longo desse período. Para tanto, realizou-se um levantamento empírico detalhado das consultas formuladas à autoridade de defesa da concorrência durante o período, com o objetivo de analisar a evolução do *enforcement* concorrencial ao longo do tempo. Os pressupostos metodológicos e resultados de tal estudo são apresentados abaixo.

460 Conferir: SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 112.

3.1 METODOLOGIA

Para o mapeamento das consultas analisadas pelo CADE sob a Lei nº 8.884/1994 e a Lei nº 12.529/2011, utilizou-se do sistema de pesquisa processual disponibilizados pela autoridade de defesa da concorrência,⁴⁶¹ sendo analisados todos os procedimentos categorizados como “Finalístico: Consulta”. Adicionalmente, a fim de exaurir eventuais casos não categorizados no sistema de pesquisa processual, o levantamento foi complementado pela revisão das atas das Sessões Ordinárias de Julgamento do CADE ao longo do período compreendido pela pesquisa.⁴⁶²

Com base no universo de casos e sua análise, foram igualmente criados parâmetros para sua segmentação, classificação e quantificação. Assim, as consultas mapeadas foram listadas a partir: (i) do número do procedimento; (ii) da data de registro; (iii) da publicação da decisão no Diário Oficial da União (DOU); (iv) da duração da análise, entre seu registro e a publicação de sua decisão; (v) do Conselheiro Relator; (vi) do fundamento legal sob o qual foram apresentadas; (vii) das consulentes que propuseram a consulta; (viii) do seu objeto específico; (ix) da matéria concorrencial a qual se referia a consulta; (x) do seu resultado, dividido entre análise de mérito e arquivamento por não conhecimento, por perda de objeto ou por desistência; e (xi) do teor da decisão.

3.2 RESULTADOS

A partir das premissas metodológicas acima, foram localizados 61 casos de consultas apresentadas ao CADE no período analisado,

461 Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

462 Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sessoes/sessoes%20de%20julgamento>>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

listados na *Tabela de Controle de Consultas*.⁴⁶³ Destaca-se que 27 consultas foram apresentadas e analisadas pelo CADE sob a Lei nº 8.884/1994, enquanto as 34 restantes ocorreram no regime da Lei nº 12.529/2011.⁴⁶⁴

De início, esses dados confirmam a percepção mencionada anteriormente sobre a baixa utilização desse mecanismo sob a Lei nº 8.884/1994. De fato, durante o regime anterior a frequência de utilização desse procedimento era de aproximadamente 1,5 consulta por ano. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, esse número praticamente dobrou, atingindo 2,8 consultas por ano – o que evidencia os impactos significativos que a transformação de seu arcabouço legal teve em sua utilização.⁴⁶⁵

A evolução do tempo médio de análise desse procedimento também parece confirmar a percepção de que sua baixa adesão se relacionava a dificuldades institucionais enfrentadas pelo próprio CADE. Se, sob a Lei nº 8.884/1994, as consultas apresentadas levavam em média 430,6 dias para obtenção de uma resposta da autoridade de defesa da concorrência, no regime da Lei nº 12.529/2011, essa espera foi drasticamente reduzida para 90,1 dias. Ainda, com a publicação da Resolução CADE nº 12/2015 observou-se mais uma redução, embora menos expressiva, para uma média de 87,6 dias – o que igualmente

463 Em razão do tamanho e da formatação da *Tabela de Controle de Consultas* em relação ao tamanho do próprio estudo, optou-se por sua disponibilização por via de sítio eletrônico específico, disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1VsYBXsi5kcB29ukq-pW8m1-g_YHVtvac/view?usp=drive_link>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

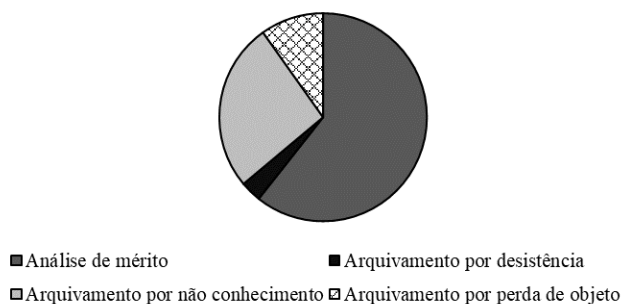
464 Importa destacar que foi localizado registro de dois procedimentos, cujos autos não se encontram disponíveis no sistema de pesquisa processual do CADE. Trata-se das Consultas nº 00700.001664/2009-57, de relatoria do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, e nº 08700.003164/2002-83, de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. Em qualquer cenário, entende-se que a ausência de sua análise específica não possui impactos materiais para as conclusões gerais obtidas por este estudo.

465 Vale destacar que tais mudanças se relacionam também a um contexto mais amplo da própria reforma trazida pela Lei nº 12.529/2011 nas diversas dimensões da tutela concorrencial no Brasil. Conferir: MATTOS, César. Um Pouco da História da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). *Evolução do Antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018; e BASILE, Julianio. Prefácio. In: BRASIL. CADE. **Defesa da concorrência no Brasil**: 50 anos. Brasília, 2013.

demonstra os efeitos do aperfeiçoamento institucional sobre esse mecanismo nos termos do art. 6º da Resolução CADE nº 12/2015.

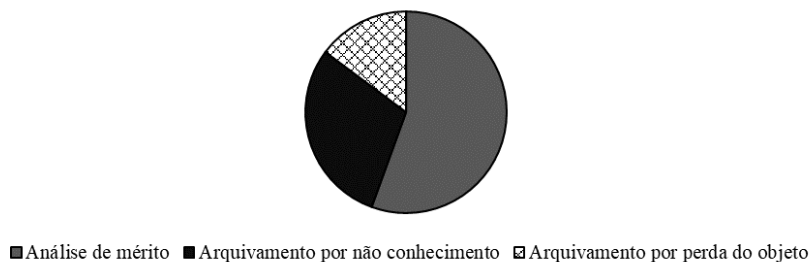
Ainda dentro desse contexto, os dados a respeito dos resultados das consultas apresentadas ao CADE são significativos. Tais dados são sintetizados pelos Gráfico 1 a 3 abaixo:

Gráfico 1. Consultas por resultado, Lei nº 8.884/1994 e Lei nº 12.529/2011



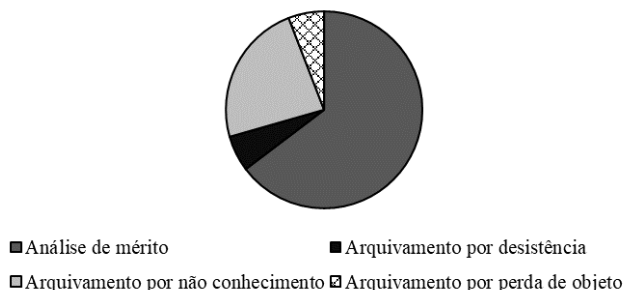
Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Gráfico 2. Consultas por resultado, Lei nº 8.884/1994



Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Gráfico 3. Consultas por resultado, Lei nº 12.529/2011

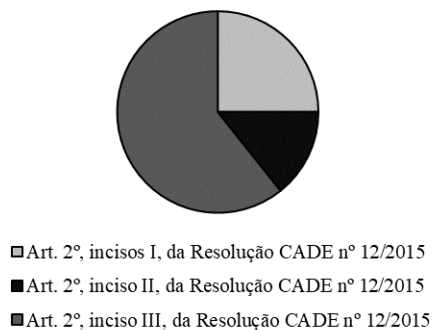


Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Percebe-se que, enquanto sob a Lei nº 8.884/1994 resultados pelo arquivamento das consultas representavam aproximadamente 44,4% (12 casos) do total, esse percentual caiu para 35,3% (12 casos) no regime da Lei nº 12.529/2011. Em larga medida isso se deve à própria restrição do objeto desse procedimento a atos e práticas em andamento (art. 9º, §4º da Lei nº 12.529/2011) e à delimitação posterior das matérias e requisitos para análise de consultas, nos termos da Resolução CADE nº 12/2015.

Vale destacar que após a Resolução CADE nº 12/2015 apenas uma minoria de 14,3% (4 casos) do total de consultas referia-se a atos ou práticas já iniciadas, enquanto a maioria substantiva de 85,7% dos procedimentos (24 casos) tinha objeto não implementado ou consistia em questionamento a respeito de interpretação legislativa. Isso tudo também evidencia como o novo regime foi efetivamente capaz de estabelecer um canal de comunicação institucional prévio entre regulador e regulados. Tais dados são sintetizados pelo Gráfico 4 abaixo:

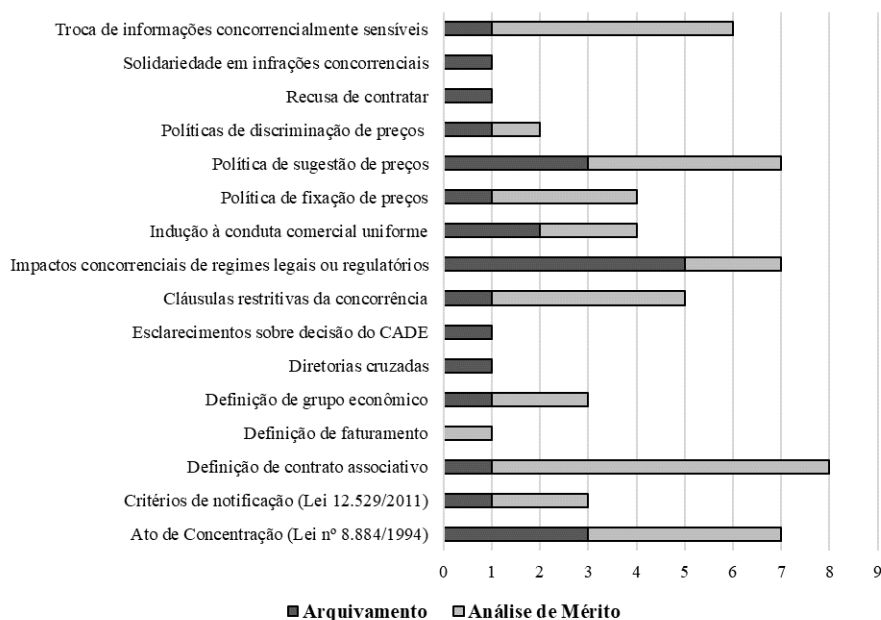
Gráfico 4. Consultas por inciso do Art. 2º da Resolução CADE nº 12/2015



Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

No que tange ao objeto das consultadas apresentadas ao CADE, a despeito de sua diversidade, foi também possível delinear alguns aspectos a respeito de seu perfil, conforme sintetizado pelo Gráfico 5 abaixo:

Gráfico 5. Consultas por matéria concorrencial,
Lei nº 8.884/1994 e Lei nº 12.529/2011



Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Ainda que 16 categorias distintas das matérias concorrenciais abordadas pelas condutas tenham sido identificadas a partir do levantamento empírico, é possível elencar temas de destaques dentro desses procedimentos. Assim, os temas que mais foram alvo de consultas ao CADE foram, respectivamente: (i) a definição pela autoridade de defesa da concorrência de “contrato associativo”, nos termos do art. 90, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011 (13,1% dos casos); (ii) a licitude de políticas de sugestão de preços elaboradas pelas consulentes (11,5% dos casos); (iii) a emissão de parecer a respeito de impactos concorrenciais de regimes legais ou regulatórios adotados para mercados, firmas ou produtos e serviços específicos (11,5% dos casos); (iv) operações potencialmente enquadráveis como atos de concentração nos termos da Lei nº 8.884/1994 (11,5% dos casos); e (v) a legalidade de compromissos ou cláusulas que implicavam na troca

de informações concorrencialmente sensíveis entre rivais (9,8% dos casos).

Note-se, contudo, que, isso não significa que o CADE tenha necessariamente entendido pela admissibilidade dessas consultas. Especialmente no que se refere a procedimentos relativos aos impactos concorrenciais de regimes legais ou regulatórios, em apenas duas situações o CADE procedeu com a análise de mérito do caso,⁴⁶⁶ enquanto, nas demais, não conheceu do caso e determinou o seu arquivamento.⁴⁶⁷

Em várias circunstâncias, é importante ressaltar que as consultas desempenharam um papel central obtendo do CADE orientações gerais, mesmo em face de situações concretas específicas. Isso se demonstrou especialmente relevante em casos tanto de omissões legais relacionados a aspectos da tutela concorrencial brasileira quanto em momentos de transição entre regimes jurídicos – seja da Lei nº 8.884/1944 para a Lei nº 12.529/2011, seja entre resoluções infralegais sobre matérias específicas.

Exemplo disso são as consultas acerca de operações potencialmente enquadráveis como atos de concentração nos termos da Lei nº 8.884/1994. Nessas situações, diante de um contexto de relativa incerteza em relação do controle de estruturas nesse regime jurídico, as consulentes eram capazes de obter parâmetros gerais mais abstratos de operações passíveis de *enforcement* concorrencial não apenas para objeto da consulta, mas também para casos futuros.⁴⁶⁸ Mesmo com a promulgação da Lei nº 12.529/2011, que em inúmeros aspectos reestruturou e aprimorou o sistema de controle de estruturas brasileiro, o instituto teve um papel relevante na obtenção posicionamentos claros e mais abstratos do CADE sobre aspectos ainda incertos do novo marco legal. Isso fica evidente em consultas

466 Conferir Consultas nº 0038/1999 e nº 08700.000577/2008-00.

467 Conferir Consultas nº 08700.002913/2004-17, nº 08700.001132/2006-77, nº 08700.002380/2006-35, nº 08700.001710/2012-13 e nº 08700.006520/2021-83.

468 Conferir Consultas nº 08000.016968/1994-31, nº 08012.004039/1998-74, nº 0047/1999, nº 0051/2000, nº 0075/2001, nº 0080/2001 e nº 08700.003674/2007-65.

relacionadas a critérios de notificação de atos de concentração econômica (3 casos) e a definições de grupo econômico (3 casos), faturamento (1 caso) e contratos associativo (8 casos).

Por fim, vale destacar que o instituto também desempenha papel relevante como um indicador de matérias que, a despeito da existência de precedentes do CADE, demandam muitas vezes regras específicas ou o aprimoramento das existentes. Em algumas situações, especialmente diante da natureza mutável de decisões e de sua limitação a casos específicos, a alta frequência de consultas sobre uma determinada temática pode atuar como um sinalizador de uma demanda por uma abordagem mais estável, ampla e abstrata.

Esse era o caso do próprio controle de concentrações sob a Lei nº 8.884/1994, representando uma situação que foi em grande medida solucionada com a mudança do regime jurídico pela Lei nº 12.529/2011. No entanto, a tradução mais clara desse tipo de situação encontrada a partir do levantamento empírico foram as consultas relativas à definição do conceito de “contrato associativo”. De fato, a pesquisa demonstrou que tais casos se apresentavam apenas se intercalavam com as mudanças trazidas sobre a temática pelas Resoluções CADE nº 10/2014 e nº 17/2016, mas também contribuíam para a criação e solidificação dos parâmetros estabelecidos por esses normativos para a configuração desse tipo de ato de concentração.

Essa última conclusão não é apenas relevante em aspecto retrospectivo, mas também prospectivo. Isso é ainda mais relevante diante da possibilidade de edição pelo CADE de súmulas a partir de entendimentos exarados em sede de consultas, conferindo à sua decisão “eficácia adicional de uniformização de jurisprudência” (art. 10, Resolução CADE nº 12/2015). Exemplificativamente, o considerável volume de consultas a respeito de políticas de sugestão e fixação de preços (11 casos, representando cerca de 18,0% do total) pode ser um indicativo relevante da necessidade de um posicionamento mais claro e definitivo a respeito dessa prática comercial – especialmente

considerando que alguns procedimentos recentes resultaram em posicionamentos conflitantes do CADE a esse respeito.⁴⁶⁹

CONCLUSÕES

Ao fim, a partir do levantamento empírico realizado foi possível testar alguma das percepções em torno desse instituto. Em primeiro plano, de fato, o regime da Lei nº 12.529/2011 representou um avanço institucional na prática do CADE com consultas, especialmente em termos de sua adesão entre regulados, tempo de análise, maior análise de mérito e de instituição de um canal de comunicação institucional entre agentes econômicos e a autoridade de defesa da concorrência. Em segundo plano, o instrumento também se revelou como um mecanismo capaz de se apresentar tanto como um meio para obtenção de orientações gerais acerca da tutela concorrencial, ainda que manifestas por situações concretas, e quanto como um indicador de matérias concorrenciais que demandariam um endereçamento mais amplo e estável.

Diante da complexificação da própria regulação da concorrência, demandando igualmente a diversificação de seus instrumentos, as consultas, junto a outras estratégias que divergem do ferramental clássico do CADE, pode se mostrar como um espaço para maior criatividade institucional e enfrentamento de novas problemáticas. O *toolbox* disponível a reguladores não pode se furtar de explorar tais possibilidades, ainda que sopesadas com seus desafios e limitações institucionais.

469 Conferir a Consulta nº 08700.004460/2021-64, em que foi determinada a revisão dos parâmetros de licitude da política de fixação de preços nos definida pela Consulta nº 08700.004594/2018-80.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University, 1992.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. Oxford: Oxford University, 2012.

BANCO MUNDIAL; OCDE. **A Framework for the Design and Competition Law and Policy**. Nova York; Paris, 1998.

BASILE, Juliano. Prefácio. In: BRASIL. CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília, 2013.

BRAITHWAITE, John. The Regulatory State? In: GOODIN, Robert E. (Org.) **The Oxford Handbook of Political Science**. Oxford: Oxford University, 2011.

BYRNE, David; CALLAGHAN, Gillian. **Complexity Theory and the Social Sciences: The State of the Art**. 2ª ed. Londres: Routledge, 2022.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. NASCIMENTO, Flavio Augusto Ferreira. **A Importância do Procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a Efetividade das Normas de Defesa da Concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

FOX, Eleanor. The battle for reform of US antitrust law. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 11, n. 2, p. 179-184, 2023.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 11, n. 1, p. 95-108, 2015.

LEVI-FAUR, David. The Odyssey of the Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic Concept to a “Thick” and Polymorphic Concept. **Law & Policy**, Hoboken, v. 35, n. 1-2, p. 29-50, 2013.

MATTOS, César. Um Pouco da História da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). *Evolução do Antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.

INTERESSES JURÍDICOS NOS FUNDOS DE INVESTIMENTO E A LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS COTISTAS

LEGAL INTERESTS IN INVESTMENT FUNDS AND PROCEDURAL LEGITIMACY OF INVESTORS

Leonardo Costa Norat (USP, São Paulo)

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo explorar como se manifestam os interesses jurídicos nos fundos de investimento e a legitimidade processual dos cotistas. Para tanto, divide-se em quatro partes. Na primeira, estuda-se quais as características gerais dos fundos de investimento no âmbito do Código Civil Brasileiro e da Resolução 175, CVM, a segunda se volta à exposição de qual o interesse do fundo de investimento, a terceira é dedicada a estudar como os interesses dos cotistas operam no âmbito do fundo e a quarta sobre a legitimidade processual dos cotistas. Adotou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, em fontes primárias, e, complementarmente, utilizou-se o direito comparado e de estudos de casos, destacados de julgado da CVM e Poder Judiciário. Concluiu-se que o interesse do fundo é pela maximização dos resultados do veículo, segundo sua política de investimento e que pode se manifestar e conformar, segundo as regras do Regulamento, pelas Assembleias Gerais de Cotistas; além disso, que os cotistas possuem interesse na fruição de seus próprios resultados, consubstanciados em direitos reais plenos sobre as cotas que possuem, e reais, ainda que limitados, sobre o patrimônio, bem como direitos pessoais em relação aos demais cotistas e ao fundo. A partir disso, constata-se a possibilidade de atribuição da legitimidade dos cotistas para substituírem processualmente o fundo de investimento, cuja compreensão é apta para abalizar a decisão proferida no caso analisado.

Palavras-chave: Fundo de investimento; interesse do fundo; interesse dos cotistas; legitimidade processual; condomínio; comunhão; *status* de cotista.

Abstract:

The present work aims to explore how legal interests of investment funds and the procedural legitimacy of investors are legally manifested. To this end, it is divided into four parts. In the first, the general characteristics of investment funds are studied within the scope of the Brazilian Civil Code and the Resolution 175, CVM, the second focuses on explaining what is the interest of the investment fund, the third is dedicated to study how the investors' interests operate into the fund systematic and the fourth about the procedural legitimacy of investors. The study adopted the deductive method, with bibliographic and documentary research, in primary sources, and, in addition, comparative law and case studies, highlighted by CVM and Judiciary judgments. The conclusion is that the fund interest consists in maximizing the vehicle's results, according to its investment policy and that it can be expressed and conformed, according to the rules of the Regulation, by the General Investors' Meetings; furthermore, that investors have an interest in their own profits, embodied in full real rights over the shares they own, and real, albeit limited, rights over the patrimony, as well as personal rights in relation to other investors and the fund. From this, it is possible to attribute the legitimacy of the shareholders to procedurally replace the investment fund, comprehension that is capable of supporting the decision in the case analyzed.

Palavras-chave: Investment fund; fund interest; interest of investors; procedural legitimacy; condominium; communion; investor status.

INTRODUÇÃO

Os fundos de investimento são figuras já com largo arcabouço doutrinário e prático no Brasil, com registros de atuação desde os idos de 1950, porém, dadas as recentes mudanças normativas, notadamente a lei de liberdade econômica (Lei nº 13.874) e a Resolução nº 175, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), novos temas são endereçados para discussão, sobretudo pela a tipificação legal da estrutura destes fundos (*condomínio de natureza especial*).

Com isso, a natureza jurídica, assunto há muito debatido, passa a ficar em segundo plano com a opção legislativa – ainda que isso, hermenêuticamente, não limite o intérprete. Contudo, se assim se põe, para cogitar afastar esta natureza é indispensável que efetivamente inexistam qualquer caractere de comunhão de domínio para, então, poder se recorrer a outra qualificação, que não a atribuída *ope legis*.

Provocadas por esse contexto, as páginas que se seguem se justificam, dentre as dúvidas suscitáveis quanto ao regime vigente, na intenção de explorar como se manifestam os interesses jurídicos nos fundos de investimento e a legitimidade processual dos cotistas, para bem compreender sua disciplina.

Para tanto, divide-se o estudo em quatro partes. A primeira dedicada à exposição de quais as características gerais dos fundos de investimento no âmbito do Código Civil Brasileiro e da Resolução 175, CVM, a segunda voltada à exposição de qual o interesse do fundo de investimento, a terceira dedicada aos *interesses dos cotistas* e como estes operam no âmbito do fundo, e a quarta sobre a legitimidade processual dos cotistas.

Adotou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, em fontes primárias. Além disso, de maneira complementar, utilizou-se de direito comparado e de estudos de casos, destacados de julgado da CVM e do Poder Judiciário.

1. FUNDOS DE INVESTIMENTO: NATUREZA JURÍDICA, PATRIMÔNIO, REGIME E TIPOS

O Código Civil, a partir da Lei de Liberdade Econômica, reconheceu os Fundos de Investimento como *condomínio*, à semelhança do que dispunha, no âmbito regulatório, a Instrução Normativa 409/04, da CVM⁴⁷⁰. Entretanto, no campo legislativo, para além disso, disciplinou-se um regime condominial de “*natureza especial*” (art. 1.368-C).

A função econômico-social deste especial condomínio é reconhecidamente a versão de recursos em ativos financeiros – bens e direitos de qualquer natureza –, a fim de permitir que diversos sujeitos aportem capitais, diluindo seu próprio risco, em prol de maior rentabilidade⁴⁷¹, cuja administração fica a cargo de “prestadores de serviços essenciais” (administrador fiduciário e gestor)⁴⁷² – profissionais de mercado dedicados a tais atribuições.

De um lado, então, a lei buscou dar termo à discussão já de longa data a respeito da natureza jurídica do fundo de investimento, adotando a teoria condominial⁴⁷³; de outro, estabeleceu uma estrutura

470 Art. 2º. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros, observadas as disposições desta Instrução.

471 “O fundo de investimento permite a aplicação de pequenos volumes de recursos e proporciona o acesso a uma administração e gestão especializadas, constituindo-se, pois, em um dos mais notáveis e democráticos mecanismos de alocação de poupança dos investidores. Dessa forma, estes, muitas vezes não afeitos à complexa dinâmica do mercado financeiro, optam pelos fundos com o intuito de conjugar seus recursos em busca de soluções de investimento seguras e que lhes proporcionem maior rentabilidade e liquidez” (CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Fundos de investimento: aspectos polêmicos. In: FREITAS, Bernardo Vianna; VERSIANI, Fernanda Valle (Coord.). **Fundos de Investimento: Aspectos Jurídicos, Regulamentares e Tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 17).

472 Vide artigo 82 e 84 da Resolução nº 175, CVM.

473 A respeito das teorias, vide a síntese de Carlos Martins Neto (**A Responsabilidade do Cotista de Fundo de Investimento em Participações**. São Paulo: Almedina, 2018. E-book. p. 35-45), a respeito das teorias condominial, comunhão (“comunidade de bens não condominial”), propriedade em mão comum, propriedade fiduciária, societária e patrimônio separado. O autor, à época do seu trabalho, antes do advento da Lei de Liberdade Econômica, criticava a solução da teoria condominial, diante da

típica diversa e expressamente afastada das regras dos condomínios em geral (§1º, do art. 1.368-C).

No viés seguido pelo Código Civil, o fundo se caracteriza como “universalidade patrimonial autônoma, de titularidade dos cotistas”⁴⁷⁴⁻⁴⁷⁵ – um bem jurídico que, objetivamente, concentra direitos e deveres –, cuja *autonomização* do patrimônio autoriza o afastamento dos cotistas da posição de titulares dos ativos investidos, isentando-os, inclusive, de responsabilidade em caso de insolvência do fundo⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷.

Ao se estabelecer o patrimônio autônomo conjugado com a limitação de responsabilidade ao investimento capitalizado por cada cotista em relação às dívidas do fundo, acaba-se por, mesmo sem a personalidade jurídica, promover o efeito de *entity* e *owner shielding*,

disparidade do regime jurídico pretendido aos cotistas pela CVM e as regras típicas de condomínio, mormente as que pressupunham o acesso do condômino ao patrimônio comum e propunha, *de lege ferenda*, a adoção de uma categoria específica de *pessoa jurídica* (*ibid.*, p. 157-167).

474 OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Notas sobre o regime jurídico dos fundos de investimento. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 19.

475 Ao se afastar do condomínio em geral, contudo, o patrimônio condominial fica inacessível aos condôminos que passam a ter unicamente acesso à fração ideal, sem a prerrogativa do domínio de *reivindicar* a coisa comum, senão a seu próprio quinhão e, como se verá a seguir, de acordo com o regime do fundo (se aberto ou fechado). GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. Rev. e Atual. por Luiz Edson Fachin e Coord. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 229 e ss.

476 “[...] [C]aso os ativos do fundo não sejam suficientes para fazer frente a tais exigibilidades, em razão do regime condominial e da regra geral de que os cotistas respondem pelo patrimônio líquido do fundo, esses deverão suprir o montante necessário para que o patrimônio líquido do fundo deixe de ser negativo” (MARINS NETO, Carlos. Natureza jurídica dos fundos de investimento e responsabilidade de seus cotistas à luz da Lei de Liberdade Econômica: como ficou e como poderia ter ficado. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 62-63).

477 O art. 15, da Instrução CVM 555/2014, aplicável, quando vigente, a todos os fundos registrados junto à CVM, dispunha que “Os cotistas respondem por eventual patrimônio líquido negativo do fundo, sem prejuízo da responsabilidade do administrador e do gestor em caso de inobservância da política de investimento ou dos limites de concentração previstos no regulamento e nesta Instrução”.

de molde a impedir o acesso de credores dos cotistas diretamente ao fundo e vice-versa⁴⁷⁸.

Dessa distinção entre os patrimônios do cotista e do fundo decorre a caracterização dos fundos de investimentos como *sujeitos de direitos*, com capacidade para figurar em relações jurídicas, assumindo posições ativas e passivas⁴⁷⁹, o que se mostra ainda mais exponente na capacidade de ser *parte em juízo*⁴⁸⁰.

Mesmo sem personalidade jurídica, não se discute que o fundo de investimento *funciona* por meio de seus órgãos e das pessoas que assumem tais atribuições nas extensões de suas capacidades, sem se confundirem ou serem absorvidas pela entidade que, esta sim, atua juridicamente⁴⁸¹.

Embora sujeito distinto dessa massa condominial, o cotista se submete à obrigação de subscrição do capital do fundo, mediante termo de adesão⁴⁸², limitando e assumindo o risco ao valor que, a fundo perdido, aportou naquele patrimônio, fazendo com que a relação de

478 A respeito: ARMOUR, John; HASSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; PARGENDLER, Mariana. *What Is Corporate Law?* In: ARMOUR, John et al. **The Anatomy Of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach**. 3. ed., New York: Oxford University Press, 2017. p. 6; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H.; SQUIRE, Richard. *Law and the Rise of the Firm*, **Harv. L. Rev.** v. 119, p. 1333, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4093574>. Acesso em: 20 set. 2021. p. 1337.

479 CERBINO, Grasiela; AURIEMA, Leonardo Anthero. Fundos de Investimento e autonomia patrimonial. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 78-79. Sobre entes despersonalizados, vide, ainda Erasmo Valladão (**A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 150 e ss.).

480 Mais detidamente, prevista expressamente no art. 75, CPC/15; a respeito, vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 81.

481 ROMANO, Santi. *Organi*. In: **Frammenti di un Dizionario Giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947. p. 150.

482 A respeito, especialmente, os artigos 29 e 30 da Resolução nº 175, CVM.

seu interesse jurídico se concentre – em regra⁴⁸³ – menos nos ativos do fundo e mais na própria cota que titula⁴⁸⁴⁻⁴⁸⁵.

483 Fala-se em regra, porque, mesmo não tendo acesso direto aos ativos do fundo, são rígidas as regras regulamentares e de responsabilidade fiduciária do gestor do fundo pelo enquadramento das carteiras de ativos, i.e., pela regularidade e correta aplicação dos aportes dos cotistas nos tipos de ativos a que se destinam, sob pena de sanções administrativas e dever de indenizar. Sobre o tema, especial, os artigos 89 e seguintes da Resolução 175, CVM e 1.368-D, II, do Código Civil.

484 Aliás, essa constatação é sistemática com a limitação de responsabilidade e com a perspectiva do *dever ser* de diluição e diversificação de risco do fundo e transmissão a uma gestão especializada, tendo em vista que, uma vez cumpridas com as regras do regulamento do fundo (instrumento jurídico que disciplina as relações *interna corporis*), mesmo que não ocorra um desempenho de mercado esperado, isso não se traduz, necessariamente, em prejuízo juridicamente indenizável ao cotista. Daí a assertiva de Mário Tavernard (*op. cit.*, p. 25): “[a] cota, em verdade, é que consiste no bem, móvel e incorpóreo, de titularidade dos cotistas. Estes, por sua vez, podem exercer integralmente todos os direitos relativos às cotas, que são bens próprios e exclusivos”.

485 Diante do afastamento sobre as regras gerais de condomínio – cujos efeitos importariam na possibilidade de, em última senda, admitir que o condômino acessasse o patrimônio *pro indiviso* e pedisse sua liquidação para colher sua cota-parte ou mesmo gozar do patrimônio comum –, nos fundos de investimento, a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidade na ausência de personalidade jurídica orientam necessidade de se recorrer à aplicação analógica (*analogia juris*) ante a inexistência de regra típica que o valha. A título de tratamento isonômico para relações de tal natureza (separação patrimonial, com risco limitado ao investimento, sem personalidade jurídica), pode-se cogitar de atrair à situação jurídica dos cotistas a mesma do sócio participante nas *sociedades em conta de participação*, cuja responsabilidade é limitada ao patrimônio investido, o que mantém seu patrimônio resguardado desde que não intervenha nos atos da administração (o que é, pois, um pressuposto natural nos fundos de investimento) – vide artigos 991, *caput* CCB –, donde se poderia extrair um princípio orientador da proporcionalidade almejada na situação em que se constata: (i) falta de representação da atividade perante terceiros, que ficam a cargo de um fiduciário (o sócio ostensivo) e (ii) a mitigação do risco e a participação nos resultados (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe. Do Regime de Responsabilidade dos Sócios na Sociedade em Conta de Participação. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Org.). **Direito Societário Contemporâneo II**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 484). Por isso, em sintonia com a assunção dos riscos e obrigação dos cotistas entre si perante o patrimônio do fundo e os deveres fiduciários dos prestadores de serviços, mostra-se pertinente a analogia ao investimento a fundo perdido que se forma a partir das contribuições dos sócios, especialmente em relação à faceta *ab intra* do capital social. Nesse sentido, é de aplicar o mesmo raciocínio a respeito da função do capital social (*in casu*, os ativos dos cotistas) ser vertido a uma finalidade específica, no qual os cotistas não poderão intervir diretamente nem retomar o que fora investido, mas unicamente participar “dos resultados correspondentes” (art. 991, parte final, CCB). Sobre investimento a fundo perdido e efeitos internos do capital social, vide: Domingues (Capital e Patrimônios Sociais, Lucros e Reservas. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. (Coord.). MAIA, Pedro; RAMOS, Maria Elisabete; MARTINS,

Do ponto de vista do investidor surge a relevante segmentação do regime dos fundos, conforme as regras de permanência e resgate dos valores aportados. Se *aberto*, o cotista pode pedir o resgate do valor correspondente à cota, segundo a variação de mercado dos ativos, a qualquer tempo, independentemente do prazo de encerramento do condomínio; se *fechado*, o cotista só pode realizar tal procedimento após transcorrido o prazo previsto para o fim da vigência do fundo⁴⁸⁶.

Em certos casos, a regulamentação, de maneira expressa, determina qual o regime das categorias de fundos, especialmente quando em vista a carteira de investimento. Exemplos disso são os fundos de investimento cujos ativos se concentram em participações

Alexandre Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso (autores). **Estudos de Direito das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 200) e Tantini (*Capitale e Patrimonio. Nella Società per Azioni*. Padova: Cedam, 1980. p. 131). A busca pela solução analógica foi usada, à exemplo, no caso do abuso de poder de controle, no estudo de Marcelo Adamek no artigo “Abuso de Poder de Controle e os Fundos de Investimento em Participações (FIP)” (*In*: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 394, nota de rodapé 10). A analogia jurídica é aplicável a casos semelhantes que *concordem nos aspectos decisivos para a valoração jurídica*, requerendo-se “esclarecimento dos aspectos decisivos da valoração expressa na regulação legal”. [...] “Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo de pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal”. Para tanto, há de se recorrer à *ratio legis*, i.e., a quais “elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, e porque é que são, é preciso recorrer aos fins e ideias fundamentais da regulação legal” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 540 e ss.). Comparando fundos de investimento e sociedades em conta de participação – embora sem pretender extrair dessa semelhança um princípio geral, mas reconhecendo a concentração, em certa medida, da tomada fiduciária de decisões perante terceiros –, vide: CEREZETTI, Sheila C. Neder; YAMAJI, Crisleine Barboza; LIMA, Thaís Vieira. *Fundos de Investimento: Funções, natureza jurídica e distinções com outros institutos jurídicos*. *In*: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 37-39.

486 Vide artigos 22 e 23, da Resolução 175, CVM. Sobre isso, Thiago Molina Ferreira (**Oferta Pública de Distribuição de Valores Mobiliários**: o regime de registro obrigatório e hipóteses de dispensa. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. p. 264) elucida: “O fundo de investimento constituído sob a forma de condomínio aberto é aquele no qual os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas antes do término do prazo de encerramento do fundo, observado os procedimentos e as regras previstas no regulamento. O fundo constituído sob a forma de condomínio fechado, por sua vez, caracteriza-se pela proibição do resgate das cotas a não ser ao término do prazo de duração do fundo”.

(FIPs); nestes, o regime é de condomínio fechado, o que se mostra razoável ante o requisito de participação do fundo, em alguma intensidade, no controle das sociedades investidas, a conferir estabilidade sobre os ativos societários⁴⁸⁷. Outros fundos, como os destinados a investir em Direitos Creditórios (FIDCs), podem ser tanto de regime aberto quanto fechado.

Essa distinção não é necessariamente estanque, tendo em vista que os fundos podem possuir classes com diferentes direitos e obrigações (art. 5º, Resolução 175 CVM), passíveis, inclusive, de congregar cotas de regimes aberto e fechado de resgate, desde que esta distinção não se dê nas *subclasses* – o que permitiria apenas a uma parcela dos cotistas acessar o patrimônio do fundo no momento resgate e, com isso, estabelecer disparidades indevidas entre os investidores⁴⁸⁸. Tal diferenciação pode se dar segundo o público-alvo (*suitability*), prazos e condições para aplicação, amortização e resgate, ou valor de taxas aos prestadores de serviço.

Para a criação e segmentação das cotas, o administrador fiduciário deverá *segregar patrimônio*, de modo a destacar uma parcela especificamente para corresponder aos direitos e deveres no âmbito de determinada classe, cuja escrituração e imputação de responsabilidade não se comunicará com o patrimônio comum às classes ou entre estas próprias⁴⁸⁹.

487 Os FIPs são disciplinados pelo Anexo IV da Resolução 175, CVM, cujo art. 5º, *caput*, prevê expressamente o regime fechado do condomínio, em seus incisos os ativos passíveis de investimento, e, nos artigos 6º e 7º, dispõe sobre a influência do fundo sobre a sociedade investida.

488 PEREIRA, Catarina Campos da Silva. Classes e subclasses em fundos de investimento. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 134.

489 *Id. Ibid.*, p. 133. Sobre patrimônio separado, ainda: LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978. p. 414 e ss. e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 325; ambos no sentido de que, embora uma *parcela* do patrimônio pertença ao mesmo sujeito de direito, o direito permite que parte deste patrimônio seja revertido para uma finalidade específica ou para um concurso específico de credores e obrigações. Nos fundos, essa lógica se reverte, ainda, sob o viés do risco, i.e., *casa classe* passa a ser titular de um conjunto específico de ativos.

Fora os aspectos de separação patrimonial, decorrem ainda sensíveis problemas na esfera das relações entre os cotistas, de acordo com seus interesses próprios frente os *do fundo* e *dos demais cotistas*, o que torna apta a discussão a respeito da distintividade ou identidade entre os interesses do fundo e dos cotistas.

2. INTERESSE DO FUNDO

Com a autonomia do fundo, destaca-se o *interesse* deste ente despersonalizado, o qual, em linha com sua função econômica típica no amalgama dos ativos e de sua destinação, contrapõe-se ao interesse dos próprios cotistas e se caracteriza pela busca da maximização dos resultados “do veículo a serem repartidos”, mediante o “atingimento da política de investimentos”⁴⁹⁰.

Essa depuração de interesses é natural de organizações *finalísticas*, pautadas na consecução do fim comum a partir da conjugação de capitais privados (*comunhão de interesses e bens*)⁴⁹¹, na

490 YAZBEK, Otavio; DUARTE, Anelise Paschoal Garcia. Novamente o Conflito de Interesses – o caso dos fundos de investimento imobiliário. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 509.

491 Esclarecedoras as palavras de Marcelo Vieira Von Adamek (Responsabilidade de cotistas e administradores nos fundos de investimento em participações. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 350-351, grifos do original): “[...] os fundos são veículos para a promoção de *investimentos coletivos*, em que, de um lado, potencialmente se aglutinam os recursos de vários indivíduos, em montante muito superior àquele que uma pessoa isoladamente poderia ou estaria disposta a investir em dado empreendimento (= *aglutinação de recursos*), e, de outro, viabiliza-se o acesso a inversões sofisticadas e, conseqüentemente a possibilidade de ganhos diferenciados, muitos deles nem disponíveis para os poupadores em geral (= *investimento sofisticado*), e nos quais, em todo caso, o fundo necessariamente se interpõe como estrutura intermediária entre o investidor inicial e o receptor final dos recursos (= *mediatização da relação de investimento*), sendo esse investimento coletivo administrado e gerido por profissionais especializados da área financeira (= *gestão técnica e profissional*). Por meio dessa particular estruturação, os fundos constituem uma *comunhão de bens*, ao promover a junção voluntária de recursos de cotistas e, simultaneamente, organizam uma *comunhão de interesses*, os quais se aglutinam em torno do *fim comum* perseguido pelo investimento, sendo este, ao mesmo tempo, o seu objeto e elemento catalisador dos recursos individuais”.

medida em que os interesses dos cotistas na maximização de seus próprios resultados segue existindo, ainda que tenham se obrigado a sujeitá-los ao fim partilhado com outros sujeitos⁴⁹²⁻⁴⁹³⁻⁴⁹⁴.

Esse interesse instrumentalizado e consolidado no âmbito dos fundos de investimento se converte no *próprio interesse* da entidade, que, embora desprovida de personalidade própria, é apta a participar de relações jurídicas, assumindo direitos e deveres, e, como tal, a realizar atos jurídicos respaldada pela autonomia que o direito a confere.

As balizas desse autorregramento serão estabelecidas pela organização dos interesses em prol do fim comum, o que se dá mediante o *iter* de formação da vontade. A respeito, como bem anota Santi Romano, há entidades as quais, embora sem personalidade jurídica, possuem *vontade* própria, resultante de sua organização, que pode ser mais ou menos complexa, a depender de seu regulamento⁴⁹⁵.

492 A relação de interesse surge, pois, da relação de entre um sujeito e um bem destinado a satisfazer determinada necessidade econômica; quando há mais de um sujeito interessado no mesmo bem, cuja satisfação de um deles gera a exclusão do interesse do outro, diz-se que se instaura uma relação de *conflito*. No entanto, quando a concorrência de interesses em relação ao mesmo objeto permite que ambos os sujeitos satisfaçam reciprocamente suas demandas, fala-se em *instrumentalidade* de interesses. A respeito, vide: CARNELUTTI, Francesco. ***Instituciones del Proceso Civil***. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. v. 1. Buenos Aires: EJEA, 1973. p. 28.; JAEGER, Pier Giusto. ***L'interesse Sociale***. Milano: Giuffrè, 1972. p. 3-8; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ***Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.*** 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 20;

493 A comunhão de interesses pode ser notada em relações jurídicas em que os sujeitos se reúnem por iniciativa própria ou são reunidos por providência legal; a depender do caso, a reunião dos bens pode ser o fator central da associação patrimonial (*comunhões*), noutros como meio para atingir um fim específico (*sociedades e associações propriamente ditas*). A respeito, vide: LARENZ, Karl. *Op. Cit.*, p. 178 e ss; WIEDEMANN, Hebert. “Excerto do ‘Direito Societário’ I – Fundamentos”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. ***RDM***, n. 143/66. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 12 e ss.; CAMPOBASSO, Gian Franco. ***Diritto Commerciale: Diritto delle società***. v. 2. Utet Giuridica: Milão, 2015. p. 31 e ss.

494 Sobre a divergência e o comprometimento do interesse no direito societário, vide de Marcelo Vieira Von Adamek: ***Abuso de Minoria em Direito Societário***. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112, e, do mesmo autor, em relação aos fundos de investimento, no já citado ***Abuso de Poder de Controle...*** cit., p. 402-403.

495 Explicando os tipos de entes, o autor italiano (*Op. Cit.*, p. 150-153): “*Il primo tipo è quello delle unioni la cui unità è fatta soltanto dal diritto oggettivo che le regola e ne*

A assembleia geral, como prevê o art. 70 e ss., da Resolução 175, CVM⁴⁹⁶, é o foro pertinente para a formação desse interesse e, como tal, segue um *procedimento* de formação da vontade, guiado pelo princípio majoritário, cujo quórum deliberativo aglutinará as declarações e as conformará em nome da entidade.

A disciplina do procedimento, do fim comum e das demais regras que giram em torno do tema se concentram no Regulamento, e, por ser a Assembleia Geral o órgão competente para alterá-lo, no mais das vezes, é onde se manifesta o poder de controle⁴⁹⁷ dos fundos de investimento – sem contar outras matérias conexas a este controle, v.g., as pautas de demonstrações contábeis, substituição dos prestadores de serviço essenciais, liquidação, fusão, etc. (art. 70, I, II e IV, Resolução 175, CVM).

Disso exsurtem duas peculiaridades próximas ao regime societário: a primeira, de que o regulamento, à semelhança dos estatutos nas sociedades anônimas, afigura-se como ato jurídico de caráter normativo⁴⁹⁸, através do qual os cotistas aderem aos termos e se submetem a este regramento; a segunda, de que, sendo, a assembleia,

cementa, per dir così, gli elementi di cui constano; esse non sono persone e non hanno propri organi, ma, se mai, in esse ritrovano organi comuni a tutti o ad alcuni dei loro membri: è la forma più attenuata di unione. La forma più sviluppata si ha quando l'unione assume la qualità di persona. Fra queste due forme ce n'è una intermedia: essa si ha nell'ipotesi sopra contemplata, cioè quando l'unione manca di personalità, ma è giuridicamente dotata di una propria volontà” e, linhas a frente, menciona que “i regolamenti interni potranno sempre dare ad esse un'organizzazione più o meno complessa, con forme e caratteri diversi [...]”.

496 E como é típico dos condomínios, quando da conformação de declarações de vontade de diversos sujeitos em

497 Poder de controle, aqui compreendido, em sintonia com o direito societário, como a faculdade de decidir e impor a vontade sobre bens e atos, independentemente da relação de pertinência, conjugando, assim, *faculdade* e *imponência*. Por todos sobre poder de controle: COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. E, acerca da aplicação do poder de controle aos fundos de investimento: Herbert Kugler (**Poder de Controle no Fundo de Investimento**. Tese de Doutorado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP). São Paulo. 2020. p. 173) e Adamek, *op. cit.*, p. 394.

498 Para alguns, “*negócio jurídico normativo de organização*” (SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Comentários aos artigos 80 a 99. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. (Coord.). **Sociedades: Lei das Sociedades Anônimas comentada**. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 399).

o centro de discussão e conformação dos interesses, aplicam-se as hipóteses de contratação acerca dos direitos políticos.

O regulamento, instrumento dedicado “a reger o relacionamento dos cotistas entre si e em relação ao fundo”⁴⁹⁹, surge de “deliberação conjunta” do administrador fiduciário e do gestor, quando da constituição do condomínio (art. 7º, Resolução 175, CVM)⁵⁰⁰.

Como instrumento jurídico regulador do *status* do cotista – aqui compreendido como a situação do jurídica do participante do condomínio, a partir da propriedade das cotas⁵⁰¹ –, o regulamento dispõe tanto sobre os direitos e deveres essenciais dos cotistas, quanto sobre o fim que orienta todos os agentes envolvidos no condomínio e, por consectário, serve de bitola para a atuação dos prestadores de serviço essenciais.

Antes da entrada em vigor da Resolução 175, CVM, sem a distinção do administrador e do gestor como prestadores de serviço essenciais, prevalecendo o administrador fiduciário como o agente capaz para contratar e constituir o fundo, a orientação doutrinária se seguia no sentido de ser, o regulamento, *negócio jurídico unilateral*, em razão da unicidade de emitente da declaração de vontade e da ausência de manifestações dos cotistas entre si⁵⁰², cujas declarações, ao contrário, dar-se-iam apenas ao administrador que lhes ofereceria os serviços⁵⁰³.

499 ADAMEK, *Op. Cit.*, p. 405.

500 Embora não componha o escopo do presente trabalho, não cabendo, por aqui, endereçar o problema, mostram-se relevantes, no entanto, breves considerações sobre o ato e a situação jurídica dos constituintes do fundo e autorizadores do Regulamento.

501 À semelhança do direito de *membriedade* (WIEDEMANN, Hebert. “O Pequeno Acionista é Acionista?”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Bruno Di Dotto do original “Ist Der Kleinaktionär Kein Aktionär”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 55 (nova série) ns. 170/171, ago. 2015/jul. 2016. Disponível em: https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2019/11/RDM_170-171-FINAL-1-21-36.pdf. Acesso em: 03 set. 2021. p. 21-23).

502 O que afastaria, segundo os defensores desta perspectiva, a natureza do regulamento de um contrato plurilateral.

503 KUGLER, *op. cit.*, p. 68-71; SATIRO, Francisco. Construção Sobre Ativos de Fundos de Investimento em Participações. In: TEIXEIRA, Tarcísio (Org.). **Direito Empresarial – estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Dulerc Verçosa**, IASP, São Paulo, 2015, pp. 561-596. Versão eletrônica disponível em: <https://www.>

Outros asseveraram a natureza híbrida do regulamento diante da previsão de regras sobre o serviço do prestador, pelo que haveria, de um lado, natureza de prestação de serviços atípicos do administrador e, de outro, regras institucionais estatutárias, a regular a relação entre cotistas⁵⁰⁴.

Em ambos os posicionamentos, buscava-se se afastar do regime societário, e, expressamente, da teoria do contrato plurilateral⁵⁰⁵. Entretanto, afigura-se pertinente, ao menos do ponto de vista dos cotistas, recorrer à teoria contratual, em razão da contribuição patrimonial e do caráter negocial das relações obrigacionais entre as partes, à luz do ato originador dessas regras, ainda que não possua o aspecto dinâmico instrumental entre contribuição e destinação dos bens em prol da atividade, como é típico dos contratos plurilaterais⁵⁰⁶.

academia.edu/25211637/CONSTRICAO_JUDICIAL_SOBRE_ATIVOS_DE_FUNDOS_DE_INVESTIMENTO. p. 5.

504 BORBA, Gustavo Tavares; ROCHA, Luiza Coelho da. Administrador de fundo de investimento: posição jurídica, responsabilidades e vinculação à cláusula compromissória arbitral. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 214-219. Segundo esses autores “o administrador do fundo de investimento tem uma relação jurídica direta com cada um dos investidores que aderiram ao regulamento por ele proposto e, em consequência, passaram a compor o condomínio especial que caracteriza o fundo de investimento”. Em contrariedade, Marcelo Adamek (**Responsabilidade de Cotistas e Administradores...** cit. p. 357): “[...] para atuarem no tráfego negocial, os FIPs (e os demais fundos de investimento) são representados por um administrador fiduciário e por um gestor – cada qual em suas respectivas esferas de atuação – que, controlando e coordenando a comunhão de recursos, prestam serviços ao fundo e têm deveres fiduciários perante ele (e apenas indiretamente perante os cotistas)”.

505 KUGLER, *op. cit.*, p. 69.

506 A respeito do tema, porém, o próprio Ascarelli, inclusive, em referência aos condomínios, concluiu que o “fundo ‘comum’ assim constituído faculta justamente a realização da finalidade comum”. Mais detalhadamente, manifesta-se o autor italiano: “Justamente o caráter instrumental acima indicado explica por que, em virtude de tais contratos, se possa constituir um condomínio. Pode-se acrescentar, ademais, que, só através desses contratos, é possível constituir um condomínio sobre bens, até então pertencentes, individualmente a várias partes” (ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum. 2008. p. 399, Nota de Rodapé 782). Afastando os institutos em linha, com o corpo do texto: PALADINI, Mauro; RENDA, Andrea; MINUSSI, Daniele. **Manuale di Diritto Civile**. Milano: Giuffrè Editore. 2019. p. 989.

Em que pese a discussão sobre o acolhimento ou não daquela teoria, fato é que projeta-se algo bastante semelhante no fundo quanto à fonte e à eficácia normativa, quando em foco a disciplina da relação dos cotistas entre si no âmbito do Regulamento⁵⁰⁷. Atrai, contudo, problemas equiparáveis à posição jurídica dos *fundadores* no direito das companhias (*afinal, qual seria a natureza do ato de constituição do fundo?*)⁵⁰⁸.

507 Seguindo essa linha, vale o que asseverou Fábio Konder Comparato (**Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 221-222) sobre os estatutos: “Se não há por que contestar a lucidez da interpretação do ato constitutivo de uma sociedade como contrato plurilateral, tal não implica denegar ao estatuto a sua natureza particular de sistema normativo. Cabe aqui, justamente, assinalar a distinção que faz a doutrina germânica entre o *modo de validade* (*Geltungswiese*) e o *fundamento de validade* (*Geltungsgrund*) de um instituto jurídico. O estatuto de uma companhia vale como sistema de normas, embora se funde, originalmente, num contrato plurilateral ou num ato colegial. [...] Daí por que, tal como a lei o estatuto vale para um número indeterminado de pessoas, e não como, no caso do contrato, apenas para os que nele foram partes; vale, da mesma forma, para um número indeterminado de casos, apenas abstratamente considerados como hipótese de incidência normativa, e não para uma situação de fato concretamente definida”.

508 Fugiria o escopo do presente trabalho descer amiúde nesta questão, no entanto, neste momento parece relevante fazer alguns apontamentos. Embora estruturalmente distintas, a atuação do administrador e do gestor se assemelha, em atividade, à do fundador nas SAs (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Título V. Constituição. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. (Coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 489). Aqui, o condomínio – seguindo texto da Resolução – já está constituído, o que não há, ainda, é *sujeito* (senão o próprio fundo e os prestadores) que participe da comunhão, o qual será, a sua vez, o subscritor (que, neste mesmo ato, obriga-se a integralizar a cota e a se sujeitar às regras estatutárias da relação *ab intra*), sem que a comunhão precise passar por ulterior *assembleia de constituição*, diferente do que ocorre nas companhias. Ainda assim, é de se concatenar que, em relação às previsões do que se identificou tratar de relações dos cotistas entre si, a atuação dos constituintes do fundo, assemelha-se à dos fundadores, enquanto “destinatários das adesões” (ASCARELLI, *Op. Cit.*, p. 391, Nota de Rodapé 759), nos fundos, porém, há um desdobramento. Quanto ao aspecto patrimonial da subscrição, na obrigação de *pagar*, os constituintes figuram como representantes não dos demais subscritores, mas do próprio fundo (inclusive podendo contrair empréstimo para fazer frente à falta do cotista remisso e com o dever de adotar as providências cabíveis para a integralização) (ADAMEK, *op. cit.*, p. 367) e, face às previsões plurilaterais que organizam a relação *interna corporis* dos sócios entre si, figuram como convidantes dos interessados a apresentarem suas ofertas de subscrição, de modo que aquelas previsões, ainda não estão concluídas, mas são atos preparatórios que concernem ao *iter* da relação organizativa e instrumental (*invitatio ad offerendum*) (CORDEIRO, António M. **Tratado de Direito Civil II**. Lisboa: Almedina (Portugal), 2021. *E-book*. p. 328 e ss.). Ainda que sumariamente, essa breve constatação, pode dar endereço à compreensão e distinção de até onde declaração de vontade dos prestadores de

É defensável, portanto, dividir o Regulamento em *capítulos*, conforme o ponto de vista, ora dos destinatários dos efeitos jurídicos do Regulamento (*cotistas*) – especialmente naquilo que regule seus interesses ante o fim comum –, ora dos emitentes (que levaria ao negócio jurídico unilateral)⁵⁰⁹.

Assim, no capítulo em que o Regulamento discipline a relação entre os cotistas, estar-se-á diante da faceta normativa privada dos participantes em se submeterem aos termos que disciplinem suas posições jurídicas⁵¹⁰. Prova disso é que, ressalvadas hipóteses excepcionais (art. 52, da Resolução 175, CVM), a alteração do regulamento deve passar pela Assembleia Geral de Cotistas – logo, os *destinatários* do regulamento.

Por outro lado, no que se pode dizer o capítulo das *obrigações típicas* dos prestadores de serviço essenciais (administrador e gestor), não parece haver dificuldades para considerar o Regulamento como *proposta vinculativa* dos constituintes, que se obrigam perante o fundo e, indiretamente, perante os cotistas⁵¹¹.

serviço constituintes e em que medida elas os vinculam, a fim de aferir a ocorrência ou não do que Marcos Bernardes chama de *efeito mínimo* da situação jurídica (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 176). Concorde-se ou não com a solução do contrato plurilateral, fato é que, pela regulamentação e pelos efeitos jurídicos sinalizados pelo texto normativo (*condomínio criado, mas sem condôminos nem bens e apenas representantes*), fica claro que a existência do condomínio ocorre de modo bipartido, do que se poderia interpretar que, ou há, por força de lei, em primeiro instante, uma espécie de *comunhão de origem legal*, de caráter resolúvel, até que os participantes adiram à comunhão, e, num segundo, outra de origem voluntária, por decorrência, pois, da adesão ao Regulamento pelos cotistas, ou, conforme outro raciocínio, crendo-se estar, em todo caso, num *status* “pré-condominial”, de cujos atos preparatórios os prestadores se obrigariam pessoalmente – linha esta defendida por Gustavo Borba e Luiza Rocha (*Op. cit.*, p. 222), para quem só se pode falar em *existência* do condomínio com a subscrição das cotas.

509 GOMES, *op. cit.*, p. 84.

510 Massimo Severo Giannini defende que *autonomia* é termo que possui diversos conceitos e noções. Dentre estes, apresenta a *autonomia normativa* como “*potestà attribuita in ordinamenti giuridici statali ad enti diversi dallo Stato di emanar enorme costitutive dello stesso ordenamento giuridico statale*” (*Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*). **Studi in onore di Luigi Rossi**. Milano, Giuffrè, 1952, p. 195-229. *Studio pubblicato anche in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951 (v. scheda n. 3/1951. p. 350).

511 Estes, no entanto, aderem ao fundo confiando que a prestação de serviços ao interesse do fundo, será cumprida na medida e nos moldes comprometidos pela

O Regulamento, nestes termos, apresenta-se como verdadeiro *negócio jurídico misto*, composto por “mais negócios, objetivamente distintos, mas concluídos *uno acto*”⁵¹², sem que um absorva o outro; afinal, o fundo de investimento, cuja origem se dá no *condomínio especial*, não pode existir regularmente sem os prestadores de serviços *essenciais*.

Na parte em que se regulem as relações dos cotistas *entre si* e destes perante o fundo exsurgem justamente os direitos e deveres inerentes à essa peculiar posição dos participantes, sobretudo no âmbito assemblear, foro onde os interesses dos cotistas se orientam para, por maioria, *formarem o interesse do fundo*.

Esse tipo de formação de vontade provém, pois, de um ato coletivo, que expressa a vontade distinta de todos e cada um dos indivíduos que compõem a maioria, mas cujas declarações se colocam a serviço de um mesmo interesse que com o deles não se confunde⁵¹³.

Com efeito, há de se tomar em relevo a já citada feição coletiva e estrutural do fim comum buscado pelos cotistas, do qual “*resultam típicos deveres de lealdade (i.e., dever de promoção do fim comum ou de*

proposta, inclusive para fins de taxas de remuneração (CORDEIRO, *op. cit.*, p. 318-319; GOMES, *op. cit.*, p. 74). Uma das consequências dessa constatação é, portanto, que em caso de dúvida em relação à interpretação do Regulamento, esta será, em regra, em prol da parte que não a redigiu – portanto, os cotistas, meros aderentes –, segundo o preceito do art. 113, §1, IV e 423, CCB. Pergunta que se pode fazer, diante da amplitude que a Resolução trata dos Regulamentos, é em que medida – e até, se em alguma medida –, admite-se a renúncia prévia a direitos, caso se defina seguir pelos preceitos da interpretação paritária de mercado (contrapondo-se, assim, os preceitos do art. 421-A e art. 423, CCB).

512 ASCARELLI, Tullio. Negócio Indireto. In: **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum. 2008. p. 164.

513 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine Generali del Diritto Civile**, 9. ed., Napoli: Jovene, 2012. p. 211. Ainda que não se enxergue nas deliberações *ato coletivo* (processo formador de uma só declaração de vontade – *in casu*, do ente coletivo), a formação do interesse segundo o procedimento assemblear não dissocia de quem enxerga na deliberação *negócio jurídico* (CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Sociedades**. I. Parte Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 742), uma vez que reúne e emana efeitos jurídicos declarados como queridos, a partir da autonomia da vontade, as diversas declarações.

colaboração, e dever de salvaguarda) que caracteristicamente vinculam os membros das organizações finalísticas privadas”⁵¹⁴.

Como cláusula geral nas organizações finalísticas e conexo ao dever de boa-fé, o dever de lealdade se relaciona com o interesse da comunhão enquanto corolário interpretativo, integrativo e fiscalizatório, a fim de preencher as lacunas que a natural incompletude das relações negociais emana, segundo o modo de estruturação da entidade, impondo-se, assim, deveres positivos (*de contribuição*) e negativos (*de abstenção*) aos cotistas⁵¹⁵.

Isso se constata em especial na deliberação assemblear, quando as manifestações de vontade dos cotistas formarão, enquanto exercidas em prol do interesse comum⁵¹⁶, o interesse do fundo. Assimilado que,

514 ADAMEK, **Abuso de Poder de Controle...** cit., p. 402-403. António Menezes Cordeiro (A lealdade no direito das sociedades. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa a. 66. v. III., dez. 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/>. Acesso em 20 jun. 2021), ao tratar dos deveres de lealdade nas sociedades, defende que as feições de tais deveres se manifestam “lealdade dos accionistas entre si: designadamente da maioria para com a minoria mas, também, inversamente”; na “lealdade dos accionistas para com a sociedade”; “a lealdade dos administradores para com a sociedade” e “a lealdade dos administradores para com os accionistas”.

515 Sobre o dever de lealdade, vide: Adamek, **Abuso de minoria...** cit., p. 121; WIEDEMANN, Herbert. Vínculos de Lealdade e Regra de Substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. por Otto Carlos Vieira Von Adamek. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 157, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/192687>. Acesso em: 20 nov. 2021. p. 9; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2018. §§ 37 e 38. Atuar lealmente, em síntese, é, de maneira correspectiva entre os participantes do fundo, confiar e prever que os cotistas orientarão sua atuação em prol do *fundo comum*, segundo deveres de *nostra res agitur* e, na existência de cotista que exerça o controle, *tua res agitur*, de acordo com a intensidade de sua influência na condução do fundo e da sua soberania diante dos prestadores de serviço (MARTINS-COSTA, *op. cit.*; ADAMEK, **Abuso de poder...** cit. p. 405).

516 A Resolução 175, CVM, previu no art. 78, §2º o regime da *autodeclaração* do impedimento para os casos em que o cotista, embora incorrendo em uma das hipóteses previstas no dispositivo, declara sua situação conflitiva e submete à Assembleia a *aquiescência* de seu voto, apesar disso. Do ponto de vista das opções regulatórias, a previsão adota a estratégia do “*incentive alignment*”, especificamente a “*trusteeship strategy*”, pela qual se propõe um controle *ex ante*, a fim de promover a lealdade e o alinhamento entre o “agente” e o “principal” (*in casu*, reciprocamente, cotista conflitante e demais cotistas). ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *Agency Problems and Legal Strategies*, in: KRAAKMAN, Reiner. *et al. The*

nos fundos, a assembleia de cotistas é o ambiente propício para a manifestação do *poder de controle*⁵¹⁷, também neste foro será possível se deparar, ao menos em tese, com as clássicas figuras de controle societário⁵¹⁸⁻⁵¹⁹.

Vale destacar a circunstância na qual se identifica a formação totalitária de interesse, seja ela decorrente de um único interessado, ou, ainda, de um “*controle totalitário conjunto*”⁵²⁰. Esses dois cenários,

Anatomy Of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach., 3d ed. 2017. p. 31 e ss. A solução não se isentou de críticas, especialmente não conferir, ainda que concorrentemente, a competência para o administrador fiduciário exercer o controle do conflito de interesses *ex ante*, deixando de computar o voto. (YAZBEK; DUARTE, *Op cit.*, p. 511).

517 Há quem defenda que a Assembleia Geral teria competência apenas para “deliberar sobre aspectos relacionados à *propriedade*, isto é, à disposição do patrimônio do fundo como um todo. Não detém competência, porém, para interferir na *gestão* desse patrimônio” (TIBURCIO, Antonio Augusto; HERMETO, Lucas; MAFRA, Ricardo. A responsabilidade de gestores em fundos de investimento de “gestão discricionária”. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 280), o que afastaria, a princípio, o exercício legítimo do poder de controle e, do ponto de vista regulatório, não seria apto a afastar a responsabilidade dos gestores e administradores que se deixassem sucumbir à interferência do cotista por “meios impróprios”. A segmentação de competências, que não parece ser estanque ante a possibilidade de se firmarem acordos de cotistas, inclusive vinculantes aos prestadores de serviço, assim como a amplitude de redigir o Regulamento do Fundo e a estrutura, que, em sua burocracia com competência da AGC de substituir os prestadores, apontam, em conjunto, à constatação de que o *poder*, como fato jurídico que é, manifestar-se-á em sua imponência e dominância, independentemente de uma deliberação; bastaria o *poder* de afastar e, assim, suprimir a fonte remuneratória, dos prestadores. Sobre o viés sociológico do poder, por todos: GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociologia do poder na sociedade anônima. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 29 (nova série), n. 77, p. 50-56, jan./mar. 1990.

518 Considerando, aqui, que a Resolução 175 adota, em seu art. 76, a regra da maioria dos cotistas votantes presentes, mas exige como quórum de instalação a presença de, no mínimo, um cotista. O poder de controle, aplica-se a título de analogia, como ilustra Adamek (**Abuso de Poder de Controle...** cit., p. 401, 408), e merece temperança sua aplicação, sobretudo diante do critério de *permanência* do controle, que pressupõe a ininterrupção, questão que, no entanto, não é disciplinada no Regulamento. Reforça a existência do poder o art. 131, XI, da Resolução 175, que prevê penalidade pelo descumprimento de deliberações dos cotistas.

519 Os controles totalitário, majoritário e minoritário, segundo a ingerência dos acionistas e os percentuais representativos do capital e/ou da prevalência deliberativa. Por todos Comparato (**O poder de controle...** cit. p. 38 e ss.).

520 *Id. Ibid.*, p. 43. A hipótese foi notada por Adamek (*Op. cit.*, p. 402, Nota de Rodapé 20).

no âmbito dos fundos de investimento, são espelhados no art. 115, da Resolução 175, CVM, que dispõe ser a classe exclusiva de cotas aquela composta por aplicações de “*um único investidor profissional, de cotistas que possuam vínculo societário familiar ou de cotistas vinculados por interesse único e indissociável*”⁵²¹.

Se, nas sociedades, a presença de um único interesse do sócio possa ser mais facilmente distinguível do *interesse societário* – especialmente em havendo personalidade jurídica própria⁵²² – nos fundos exclusivos isso se torna tanto mais complexo. Afinal, mesmo se constatando a pretensão de maximizar os resultados financeiros do fundo, até que ponto poderiam administrador e gestor, deixar de seguir as orientações do(s) cotista(s) totalitário(s)? Ser-lhes-ia lícito “salvar” o cotista dele próprio sobre a gestão de seu patrimônio?⁵²³

521 Ainda sob égide da ICVM 356/01, analisando pedido de dispensa de contratação de agência de *rating* para cotas de FIDCs a serem distribuídas com esforços restritos, a CVM se manifestou favoravelmente, considerando, dentre outros fatores, a existência de “interesse único e indissociável”, o qual, àquela altura, constatou presente, explicitando, em linha com o Memorando da SIN, que “[P]ara que haja a plena caracterização da existência de interesse único e indissociável, é necessário não apenas que os cotistas pertençam ao mesmo grupo econômico, mas também que haja controlador comum, além de uniformidade na estrutura decisória, de modo a demonstrar comando único [...]”. Exemplificando, um grupo econômico que, embora tenha um mesmo controlador final, possua diferentes divisões de negócios, com membros da Diretoria e Conselho de Administração distintos, *poderia, em tese, descaracterizar o interesse único e indissociável, visto que não se poderia garantir uma estrutura decisória uniforme em todos os níveis da cadeia societária*” (CVM. **Processo nº RJ-2014-11177**. Pres. Dir. Leonardo Porciuncula Gomes Pereira. Data de Julgamento: 25.08.2015, grifos nossos). O caso atrai, embora de maneira atípica no regime dos fundos de investimento, a compreensão dos *acordos parassociais*, do direito societário, na função que Giorgio Oppo (***Contratti Parasociali***. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1942. p. 18-19) enquadra como acordos que digam respeito à incidência na gestão da sociedade e sobre sua competência. Fernando Kuyen e João Luis Nogueira Matias Filho (Vinculação de Administradores e Gestores ao acordo de cotistas e à cláusula arbitral nele inserida. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 450 e ss.) falam aqui em “negócio ‘paracondominial’”, sobre o qual destacam a atipicidade, recorrendo, para sua validade, à regra geral do art. 104, CCB.

522 SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 342-343.

523 Aqui, parece-nos, chega-se ao máximo da tensão que a ausência da previsão no ordenamento brasileiro sobre o *trust* e sobre a possibilidade de propriedade de bem *indiviso*, sob titularidade plena de mais de um sujeito, mas da qual apenas um exerce a função fiduciária – mormente naqueles em que a fidúcia é conferida de

O *interesse* do fundo, ainda que distinguível daqueles que o formam e cujos votos dos formadores não são absorvidos pela entidade, apresenta, nesses casos, a dificuldade que a abstração do valor das frações ideais representa na estrutura condominial, fator que vai ao encontro da seguinte questão: *qual o limite do interesse do cotista do fundo em relação ao próprio fundo?*

3. INTERESSE DO COTISTA

Reconhecidos os deveres de lealdade dos cotistas entre si e destes perante o fundo, cabe analisar situação tanto mais peculiar, que é a abstração dos direitos patrimoniais e políticos em relação à *fração ideal*.

A cota-parte do investidor no condomínio de natureza especial, enquanto valor mobiliário, é tida como parcela abstrata dos bens condominiais, a qual, no entanto, não confere ao cotista o direito de acessar diretamente o patrimônio do fundo – como decorreria da regra geral⁵²⁴. Dessa forma, a cota conferiria ao cotista unicamente o *valor econômico*⁵²⁵ espelhado nos ativos do fundo.

modo irrevogável (MARTINS-COSTA, Judith. O Trust e o Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro. v. 12. n. 4. p. 165-208, 2017).

524 Ali, os direitos dos condôminos, embora fracionados idealmente, são conferidos *integralmente e sobre o todo*: “*Dá-se condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes*”. O poder jurídico é atribuído a cada condômino, não sobre uma parte determinada da coisa, porém sobre ela em sua integralidade, assegurando-se a exclusividade jurídica ao conjunto de comproprietários, em relação a qualquer pessoa estranha, e disciplinando-se os respectivos comportamentos, bem como a participação de cada um em função da utilização do objeto. A cada condômino é assegurada uma *quota ou fração ideal* da coisa, e não uma parcela material desta. Cada cota ou fração não significa que a cada um dos comproprietários se reconhece a plenitude dominial sobre um fragmento físico do bem, mas que todos os comunheiros têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade dele, limitados contudo na proporção quantitativa em que concorre com os outros comproprietários na titularidade sobre o conjunto” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 4. 27. ed. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. *E-book*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. n.p., item nº 314, grifos do original).

525 KUGLER, *Op. cit.*, p. 57.

Nessa linha, há quem sustente que “não há efetivamente, para os investidores, direitos de coproprietários sobre o patrimônio do fundo. *Todos* os direitos não podem ser exercidos diretamente sobre este patrimônio, somente por intermédio da condição de cotista”; nesta toada, o exercício dos direitos advindos da cota ficaria limitado a esta própria⁵²⁶.

Essa conclusão, entretanto, é apenas parcialmente procedente.

Veja-se que, de fato, projeta-se, como *efeito* da comunhão, a *eficácia real*, fruto da correlação entre a assunção à situação jurídica subjetiva do cotista e a subscrição realizada por este; no entanto, embora aquela situação confira a *plenitude de domínio apenas sobre os direitos provenientes das cotas*⁵²⁷, não tem o condão de afastar o poder de administração do cotista diretamente perante a comunhão *condominial em si*⁵²⁸, cujo interesse, repita-se, é formado pelos votos dos cotistas, segundo seus respectivos quinhões (o que se manifesta ora como *eficácia pessoal*⁵²⁹ do direito-função de voto em relação

526 CARVALHO, *Op. cit.*, p. 24-25 (grifos nossos).

527 No direito societário, fenômeno semelhante se identifica no ato de subscrição e integralização das ações, do que decorre o *efeito real* do negócio societário; ou seja, fruto a assunção da propriedade da ação é fruto do sinalagma entre a contribuição ao capital social e a qualidade de acionista e, com esta, todos os *efeitos obrigacionais* inerentes, de modo que demais direitos seriam apenas mediatamente alcançáveis diante do *direito de ser acionista* (BUONOCORE, Vincenzo. **Le situazione soggettive dell'azionista**. Napoli: Morano, 1960. p. 98 e ss.).

528 Apesar da diversidade de classificações, é válido citar aqui, aqui, os direitos “de participação (direito de voto, poderes de gestão social), os direitos patrimoniais (participação nos lucros, direitos de fruição), os direitos de informação e fiscalização, bem como, por fim, o direito de se retirar da organização societária (direito de retirada)” (WIEDEMANN, **Excerto...** cit., p. 14), ou distinguíveis em direito de quinhão dos lucros, participar das deliberações da companhia, direito à informação e direito de designar membros dos conselhos de administração e fiscalização (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 236-270).

529 Seguindo o raciocínio de Buonocore (*Op. cit.*), embora adotando expressão mais ampla, para sintonizar com a distinção entre *direitos reais* e *pessoais*: “[o] *direito real* concede ao titular um gozo permanente porque tende à perpetuidade. O *direito pessoal* é eminentemente transitório, pois se extingue no momento em que a obrigação *correlata* é cumprida” (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 16).

aos demais cotistas⁵³⁰, ora *eficácia real*, diante do poder, mesmo que limitado ao seu quinhão, sobre o patrimônio comum).

Alterando-se o ponto de vista do sujeito (da posição do cotista) ao ponto de vista do objeto (sobre o qual operarão os efeitos do exercício de direitos pelo cotista), pode-se separar entre o que fica adstrito à cota e o que se projeta diretamente no patrimônio do fundo.

Disso, pode se encontrar uma tênue, mas clara distinção entre as *sociedades personificadas*, o *condomínio em geral* e o *fundo de investimento*, do ponto de vista dos direitos de cotistas e da extensão dos efeitos que o exercício de seus direitos pode alcançar.

Nas primeiras, quando da subscrição e integralização da parcela societária, há o único efeito real de levar o subscritor à situação jurídica subjetiva de sócio, da qual decorrem seus direitos e poderes perante a organização e não sobre o patrimônio desta, ou seja, o direito se exaure nos limites da ação ou da quota; no condomínio em geral, ao contrário, a *eficácia real* e a *pessoal*, embora não se confundam, projetam-se simultaneamente, logo tanto os direitos dominiais (inclusive de reivindicar) quanto os direitos e deveres obrigacionais no âmbito das relações entre cotistas coexistem no mesmo suporte fático⁵³¹; nos fundos, porém, a *eficácia real* plena se restringe à cota – e do âmbito desta decorrerão outros direitos pessoais –, mas há, ainda, *eficácia real* e *pessoal* relativa à parcela diminuta dos poderes

530 Reconhecendo-se o voto “*diritto a doppia faccia, da un lato diritto soggettivo (al voto) a tutela di un interesse individuale dell'azionista e dall'altro potere esercitato dall'azionista nell'interesse della collettività dei soci [...]*” (ASQUINI, Alberto. *I Battelli Del Reno*. In: **Studi Giuridici in Memoria di Filippo Vassalli**. v. 1. Torino: Unione Tipografica. 1960. Disponível em: https://www.academia.edu/38221455/Alberto_Asquini_I_battelli_sul_reno_1960_. p. 132).

531 Como assevera Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. Direito das Coisas. Atualizado por Jefferson Carús Guedes e Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Tomo XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 101), o estado de comunhão faz exsurgir princípios consequenciais, dentre estes o de que “[c]ada comuneiro tem direito de participar da formação da maioria, o que concerne ao exercício do direito de propriedade, e não ao próprio direito de propriedade, porque o voto é que corresponde, em toda extensão, ao direito, e a vontade coletiva é ligada à ocorrência da pluralidade de titulares, já ao se cogitar do exercício dos direitos e sua regulação”. Em sintonia, a nota de rodapé 54.

dominiais de gozo⁵³², que se projeta diretamente no patrimônio e nas relações dos cotistas entre si, mormente nas limitações de seu direito diante dos demais investidores⁵³³.

Em outras palavras, mesmo que a cota não confira os poderes dominiais em sua integralidade – pelo que os cotistas não podem dispor diretamente do patrimônio (*jus abutendi*) nem fruir diretamente dos resultados provenientes dos ativos ali existentes (*jus fruendi*) –,

532 “Os *poderes de gozo* traduzem-se na disponibilidade do uso e da fruição de certo bem. O uso é a utilização da coisa, isto é, o aproveitamento da sua utilidade com vista a certo fim; a fruição é a apropriação (*percepção*) dos seus frutos. O uso e a fruição compõem o gozo”. [...] (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 246-247).

533 Por certo que, com a existência da administração *essencial* dos prestadores de serviço, o exercício dos direitos pessoais diretamente sobre o fundo sejam quase que reduzidos à participação na deliberação, no entanto, ainda assim há severas repercussões nesta constatação, mormente acerca do exercício dos direitos dos cotistas *em assembleia* e *em decorrência da assembleia*. Cabe frisar, porém, que não se afastam outras possíveis constatações de direitos pessoais incidíveis diretamente sobre o fundo, os quais abrem largo campo para pesquisa, mas que, nesta oportunidade, fogem ao presente estudo.

uma parcela desses poderes remanesce sobre os bens em comum, especialmente quanto à destinação de sua utilidade (*jus utendi*)⁵³⁴⁻⁵³⁵.

534 Pode-se falar aqui em *direito real limitado* ou *propriedade imperfeita*, como na solução portuguesa, cuja nota diferencial da propriedade perfeita se constata porque “não conferem a plenitude dos poderes sobre uma coisa. Conferem apenas a possibilidade de exercer certos poderes sobre uma coisa, mas não a plenitude dos poderes correspondentes à clássica tripartição – ‘*jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*’. São, portanto, *direitos sobre coisas que em propriedade pertencem a outrem*. São direitos que pressupõem, assim, uma concorrência de direitos. Quando eles existem, incide em regra sobre a mesma coisa um direito de propriedade que é restringido pelo direito real limitado (e limitador). São, portanto, *jura in re aliena* (*direitos sobre coisa alheira*) ou, pelo menos, sobre coisa não própria”. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 155). Sobre a “*propriedade imperfeita*” e o fracionamento dos direitos e deveres reais e pessoais, vide: “Sendo propriedade perfeita a que consiste na fruição de todos os direitos de propriedade e imperfeita a que consiste na fruição de parte desses direitos, parece que há o direito de propriedade sempre que haja o fracionamento de qualquer dos direitos que a constituem, e, sendo um deles o de fruir e gosar a coisa, que é suficiente este direito para que haja propriedade. [...] Na propriedade imperfeita não há portanto só o fracionamento da propriedade por seus elementos objetivos, mas também um desmembramento correspondente no seu elemento subjectivo, ou no direito de dispor da coisa, o qual acompanha cada uma das fracções da coisa e representa um elemento necessário para a existencia do direito de propriedade. [...] Sendo a propriedade um direito real, vê-se que a obrigação correlativa a esse direito tem como sujeito passivo todas as pessoas, as quaes são obrigadas a respeitar esse direito, abstando-se não só de praticar quaisquer actos que signifiquem um poder sobre a coisa, pois que o do proprietario é exclusivo, mas por que perturbem a acção do proprietario”. Essa limitação no âmbito da propriedade em comum, com efeito, se constata para além do direito do cotista com os terceiros sujeitos estranhos à propriedade (contra os quais teria o direito real de sequência), mas há, ainda, a limitação subjetiva “pelos direitos dos outros comproprietários”, resultando o direito sobre a coisa plenamente pela reunião dos direitos destes (MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do Direito Civil Português**. 2. ed. Livro III. Coimbra: Coimbra Editora, 1925. p. 50-58).

535 Sobre essa separação no âmbito das companhias – mas com lições que podem ser transpostas ao raciocínio aqui construído –, por todos, Comparato (**Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 75-82): “[...] admite-se a ocorrência de um desdobramento da antiga propriedade, quando aplicada sobre bens empresariais explirados sob a forma de sociedade anônima. [...] de um lado, a função ‘passiva-receptiva’, ou seja, a propriedade de mera fruição, que ficou com o acionista; de outro, a função de direção e criação (*managing and creating*) própria dos administradores”. Linhas à frente, prossegue: “O núcleo do poder dos titulares do controle, na companhia, é sem dúvida o *jus abutendi*; mas nem por isso eles podem ser considerados como proprietários dos bens sociais. [...] A propriedade dos bens sociais é, portanto, da pessoa jurídica, e tal afirmação passa por axiomática. No entanto, fora da noção de *pertinência* dos bens à sociedade, a idéia de propriedade aparece aí singularmente vazia. Pois a menos que se construa a idéia da pessoa jurídica societária como ente ideal, distinto do conjunto de pessoas físicas que a constituem, não se pode atribuir senão a estas, enquanto assembléia geral ou diretoria, o exercício efetivo do

A distinção estaria, portanto, no exercício dos direitos subjetivos que decorrem da eficácia real da posição jurídica de cotista, proveniente da subscrição da cota, e, especialmente, no alcance do direito de voto⁵³⁶, mesmo que este possa ou não prevalecer, porque minoritário.

Fenômeno como este não é incomum noutras comunhões de bens e interesses. Constata-se o mesmo nas assembleias de credores em processos de insolvência⁵³⁷ e nas comunhões de debenturistas⁵³⁸. Em ambos os casos se pressupõe a isonomia entre os membros das comunhões diante da própria coletividade na qual estão inseridos, logo, ao deliberarem para a formação da vontade coletiva, estão, simultaneamente, dela sendo manifestantes e destinatários entre si, sem que haja o desprendimento da coletividade de cotistas reunidos para votar, de modo que o *iter* volitivo se exaure na própria deliberação.

Ainda que o interesse do *condomínio especial* não se confunda com o dos condôminos, é inafastável que, ao menos o exercício do *direito de voto* decorrente da posição jurídica de cotista não se esgota na cota em si, mas se projeta *diretamente* no patrimônio autônomo do fundo, o que lhe é autorizado apenas porque, e na proporção de poder que, a cota assim o confere.

usus, fructus, abusus. Ora, o que se observa invariavelmente na grande companhia de capital aberto é justamente a atribuição desses elementos da propriedade clássica a titulares diferentes: enquanto os administradores passam a assumir sem contraste o *usus*, e mesmo o *abusus*, o corpo acionário só conserva o *fructus*".

536 Nem se diga que se opção regulatória fosse pela concessão de personalidade jurídica, esta questão sequer seria uma questão. Mas já que o é, parece importante reconhecer a distinção entre o procedimento colegial de formação da vontade no condomínio e na sociedade personificada.

537 "A Assembleia geral de credores, nessa perspectiva, é órgão, eis que preordenada pela Lei 11.101 para agir em favor do desenvolvimento do interesse coletivo da *comunhão de credores* – esta é a função que a lei lhe comete. O interesse individual dos credores, tutelado no procedimento concursal, é o recebimento de seus créditos, em regra de acordo com o princípio da *par conditio creditorum*" (FRANÇA, Erasmio Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 22-23, grifos do original).

538 AMARAL, José Romeu Garcia do; STÊNICO, Rodrigo Nacarato. Sobre a Tutela dos Debenturistas em Juízo. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 388-390).

Enquanto – pode-se comparar – o acionista controlador exerce o poder de disposição indiretamente sobre os bens alheios (da companhia e não seus), nos fundos de investimento o cotista exerce diretamente sobre os bens o poder de decidir pela destinação de sua utilidade, ainda que deles não possa reivindicar nem fruir imediatamente.

O interesse do cotista, sob a perspectiva da extensão de seu direito, pode, então, ser desdobrado em *real*, com *dominus* pleno em relação à cota e aos direitos pessoais mediatos (ceder em usufruto, negociar garantias, etc.) e *real limitado*, em paralelo com os *pessoais*, ora com projeção direta no patrimônio do fundo, ora com projeção na relação entre cotistas e o fundo (dos quais emanam, *v.g.*, os direitos de voto na administração, informacional, e deveres de lealdade e de não negociar indevidamente com informações relevantes⁵³⁹).

4. LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS COTISTAS

Compreendida a posição do cotista, pode-se dar um passo além para delinear, inclusive, a legitimidade para reclamar direitos no âmbito de sua situação jurídica. Neste tema, tem-se perpetrado a posição disto ser viável apenas nos casos em que o dano for direto ao cotista e apenas no limite de sua cota⁵⁴⁰.

Perceba-se, todavia, que, se, de um lado, é indiscutível que o fundo tem legitimidade ativa própria, especialmente no litígio com terceiros e seus prestadores, possuindo capacidade processual e sendo representado em juízo ou fora dele por seu administrador (art.

539 A respeito desses, vide artigos 76, §3º; 55 a 58 e 45, §1º, IV, da Resolução nº 175, CVM.

540 ADAMEK, **Responsabilidade de cotistas...** cit., p. 381; KUYVEN, Fernando. Legitimidade e direitos do fundo e de seus cotistas. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 566-568; COSTA, Cláudia Gruppi; SILVA, Giovanna Queiroz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. O art. 159 da Lei das S/A não se aplica às ações indenizatórias contra o administrador e gestor do fundo de investimento. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 628.

75, CPC)⁵⁴¹, de outro não parece de um todo desarrazoada a dúvida sobre a legitimidade dos cotistas, afinal, o percurso recomendado para eventual demanda contra os prestadores de serviço não seria pragmaticamente curto⁵⁴² e, na origem, quando aqueles agentes realizam a proposta dos serviços pelo Regulamento, esta foi aderida pelos *condôminos*.

No entanto, se não por aplicação analógica da ação social prevista no art. 159, LSA, pela qual se autorizaria, a partir da deliberação assemblear, a propositura de ação pelo próprio fundo ou, em substituição processual⁵⁴³, pelos próprios cotistas, mostram-se viáveis outras formas de atribuição de legitimidade ativa.

Isso se diz, porque, embora, em regra, não seja possível demandar em nome próprio direito alheio, o Código de Processo Civil vigente

541 KUYVEN, *Ibid.* p. 559.

542 Fernando Kuyven (*Op. cit.*, p. 564) sugere que “[c]aso se constate um dano causado por ilícitos praticados por administrador ou gestor atuais, deve-se imediatamente convocar assembleia geral de cotistas para deliberar sua destituição. [...] A procuração para a demanda contra o antigo prestador de serviço deve ser outorgada pelo atual administrador ou gestor. E, se estes se negarem ou relutarem a outorgar a procuração, ela poderá ser outorgada pelos cotistas mediante deliberação assemblear que forme diretamente a vontade do fundo ou de uma classe de cotas”.

543 As ações sociais contra administradores das SAs, demandam, em primeiro plano, a deliberação para a formação de vontade da companhia, a fim de que a própria sociedade decida pela propositura de demanda contra administradores. Caso assim se decida no conclave, é a sociedade quem vai propor a ação de responsabilidade contra os administradores (ação social *ut universi*). Contudo, haverá legitimidade ativa extraordinária dos próprios acionistas (ação social *ut singuli*), caso, mesmo deliberada a responsabilização, a companhia não proponha a demanda em até três meses após a deliberação (*substituição derivada*), ou, na hipótese de não aprovada esta pauta, por iniciativa de 5% dos sócios dissidentes (*substituição originária*). Tratam-se das ações derivadas (*derivative suits*) (ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 367 e ss).

autoriza a *legitimidade ad causam*⁵⁴⁴ de terceiro quando “ordenamento jurídico” assim permitir⁵⁴⁵.

Quer-se com isso dizer que, em havendo interesse jurídico direto dos cotistas sobre a formação da vontade coletiva – e, por certo,

544 Ainda sob égide do CPC de 1973 (que ainda dispunha assim no art. 6º: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”), Cândido Dinamarco (**Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 313-314, 318), esclarece: “Legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e a causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre a sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. [...] A categoria jurídica *legitimidade* é bastante ampla e não se restringe ao direito processual (Donaldo Armelin). Ela pertence ao direito em geral”. E, mais a frente, sobre *legitimidade ativa extraordinária*: “Diz-se *extraordinária* essa legitimidade, em oposição à legitimidade *ordinária*, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações. Compete ao *legislador* e não ao juiz a determinação dos casos em que se concede essa legitimidade (CPC, art. 6º) e ele o faz sempre em virtude de *alguma espécie de relação* entre sujeito e o conflito. Sempre, o substituto processual é o destinatário de algum benefício indireto associado à iniciativa que tomar – porque, sem esse benefício e portanto sem poder esperar qualquer *utilidade* do provimento que pede, não haveria por que instituir sua legitimidade *ad causam* [...]. É crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais”. Os litígios envolvendo os fundos, se enquadram, pois, justamente neste último âmbito peculiar de litígios, o que, pelo já aqui exposto, parece indiscutível. Ainda assim vide: Ada Pellegrini Grinover (Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo**, São Paulo, v. 79, a. 1984. p. 284) e Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo (REPRO)**, São Paulo, v. 256, jun./2016. n.p. itens 1, 2 e 3).

545 Essa mudança, como explica Fredie Didier Jr. (**Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 19. ed. JusPodivm, 2019, p. 394), encaminha a questão por uma via que antes não se autorizava: a da legitimidade extraordinária *negocial*: “Sob a vigência do CPC-1979, era pacífico o entendimento de que não se admitia *legitimação extraordinária de origem negocial*: por um negócio jurídico, não se poderia atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo. Isso porque o art. 6º do CPC-1973 reputava a lei, e apenas ela, a fonte normativa de legitimação extraordinária. A situação agora parece ser diferente. O art. 18 do CPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do ‘ordenamento jurídico’, e não mais da lei. Não bastasse isso, o art. 190 do CPC consagrou a atipicidade da negociação sobre o processo – o tema é tratado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais”. Assim dispõem os artigos mencionados: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” e “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

possuindo o interesse, ainda que indireto, dos frutos patrimoniais que o resultado desta vontade possa ter –, nada veda, hoje, que, por *deliberação, negocialmente*, os cotistas deliberantes atribuam coletivamente a eles próprios a legitimidade para a propositura da demanda em face do administrador, em nome próprio e em favor do fundo⁵⁴⁶⁻⁵⁴⁷.

Em percuciente monografia sobre o tema, Debora Vieira defendeu a possibilidade de “celebração de convenção processual atribuindo legitimidade extraordinária a um condômino, na ocasião assembleia de condôminos convocada por um quarto deles, com a previsão do negócio em ata assemblear”⁵⁴⁸, ao pôr em crítica solução dada em litígio envolvendo condôminos, condomínio e síndico (REsp nº 2.050.372-MT, de Relatoria da Min. Nancy Andrighi), no qual se reconheceu a ilegitimidade ativa do condômino para a propositura de ação de exigir contas, a quem caberia, unicamente, *convocar assembleia*, desde que alcançasse um quarto das cota-partes.

Mesmo que a aplicação normativa dos condomínios em geral não se possa transportar, ante a vedação legal, o raciocínio do ponto de vista da legitimidade ativa extraordinária negocial numa demanda

546 Isso independentemente de se interpretar a deliberação como *negócio jurídico* ou *ato colegial*, ne medida em que, a estes últimos, aplicar-se-ão as disposições dos negócios jurídicos em não havendo previsão específica (que é justamente o que ocorre, já que afastadas as regras gerais sobre condomínios do CCB), segundo o art. 185, CCB.

547 Sobre os negócios jurídicos relacionados ao processo, Junqueira de Azevedo defendeu, ao menos quatro situações: “a) negócios jurídicos de conteúdo de direito substancial que se fazem, incidentalmente, no processo e sem efeitos processuais [...]; b) *negócios jurídicos de direito processual quanto ao conteúdo e com efeitos processuais, mas que se fazem fora do processo – é a hipótese inversa da anterior* – [...]; c) negócios de conteúdo de direito substancial mas que se fazem no processo e com efeitos processuais [...]; e d) negócios jurídicos de conteúdo de direito processual que se fazem no processo e com efeitos processuais” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico e Declaração Negocial**. Tese de concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1986, p. 54-56, grifos nossos).

548 **A Legitimidade nas Ações Coletivas**. O negócio jurídico processual como fonte normativa do autor coletivo. Londrina: Editora Thoth, 2023, p. 191-192. desenvolvendo o tema no âmbito condominial, a autora destaca: “A primeira ponderação a ser feita é que o direito dos condôminos, embora restrito a uma quantidade delimitada de pessoas, traz consigo certa carga coletiva. Ou seja, a administração do condomínio impacta a vida de um grupo de pessoas, que são os condôminos, os quais têm o direito, enquanto coletividade, de acompanhar a administração das contas do condomínio”.

de natureza tipicamente coletiva (*em prol do interesse do fundo*) se mostra adaptável, desde que convocada validamente por estes⁵⁴⁹ e desde que sua eficácia se projete no âmbito do próprio regulamento e em respeito à *utilidade* do patrimônio⁵⁵⁰.

Isso não se contrapõe, aliás, à natureza da pretensão indenizatória, que não se confunde à *reivindicação* do patrimônio: aquela de cunho eminentemente *pessoal* (com eficácia projetada pelos direitos dos cotistas em deliberação), esta *real*, decorrente de *retenção* (v.g.) da coisa, e não de dano⁵⁵¹⁻⁵⁵².

549 Artigo 73, da Resolução 175, CVM: “Os prestadores de serviços essenciais, o custodiante, o cotista ou grupo de cotistas que detenha, no mínimo, 5% (cinco por cento) do total de cotas emitidas, podem convocar, a qualquer tempo, assembleia de cotistas para deliberar sobre ordem do dia de interesse do fundo, da classe ou da comunhão de cotistas”.

550 A resposta mais fácil a esta solução seria seguir a ideia de que à Assembleia e aos cotistas só caberia deliberar, *privativamente*, sobre o que envolva questão patrimonial (o que já se afastou) e/ou que a matéria estaria fora do âmbito das competências atribuídas à assembleia, porque fora do rol do art. 70, da Resolução 175, CVM. Entretanto, desde que a deliberação projete sua eficácia no âmbito do Regulamento, esta solução se mostra de pleno acordo com o artigo 1.368-D, II e III, do Código Civil; além disso, se o próprio regulamento, em certo capítulo, é proposta negocial dos prestadores de serviço, não se mostra irrazoável, também, cogitar de sua responsabilização por eventual descumprimento perante o fundo.

551 Por todos, Chiovenda (*Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del Profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925. p. 51-52): “*El que daña mi cosa, sin negar mi derecho de propiedad, sin afirmar que la cosa le corresponda de derecho a él antes que a mí, no viola una norma de atribución sino de conservación. El derecho que tengo respecto a él para el resarcimiento de los daños, es un derecho personal y no real. Quien retiene mi cosa, disfrutando de ella sin mi permiso, niega de hecho mi derecho de propiedad, aunque expresamente no lo declare, porque se atribuye los beneficios que el derecho quiere atribuirme y se conduce como si la cosa fuese atribuida a él. El derecho que tengo contra este sujeto es real*”.

552 Retomando-se a nota de rodapé nº 15, supra, a analogia da solução pelo litisconsórcio necessário na hipótese de haveres de sociedades sem personalidade jurídica ou em demandas desconstitutivas que afetem a todos os sócios, é, nesse sentir, de um todo aplicável, seja por estar em questão sentença constitutiva-negativa, seja por se tratar de demanda condenatória: “Em suma, apenas nas demais situações de dissolução parcial em sentido estrito (como de retirada por justa causa ou dissolução parcial alternativa à total) é que, como regra, o *litisconsórcio entre sociedade e demais sócios se impõe, de modo a assegurar que a sentença produza plenos efeitos perante todos*”; “Em realidade, apenas no caso de sociedade não personificada, dado que o patrimônio especial é titulado em comum pelos sócios, é que a inclusão destes se justifica, nos limites das regras de regência do tipo societário” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo

Cabe, porém, temperança na correlação entre a *legitimidade substancial* para deliberar atribuição e a consequente *legitimidade processual* (ativa e passiva).

Em linha com os direitos pessoais, de eficácia extensível ao próprio condomínio, eventual legitimidade atribuída afetaria o âmbito dos direitos comuns nas relações dos cotistas entre si, destes perante o fundo e perante os então prestadores de serviço.

Considerando que os efeitos de eventual decisão sobre a validade dessa atribuição são, por certo, unitários em relação aos cotistas, o que importa discutir é se esta pauta, especificamente, imporia a *necessidade* de que todos os condôminos compusessem eventual litígio⁵⁵³.

Por se tratar de *substituição processual* do fundo e defesa do interesse da coletividade – uma coletividade sem personalidade jurídica –, cuja eventual atribuição de legitimidade extraordinária provém de ato negocial, decerto que não só o negócio processual, mas o próprio decreto sentencial afetará o interesse de todos os cotistas, que podem, inclusive, discordar da atribuição do sujeito substituto, ainda que concordem com a medida, pelo que sempre será necessária a participação de todos no processo, por si, ou pelo substituto

e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021. p. 60, 64).

553 Vale aqui as distinções entre litisconsórcio *necessário* e *facultativo*, *simples* e *unitário*. Sabe-se que, em regra, as relações das partes são vistas de maneira autônoma e dissociável. Há casos, porém, em que, por lei ou natureza jurídica da relação, a origem do objeto litigioso, no âmbito material, exige que todas as partes que a compõem também componham o processo, sob pena ausência de pressuposto de validade – o que não quer dizer que o mérito da decisão será idêntico a todos – (*litisconsórcio necessário*). Casos tais comumente têm como efeito a identidade dos efeitos da sentença de mérito sobre as partes, de modo que decisão é *indissociável* (*litisconsórcio unitário*), o que, nem sempre, porém, exige a presença de todos os atingidos. Sobre o tema, vide: PEIXOTO, Ravi. O tratamento processual dos litisconsortes: do litisconsórcio *ad processum* ao litisconsórcio *ad actum*. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 73, jul./set. 2019. p. 197-198; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Litisconsórcio e seu duplo regime. In: **Direito Processual Civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1977. p. 42-46. Vide art. 114, CPC.

escolhido⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵, para que tenham a oportunidade de exercer a ampla defesa e o contraditório quanto ao mérito e/ou sofram os efeitos da declaração de nulidade do negócio por aferição *ex officio*⁵⁵⁶.

Isso posto, três realidades serão possíveis, quando: (i) essa negociação é feita nos fundos exclusivos, com único cotista ou *cotistas vinculados a interesse único e indissociável* (que suscita poucos problemas); (ii) a substituição se dá por voto da maioria absoluta e (iii) em que a deliberação se dá por voto de maioria simples, em fundos com capital disperso.

No primeiro caso, todos os cotistas – supõe-se – concordarão em compor a lide conjuntamente ou pelo substituto⁵⁵⁷, no segundo, os demais cotistas deverão ser arrolados no polo passivo para terem a oportunidade de se manifestarem e, no terceiro, ter-se-á que recorrer às regras de litisconsórcio multitudinário; nesses últimos dois casos, os litisconsortes poderão figurar ao lado do substituto na qualidade

554 Os condôminos que não ingressem inicialmente no processo como litisconsórcios ativos, deverão ser arrolados como réus para que compareçam à lide. A respeito da indispensabilidade da formação do litisconsórcio em razão de negócio jurídico processual, já sinalizada Didier Jr. (*Op. cit.* p. 525-526). Essa migração de polos da ação é comum nos litígios coletivos em que se constatem dissidências internas nas ações coletivas (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do Processo e “Zonas de Interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set. 2013. p. 20).

555 Importa sinalizar, com efeito, que, caso em fase de saneamento o Juízo entenda pela invalidade do negócio processual, far-se-á necessária a presença dos cotistas que deliberaram na assembleia, tendo em vista a eficácia constitutiva-negativa do provimento judicial.

556 Parágrafo único do art. 190, CPC: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

557 Vale referenciar aqui o Acórdão do Agravo de Instrumento nº 2284069-49.2020.8.26.0000-TJSP, de Relatoria do Desembargador Alfredo Attié, que acertadamente reconheceu a legitimidade processual dos *únicos cotistas* que votaram à unanimidade pela destituição do então administrador, inclusive para pleitearem o reembolso de valores pagos ao então administrador durante a vigência de decisão provisória que o manteve no cargo, com espeque no art. 302, II, CPC (responsabilidade por prejuízos causados em razão da tutela provisória, após a cessação de seus efeitos).

de assistente litisconsorcial, como produto de litisconsórcio ativo ulterior⁵⁵⁸.

Em síntese, embora não se admita a iniciativa e ingerência dos cotistas sobre a universalidade que compõe o patrimônio autônomo do fundo, essa mesma limitação não se impõe aos seus *direitos pessoais e reais limitados*, especialmente aqueles políticos e informacionais, que possuam e se projetem no fundo de investimento. Disso decorre que, por assembleia geral, a deliberação poderá autorizar, extraordinariamente, a substituição processual do fundo de investimento em demandas que digam respeito aos danos causados ao fundo.

CONCLUSÃO

A título de conclusão ao debate aqui suscitado, reconhece-se o caráter condominial especial do fundo, como uma estrutura apta a segmentar interesses da *entidade coletiva* dos membros que a compõem, pelo que se justifica a autonomia patrimonial, embora seja uma característica típica das organizações a que a lei confere personalidade jurídica.

Tais entidades, tradicionalmente, em seu aspecto funcional, destinam-se à diversificação do risco, para possibilitar o retorno de resultados que, individualmente, os partícipes dificilmente poderiam assumir, recorrendo, para tanto, à prestadores de serviços especializados.

558 DIDIER JR., *Op. cit.* p. 551; DINAMARCO, *Op. cit.* p. 351. Tratar-se-á, aqui, como bem delimitada Leonardo Carneiro da Cunha (A Assistência no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 56, abr./jun. 2015. p. 162), de *assistência litisconsorcial provocada*, por *intervenção iussu iudicis*: “A intervenção *iussu iudicis* caracteriza-se por ser determinada de ofício pelo magistrado. Diante do contexto e das peculiaridades do caso, poderá o juiz determinar a intimação de um terceiro que tenha interesse jurídico na causa, para que dela, se quiser, participe como assistente. Além da intervenção *iussu iudicis*, é possível que a assistência seja provocada por requerimento de uma das partes do processo”.

Disso se conclui pela existência de um interesse próprio (*interesse do fundo*), formado a partir das deliberações dos cotistas – foro onde tipicamente se manifesta o poder de controle –, formada e tomada segundo os fins estabelecidos no Regulamento, instrumento este, por sua vez, dedicado a regular as relações dos cotistas entre si e entre estes e o fundo (*estatuto de cotistas*), bem como a relação do fundo e dos condôminos com os prestadores de serviço essenciais.

Apesar da especialização do interesse do fundo, a estrutura escolhida pelo legislador, de *condomínio* – mesmo que de *natureza especial* –, impõe, *em alguma medida*, a comunhão dos condôminos em relação à universalidade que forma o fundo – i.e., ao patrimônio condominial.

Em pesquisa, concluiu-se que a especialidade do condomínio está na distinção e limitação dos *efeitos* que o aporte dos cotistas no fundo tem após a assunção à posição de cotista. Parte-se da ideia de que nos condomínios em geral – inaplicável, por ordem legal expressa –, o efeito real do sinalagma entre a subscrição e a fração ideal, que confere a *situação jurídica subjetiva de cotista* é acompanhado simultaneamente dos efeitos pessoais e reais limitados, ambos se projetando sobre o *patrimônio condominial*, conferindo-lhe desde direitos dominiais até os direitos pessoais, para, então, afastar-se desta parcialmente.

Nos fundos de investimento, a lei limita o acesso patrimonial quanto aos efeitos reais da cota, i.e., não poderão exercer os direitos compropriedade da universalidade das coisas corpóreas ou incorpóreas que os componham; contudo, remanescem projetando seus efeitos os direitos pessoais (ou obrigacionais) e reais limitados à administração, notadamente o de voto e informacionais – bem como os deveres *interna corporis*.

Por decorrência, é de se admitir que, em hipóteses excepcionais, os cotistas, desde que o façam no âmbito das relações internas que regulam as relações entre si e entre estes e o fundo, possam assumir a qualidade de legitimados extraordinários para defender interesse patrimonial do fundo – de caráter *pessoal* e não *real* –, mas desde que deliberem validamente em Assembleia, com aptidão de surtir seus

efeitos ao próprio Regulamento (especialmente na parte que toca às relações comunitárias dos cotistas).

Essa constatação não soluciona problemas, mas contribui para melhor enxergar os já existentes e, mais que isso, abre espaço para questionar, dentre outras perguntas que possam surgir: quais os direitos dos cotistas de eficácia pessoal e real, mesmo que limitados, que surtem efeitos perante o patrimônio do fundo? Qual o tratamento processual a ser aplicado aos fundos de varejo? Como isso tratar essa complexidade em eventual divergência interna entre subclasses de cotas?

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Abuso de Minoria em Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 2014.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Abuso de Poder de Controle e os Fundos de Investimento em Participações (FIP). *In*: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Responsabilidade de cotistas e administradores nos fundos de investimento em participações. *In*: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

AMARAL, José Romeu Garcia do; STÊNICO, Rodrigo Nacarato. Sobre a Tutela dos Debenturistas em Juízo. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *Agency Problems and Legal Strategies*, in: KRAAKMAN, Reiner. *et al. The Anatomy Of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach*, 3d ed. 2017.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; PARGENDLER, Mariana. *What Is Corporate Law?* *In*: ARMOUR, John

et al. ***The Anatomy Of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach***. 3. ed., New York: Oxford University Press, 2017.

ASCARELLI, Tullio. Negócio Indireto. In: **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum. 2008.

ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum. 2008.

ASQUINI, Alberto. *I Battelli Del Reno*. In: **Studi Giuridici in Memoria di Filippo Vassalli**. v. 1. Torino: Unione Tipografico. 1960. Disponível em: https://www.academia.edu/38221455/Alberto_Asquini_I_battelli_sul_reno_1960_.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico e Declaração Negocial**. Tese de concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1986.

BORBA, Gustavo Tavares; ROCHA, Luiza Coelho da. Administrador de fundo de investimento: posição jurídica, responsabilidades e vinculação à cláusula compromissória arbitral. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BUONOCORE, Vincenzo. **Le situazione soggettive dell'azionista**. Napoli: Morano, 1960.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do Processo e “Zonas de Interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set. 2013.

CAMPOBASSO, Gian Franco. **Diritto Commerciale: Diritto delle società**. v. 2. Utet Giuridica: Milão, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. ***Instituciones del Proceso Civil***. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. v. 1. Buenos Aires: EJE, 1973.

CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Fundos de investimento: aspectos polêmicos. In: FREITAS, Bernardo Vianna; VERSIANI, Fernanda Valle (Coord.). **Fundos de Investimento**: Aspectos Jurídicos, Regulamentares e Tributários. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CERBINO, Grasiela; AURIEMA, Leonardo Anthero. Fundos de Investimento e autonomia patrimonial. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

CHIOVENDA, Giuseppe. ***Principios de Derecho Procesal Civil***. Tomo II. Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del Profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, António M. **Tratado de Direito Civil II**. Lisboa: Almedina (Portugal), 2021. *E-book*.

CORDEIRO, António Menezes. A lealdade no direito das sociedades. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa a. 66. v. III., dez. 2006.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Sociedades**. I. Parte Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Cláudia Gruppi; SILVA, Giovanna Queiroz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. O art. 159 da Lei das S/A não se aplica às ações indenizatórias contra o administrador e gestor do fundo de investimento. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Assistência no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 56, abr./jun. 2015.

CVM. **Processo nº RJ-2014-11177**. Pres. Dir. Leonardo Porciun-
cula Gomes Pereira. Data de Julgamento: 25.08.2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 19. ed. JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo (REPRO)**, São Paulo, v. 256, jun./2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e Patrimónios Sociais, Lucros e Reservas. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. (Coord.). MAIA, Pedro; RAMOS, Maria Elisabete; MARTINS, Alexandre Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso (autores). **Estudos de Direito das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA, Thiago Molina. **Oferta Pública de Distribuição de Valores Mobiliários**: o regime de registro obrigatório e hipóteses de dispensa. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A..** 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Assembleia Geral de Credores.** São Paulo: Quartier Latin, 2022.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Direito Processual Societário: Comentários Breves ao CPC/2015.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes. **A Sociedade em Comum.** São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GIANINNI, Massimo Severo. *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia).* **Studi in onore di Luigi Rossi.** Milano, Giuffrè, 1952, p. 195-229. *Studio pubblicato anche in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951 (v. scheda n. 3/1951).

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 21. ed. Rev. e Atual. por Luiz Edson Fachin e Coord. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo**, São Paulo, v. 79, a. 1984.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociologia do poder na sociedade anônima. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 29 (nova série), n. 77, p. 50-56, jan./mar. 1990.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H.; SQUIRE, Richard. *Law and the Rise of the Firm*, **Harv. L. Rev.** v. 119, p. 1333, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4093574>. Acesso em: 20 set. 2021.

JAEGER, Pier Giusto. **L'interesse Sociale**. Milano: Giuffrè, 1972.

KUGLER, Herbert. **Poder de Controle no Fundo de Investimento**. Tese de Doutorado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP). São Paulo. 2020.

KUYEN, Fernando; MATIAS FILHO, João Luis Nogueira. Vinculação de Administradores e Gestores ao acordo de cotistas e à cláusula arbitral nele inserida. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

KUYVEN, Fernando. Legitimidade e direitos do fundo e de seus cotistas. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Título V. Constituição. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. (Coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINS NETO, Carlos. Natureza jurídica dos fundos de investimento e responsabilidade de seus cotistas à luz da Lei de Liberdade Econômica: como ficou e como poderia ter ficado. In: HANZMANN,

Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MARTINS NETO, Carlos. **A Responsabilidade do Cotista de Fundo de Investimento em Participações**. São Paulo: Almedina, 2018. *E-book*.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. O Trust e o Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro. v. 12. n. 4. p. 165-208, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. Direito das Coisas. Atualizado por Jefferson Carús Guedes e Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Tomo XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Litisconsórcio e seu duplo regime. *In: Direito Processual Civil*: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1977.

MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do Direito Civil Português**. 2. ed. Livro III. Coimbra: Coimbra Editora, 1925.

OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Notas sobre o regime jurídico dos fundos de investimento. *In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais*. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

OPPO, Giorgio. **Contratti Parasociali**. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1942.

PEIXOTO, Ravi. O tratamento processual dos litisconsortes: do litisconsórcio *ad processum* ao litisconsórcio *ad actum*. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 73, jul./set. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 4. 27. ed. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. *E-book*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Catarina Campos da Silva. Classes e subclasses em fundos de investimento. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ROMANO, Santi. *Organi*. In: **Frammenti di un Dizionario Giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine Generali del Diritto Civile**, 9. ed., Napoli: Jovene, 2012.

SATIRO, Francisco. Construção Sobre Ativos de Fundos de Investimento em Participações. In: TEIXEIRA, Tarcísio (Org.). **Direito Empresarial – estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Dulerc Verçosa**, IASP, São Paulo, 2015, pp. 561-596. Versão eletrônica disponível em: https://www.academia.edu/25211637/CONSTRICAO_JUDICIAL_SOBRE_ATIVOS_DE_FUNDOS_DE_INVESTIMENTO.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe. Do Regime de Responsabilidade dos Sócios na Sociedade em Conta de Participação.

In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Org.). **Direito Societário Contemporâneo II**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Comentários aos artigos 80 a 99. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. (Coord.). **Sociedades**: Lei das Sociedades Anônimas comentada. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

TANTINI, Giovanni. **Capitale e Patrimonio. Nella Società per Azioni**. Padova: Cedam, 1980.

TIBURCIO, Antonio Augusto; HERMETO, Lucas; MAFRA, Ricardo. A responsabilidade de gestores em fundos de investimento de “gestão discricionária”. In: HANZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. (Org.) **Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

TJSP. Agravo de Instrumento 2284069-49.2020.8.26.0000. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Decisão interlocutória que rejeitou a impugnação apresentada pelas executadas. Agravantes que sustentam as seguintes teses: a) inexistência de título executivo judicial; b) ilegitimidade ativa das exequentes/agravadas; c) efetiva prestação de serviços quando da vigência da liminar revogada, sendo devida a remuneração. Sem razão. Parte que responde pelos prejuízos que a efetivação da tutela causar à parte adversa. Inteligência do art. 302 do CPC. Formação do título que independe de condenação expressa. Precedentes do C. STJ. Tese de ilegitimidade ativa que não se sustenta. Agravadas que foram parte no processo de conhecimento. Agravantes que não fazem jus à pretendida remuneração. Revogação da tutela que restabelece a situação anterior. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 30ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2021; Data de Registro: 29/07/2021.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VIEIRA, Debora. **A Legitimidade nas Ações Coletivas**. O negócio jurídico processual como fonte normativa do autor coletivo. Londrina: Editora Thoth, 2023.

WIEDEMANN, Hebert. “Excerto do ‘Direito Societário’ I – Fundamentos”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. **RDM**, n. 143/66. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WIEDEMANN, Hebert. “O Pequeno Acionista é Acionista?”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Bruno Di Dotto do original “Ist Der Kleinaktionär Kein Aktionär”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 55 (nova série) ns. 170/171, ago. 2015/jul. 2016. Disponível em: https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2019/11/RDM_170-171-FINAL-1-21-36.pdf. Acesso em: 03 set. 2021.

WIEDEMANN, Herbert. Vínculos de Lealdade e Regra de Substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. por Otto Carlos Vieira Ritter Von Adamek. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 157, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/192687>. Acesso em: 20 nov. 2021.

YAZBEK, Otavio; DUARTE, Anelise Paschoal Garcia. Novamente o Conflito de Interesses – o caso dos fundos de investimento imobiliário. In: KUYEN, Fernando (Coord.). **Direito dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

