

# 15 anos do Código Civil

Direito de Empresa, Contratos e Sociedades

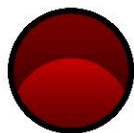


Ricardo Lupion  
Fernando Araujo  
(Orgs.)

A presente obra é fruto das reflexões e debates realizados durante o III CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL DA PUCRS comemorativo dos “15 anos do Código Civil: Contratos, Empresa e Sociedades” nos dias 20 e 21 de novembro de 2017, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Edital FAPERGS 06/2016 - Concessão de Apoio Financeiro para Eventos Técnico-Científicos). O evento contou com a presença de pesquisadores renomados, a nível nacional, que possuem livros, publicações em periódicos e pesquisa científica sobre os temas abordados no evento. Pela apresentação dos textos verifica-se, desde já, que a leitura será desafiadora, porque reúne, a um só tempo, excelência acadêmica de autores e efetiva experiência profissional dos autores brasileiros e portugueses nos temas abordados. Enfim, a obra pretende oferecer aos estudantes, acadêmicos e profissionais do direito, no Brasil e em Portugal, uma contribuição nos temas abordados.



**15 anos do Código Civil**



***Comitê Editorial***

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liane Tabarelli**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Andrea Bühring**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira**

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

**Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Thadeu Weber**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Fernanda Medeiros**

PUCRS, Brasil.

# 15 anos do Código Civil

**Direito de Empresa, Contratos e Sociedades**

**Organizadores:**

Ricardo Lupion

Fernando Araujo

*φ editora fi*

**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 57

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (Orgs.)

15 anos do Código Civil: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion, Fernando Araujo (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

711 p.

ISBN - 978-85-5696-426-7

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Código Civil; 3. Contrato; 4. Empresa; 5. Sociedade; I. Título II. Série

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

(em ordem alfabética de autores)

<b>Prefácio</b> .....	<b>13</b>
-----------------------	-----------

Ricardo Lupion; Fernando Araujo

## Seção I

### Autores brasileiros

#### Parte 1

#### Contratos

<b>1</b> .....	<b>31</b>
----------------	-----------

**Contratos empresariais pós CC/2002: autonomia, características e regime jurídico**

Marcia Carla Pereira Ribeiro; Diego Caetano da Silva Campos

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Contratos empresariais: conceito. 3. Distinção de outras espécies contratuais. 3. 1 Contratos empresariais e contratos de consumo. 3.2 Contratos empresariais e contratos civis. 4. Contratos empresariais, lucro e mercado. 5. Contratos empresariais: características e sua conformação com a estrutura econômica. 6. Instrumentalidade dos contratos empresariais, sua função econômica e os reflexos em seu regime jurídico. 7. Conclusão.

<b>2</b> .....	<b>71</b>
----------------	-----------

**A subsistência dos contratos empresariais enquanto categoria autônoma no Código Civil**

Marlon Tomazette

**Sumário:** 1 - Introdução. 2 - Histórico do direito comercial 2.1 - O sistema subjetivo 2.2 - O sistema objetivo 2.3 - O sistema subjetivo moderno 3 - Autonomia do direito empresarial 3.1 - Opinião contrária a autonomia 3.2 - Opinião favorável a autonomia do direito comercial 4 - A autonomia e as características próprias do direito empresarial 5 - A dicotomia do direito privado nos contratos: a categoria dos contratos empresariais 6 - Pilares dos contratos empresariais: a empresa e o empresário 7 - Características dos contratos empresariais 8 - Referências.

**3 ..... 105**  
**A obsolescência do precedente único do STJ sobre o contrato de locação comercial no âmbito da transferência do estabelecimento sob a luz do Novo Código de Processo Civil**

Maurício Andere von Bruck Lacerda

**Sumário:** Introdução. 1. O Estabelecimento empresarial e a importância do “ponto comercial” 2. O contrato de trespasse e os seus reflexos perante terceiros – O contributo das normas dos artigos 1.142, 1.143, 1.144 e 1.148 CC 3. Breves comentários sobre o artigo 13 LI e o atual tratamento jurisprudencial conferido ao contrato de locação por ocasião da transferência do estabelecimento 4. O Novo Código de Processo Civil e os impactos sobre a discussão em tela Considerações finais. Referência bibliográfica.

**4 ..... 131**  
**Recuperação extrajudicial: caráter contratual do instituto e ocorrência de contratos coligados**

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo; Adriana Valéria Pugliesi

**Sumário:** 1. A Consulta. 2. Algumas considerações iniciais sobre a recuperação judicial e a extrajudicial. 3. As peculiaridades do caso concreto e os efeitos sobre a recuperação extrajudicial e sua preponderante natureza negocial na fase pré-homologatória. 3.1 A legítima expectativa do credor financeiro e o dever de cumprimento da obrigação. 4. A recuperação extrajudicial como procedimento concursal e os efeitos do pedido de sua homologação judicial. 5. Considerações finais. 6. Respostas aos quesitos.

**5 ..... 163**  
**A revisão judicial dos contratos empresariais em tempos de interrupção: aprender, desaprender e reaprender para encarar o futuro dos negócios**

Ricardo Lupion

**Sumário:** Introdução 1. As previsões revisionistas do código civil 2. Atividade empresarial: atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro 3. O ressurgimento da cláusula *rebus*: uma breve abordagem. 4. Imprevisão nos contratos empresariais: acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. 5. Reflexão final, não conclusiva: tempos de interrupção, surpresas e incertezas.

**6 ..... 179**  
**Seguro regulação: a função do regulador e a boa-fé**

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

**Sumário:** Introdução. Impugnação ao laudo. Boa fé do regulador. A expertise do regulador. Projeto de Lei da Câmara n. 29/2017. A função do regulador. Os interesses da seguradora e do segurado. Princípios da conduta do regulador. Remuneração do regulador. Natureza jurídica da relação entre seguradora e o regulador. Valor probante do relatório. Imparcialidade e independência do regulador



7 .....197

## **O paternalismo libertário nos contratos de consumo**

Cesar Viterbo Matos Santolim; Douglas Oliveira Donin

**Sumário:** Introdução. O problema do paternalismo Da abordagem neoclássica à abordagem behaviorista. O paternalismo libertário nos contratos de consumo. Críticas e respostas às críticas ao paternalismo libertário. Referências

### **Parte 2 Empresa**

8 ..... 237

## **Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista**

Ana Frazão

**Sumário:** 1. Introdução 2. Coesão e extensão do regime societário das estatais 2.1. Grau de uniformidade do regime societário das estatais 2.2. Alcance do regime societário das estatais 3. Visão sistemática do regime societário das estatais: objeto social e interesse social das estatais a partir da Constituição Federal e da Lei das S/A 4. Lei nº 13.303/2016: objeto social e interesse social das estatais a partir da delimitação explícita da sua função social 4.1. Reforço da importância da lei autorizadora e dos estatutos na delimitação do objeto social e previsão da carta anual para a sua execução 4.2. Delimitação clara e precisa da função social das estatais 5. Regime societário específico das estatais 5.1. Regime de governança corporativa 5.2. Regime de transparência 5.3. Regime de gestão de riscos e controle interno 5.4. Regime organizativo 5.4.1. Órgãos obrigatórios 5.4.2. Requisitos para a assunção de cargos nos órgãos das estatais 6. Deveres gerais e responsabilidade de controladores, administradores e membros de órgãos das estatais 6.1. Deveres e responsabilidades do controlador 6.2. Deveres e responsabilidades dos administradores 6.3. Deveres e responsabilidades dos membros do Conselho Fiscal e do Conselho de Auditoria Estatutário 7. Considerações finais Referências

9 ..... 291

## **Empresas e computação pervasiva oportunidades e desafios**

Carlos Alberto Molinaro; Regina Linden Ruaro

**Sumário:** 1. Tecnologia e concentração de poder 2. Repensando o modelo operacional. 3. Estrutura: Quando devemos integrar o digital? 4. Responsabilidades: quem toma decisões? 5. Configurações de trabalho 6. Empresas e Internet das Coisas 7. Progresso dos Transistores Disruptivos 8. Um gerenciamento de energia revolucionário 9. Padrões Abertos 10. Evitando Falhas no Mercado 11. Observações finais. Referências.

10 .....315

## **A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado**

Fabio Ulhoa Coelho

**Sumário:** 1. Introdução 2. Previsibilidade das decisões judiciais 3. Insegurança jurídica como desalocação de riscos 3.1. Personalidade jurídica própria das sociedades integrantes de grupo 3.2. Garantia bancária à primeira demanda 3.3. Contratos de colaboração empresarial 4. Conclusão: a importância da segurança jurídica do ambiente de negócios. Bibliografia.

**11 ..... 339**

**Responsabilidade civil ambiental da empresa: releitura dos elementos tradicionais da responsabilidade civil**

José Fernando Simão

**Sumário:** I – Introdução. 1. A culpa. 2. O dano. 3. O nexo causal. II – Os elementos da responsabilidade civil em matéria ambiental – sua desnecessidade. 1. Desnecessidade de conduta lícita ou ilícita. 2. Desnecessidade de culpa e nexo causal. III – Os elementos da responsabilidade civil em matéria ambiental – decisões relevantes. 1. O incêndio em Santos e a morte de peixes. 1.1 Os fatos. 1.2. A solução do TJ/SP e o caso análogo decidido pelo STJ 2. O incêndio no Guarujá e a fumaça tóxica. 2.1 Os fatos. 2.2. A solução do TJ/SP. 3. Explosão do navio Vicuña. 3.1 Os fatos. 3.2. A solução do STJ. IV – Nota conclusiva.

**12..... 359**

**A capacidade do empresário e o novo estatuto da pessoa com deficiência**

Joyceane Bezerra de Menezes; Unie Caminha

**Sumário:** Introdução 1. O empresário e a sua capacidade 1.1 Capacidade e proibição para ser empresário 1.2. Capacidade e responsabilidade patrimonial 2 O advento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei Brasileira de inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei no.13.146/2015 e o impacto no regime das incapacidades 2.1 Da capacidade civil das pessoas com deficiência 3 A capacidade da pessoa com deficiência intelectual e psíquica para o exercício da empresa. Conclusão. Referências

**13..... Error! Bookmark not defined.**

**O conceito de empresa do artigo 966 do Código Civil e sua inaplicabilidade no direito brasileiro**

Juliana Krueger Pela

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As dificuldades interpretativas do artigo 966 do Código Civil. 3. Relevância prática e aplicação do conceito de empresa do artigo 966. 4. Necessidade de revisão.

**14 ..... 407**

**Algumas implicações jurídicas do macrossistema empresarial no processo de desenvolvimento econômico**

Oksandro Gonçalves

**Sumário:** 1. Introdução 2. A macroempresa: seu caráter transnacional (ou anacional) 3. O papel do Estado e do Direito: a lex mercatoria e o pluralismo jurídico 4. A empresa Estado e o Estado empresa. 5. Conclusão. 6. Bibliografia

## Parte 3 Sociedades

15..... Error! Bookmark not defined.

### **O menosprezado capital social**

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

**Sumário:** 1. Ambientação do tema 2. Funções do capital social 3. Princípios que orientam a realização dessas funções 4. Capital mínimo 5. Subcapitalização.6. Descapitalização.

16..... **461**

### **Contrato de sociedade: a interpretação doutrinária e jurisprudencial do art. 981 do Código Civil**

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da transição para o código civil de 2002 em matéria de direito societário. 3. A *affectio societatis* como elemento distintivo do contrato de sociedade – consagração doutrinária e jurisprudencial 4. As críticas à consagração da *affectio societatis* como elemento central do contrato de sociedade. 5. Da proposta de avanço na discussão 5. Conclusão 6. Referências

## Seção II Autores portugueses

17..... **487**

### **Da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede**

Hugo Ramos Alves

**Sumário:** §1. Introdução 1. Delimitação do Tema 2. Sequência §2. O Admirável Mundo Novo da Internet 1.Breve excuroso histórico 2. Explicitação de Conceitos 2. Sociedade da Informação versus Comércio Electrónico §3 A responsabilização dos prestadores de serviços em rede – breve excuroso de Direito Comparado 1. Razão de Ordem 2. A TMG alemã 3. O Digital Millenium Copyright Act 4. A Direcctriz n.º 2000/31/CE §4. A responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede no regime interno 1. Considerações gerais 2. Serviços da Sociedade da Informação 3. Princípio da equiparação 4. Ausência de um dever geral de vigilância 5. Os deveres específicos dos prestadores intermediários de serviços 6. Responsabilidade do fornecedor de conteúdos 7. Responsabilidade do fornecedor de conteúdos 7. Responsabilidade do fornecedor de acesso 8. Responsabilidade dos intermediários de serviços 9. Responsabilidade dos fornecedores de espaço 10. Resolução provisória de litígios § 5. Ex professo: a limitação contratual da responsabilidade dos prestadores de serviços 1. Razão de ordem 2. Regime geral 3. Contratos de adesão § 6. Natureza jurídica das factiespécies de responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede § 7. Conclusões

**18 ..... 601**

### **O Contrato Ulisses – I: o pacto anti-psicótico**

Fernando Araújo

**Sumário:** 1. O “contrato ulisses”: desenho básico 2. Ulisses e as sereias 3. Sequência 4. Os problemas do foro psíquico 5. Epidemiologia 6. Cinco exemplos 7. A solução privada: directivas e pactos 8. A experiência do reincidente 9. Inexperiência e experimentação 10. Activação: amarrando Ulisses 11. Recusa do tratamento e do pacto 12. Resistência à recusa: a coerção 13. A prevenção pactuada da coerção máxima 14. Capacidade e competência 15. Capacidade natural e capacidade jurídica 16. A paridade no contrato 17. A interposição de terceiros 18. Do paternalismo à cumplicidade 19. Autonomia como autenticidade 20. Epílogo: incumprimento. Bibliografia

**19..... 653**

### **Condição suspensiva e interesse unilateral**

João de Oliveira Geraldes

**Sumário:** §1. O problema e as suas coordenadas; §2. A condição unilateral: 2.1. Questão preliminar: o dogma da exterioridade condicional; §3. Condição suspensiva unilateral e poder abdicativo do seu beneficiário: 3.1. Enunciação sintética das principais teorias: 3.1.1. A teoria dualista ou do duplo contrato; 3.1.2. A teoria unitária ou do duplo condicionamento; 3.2. A teoria do duplo condicionamento no Sistema português: 3.2.1. O problema das condições potestativas arbitrárias; 3.2.2. Automaticidade e definitividade; 3.2.3. O prazo: a aplicação analógica do n.º 2 do artigo 436 do Código Civil

**20 ..... 689**

### **Restrições verticais determinadas pela procura**

Paula Vaz Freire

**Sumário:** Introdução 1. Poder de compra: conceito, origem e critérios de aferição 2. Restrições verticais determinadas pela procura 3. Efeitos sobre o bem-estar 3.1. Efeitos negativos 3.2. Efeitos positivos 4. Aplicabilidade do critério do balanço económico às restrições verticais determinadas pela procura. Bibliografia

# Prefácio

*Ricardo Lupion*  
*Fernando Araujo*

A presente obra é fruto das reflexões e debates realizados durante o **III CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL DA PUCRS** comemorativo dos “**15 anos do Código Civil: Contratos, Empresa e Sociedades**” nos dias 20 e 21 de novembro de 2017, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (conforme Termo de Outorga nº 17/2551-0000615-1, Edital FAPERGS 06/2016 - Concessão de Apoio Financeiro para Eventos Técnico-Científicos).

O evento contou com a presença de pesquisadores renomados, a nível nacional, que possuem livros, publicações em periódicos (Qualis B2 e superiores) e pesquisa científica sobre os temas abordados no evento.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Programação do evento: **PAINEL CONTRATOS: Design Contratual** Prof. Dr. Rodrigo Mendes - Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. **Os contratos empresariais nos 15 anos de Código Civil: interpretações consolidadas pelos tribunais.** Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Juliana Pela - Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. **Instrumentos contratuais para a tutela de minoritários.** Prof. Dr. Marcelo Von Adamek - Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP. **PAINEL EMPRESA: A dissolução das sociedades limitadas no Código Civil e no CPC/2015.** Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves. Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. **Empresa na atualidade** Prof<sup>a</sup> Dra. Ana Frazão - Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB. **Desconsideração Da Personalidade Jurídica** Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça. **PAINEL SOCIEDADES: Acordo de Quotistas** Prof. Dr. Marcelo Guedes - Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da PUCSP. **Natureza jurídica do contrato de sociedades** Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva - Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. **CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO: Segurança Jurídica e Direito Comercial** Prof. Dr. Fabio Ulhoa Coelho - Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCSP

Esta coletânea está organizada em duas Seções.

A **Seção I – autores brasileiros**, conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento, por professores e alunos dos Programas de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, da UFRGS, da PUCPR, da UFPR, da USP, da PUCSP, da FGV Direito SP, da UnB, da UniCeub e da UNIFOR.

A **Seção II – Autores portugueses**, conta com textos elaborados por professores convidados da renomada Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## **Seção I – Autores brasileiros**

Nesta Seção I – autores nacionais, os textos estão organizados por capítulos (Capítulo 1: Contratos, Capítulo 2: Empresa e Capítulo 3: Sociedades), em ordem alfabética dos autores.

### **Parte 1 – Contratos**

Sob o título **“Contratos empresariais pós CC/2002: autonomia, características e regime jurídico”**, Marcia Carla Pereira Ribeiro (Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR e da UFPR) e Diego Caetano da Silva Campos (mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR) analisam se mesmo após o Código Civil de 2002, que revogou as disposições gerais dos contratos mercantis antes previstas no Código Comercial, os contratos empresariais permanecem como categoria autônoma, definidos como os contratos firmados entre empresários no exercício de sua atividade econômica. Os autores procuram demonstrar que o contrato empresarial possui relevante função econômica, é intimamente ligado aos imperativos de mercado, sobretudo porque é um dos principais instrumentos jurídicos para o exercício da livre iniciativa e que o regime jurídico próprio tem sido por vezes descuidado, quando são indevidamente equiparados os contratos civis, contratos

mercantis e contratos de consumo, interpretando-se sob a mesma ótica contratos que estão sujeitos a lógicas e características diversas.

Ao abordar **“A subsistência dos contratos empresariais enquanto categoria autônoma no Código Civil”**, Marlon Tomazette (Professor de direito comercial no Centro Universitário de Brasília – UniCeub) examina a autonomia do direito empresarial como um dos temas mais controvertidos na história da doutrina mundial e a unificação, ao menos da parte de obrigações e contratos promovida pelo Código Civil. O propósito central do artigo é a questão da subsistência ou não dos contratos empresariais como uma categoria autônoma, mesmo dentro do Código Civil. Para analisar tal tema, o texto apresenta o histórico do direito empresarial, mostrando as razões que justificaram o seu surgimento e a sua evolução ao longo do tempo. Nessa perspectiva, é fundamental analisar se no estágio atual existem ou não elementos característicos capazes de dar e manter a autonomia científica ao direito empresarial. Foram apresentadas as principais manifestações contrárias e favoráveis a autonomia, para que se chegue a uma conclusão parcial neste particular. A partir da conclusão parcial alcançada, é fundamental fazer sua transposição para o aspecto dos contratos, analisando se existem ou não como figuras autônomas os contratos empresariais. Assim, é fundamental também o estudo das categorias “empresa” e “empresário” como categorias basilares de toda a interpretação da ideia moderna de direito empresarial e dos contratos empresariais.

O texto **“A obsolescência do precedente único do STJ sobre o contrato de locação comercial no âmbito da transferência do estabelecimento sob a luz do novo código de processo civil”** de Maurício Andere von Bruck Lacerda (Mestre em ciências jurídico-empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) examina os reflexos da transferência do estabelecimento sobre o contrato de locação do imóvel no qual este se situa, sob a luz do sistema de precedentes da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil – CPC), apresentando os principais

argumentos doutrinários e jurisprudenciais de direito material sobre o tema e uma visão crítica sobre o posicionamento adotado no âmbito do STJ a respeito da contravérsia da necessidade (ou não) da anuência prévia do locador para a continuidade da relação locatícia perante o adquirente do estabelecimento. O texto propõe novos fundamentos, agora de ordem processual, para contribuir no debate sobre o tema de forma a proporcionar a adequada prestação jurisdicional.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) e Adriana Valéria Pugliesi Professora de Direito Empresarial na FGV-SP, contribuíram na coletânea com parecer que ofereciam sob o título **“Recuperação extrajudicial: caráter contratual do instituto. Ocorrência de contratos coligados”**, no qual os autores fizeram algumas considerações sobre a recuperação judicial e a extrajudicial, as peculiaridades do caso concreto e os efeitos da recuperação extrajudicial e sua preponderante natureza negocial na fase pré-homologatória e a legítima expectativa do credor financeiro e o dever de cumprimento da obrigação. O texto examina se cada acordo celebrado pelos credores na recuperação extrajudicial, constitui (ou não) um de vários contratos coligados por um “nexo econômico funcional”.

No texto **“A revisão judicial dos contratos empresariais em tempos de disrupção: aprender, desaprender e reaprender para encarar o futuro dos negócios”**, Ricardo Lupion (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS) escreve que em tempos de telemática, bitcoins, blockchain, big data, internet das coisas, veículos autônomos, smart contracts, chegou a hora de repensar os pressupostos clássicos que autorizam a revisão judicial dos contratos empresariais em decorrência de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” previstos no artigo 478 do Código Civil. O texto apresenta as previsões revisionistas do Código Civil, as principais características da atividade empresarial (atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro) para, ao



final, fazer uma reflexão final, não conclusiva: em tempos de disrupção, os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis farão parte do cotidiano empresarial. Será que o direito poderá aceitar a revisão judicial do contrato com base nesses pressupostos do artigo 478 do Código Civil? Será que o Código Civil, concebido no mundo analógico poderá servir de fundamento no mundo digital? O tempo dirá !

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça) no texto **“Seguro. Regulação. A função do regulador e a boa-fé”**, analisa a importante função do regulador, técnico especializado em determinado ramo de seguro, pertencente ou não ao seu quadro funcional, que realiza ou efetua apuração dos prejuízos realmente sofridos pelo segurado, demonstrados mediante relatório de regulação, num determinado sinistro, para fins de liberação, ou não, de pagamento de indenização, quando o segurado não concorda com a oferta da seguradora, ou quando os prejuízos são de monta (seguro de danos, seguro de responsabilidade), em procedimento que se denomina regulação do sinistro. O texto aborda importantes aspectos deste procedimento, com especial ênfase para os deveres do regulador: imparcialidade, igualdade, lealdade, veracidade, probidade, celeridade, informação, consensoe diligência, destacando que todos esses deveres podem ser resumidos em um só: cumprir a boa-fé e agir com lealdade.

O texto **“O paternalismo libertário nos contratos de consumo”** de autoria de Cesar Viterbo Matos Santolim (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS) e Douglas Oliveira Donin (Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS) examina se é possível exercer algum tipo de influência sobre a escolha dos consumidores, interferindo na formação das relações e contratos de consumo, sem impactar negativamente na liberdade dos envolvidos. Se é possível (ou não) agir paternalisticamente, orientando os consumidores a decisões que lhes garanta melhor bem-estar, saúde, satisfação ou segurança,

sem que isso se dê pela imposição ou proibição? O texto se dedica a uma revisão da evolução a linha de pensamento, o paternalismo libertário, bem como à exploração das vastas possibilidades de aplicação desta teoria no campo dos contratos de consumo.

## Parte 2 - Empresa

Ana Frazão (Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB) no artigo **“Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista”** comenta que a Lei nº 13.303/2016 ingressou no mundo jurídico com a missão espinhosa de disciplinar o estatuto das empresas públicas e das sociedades de economia mista, o que se estende às suas controladas e, em certo grau, também às sociedades em que mantêm investimentos. A autora menciona que a governança corporativa nunca foi implementada amplamente na prática, seja por falta de vontade política e por ausência de fiscalização e controle efetivos, seja em razão das dificuldades naturais de compatibilizar organizações de finalidades lucrativas com os propósitos de interesse público que justificam a sua criação. Entretanto – prossegue o texto - mais recentemente, resultados econômicos controversos e escândalos de corrupção deixaram clara a fragilidade da organização e gestão das estatais, o que fez surgir interesse renovado na reconfiguração do seu modelo de governança a partir de uma lei específica. É nesse contexto que deve ser entendido o novo regime societário das sociedades de economias mista e empresas públicas implementado pela Lei nº 13.303/2016, cujas principais questões foram objeto de análise no artigo, para se delinear, ao final, qual será o real impacto das alterações legislativas sobre a gestão de tais entes.

O texto **“Empresas e computação pervasiva: oportunidades e desafios”** de autoria de Carlos Alberto Molinaro e Regina Linden Ruaro (ambos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS) alerta para o aumento acelerado das inovações tecnológicas e a sua integração na produção e serviços

que criaram condições sem precedentes para os decisores político-econômicos. Entre as diversas abordagens do texto, há uma preocupação para que os formuladores de políticas devem garantir que a Internet das Coisas (IoT pelo acrônimo em inglês: *Internet of Things*) seja operacional e inofensiva para que ela atenda à aceitação pública e, portanto, se torne amplamente economicamente viável, destacando preocupações com a privacidade quanto à legitimidade da coleta e uso de dados pessoais e com a segurança sobre a proteção de dados de intrusos indesejados, já que famílias e mercados industriais, respectivamente, temem o vazamento de dados pessoais e profissionais.

O objetivo principal de Fabio Ulhoa Coelho (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCSP), ao abordar “**A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado**” foi o de contribuir na formulação de um sólido conceito de segurança jurídica para fins de proteção jurídica do investimento privado. A ausência de um conceito de segurança jurídica tem tornado estéreis as discussões em torno de várias soluções legais e judiciais que impactam a atração de investimentos pelo país. O artigo propõe a construção do conceito no campo do direito comercial (e, em especial, em se tratando de proteção jurídica do investimento privado), em torno de dois cortes sucessivos: previsibilidade das decisões judiciais e efetividade da alocação de riscos, legais ou contratuais.

José Fernando Simão (Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), no texto “**Responsabilidade civil ambiental da empresa: releitura dos elementos tradicionais da responsabilidade civil**” esclarece que o estudo da responsabilidade civil passou por profundas transformações neste início de Século XXI e que os quatro elementos normalmente trazidos como essenciais para que surja o dever de indenizar (conduta, culpa,nexo causal e dano) passam por um momento de reflexão tendo em vista o alto grau e avanço

tecnológico que, além de bem-estar, é fonte de danos nunca antes imaginados e de proporções inéditas. Com a culpa completamente afastada, por lei, da responsabilidade civil da empresa por danos ambientais, restam os três elementos ensejadores do dever de indenizar: conduta, nexo causal e dano. O autor examina a importância da conduta da empresa relativa ao evento danoso em matéria ambiental, destacando que há grande confusão entre conduta e nexo causal por conta da chamada teoria do risco integral.

O texto **“A capacidade do empresário e o novo estatuto da pessoa com deficiência”** de Joyceane Bezerra de Menezes e Unie Caminha (ambas Professoras do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR) analisa as repercussões do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei no.13.146/2015, no âmbito do direito empresarial, notadamente quanto à capacidade do sujeito com deficiência intelectual ou psíquica para o exercício da empresa, A considerar a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), tratado internacional ratificado pelo Brasil por meio dos Decretos no.186/2008 e no. 6.949/2009, a pessoa com deficiência tem igual capacidade comparativamente às demais. Deve-se considerar que essas disposições acabam por surtir efeitos para além dos direitos da personalidade, refletindo-se nos direitos patrimoniais e mais especificamente no Direito Empresarial, que se utiliza de critérios de capacidade civil para determinar aquele que pode ser titular de empresa. Inicialmente, analisa-se o ordenamento brasileiro quanto à capacidade do empresário. Em seguida, trata-se sobre as modificações operadas no regime das incapacidades pelo EPD e, da capacidade da pessoa com deficiência para o exercício da empresa.

Em o **“Conceito de empresa do artigo 966 do código civil e sua inaplicabilidade no direito brasileiro”**, Juliana Krueger Pela (Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) aponta para as dificuldades interpretativas do artigo 966 do Código Civil, esclarecendo que, decorridos mais de 15 anos da entrada em vigor

do Código, o conceito de empresário não se tornou menos enigmático, persistindo as mesmas dificuldades originais para sua interpretação. O artigo indica que essas dificuldades interpretativas não comprometem o funcionamento do sistema, nem a aplicação do Direito Comercial, cuja autonomia e função permaneceram reconhecidamente intactas mesmo após a unificação do direito das obrigações, apoiando essa afirmação no fato de que são raros litígios relativos à qualificação de empresário e à aplicação concreta do artigo 966 do Código Civil. O texto aborda a relevância prática e aplicação do conceito de empresa e a necessidade de revisão do artigo 966 do Código Civil.

Ao abordar **“Algumas implicações jurídicas do macrosistema empresarial no processo de desenvolvimento econômico”** Oksandro Gonçalves (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR) destaca que a empresa é uma realidade complexa que congrega interesses de ordem privada e pública, não se limitando ao aspecto do mero interesse individual, mas que afeta toda coletividade e um dos mais importantes fenômenos do mundo contemporâneo, respondendo por uma parcela substancial da circulação de riquezas na sociedade. No texto o autor aborda o papel da macroempresa no processo de construção do desenvolvimento econômico. O autor trabalha a noção de macroempresa, seu caráter transnacional e o impacto que provoca em âmbito mundial e o papel do Estado e do Direito, o surgimento de uma nova *lex mercatoria* e a formação de um pluralismo jurídico que remete a novas formas de manifestação da jurisdição. A empresa Estado em contraposição ao Estado empresa, também mereceu a atenção do autor, que enfrentou o problema da posição adotada segundo uma determinada premissa de governo que pode levar a empresarialização do Estado.

### **Parte 3 - Sociedades**

No sugestivo título “**O menosprezado capital social**” Alfredo de Assis Gonçalves Neto (Professor Titular aposentado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFPR) trata de diversos temas relacionados ao capital social, como funções do capital social e os princípios que orientam a realização dessas funções, capital mínimo, subcapitalização e descapitalização, comentando que é comum ver na doutrina e em alguns dispositivos legais a utilização do termo “capital” como sinônimo de “patrimônio”, mas é preciso estar atento para a distinção.

Em “**O contrato de sociedade: a interpretação doutrinária e jurisprudencial do art. 981 do Código Civil**” Giovani Ribeiro Rodrigues Alves (Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR) analisa se é possível (ou não) extrair com suficiente clareza quais os elementos que diferenciam o contrato de sociedade de outras modalidades contratuais, a partir da leitura do art. 981 do Código Civil. O texto também aborda a importância da *affectio societatis* como elemento central e caracterizador da sociedade, não só para diferenciar o contrato de sociedade dos demais contratos, como também para justificar a dissolução parcial de sociedades. O artigo procura compreender qual ou quais são os elementos distintivos do contrato de sociedade, buscando contribuir para o aperfeiçoamento da interpretação do Código Civil de 2002 no que tange ao direito societário.

## **Seção II – Autores portugueses**

Nesta Seção II – autores estrangeiros, os textos estão organizados em alfabética.

No instigante texto “**O contrato ulisses – i: o pacto anti-psicótico**” Fernando Araújo (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), examina situações exemplificativas como o “Contrato Ulisses” poderia ser um instrumento crucial para a solução de vários problemas recorrentes no âmbito das patologias psíquicas, em especial dado o contexto

geral de crescente valorização do consentimento informado na relação médico-paciente, por um lado; e, por outro lado, as dúvidas e perplexidades que podem gerar-se com a aplicação desse princípio em situações de perda efectiva, ou potencial, da capacidade do paciente. O “Contrato Ulisses” tem sido estudado particularmente nos domínios das doenças psíquicas, incidindo naquelas situações crónicas e cíclicas – de demência episódica, de distúrbio bipolar, de esquizofrenia – em que o paciente, aproveitando os seus próprios intervalos de lucidez, obtém de um prestador de cuidados de saúde a promessa de que toda a intervenção desse prestador se pautará pela vontade declarada nesse intervalo de lucidez, e não pela vontade que venha a ser declarada pelo próprio paciente numa crise superveniente. Nesses casos o paciente, como “principal”, comete ao prestador de cuidados de saúde, como “agente”, a missão de respeitar exclusivamente a vontade expressa no momento do contrato – ou no momento para que aponte o contrato – e não para uma outra vontade posterior, por mais que esta outra vontade seja contrária à anterior e aparentemente pretenda derrogar o consentimento veiculado pelo contrato. Se o “Contrato Ulisses” pode ser uma protecção do paciente contra o poder da psicose, em contrapartida pode ser fonte de equívocos e de problemas de interpretação e aplicação, como examinado no texto.

No texto **“Da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede”** Hugo Ramos Alves (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) trata do carácter universal da Internet, que tende a propiciar o perpetramento de ilícitos em rede e, simultaneamente, a dificultar a determinação dos autores desses atos ilícitos. O texto aborda o admirável mundo novo da internet e diversos aspectos da responsabilização dos prestadores de serviços em rede, tais como, a responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede no regime interno, os deveres específicos dos prestadores intermediários de serviços, a responsabilidade do fornecedor de conteúdos, do fornecedor de acesso, dos intermediários de serviços, dos fornecedores de espaço.

Em “**Condição suspensiva e interesse unilateral**” João de Oliveira Geraldês (Professor Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) identifica que no tráfego jurídico, não raras vezes, a verificação de todos os pressupostos relevantes para a vinculação, ainda que estritamente subjetivos, não coincide temporalmente com a data aprazada para o encerramento de negociações em curso. Estas, por vezes, prolongam-se durante um considerável período de tempo e nem sempre se vislumbra a forma de alcançar um acordo final. Talvez por isso, vem sucedendo, cada vez com mais frequência, que as partes procurem resolver todas as pendências negociais numa reunião imperativamente final: nesta tudo terá de ficar decidido e acordado. A urgência convencionada fomentará o consenso; o perspectivado anteriormente como inaceitável, para que surja finalmente um acordo, tornar-se-á admissível: será um mal menor, um custo contratual. Porém, a abertura do horizonte de cedências negociais não significa que as partes deixem cair a cautela no momento em que se vinculam. Por isso mesmo, um cenário de urgência proporciona o contexto ideal para a introdução de cláusulas contratuais condicionais. Neste plano, o texto analisa especialmente as condições suspensivas que são adotadas única e exclusivamente por imposição e no interesse de uma das partes: as condições suspensivas unilaterais.

Paula Vaz Freire (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) em “**Restrições verticais determinadas pela procura**” examina os efeitos dos acordos verticais celebrados sob a referência do Regulamento da EU nº 330/2010 que estabelece uma presunção de legalidade dos acordos verticais quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam, cada uma delas, o limiar de 30 %. A autora destaca que as restrições verticais geradas pelo poder do comprador podem gerar efeitos negativos sobre a concorrência, mas também podem ter efeitos positivos, como eficiências de produção, inovação e investimento. Uma análise do equilíbrio econômico das restrições verticais orientadas para o comprador deve considerar todos esses



efeitos, a fim de determinar o impacto líquido no bem-estar e que o novo regime jurídico evidencia a necessidade de analisar os efeitos associados aos acordos que contenham restrições verticais procedendo a uma ponderação tanto do poder de mercado do vendedor como do comprador.

Pela apresentação dos textos verifica-se, desde já, que a leitura será desafiadora, porque reúne, a um só tempo, excelência acadêmica de autores e efetiva experiência profissional dos autores brasileiros e portugueses nos temas abordados.

Enfim, a obra pretende oferecer aos estudantes, acadêmicos e profissionais do direito, no Brasil e em Portugal, uma contribuição nos temas abordados.

Porto Alegre-Lisboa, setembro de 2018

**Ricardo Lupion**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS  
Coordenador da Seção I – Autores brasileiros

**Fernando Araujo**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Coordenador da Seção II – Autores portugueses



## **Seção I**

### **Autores brasileiros**



**Parte 1**

**Contratos**



# **Contratos empresariais pós CC/2002: autonomia, características e regime jurídico**

*Marcia Carla Pereira Ribeiro<sup>1</sup>*

*Diego Caetano da Silva Campos<sup>2</sup>*

## **1. Introdução**

Para o exercício da atividade econômica, é indispensável que o empresário celebre diversos contratos. Desde a formação de uma sociedade empresária, locação ou compra de imóvel para o estabelecimento de seu negócio, abertura de conta corrente, aquisição de insumos e matéria-prima, admissão de empregados, contratação de serviços de contabilidade, marketing, até comercialização dos seus produtos e serviços; todas estas operações essenciais à organização e exercício de uma atividade econômica são viabilizadas mediante contratos.

Os contratos firmados pelo empresário na exploração de suas atividades são de diversas naturezas, estando sujeitos, portanto, a diferentes regimes jurídicos. Nesta perspectiva, embora a nomenclatura pudesse apontar em sentido contrário, nem todos os

---

<sup>1</sup> Prof. Titular de Direito Societário do Mestrado e Doutorado da PUCPR. Prof. Associada de Direito Empresarial UFPR. Pós-doc pela FGVSP (2006) e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012). Pesquisadora Conv.Université de Montréal - CA (2007). Advogada.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito Empresarial da Abdconst. Professor de Pós Graduação em Direito Empresarial. Advogado.

contratos firmados pelo empresário no exercício da empresa podem ser chamados tecnicamente de *contratos empresariais*. Esta categoria é reservada a contratos que apresentem determinadas características, que, uma vez presentes, ensejam a incidência de regime jurídico próprio – de direito empresarial – que não se confunde com os regimes aplicáveis a outras espécies de contrato.

Não obstante, no direito brasileiro, identifica-se certa tendência no tratamento de contratos enquadrados na categoria empresarial como sujeitos à mesma disciplina jurídica dos contratos civis em geral, especialmente após o advento do Código Civil de 2002 – diploma que revogou as antigas disposições relativas aos contratos mercantis presentes no Código Comercial de 1850 (arts. 121 a 286), passando a disciplinar também parte dos contratos empresariais –. Já no ensino jurídico de base, identifica-se certa despreocupação em abordar de modo particularizado a disciplina geral e as normas próprias que regem os contratos empresariais. No mais das vezes, as disposições gerais sobre o direito contratual são abordadas apenas com enfoque nos contratos civis e de consumo, passando ao largo até mesmo o estudo de uma categoria autônoma de contrato adjetivada como *empresarial*. A grande maioria das grades curriculares dos cursos de graduação, quando contempla a temática *contratos empresariais* ou *contratos mercantis*, dedica-se apenas à análise das normas aplicáveis a alguns contratos em espécie, como o contrato de arrendamento mercantil, contrato de comissão, contrato de franquia, alienação fiduciária, disciplinados por normas especiais, deixando-se de abordar as normas gerais e vetores próprios comuns a cada um dos contratos considerados mercantis ou empresariais.

Isso acaba refletindo na jurisprudência que, por vezes, analisa os contratos civis e empresariais sob a mesma ótica e lógica, o que acaba, em muitos casos, resultando em interpretações desconectadas da realidade empresarial, com potencialidade de causar problemas ao fluxo econômico e consequente aumento de custos no mercado brasileiro. A sujeição de determinados contratos ao regime jurídico empresarial está atrelada a relevantes razões



econômicas, o que justifica que seja evitado ao máximo aplicar-lhes normas que não se coadunem com o escopo empresarial.

Diagnosticado este contexto, o presente artigo tem por objetivo auxiliar para a melhor identificação dos contratos empresariais, contribuindo para a adequada definição do regime jurídico que lhes é aplicável na solução de casos concretos. Busca-se definir a categoria *contrato empresarial*, destacando-se as particularidades que o tornam figura contratual autônoma perante contratos de outra natureza, desvelando suas características e a lógica própria que lhe serve de base.

## 2. Contratos empresariais: conceito

O critério que orienta a classificação dos contratos – dividindo-os nas categorias contratos empresariais, contratos de consumo, contratos civis ou mesmo contratos administrativos – é a análise dos sujeitos que ocupam os polos contratuais. O critério é subjetivo. A depender das características das partes contratantes, o contrato é enquadrado em uma das referidas categorias, atraindo o respectivo regime jurídico contratual aplicável à espécie.

Desse ponto inicial, contratos empresariais podem ser definidos como aqueles em que somente empresas fazem parte da relação<sup>3</sup>, são contratos interempresariais, propriamente, vez que ambos (ou todos) os polos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro, demonstrando equivalência na natureza jurídica das partes contratantes<sup>4</sup>. Figurando em ambas as partes empresários, pressupõe-

---

<sup>3</sup> FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 29

<sup>4</sup> “Contratos empresariais são aqueles que têm por finalidade direta a consecução dos objetivos econômicos da empresa; não-empresariais serão os demais, tenham ou não empresas como partes. Os contratos empresariais são os sucessores dos *contratos comerciais* das teorias novecentistas dos atos de comércio, que distinguem ‘atos de comércio objetivos’ e ‘subjetivos’. Atos objetivamente comerciais, ou atos de comércio objetivos, eram aqueles regulados no Código Comercial e em leis mercantis avulsas, tendo em vista as necessidade e interesses do comércio; a sua comercial idade residia neles próprios, não na pessoa que os praticava. Já os atos subjetivamente comerciais eram aqueles celebrados por comerciante, em conexão, logo se vê que os contratos empresariais estão na linha dos contratos subjetivamente comerciais.” NORONHA,

se que exista similaridade nas condições de acesso à informação e na capacidade de aferição de riscos envolvidos na operação empresarial, não sendo papel do ordenamento amparar concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual, porque um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como qualquer iniciativa econômica”<sup>5</sup>. Nesse item, importante mencionar ainda as observações feitas por Raquel Sztanj, ao apontar que, apesar de não se enquadrarem no conceito de empresários, os chamados profissionais liberais (art. 966, parágrafo único) exercem atos definíveis como atividade econômica organizada. Seguindo tal definição, há uma ampliação no conceito de *contratos empresariais*, que poderiam envolver aqueles utilizados pelos que exercem atividade econômica, independentemente de se enquadrarem como empresários nos termos do art. 966 do Código Civil<sup>6</sup>.

Também utilizando como critério de classificação os sujeitos do negócio, Haroldo Verçosa define que contratos empresariais são aqueles em que “uma das partes é um empresário (ou sociedade empresária) no exercício de sua atividade, conforme os termos dos arts. 966 e 982 do NCC, e a outra parte também é empresário ou pessoa não caracterizada como consumidor”<sup>7</sup>. No mesmo sentido, Irineu Mariani afirma que o contrato, para ser empresarial, salvo exceção legal, necessita “[a] que em pelo menos num dos polos haja um empresário; e [b] que esteja no exercício da respectiva atividade”<sup>8</sup>. Segundo esta definição, em princípio, poderiam se

---

Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 20/1996 | p. 88 - 111 | Out - Dez / 1996

<sup>5</sup> Forgioni, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. In FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81

<sup>6</sup> SZTANJ, Raquel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-92

<sup>7</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: o Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25.

<sup>8</sup> Complementa Irineu Mariani destacando que: “Por exceção legal, há contrato em que deve constar empresário no exercício da atividade em ambos os pólos, por exemplo, no de concessão mercantil, e também há contrato em que pode não constar empresário algum, como eventualmente acontece no

enquadrar como empresariais os contratos celebrados por profissional que exerce atividade econômica não empresária (atividade intelectuais, artísticas e científicas previstas no parágrafo único do art. 966) ou outro contratante não consumidor, desde que uma das partes seja empresário (coletivo ou individual).

Adotando definição mais restritiva, Fábio Ulhoa Coelho assenta que ambas as partes do contrato devem exercer atividade enquadrada como empresária para que o contrato esteja sujeito ao regime empresarial<sup>9</sup>, na mesma linha da posição de Paula Forgioni<sup>10</sup>.

Avaliando essas possibilidades contratuais, mostra-se mais adequado adotar o conceito ampliativo, para considerar também incluídos nos contratos empresariais os contratos firmados entre profissionais no exercício de suas atividades econômicas, mesmo que excluídos do conceito de empresário<sup>11</sup>. Mesmo os profissionais que exercem atividade intelectual, não enquadrados no conceito de empresário em razão do disposto no parágrafo único do art. 966 do Código Civil, exercem atividade econômica no mercado, com a finalidade de lucro, ajustando contratos de forma habitual e profissional com outros agentes econômicos, em condições paritárias, com intuito de lucro. Tais características, similares às geralmente encontradas nas relações contratuais entre empresários, não justificam excluir da categoria do contrato empresarial as relações contratuais estabelecidas por agentes econômicos que não se enquadram no conceito legal de empresário. São contratos empresariais, portanto, além dos celebrados entre empresários,

---

de *franchising* quando envolve *atividade não-empresariais*, porém mesmo assim *ex vi legis*, continua sendo empresarial, o mesmo ocorrendo nas alienações fiduciárias comum (regida pelo CC/02) e imobiliária (regida pela Lei 9.514/97)". MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 14.

<sup>9</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

<sup>10</sup> FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. op. cit., p. 29.

<sup>11</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 8.

também os celebrados entre agentes econômicos no mercado, ainda que não sejam empresários.

Logo, independentemente do tipo de contrato (compra e venda, locação, mútuo, arrendamento mercantil, contrato atípico, dentre outros), o que define se a avença estará sujeita ao regime jurídico contratual empresarial são os sujeitos que estão contratando e que a atividade seja voltada ao mercado. Se ambos forem agentes econômicos e estiverem contratando no exercício de suas atividades econômicas, o contrato respectivo será considerado *contrato empresarial*, ensejando a incidência de normas próprias ao regime jurídico de direito empresarial.

### **3. Distinção de outras espécies contratuais**

Complementando a definição dos contratos empresariais, mostra-se pertinente diferenciá-lo de outras espécies de contrato encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com relação aos contratos civis e os contratos de consumo, evitando confusão sobre interpretação e regimes jurídicos aplicáveis a cada uma das espécies contratuais. O enquadramento dos contratos privados em uma dessas espécies contratuais é matéria objeto de acaloradas discussões no âmbito judicial cotidianamente. Corriqueiramente os Tribunais são chamados a definir, em dada relação contratual concreta, qual o regime jurídico aplicável – civil, de consumo ou empresarial<sup>12</sup> –, o que torna relevante a distinção destas categorias.

---

<sup>12</sup> A corroborar esta afirmação, cita-se alguns julgados das turmas do Superior Tribunal de Justiça, nos quais houve discussão em torno da definição da natureza do contrato como de consumo, empresarial ou civil, a fim de definir o regime jurídico aplicável: REsp 866414/GO; AgRg no REsp 1481134/RS; REsp 1203109/MG; REsp 1219210/RS.

### 3.1 Contratos empresariais e contratos de consumo

Os contratos de consumo são os contratos celebrados, de um lado, por um consumidor e, de outro, por um fornecedor<sup>13</sup>. Os conceitos de consumidor e fornecedor estão previstos, respectivamente, nos arts. 2º e 3º, do CDC: consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou usufrui de serviço ou produto como *destinatário final*<sup>14</sup>; e fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, ou ente despersonalizado, que realiza atividade de produção, comercialização, distribuição, transformação etc. de produtos ou serviços<sup>15</sup>. Conforme destaca Fábio Ulhoa Coelho, “a caracterização de apenas uma das partes como consumidor ou fornecedor, sem a correspondente e inversa caracterização da outra, importa a configuração de contrato estranho à relação de consumo”<sup>16</sup>.

Desse modo, sendo uma das partes habitual na produção ou fornecimento de produtos ou serviços (fornecedor), para a configuração do contrato de consumo basta que no outro polo contratual esteja pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. E neste ponto – definição do destinatário final – é que residem as maiores controvérsias. A doutrina e jurisprudência se dividem, basicamente, em três correntes: os maximalistas, os finalistas e os adeptos do finalismo mitigado<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> AZEVEDO, Fernando Costa. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 69, 2009, p. 62.

<sup>14</sup> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

<sup>15</sup> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>16</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol. 3**, op. cit., p. 212.

<sup>17</sup> Segundo Paula Forgioni: O debate entre maximalistas e minimalistas, acerca da aplicação do CDC, "deriva da questão prática ligada ao ônus da prova nos processos judiciais e (...) ao foro competente para a propositura da ação contra o fornecedor". FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**., op. cit., p. 33. Significa dizer que, segundo Forgioni, a importância prática da caracterização de determinado contrato como sujeito ao CDC está conectada principalmente ao ônus da prova e ao foro competente para ajuizamento de eventual demanda.

Em síntese, os maximalistas sustentam a existência de contrato de consumo desde que o adquirente ou tomador seja destinatário fático do produto ou serviço, mesmo que posteriormente realize a transformação do bem para reinserção no mercado ou apenas realize sua intermediação para comercialização. O entendimento assenta-se principalmente em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que generalizam sua aplicação a pessoas que *a priori* não seriam tuteladas pelas normas protetivas. Segundo esta corrente, o Código de Defesa do Consumidor seria o novo diploma das transações no mercado, pois abrangeria a maior parte dos contratos celebrados neste âmbito; bastaria a destinação fática para caracterizar a posição de consumidor, independentemente de a pessoa ser ou não destinatária econômica do produto ou serviço<sup>18</sup>. Já os finalistas defendem uma interpretação restritiva do conceito de *destinatário final*. Sustentam que somente seriam consumidores os adquirentes de produtos ou serviços para utilização própria ou de sua família, ou seja, sem reinserção do bem no mercado de consumo. Nesse prisma, apenas os destinatários finais econômicos se enquadrariam como consumidores, afastando-se da tutela do CDC os contratos em que ambas as partes contratam visando ao exercício de atividade econômica, como, por exemplo, a transformação do produto adquirido para produção de outro bem para inserir no mercado ou a aquisição de produto para revenda<sup>19</sup>. Por derradeiro, na ótica do *finalismo mitigado*, atualmente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, prepondera o entendimento finalista segundo o qual apenas os destinatários finais econômicos se classificam como consumidores, mas flexibiliza-se este posicionamento caso se verifique que a pessoa física ou jurídica que contrata visando ao exercício de uma atividade

---

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 304/305.

<sup>19</sup> AZEVEDO, Fernando Costa. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 69, 2009, p. 63.

econômica é vulnerável perante o fornecedor<sup>20</sup>. Trata-se de corrente que se situa na zona intermediária entre o maximalismo e o finalismo. Busca limitar a aplicação da tutela protetiva do CDC apenas aos casos em que a vulnerabilidade de uma das partes venha a ensejar a necessidade da proteção do estatuto consumerista.

A corrente maximalista não se compatibiliza com a existência de um regime contratual autônomo aos contratos empresariais. Vários dos contratos tradicionalmente enquadrados como empresariais seriam classificados como contratos de consumo e, portanto, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Contratos como o de distribuição, compra e venda para fornecimento de insumos, transferência de estabelecimento, dentre outros, por conter empresário adquirente como destinatário fático do bem, seriam contratos de consumo sob a lógica maximalista, afastando-se o regime empresarial de sua normatização, aplicando-se-lhes os ditames da tutela de proteção ao consumidor.

Paula A. Forgioni, representando o posicionamento comercialista dominante, afirma: "se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo de relações econômicas"<sup>21</sup>. Sustenta-se que as normas de proteção do consumidor somente se justificam em caso de desequilíbrio entre as partes, consubstanciado na vulnerabilidade da parte consumidora<sup>22</sup>. Tratando-se de contrato celebrado entre

---

<sup>20</sup> A guisa de exemplo, cita-se trecho de julgado de maio de 2018, da relatoria do Ministro Marco Buzzi: "Este Tribunal formou jurisprudência no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC. Precedentes." (STJ - AgInt no AREsp 728.797/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018)

<sup>21</sup> FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**..., op. cit., p. 34.

<sup>22</sup> Neste sentido, Fábio Konder Comparato, um dos precursores da tutela do direito do consumidor no direito brasileiro: "O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou

profissionais empresários deveria prevalecer o tratamento jurídico paritário entre os polos contratantes<sup>23</sup>. Por certo que isso não implica afastar os empresários contratantes de mecanismos de proteção, em caso de abusos praticados por uma parte em detrimento da outra. No entanto, essa coibição de abusos deve se dar de acordo com a lógica e regime jurídico empresariais, como, por exemplo, pela aplicação das normas concorrenciais<sup>24</sup>.

A confusão entre as disciplinas jurídicas, aplicando-se a tutela protetiva consumerista à relações contratuais nas quais, em regra, não há disparidade de informação ou no poderio das partes, consoante Paula A. Forgioni, gera instabilidade no sistema empresarial<sup>25</sup>; em outros termos, a *consumerização* da relação empresarial não se coaduna com seus fundamentos, características e modo de funcionamento da atividade empresarial, somente se justificando a aplicação da proteção contratual do CDC em caso de vulnerabilidade de um dos empresários envolvidos<sup>26</sup>.

---

financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria". COMPARATO, Fabio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Público** n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais. out.-dez., 1988.

<sup>23</sup> Cláudia Lima Marques afirma que, enquanto os consumidores são presumidamente vulneráveis, como relação "aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão ou que devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se". MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 106.

<sup>24</sup> Tal tutela decorre da própria necessidade de eficiência do sistema jurídico-econômico, seguindo a linha adotada em países como Alemanha e França. "A falta de repressão de situações de abuso no mercado pode gerar insegurança e imprevisibilidade, comprometendo igualmente o fluxo das relações econômicas. Por essa razão, impõem-se na legislação antitruste, a repressão ao abuso de dependência econômica e à concorrência desleal, bem como tantas outras normas que visam a azeitar o mercado. O direito existe para subjugar a lógica econômica; se assim não fosse, os efeitos autodestrutíveis do mercado colocariam em perigo o seu funcionamento.". FORGIONI, Paula A. **Interpretação dos negócios empresariais**. op. cit., p. 74

<sup>25</sup> FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais...**, op. cit., p. 34.

<sup>26</sup> Paula Forgioni pondera que a não incidência da lógica consumerista aos contratos empresariais, "não deve levar à conclusão de que o empresário em posição de sujeição ao poder do outro não seja digno de tutela. Finque-se bem, contudo, a seguinte advertência: essa proteção deverá se dar em conformidade com as regras e os princípios típicos do direito mercantil e não da lógica consumerista, incompatível com as



Desta feita, os contratos empresariais são celebrados entre agentes econômicos no exercício de suas atividades econômicas no mercado, com finalidade de lucro, estando, em regra, submetidos às normas de direito contratual empresarial. Contratos de consumo são entabulados entre um fornecedor e um consumidor, e tem por objeto a aquisição de produtos ou serviços para uso da pessoa, sem reintrodução do bem no mercado de consumo, sujeitando-se à proteção contratual definida no Código de Defesa do Consumidor.

É possível que uma sociedade empresária figure na condição de consumidora, desde que adquira produtos ou serviços para utilização própria, sem finalidade de reintrodução do bem no mercado, mediante transformação ou intermediação. Vale lembrar que o art. 2º garante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor também às pessoas jurídicas, mas, para tanto, deve estar satisfeito o pressuposto de destinação final (econômica) do produto ou serviço<sup>27</sup>.

### 3.2 Contratos empresariais e contratos civis

Superada a distinção entre contrato empresarial e contrato de consumo, passa-se a abordar as diferenciações que separam os contratos empresariais dos contratos civis.

A aproximação (e, por vezes, indevida confusão) entre os contratos civis e contratos empresariais está ligada, em grande medida, à tentativa de unificação das obrigações e contratos civis e comerciais, inaugurada nos países de tradição romanística em 1942, com a edição do Código Civil italiano. O *Codice Civile* disciplina a matéria civil e a matéria comercial, com intuito de promover a

---

premissas daquele sistema (...) Desenvolve-se cada vez mais a repressão ao abuso da dependência econômica, tanto no campo do direito antitruste, quanto do direito contratual empresarial" Ibidem, p. 35.

<sup>27</sup> Conforme consta no Enunciado 20, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: "Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços".

unificação das leis de direito privado<sup>28</sup>. No Brasil, o Código Civil vigente teve como uma de suas aspirações a unificação do direito privado, almejando afastar a dualidade de disciplina da atividade econômica organizada e da atividade civil, pelo estabelecimento de normas gerais obrigacionais – sendo este, segundo Miguel Reale, o verdadeiro conteúdo da unificação<sup>29</sup>. A pretensão de tratamento unitário das relações jurídicas obrigacionais é evidenciada pela transferência da definição do núcleo do Direito Comercial do Código Comercial de 1850 para as disposições do art. 966 e seguintes do Código Civil, bem como na revogação, por esta lei posterior, da disciplina dos contratos privados anteriormente prevista nos artigos 121 a 286 daquele Código Comercial.

Em que pese a tentativa de unificação<sup>30</sup>, a doutrina comercialista dominante rejeita, mesmo após a edição do Código Civil de 2002, que o tratamento jurídico dos contratos civis e empresariais tenha sido unificado. Conforme Fábio Ulhoa Coelho,

---

<sup>28</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

<sup>29</sup> “Em primeiro lugar, cabe observar que, ao contrário do que poderia parecer, não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de ‘Código Civil’, um ‘Código de Direito Privado’, o qual, se possível fora, seria de discutível utilidade ou conveniência.

Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito das Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde Teixeira de Freitas e Inglês de Sousa até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964.

Essa unificação seria imperfeita ou claudicante se não a integrassem preceitos que disciplinam, de maneira geral, os títulos de crédito e as atividades negociais.” REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1986, p. 81.

<sup>30</sup> A propósito, Waldirio Bulgarelli aborda o processo histórico brasileiro de tentativas de unificação do direito privado, destacando que: “No Brasil, de há muito se intenta a unificação do Direito Obrigacional, e mesmo, a unificação do Direito Privado. (...) A primeira tentativa de realce ocorreu com Teixeira de Freitas que, conforme é sabido, encarregado de elaborar um anteprojeto de Código Civil, propôs em 1867 ao Governo Imperial a sua transformação num anteprojeto de Código de Direito Privado. (...) No Brasil, várias tentativas se verificaram após aquela frustrada de Teixeira Freitas; assim a de Herculano Marcos Inglês de Souza, que, em 1911, incumbido de apresentar um projeto de Código Comercial, pelo governo, foi autorizado (Decreto 2.379, de 4 de janeiro de 1911) a transformá-lo em código privado que, embora concluído e remetido ao Congresso, não teve seguimento. (...) Em 1941, foi elaborado anteprojeto de Código de Obrigações pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, Philadelfo Azevedo, Orozinho Nonato e Hahnemann Guimarães; em 1949 foi apresentado esboço de projeto, de autoria do Desembargador Florêncio de Abreu, que, embora encaminhado em 1950 ao Congresso, também não teve êxito.” Em 1965 e em 1975 também foram apresentados projetos no sentido da unificação das obrigações privadas. BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 39/40.

não é correto afirmar que o Código Civil vigente teria implicado a unificação do direito das obrigações, pois os contratos empresariais nunca estiveram sujeitos exclusivamente a este diploma. Segundo ele, a legislação empresarial determina regras específicas para as obrigações entre empresários, bem como princípios próprios aplicáveis somente aos contratos empresariais, razão pela qual se mostra inapropriado falar em unificação dos contratos civis e empresariais<sup>31</sup>. Para Fabio Ulhoa Coelho, o "princípio do pleno respeito à autonomia da vontade e do informalismo contratual conferem à disciplina jurídica dos contratos entre empresários nuances que não se estendem à generalidade das obrigações civis"<sup>32</sup>.

No mesmo sentido, Marcelo M. Bertoldi e Marcia C. P. Ribeiro se posicionam pela incorrência de unificação do direito contratual privado. Segundo os autores, o direito privado se divide nos ramos de direito civil e direito empresarial: enquanto o direito civil "se ocupa de regular as relações jurídicas relacionadas à família, à sucessão, ao estado da pessoa e às obrigações sobre a ótica individualista", o direito comercial "ocupa-se em regular uma atividade, a atividade empresarial"<sup>33</sup>. Consoante afirmam, esta diferença de objeto de regulação não se alterou com o advento do atual Código Civil, pois "mesmo com um único corpo legislativo, ainda assim podemos diferenciar, com precisão e proveito metodológico, os contratos civis dos mercantis"<sup>34</sup>.

No mesmo sentido já afirmava Miguel Reale, quando descarta a unificação do Direito Privado: "Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência a institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos

---

<sup>31</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1, op. cit., p. 42.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 712.

<sup>34</sup> Idem.

específicos"<sup>35</sup>. As normas concorrenciais, e as normas relativas à falência e recuperação de empresas, seriam alguns exemplos da especificidade da disciplina normativa relacionada à prática comercial, denotando que o sistema de direito empresarial está sujeito a normas outras, estranhas ao Código Civil e que interferem no direito contratual empresarial<sup>36</sup>. E, para arrematar, Penalva Santos assevera que “os contratos comerciais não passam a ser civis pela mera circunstância de terem sido inseridos no novo diploma, no qual estão compreendidos os contratos civis e alguns comerciais”<sup>37</sup>, pois a natureza dos contratos está vinculada à sua tipologia jurídica e aos princípios que orientam sua causa e seu objeto<sup>38</sup>.

Assim, definida a natureza da unificação das normas contratuais civis e empresariais, apenas normativa e parcial, à luz da doutrina comercialista dominante<sup>39</sup>, parte-se à distinção propriamente dita entre contratos civis e contratos empresariais, repisando-se alguns dos fundamentos já utilizados para a rejeição da unificação do direito obrigacional e contratual privado.

Talvez o principal fator que diferencie a lógica e as normas contratuais empresariais e civis seja a dimensão dinâmica dos primeiros, frente à dimensão estática dos segundos<sup>40</sup>. Conforme Fernando Boiteux, o direito comercial se ocupa da normatização de uma atividade, ao contrário do direito civil, que trata de atos

---

<sup>35</sup> REALE, Miguel. op. cit., p. 81.

<sup>36</sup> FORGIONI, Paula A. **Interpretação dos negócios empresariais**. op. cit., p. 74

<sup>37</sup> SANTOS, Joaquim Antônio Penalva. **Os contratos mercantis à luz do Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 16.

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> O entendimento, embora dominante, não é unânime. Em sentido contrário, entendendo pela conveniência da unificação, para aplicar o direito contratual empresarial também aos contratos civis, cita-se o entendimento de Enzo Roppo: "Com o advento da produção, da distribuição e dos consumos de massa, um tal desenvolvimento acabou por alargar-se a todo o sistema económico, e perderam importância - como se viu - as razões de um duplo regime jurídico dos contratos: toda a disciplina contratual se *adequou uniformemente às exigências da empresa*, por que a empresa se tornou a *forma geral das actividades económicas*". ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 68.

<sup>40</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184/185.

isolados<sup>41</sup>. Nesta esteira, Marcelo M. Bertoldi e Marcia C. P. Ribeiro registram que é característica dos contratos mercantis "o caráter dinâmico da propriedade no direito comercial, em contraposição à característica estática com que ela é vista pelo direito civil, impondo assim um tratamento diverso e específico"<sup>42</sup>. Nesta medida, elencam, como diferenças entre os contratos civis e empresariais, a maior informalidade dos contratos entre empresários, visando a conferir celeridade aos negócios empresariais e a tendência à uniformização de procedimentos e normas relativas à atividade empresarial<sup>43</sup>.

Em função deste contexto específico que caracteriza a atividade dos empresários – estranhos às contratações civis em geral – o critério de classificação dos contratos em civis ou empresariais, passa, além do objeto e finalidade da contratação (contrato celebrado no exercício de atividade econômica habitual com escopo de lucro), também pelo aspecto subjetivo. Com efeito, pode-se afirmar que os contratos civis são os celebrados por não empresários. Já os contratos empresariais são os firmados por empresários ou por agentes econômicos na exploração de suas atividades econômicas, as quais pressupõem habitualidade e profissionalidade, sujeitos às normas do Código Civil e às leis empresariais, interpretadas e aplicadas à luz das características próprias dos contratos empresariais (conforme abordado no tópico anterior). Não por outra razão, tradicionalmente defende-se que algumas normas contratuais extraídas das disposições do Código Civil, tais como o princípio da autonomia privada, princípio do *pacta sunt servanda* ou a teoria da imprevisão, devem ser interpretadas e aplicadas de maneira diversa, conforme se trate de contrato civil ou de contrato empresarial<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> BOITEUX, Fernando Netto. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 9.

<sup>42</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *op.cit.*, p. 713.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> Segundo Orlando Gomes, a distinção entre contratos civis e empresariais é operacional: "Os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, *v.g.*, no que diz

#### 4. Contratos empresariais, lucro e mercado

Na caracterização do contrato empresarial, um dos principais pontos a destacar é a onerosidade que lhe é inerente. Ao contrário de outras espécies contratuais, nas quais a motivação de contratar pode consistir em interesses outros que não o lucro, nos contratos empresariais existe sempre o escopo de lucro por ambos os polos do contrato<sup>45</sup>. Consoante Fran Martins, os "contratos comerciais são sempre onerosos, pois, tendo invariavelmente o comerciante intuito de lucro nas operações que pratica, não se admite possam existir contratos comerciais a título gratuito"<sup>46</sup>. Sendo o fim último e razão principal dos empresários a obtenção de lucro<sup>47</sup>, é intuitivo concluir que os contratos celebrados entre as partes na exploração da empresa também necessariamente o será.

Historicamente, os contratos mercantis surgem a partir da necessidade de estruturação de fórmulas contratuais mais adequadas ao exercício da atividade econômica pelos comerciantes. Sendo os contratos civis inadequados à dinamicidade das transações mercantis, considerando sua maior formalidade, solenidade e sua dimensão mais estática, os contratos comerciais aparecem para atender os anseios da classe empresarial, a fim de imprimir às transações qualidades importantes para o adequado desenvolvimento da atividade econômica, tais como a simplicidade

---

respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato". GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22.

<sup>45</sup> Segundo Paula Forgioni, o fato de ambas (ou todas) as partes atuarem visando o lucro "imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários". FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais...**, op. cit., p. 29.

<sup>46</sup> MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63.

<sup>47</sup> Segundo Paula A. Forgioni: "A empresa não atua no mercado por outra razão última que não a obtenção de lucro; assim, pode-se legitimamente supor que a celebração dos contratos interempresariais dá-se porque todas as partes acreditam que seus interesses estão sendo satisfeitos". FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais...**, op. cit., p. 57.

de formas, rapidez nas transações, elasticidade de ação e ampla liberdade na formatação das avenças<sup>48</sup>. Nesta esteira, Enzo Roppo destaca que a criação de um regime contratual autônomo para os contratos comerciais representa resposta à exigência de uma disciplina compatível com o grau de desenvolvimento das atividades produtivas organizadas<sup>49</sup>. No âmbito do direito mercantil, Eros Roberto Grau afirma que são os próprios empresários os responsáveis pela "criação das fórmulas adequadas à solução de seus problemas concretos"<sup>50</sup>, problemas estes relacionados ao exercício cotidiano da atividade econômica no mercado. Neste prisma, especialmente para o direito contratual empresarial, a vontade das partes, orientadas à facilitação e otimização das transações mercantis, "caracteriza-se como uma expressiva fonte de direito contratual, notando-se neste campo uma impressionante e rica capacidade criadora dos comerciantes"<sup>51</sup>.

A apontada vinculação entre a conjuntura de funcionamento do mercado e a disciplina jurídica empresarial já indica a estreita

---

<sup>48</sup> Fran Martins destaca a especificidade da disciplina de direito comercial, para atender as necessidades surgidas no exercício da atividade econômica. Segundo ele: "Se, em regra geral, a obrigação é uma só, decorra de atos de natureza civil ou comercial, é inegável que as resultantes dos atos comerciais sofrem a influência deles e, por isso mesmo, em determinados aspectos divergem das obrigações civis. Sabe-se que o Direito Comercial tem características próprias, que retratam justamente o dinamismo do comércio, em contraste com a posição conservadora, de certo modo estática, dos atos de natureza civil. Assim, enquanto o Direito Civil é um direito tradicional, preso a antigas regras, de lenta evolução, o Direito Comercial, para atender às exigências do desenvolvimento do comércio, é um direito que se renova a cada instante, prescindindo, quando necessário, de fórmulas solenes, adaptando-se ao progresso e, de certa forma, procurando acompanhar as contingências econômicas dos diversos povos. E porque as relações comerciais exigem prontas soluções para fatos que surgem a cada momento, o direito mercantil procura dar ao comerciante maior elasticidade de ação, mais ampla liberdade, mais facilidade para que os casos surgidos sejam resolvidos com a rapidez que as transações comerciais requerem. Caracteriza-se assim, o Direito Comercial, como já anteriormente assinalamos, pela simplicidade de suas fórmulas, pela internacionalidade de suas regras e institutos, pela rapidez de sua aplicação, pela elasticidade de seus princípios e também pela onerosidade de suas operações. Neste sentido, distancia-se grandemente o Direito Comercial do Direito Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito". MARTINS, Fran. op. cit., p. 131.

<sup>49</sup> ROPPO, Enzo. op. cit., p. 68.

<sup>50</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 283.

<sup>51</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 36.

ligação entre o objeto regulado, a atividade econômica organizada, e a estrutura normativa de direito empresarial. Consoante ilustra Irineu Mariani, o "empresário vai à frente criando as técnicas, abrindo os caminhos, segundos as necessidades; inspirado nele, o jurista faz a pavimentação, ou seja, a estrutura dos princípios"<sup>52</sup>. Assim, o direito empresarial disciplina a atividade empresarial acompanhando as necessidades nascidas na esfera do desenvolvimento cotidiano do mercado.

No que tange aos contratos empresariais, as normas jurídicas que lhe são aplicáveis possuem especial relação de interdependência com as relações econômicas que regulam: ao mesmo tempo em que interferem na realidade das relações econômicas, são construídas visando ao melhor desenvolvimento do mercado, consoante ditames do sistema econômico capitalista<sup>53</sup>. De fato, tanto o Direito influencia a Economia, pelos mecanismos de intervenção, como a Economia influencia a elaboração dos dispositivos normativos e a interpretação jurídica, razão pela qual afirma Paula Forgioni que o sistema jurídico é movido pela racionalidade weberiana, sendo ao mesmo tempo pressuposto e resultado desta, afirmando que “[...] Para Weber, a escolha do que receberá ou não a chancela do direito, ou seja, do que terá ou não execução, será influenciada por diversos grupos de interesses, conforme a estrutura econômica”<sup>54</sup>. Neste sentido, assevera Eros Roberto Grau que as normas contratuais

---

<sup>52</sup> MARIANI, Irineu. op. cit., p. 15.

<sup>53</sup> Neste sentido, Enzo Roppo assevera que os contratos não podem ser compreendidos satisfatoriamente se analisados apenas sob o enfoque jurídico. Segundo elucidativa explicação, alerta Roppo: “(...) o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica (...) para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com o conceito pura e exclusivamente jurídico). (...) As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser reunidos na ideia de *operação econômica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente - para a ideia de *operação econômica*”. ROPPO, Enzo. op. cit., p. 7/8.

<sup>54</sup> FORGIONI, Paula. **Interpretação dos negócios empresariais**, op. cit. p. 77.



(inclusive empresariais) sempre serão estabelecidas visando à viabilizar a fluência das relações econômicas, somente abrigando no sistema jurídico normas compatíveis com tal escopo<sup>55</sup>.

A relação de interdependência entre a disciplina dos contratos empresariais e o funcionamento da economia (prática do mercado) – em virtude da especial conexão entre o direito empresarial e o objeto por ele regulado – lhes impõe regime jurídico e características peculiares, cujos fundamentos encontram alicerce primordialmente em aspectos econômicos, sob o discurso (ou o propósito) de garantir o melhor desenvolvimento das relações econômicas no mercado<sup>56</sup>.

## **5. Contratos empresariais: características e sua conformação com a estrutura econômica**

Iniciando a abordagem de tais características próprias aos contratos empresariais, cita-se os atributos dos contratos empresariais mencionados por Haroldo Verçosa. Segundo ele, os contratos empresariais se caracterizam pela “objetivação, padronização e ‘mercadorização’”<sup>57</sup>. A objetivação diz respeito à desconsideração de subjetivismos, visando ao bom fluxo das trocas mercantis, pois – segundo se afirma – tais negócios precisam de segurança e previsibilidade para funcionar adequadamente (incompatíveis com tratamentos jurídicos de acordo com o substrato pessoal de cada empresário)<sup>58</sup>. A padronização relaciona-

---

<sup>55</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. op. cit., p. 23.

<sup>56</sup> Neste sentido, destacam Luciano Timm e João Guarisse que muitos dos princípios e regras legislativas e jurisprudenciais que compõem o chamado *direito contratual* têm em seu pano de fundo a racionalidade econômica, representando “uma resposta aos problemas concretos [falhas de mercado] que surgem em relações comerciais e que precisam ser endereçados pelos legisladores” (TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 158-178, p. 170.

<sup>57</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 27.

<sup>58</sup> Sobre a objetivação na regulamentação dos contratos empresariais, justifica Enzo Roppo que: "Atribuir grande relevo à vontade - o que constitui a substância do negócio jurídico - significaria, na verdade, personalizar a troca, individualizá-la, e portanto acabaria por atrapalhar o tráfego, cujas dimensões, agora de massa, impõem que se desenvolva de modo mais estandarizado e impessoal (em

se à uniformização dos contratos mercantis, a fim de conferir agilidade e eficiência às contratações, livrando os empresários, ao menos em parte, da necessidade de ponderações individuais sobre as contrapartes<sup>59</sup>. E, no que tange à *mercadorização*, registra o autor que “o regime jurídico contratual mercantil sofre um importante efeito da regulação jurídica do mercado”<sup>60</sup>, denotando aproximação entre a disciplina dos contratos empresariais e o modo de estruturação das normas do mercado. Todas estas características estão relacionadas diretamente à vinculação entre a disciplina dos contratos empresariais e a economia. É dizer: afirma-se as características da regulação jurídica dos contratos empresariais, justificando-as mediante a invocação de motivos econômicos. As características das normas de contrato empresarial estão invariavelmente atreladas, direta ou indiretamente, à otimização do tráfico mercantil.

Outra característica atribuída tradicionalmente ao regime jurídico dos contratos empresariais, com evidente vinculação a motivações econômicas, é o respeito mais acentuado à força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), ambiente em que a intervenção judicial deve ser bastante limitada em razão do risco inerente às contratações no exercício da atividade econômica, evitando-se a correção impositiva do erro do empresário em suas escolhas estratégicas na exploração de sua atividade<sup>61</sup>. Conforme

---

concreto: que aconteceria se cada uma das inúmeras vendas de bens de consumo quotidianamente concluídas por uma empresa pudesse ser posta em discussão pelo consumidor adquirente, que inovasse uma sua atitude mental para fazer valer o processo imperfeito da formação da sua vontade e assim anular a troca?). ROPPO, Enzo. op. cit., p. 69.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 27/28.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>61</sup> Ilustra esta característica dos contratos empresariais o projeto de novo Código Comercial (PL 1572/2011), que, em seus artigos 272, 273 e 281, restringe significativamente a possibilidade de revisão dos negócios empresariais. Dispõe os dispositivos mencionados, respectivamente, que “as obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, em razão da superveniência de fatos imprevisíveis, quando demonstrado que elas não decorreram de decisão equivocada na condução da empresa”; “Não é suficiente para a revisão judicial de qualquer obrigação contraída por empresário a onerosidade excessiva de seu cumprimento ou a vantagem excepcional da outra parte”; e que “É livre a pactuação dos juros moratórios entre os empresários”. A redação utilizada no projeto de novo Código

destaca Ricardo Lupion, o ambiente concorrencial e a assunção de riscos pelos empresários no exercício de sua atividade – questões nitidamente de natureza econômica – não podem ser atenuados pela intervenção do Poder Judiciário, sob pena de interferir na essência da atividade empresarial<sup>62</sup>. No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que as normas jurídicas não podem subverter a lógica econômica de funcionamento da concorrência, segundo a qual deve ser premiado o concorrente que acertou em suas escolhas (mesmo que o acerto decorra de fatores que fogem ao seu controle) e o concorrente que errou deve sofrer as consequências de seu equívoco<sup>63</sup>. Complementa Enzo Roppo, afirmando que a intervenção para tutela de interesses subjetivos específicos de determinados *players* que desconsidere os riscos indissociáveis a cada operação econômica e as regras do jogo mercadológico, poderia prejudicar o mercado como um todo, pois alteraria "todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas"<sup>64</sup>.

Somam-se aos atributos que norteiam a disciplina jurídica dos contratos empresariais, a peculiaridade, nesta seara, dos deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva, vícios de consentimento e teoria da imprevisão<sup>65</sup>. Segundo Ricardo Lupion, o profissionalismo "pode ser considerado um dos principais elementos dos contratos

---

em tais dispositivos denota a importância que se confere a força obrigatória dos contratos mercantis, restringindo-se ao máximo a possibilidade de intervenção na avença.

<sup>62</sup> LUPION, Ricardo. op. cit., p. 139/141.

<sup>63</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Vol. 1.** op. cit., p. 74/75.

<sup>64</sup> ROPPO, Enzo. op. cit., p. 225/226.

<sup>65</sup> Eric Posner aponta que, de uma perspectiva intuicionista, há possibilidade de ocorrência de um contrato que a tudo descreva, contudo, outra questão é se tal contrato seria efetivamente o mais vantajoso às partes:

“Um contrato teoricamente completo descreveria todos os riscos possíveis, mas os custos de transação incluindo o custo da negociação e de redação do contrato e a possibilidade de previsão de eventos de pouca probabilidade tornam todos os contratos incompletos. Ademais, as partes podem escolher alguns termos ou evitar outros por razões estratégicas, no intuito de explorar um poder de barganha superior ou de valer-se de uma assimetria de informação. Assim, contratos são usualmente bastante incompletos.” (POSNER, Eric A. op. cit.)

empresariais"<sup>66</sup>. Pressupõe-se que os empresários (individuais ou coletivos) possuam expertise negocial, própria ao cotidiano negocial. Tratando-se de sociedades empresárias, por disposição legal expressa (art. 153 da Lei 6.404/76 e art. 1.011 do CC/2002), os administradores possuem dever de diligência perante a sociedade que representam, cujo padrão de conduta está acima do homem médio<sup>67</sup>.

Por tais razões, tratando-se de contratos celebrados entre profissionais no exercício da atividade econômica que lhes é habitual, tem se afirmado que ficam mitigadas as possibilidades de aceitação da aplicação das normas relacionadas ao vício na vontade manifestada para a formação do contrato. Partindo-se do pressuposto que nos polos do contrato estão empresários, assessorados dos conhecimentos técnicos necessários, ficam mais restritas as hipóteses de desconhecimento sobre os efeitos do contrato, de equívoco sobre as bases e os riscos do negócio, ou de imprevisão quanto a superveniência de fatos que possam alterar as perspectivas de lucro do empresário<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> LUPION, Ricardo. op. cit., p. 147.

<sup>67</sup> “[...] Isto porque as partes dos contratos interempresariais deveriam ter um amplo conhecimento a respeito da natureza do contrato, são contratantes que realizam negócios visando o lucro, então há de se pressupor que exista um vasto conhecimento acerca do contrato a ser praticado.” CARNEIRO FILHO, Humberto João; VIANA, Raphael Fraemam Braga. Breve ensaio sobre a autonomia dos contratos interempresariais. **Revista de Direito Privado** | vol. 63/2015 | p. 103 - 124 | Jun - Set / 2015 | DTR\2015\13089

<sup>68</sup> Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado a inaplicabilidade da teoria da imprevisão para revisão do contrato empresarial de compra e venda de safra futura de soja. A corroborar, transcreve-se: "DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Agravo regimental que apenas reitera os argumentos do recurso especial, sem impugnar especificamente a fundamentação da decisão agravada.

2. *Jurisprudência consolidada do STJ no sentido de ser inaplicável a teoria da imprevisão aos contratos de compra e venda de safra firmados por produtores rurais de soja.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 975.954/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 25/05/2012)

Quanto à teoria da imprevisão, particularmente, há diversos enunciados do Conselho da Justiça Federal que apontam para a necessidade de ocorrência de evento extraordinário e imprevisível<sup>69</sup>. Por outro lado, “[...] a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidos com o contrato”<sup>70</sup>, evento necessariamente desconexo à álea normal do contrato, Luiz Gastão Paes de Barros Leães advoga a aplicação da teoria do *limite de sacrifício* (*Lehre von der Opfergrenze*), no âmbito da atividade empresarial. A imprevisão só pode ser cogitada em raríssimos casos, prevalecendo a certeza e segurança, decorrentes da força obrigatória dos contratos, pondera Leães que um ordenamento “[...] que permitisse ao contratante liberar-se de seus compromissos quando se verificassem modificações econômicas que simplesmente os dificultassem sobremaneira, [...], implicaria na subversão completa da ordem econômica”<sup>71</sup>.

Quanto aos contratos empresariais, na perspectiva da doutrina comercialista tradicional, anota-se a simplicidade de suas formas e a especial eficácia jurídica dos usos e costumes. Segundo Waldirio Bulgarelli, a disciplina dos contratos entre profissionais da atividade econômica organizada é contaminada com algumas das características que abrangem o Direito Empresarial como um todo, a saber: simplicidade das formas, celeridade de aplicação, agilidade e eficácia jurídica dos usos e costumes como fonte normativa<sup>72</sup>. São características típicas do ramo empresarial, decorrentes da prática da atividade econômica organizada, que refletem em toda a

---

<sup>69</sup> 366 – Art. 478. O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

<sup>70</sup> 439 – Art. 478: A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato.

<sup>71</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A álea normal do contrato e o momento do exercício das opções. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** | vol. 39 | p. 101 | Jan / 2008

<sup>72</sup> BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 36.

estrutura normativa das empresas, inclusive no regime dos contratos empresariais.

Sobre os usos e costumes, Haroldo Verçosa aponta que “no direito comercial, sempre tiveram fundamental importância e ainda hoje mantêm a sua relevância, embora sombreada pela expressão desmesurada da presença do *Estado legiferante*”<sup>73</sup>. Assevera Verçosa que, não obstante não haver menção específica nas leis empresariais brasileiras aos usos e costumes como fonte do direito empresarial, após a revogação dos art.s 154, 168, 179, 186, 207 e 291 do Código Comercial brasileiro, ainda assim se mostra atual a importância dos usos e costumes empresariais<sup>74</sup> o que vem sendo confirmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>75</sup>.

Pode-se afirmar que estes são os principais atributos dos contratos empresariais. Por certo que poderiam ser citadas outras características geralmente apontadas, como, por exemplo, a afinidade entre contratos empresariais e os contratos relacionais<sup>76</sup> (contrato de distribuição, representação, assistência técnica, dentre outros).

Sobre os aspectos econômicos associados aos atributos dos contratos empresariais, Paula Forgioni trabalha pormenorizadamente vários destes conceitos econômicos, elementos inerentes à prática da atividade empresarial e questões estruturais de funcionamento do mercado, aos quais qualifica como

---

<sup>73</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 33.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>75</sup> Neste sentido: REsp 877.074/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/05/2009, DJe 17/08/2009; REsp 1013976/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 29/05/2012.

<sup>76</sup> Contratos relacionais são os contratos Ronaldo Porto Macedo Junior aborda os elementos que caracterizam os contratos relacionais: “Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional em termos de preço, quantidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Neste sentido ele é um contrato muito mais aberto e flexível. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, jul-set, p. 113.

“diretrizes içadas do funcionamento próprio ao sistema do direito comercial”<sup>77</sup>, sem as quais não seria possível uma reflexão global sobre os contratos empresariais. Daí a importância de se ter em conta o efetivo funcionamento da economia e da atividade empresarial no momento de delinear e aplicar as normas de direito contratual empresarial, diante da interdependência entre o objeto regulado e a conformação jurídica que lhe é conferida.

## **6. Instrumentalidade dos contratos empresariais, sua função econômica e os reflexos em seu regime jurídico**

Identifica-se, de fato, a existência de uma relação de interdependência entre questões ligadas ao funcionamento do mercado (aspectos econômicos) e a disciplina jurídica dos contratos empresariais, havendo estreita vinculação entre o ramo jurídico empresarial e o objeto por ele regulado, a atividade econômica organizada<sup>78</sup>. A relação necessária entre o regime jurídico contratual empresarial e a estruturação da economia fica ainda mais evidente ao se analisar a função dos contratos empresariais no sistema econômico capitalista.

Pode-se afirmar que os contratos instrumentalizam os negócios estabelecidos no exercício da empresa<sup>79</sup>, enquanto os contratos empresariais são o instrumento utilizado pelos empresários para operar seus negócios com outros empresários<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais.**, op. cit., p. 56.

<sup>78</sup> Rosa Maria de Andrade Nery, debruçando-se sobre os contratos de direito privado, registra: “não se pode negar a importância socioeconômica da estrutura jurídico-sistemática do contrato, pena de se ver comprometida a segurança da vida do direito, a estabilidade da economia e a própria essência da liberdade humana, pois uma base econômica inspira e *condiciona as relações jurídicas negociais*”. NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit. p. 229.

<sup>79</sup> Na expressão de Waldirio Bulgarelli, os contratos representam “o núcleo básico da atividade empresarial” BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 25.

<sup>80</sup> Neste sentido, vale registrar a lição de Ricardo Negrão: “No sistema do Código Civil de 1916, considerava-se contrato comercial os que decorriam de negócios mercantis, como afirma Fran Martins: ‘uma diferença que se pode estabelecer entre contratos civis e comerciais é que estes serão

Nesta medida, os contratos demonstram caráter instrumental, pressupondo sempre uma operação econômica subjacente; no caso dos contratos empresariais, no seu pano de fundo invariavelmente haverá uma operação de cunho econômico estabelecida entre empresários no exercício de suas atividades econômicas. Significa que o contrato, como instituto jurídico, é instrumento da operação econômica<sup>81</sup>, servindo-lhe de base e estruturado consoante os interesses que se pretende tutelar naquela relação<sup>82</sup>.

A segurança e a previsibilidade das relações econômicas são essenciais para o bom funcionamento do mercado e são asseguradas, primordialmente, pelos contratos e pelas instituições jurídicas que lhe conferem sustentação<sup>83</sup>. Segundo Enzo Roppo, “as regras que governam o controle de funcionamento dos contratos, reflectem pontualmente *regras de bom funcionamento do mercado*”<sup>84</sup>. Isso porque a racionalidade, previsibilidade e calculabilidade são atributos indispensáveis para a circulação de

---

sempre praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão, enquanto aqueles sã os que qualquer pessoa capaz poderá praticar’.

[...] De nossa parte, entendemos que muitos contratos têm sua origem no desenvolvimento histórico do Direito Comercial e não poderiam ser dispensados no processo de seleção dentre as diversas modalidades de contratos e outros são, necessariamente, contratos entre empresários, podendo, entretanto, gerar efeitos a pessoas não empresárias. Nesse processo algumas dificuldades surgem ao se verificar que o conceito precede ao uso - empresarial ou não empresarial - e, nesse caso, a abordagem unificada é recomendável.

No estudo dos contratos empresariais, portanto, reconhecendo que somente podem ser assim qualificados os realizados entre empresários, estenderemos nosso estudo a alguns efeitos não empresariais quando necessários à compreensão da matéria e ao estudo das origens comerciais dos institutos”. NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 2: títulos de crédito e contratos empresariais**. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 224/225.

<sup>81</sup> Esclarece Enzo Roppo o que se entende por operação econômica: “existe operação econômica - e portanto possível matéria de contrato - onde existe *circulação da riqueza*, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam coisas em sentido próprio)”. Ibidem, p. 13.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> Nesta esteira, Orlando Gomes leciona: “A vida econômica desdobra-se através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica (...)”. GOMES, Orlando. op. cit. p. 22.

<sup>84</sup> ROPPO, Enzo. op. cit., p. 223/224.



riquezas no sistema econômico capitalista. Nas palavras de Roppo, não houvesse contrato para conferir estabilidade e segurança às operações econômicas, predispondo a solução em caso de superveniência de acontecimentos imprevisíveis, inadimplemento contratual ou operação fundada em erro das partes, o mercado estaria exposto ao risco de ser, “em seu complexo, um *mercado totalmente irracional* (e bem longe de garantir - segundo os postulados ideológicos da economia clássica - o melhor aproveitamento dos recursos e com ele a maximização do bem-estar colectivo)”<sup>85</sup>. Por isso, não há dúvidas acerca do “papel do contrato como instrumento essencial para a gestão de uma economia capitalista”<sup>86</sup>.

Ou ainda, na lição de Paula Forgioni, o mercado identifica-se “com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos”<sup>87</sup>. Esta relação entre contrato e mercado é trabalhada por Paulo Nalin; segundo ele, o contrato se amolda à forma de organização da economia em cada época, transformando-se de acordo com o contexto em que está inserido, mas sempre desempenhando seu papel fundamental no capitalismo de mercado: “a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica”<sup>88</sup>.

O valor social da liberdade de iniciativa, por escolha constitucional, é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira e fundamento da própria República<sup>89</sup>, nos termos do art. 1º, IV. Preferencialmente, a liberdade de iniciativa está concentrada nos agentes privados, para que a exerçam individual ou coletivamente (sociedades) mediante a organização de uma atividade empresarial<sup>90</sup>, reservando-se ao Estado a iniciativa

---

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> Idem.

<sup>87</sup> FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 25.

<sup>88</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**, Curitiba: Juruá, 2002, p. 109.

<sup>89</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 202/203.

<sup>90</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 804/805.

econômica apenas nas hipóteses previstas no art. 173, *caput*, da Constituição de 1988<sup>91</sup>. De qualquer modo, seja a liberdade de iniciativa exercida pelos particulares ou por entidades estatais, os contratos estão presentes para possibilitar que a exploração da atividade econômica se desenvolva. Não é factível, ao menos no contexto atual de organização capitalista, que alguma empresa seja explorada sem a celebração de contratos ou mesmo sem o entabulamento de contratos empresariais<sup>92</sup>. Pelos próprios modelos de gestão e organização da atividade empresarial predominantes no atual contexto econômico, caracterizados pelo enxugamento do quadro de trabalhadores e do espaço físico dos empreendimentos, com grande tendência de terceirização de atividades-meio<sup>93</sup>, torna-se quase inevitável a celebração de contratos interempresariais.

Enzo Roppo destaca a transição no papel do contrato: de meio instrumental e funcional da propriedade ao instituto instrumental e funcional da empresa:

Se o contrato adquire relevância maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui um *instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a actividade económica organizada*. Poderia assim dizer-se, para resumir numa fórmula simplificante a evolução do papel do contrato, que de mecanismo funcional e instrumental da propriedade, ele se tornou *mecanismo funcional e instrumental da empresa*.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>92</sup> Consoante sustenta Paula A. Forgioni: "É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados, etc.; tudo exige que se estabeleça relações com terceiros. Essa ação recíproca (empresas - outros agentes) interessa ao direito na medida em que dá à luz a contratos e, conseqüentemente, a relações jurídicas". FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 24.

<sup>93</sup> Sobre o crescimento do fenômeno da terceirização e seus reflexos, vide DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 407/416.

<sup>94</sup> ROPPO, Enzo. op. cit., p. 67.

Conforme destaca Eros Roberto Grau, todas as avenças firmadas entre empresários possuem uma razão econômica<sup>95</sup>. Quer dizer que, antes da formalização jurídica do contrato empresarial, existe uma transação econômica que as partes almejam no exercício dinâmico da empresa<sup>96</sup>. Em virtude disso, Orlando Gomes chega a classificar os contratos de acordo com as funções econômicas que desempenham<sup>97</sup>.

Assentando-se o sistema capitalista no princípio da livre iniciativa, devem ser delineadas instituições jurídicas que deem conta de possibilitar de maneira mais adequada o desenvolvimento da produção e circulação de riquezas no mercado, sob pena de o sistema econômico não funcionar de maneira minimamente satisfatória<sup>98</sup>. Sendo os contratos empresariais e os contratos em geral instrumentos jurídicos voltados à consecução do objetivo de bom funcionamento do mercado, sua estrutura normativa, na lição de Eros Roberto Grau, "segue e seguirá viabilizando a fluência das relações econômicas", somente se admitindo em seu regime jurídico normas e institutos compatíveis com essa função<sup>99</sup>.

Isso não significa que a disciplina contratual esteja sujeita de forma absoluta aos ditames mercadológicos. É possível a inclusão na estrutura normativa dos contratos (inclusive empresariais) dispositivos que visem a fins outros, valores que não se relacionam

---

<sup>95</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. op. cit., p. 283.

<sup>96</sup> Nas palavras de Paula Forgioni, "o negócio jurídico [empresarial] há de ser visto como meio empregado pelas partes na concreção de seus escopos". FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, op. cit., p. 59).

<sup>97</sup> Segundo este critério, o autor divide os contratos em sete categorias: a) para promover a circulação de riqueza;

b) de colaboração; c) de prevenção de risco; d) de conservação e acatuelatórios; e) para prevenir ou dirimir uma controvérsia; f) para a concessão de crédito; g) constitutivos de direitos reais de gozo, ou de garantia."GOMES, Orlando. op. cit., p. 22.

<sup>98</sup> Sobre o tema, destaca Orlando Gomes que o motivo determinante da tutela jurídica do contrato está atrelada à sua função econômico-social. Nas palavras do autor: "A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social". Ibidem, p. 23/24.

<sup>99</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. op. cit., p. 23.

diretamente com os imperativos econômicos<sup>100</sup>. Entretanto, esta possibilidade encontra limite a partir do momento em que fere a

---

<sup>100</sup> Não se ignora que os contratos, mesmo que os de natureza empresarial, estejam afetos às normas de ordem pública que regem as relações entre privados em geral. Como já afirmado, ao citar-se Reale, o legislador tentou certamente o estabelecimento de normas gerais capazes de gerar coesão interpretativa, e obediência aos imperativos decorrentes das normas-objetivo constitucionais, particularmente as constantes do art. 1º, III e IV, e art. 170. Nesse sentido afirma Eros Grau que “a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam adequadas, absolutamente, a tais normas-objetivo.” GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 165.

Tal, contudo, não é conflitante com a posição que defendemos, acerca da necessária distinção entre os tipos contratuais. Isto pois a conformação dos princípios constitucionais varia, sempre dentro da moldura normativa mínima, não sendo razoável a estrita definição do conteúdo do princípio como permanente, independentemente da zona de aplicação. As relações jurídicas empresariais, por serem inseridas propriamente em âmbito diverso das demais, devendo ser assumida feição argumentativa diferenciada – reconhecedora da lógica de mercado preponderante – e que, portanto, interferiria na conformação final – no produto normativo, o conteúdo do princípio – o que geraria resultado diverso daquele que teria o mesmo princípio em campo, por exemplo, por exemplo.

Posição contrária é expressa por Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino, que afirma: “Sobre a temática outro ponto a se destacar é o malfadado Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial que dispõe ‘nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais’.

Conforme exposto a atual sistemática do Direito Privado é ter como norte os princípios constitucionais. As normas de ordem pública surgem como forma do legislador, por meio de dirigismo estatal, equalizar as relações na busca pela igualdade. Destarte, o Código Civil aos instituir, normas de ordem pública, orientadoras das relações contratuais (boa-fé objetiva e função social do contrato) visa alcançar os anseios e objetivos estatais (art. 3.º da CF/1988).Dirigismo estatal não pode ser entendido como intervenção desmedida pelo Estado-Juiz e a sua mitigação não pode ser usada para prevalecer o *pacta sunt servanda* em detrimento de outros valores. Mesmo os contratos empresariais, em relação simétrica ou não, devem respeitar os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, já que a autonomia privada e a força obrigatória das avenças encontram como limitador os preceitos de ordem pública, na busca pela efetivação dos anseios sociais.” (BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. *Dirigismo contratual e os contratos empresariais*. **Revista de Direito Privado** | vol. 61/2015 | p. 127 - 143 | Jan - Mar / 2015 | DTR\2015\2322)

Tal argumento, contudo, não deve prevalecer. Apesar de, talvez, infeliz o termo empregado no Enunciado 21 – mitigado – é certo que, conforme já expusemos longamente, não há coincidência entre o conteúdo normativo do princípio da função social quando em situações diametralmente opostas. Insta dizer: Sempre há o princípio da função social do contrato; contudo, a materialização, a positividade, toma forma ora enquanto princípio da função social do contrato-empresarial, ora enquanto princípio da função social do contrato-consumerista, ora como princípio da função social do contrato-civil. Todos estes são decorrências normativas do processo interpretativo da função social do contrato, conjugado a determinado contexto, que gera as variáveis ora apresentadas. O texto é invariável, a norma, por outro lado, é decorrência do processo de contraposição entre o universal e o caso concreto, de modo que então constatamos a ocorrência de diversos possíveis significados ao termo indeterminado “função social do contrato”. Assim, pois, a “positividade” dos princípios constitucionais assume feição voltada sempre aos fins aos quais o sistema jurídico está voltado. Numa

lógica de funcionamento do mercado<sup>101</sup>, especialmente quando tais normas implicam instabilidade, incerteza e insegurança nas *regras do jogo* contratual. Em tempos de competição em nível global, quanto mais a disciplina jurídica dos contratos empresariais atender a função de instrumentalizar as operações econômicas, conferindo-lhes certeza, segurança, previsibilidade e confiança, maior será a atratividade da atividade empresarial para a economia nacional, pela facilitação do fluxo econômico<sup>102</sup>.

---

análise finalística, enquanto assumida a identidade empresarial e, portanto, econômica, do, e.g., princípio da função social do contrato, este torna-se materialmente caracterizado, como afirma Luciano Benetti Timm como tendo a função primária de “[...] possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação.” TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 203

Posição esta é corroborada, ainda, quando analisamos um caso prático: A flutuação do preço de soja, vendida a preço futuro, a chamada “soja verde”. A imposição de interpretação não econômica do princípio, com um viés propriamente derivado da prática civilista, impactou negativamente o mercado em questão. Como afirma Paula Forgioni: “Quebrou-se a confiança entre até então parceiros gerando perda de bem-estar e aumento de custos de transação, por conta da quebra de promessas em que uma das partes – a indústria – se tornou refém da outra, agricultores (e Judiciário). Para honrar seus compromissos a indústria teve de arcar com o custo da compra de soja no mercado à vista, mas isto é outra história. Nesses casos a função social do contrato não importava. [...]Ao interpretar a expressão função social deve-se preservar a liberdade individual ao mesmo tempo em que serão reconhecidas as responsabilidades pelas decisões tomadas. Argumento recorrente para explicar ou justificar a função social é a perseguição de equilíbrio entre diferentes classes sociais, entre poder econômico e trabalhadores, por exemplo, ou entre aquele e os menos favorecidos, ou, ainda, meio de promover a solidariedade visando ao maior bem-estar geral.

*Função social* ligada à concepção de funcionalismo, análise funcional, explica instituições sociais como formas coletivas de atender a necessidades biológicas individuais. A expressão função social poderia se limitar a descrever as instituições a partir da constatação de seus efeitos assim como analisar as ações humanas e suas consequências. Diferentes leituras ou interpretações levam a supor que se tenta explicar características do ambiente subjacente a determinadas instituições sociais, aquilo que Douglas North denomina ‘*regras do jogo*’. Seriam modelos resultantes de interações dos grupos ou comunidades e que, eventualmente, são adotados por todos e, recepcionados pelo legislador, transformam-se em normas de direito positivo.”. FORGIONI, Paula A. Mercados e função social do contrato. **Revista de Direito Empresarial** | vol. 12/2015 | p. 19 - 33 | Nov - Dez / 2015 | DTR\2016\96.

<sup>101</sup> E assim o é porque, consoante aponta Orlando Gomes: "Tamanha é a importância dos contratos como *fato econômico*, que sua disciplina jurídica constitui a estereotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade". GOMES, Orlando. op. cit., p. 23.

<sup>102</sup> Abordando esta temática da globalização e contratos empresariais, registra Fabio Ulhoa Coelho: "Com o desenvolvimento da globalização da economia, os empresários procuram localizar seus estabelecimentos industriais em países de direito-custo mais atraente. Em vista disso, os interessados

A partir do momento em que o direito contratual empresarial e suas instituições são conformados em descompasso com sua função relativamente ao funcionamento do mercado, todo o sistema econômico pode sofrer reflexos negativos, inclusive pela perda competitiva perante outros países.

Neste prisma, a função econômica dos contratos empresariais representa importante critério para a construção das normas e para a solução de casos concretos. A eventual referência aos mesmos textos normativos não significa que a teoria geral dos contratos passou a ser a mesma no âmbito civil e empresarial.

Além da já mencionada aplicação da teoria da imprevisão, os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio contratual e o instituto da teoria do abuso de direito e a teoria do limite de sacrifício devem observância às peculiaridades atinentes à disciplina do Direito Empresarial, conforme estabelecem os enunciados 20<sup>103</sup>, 22<sup>104</sup>, 23<sup>105</sup>, 25<sup>106</sup>, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, ou até mesmo o enunciado 26<sup>107</sup>, o qual praticamente normatiza o conceito de *eficiência de Pareto*.

---

em atrair investimentos, como é o caso do Brasil, terão maior ou menor sucesso na medida em que os respectivos direitos passem a representar vantagens competitivas. Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos. A globalização, assim, revigora a autonomia da vontade". COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol. 3**, op. cit., p. 32.

<sup>103</sup> 20. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços

<sup>104</sup> 22. Não se presume solidariedade passiva (art. 265 do Código Civil) pelo simples fato de duas ou mais pessoas jurídicas integrarem o mesmo grupo econômico.

<sup>105</sup> 23. Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual.

<sup>106</sup> 25. A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

<sup>107</sup> 26. O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

Tal enunciado demonstra a natureza eminentemente exógena da função social do contrato. Neste sentido afirma André Luis Vieira: "Tal perspectiva comina na conclusão de que, porquanto a probidade

Por outro lado, embora tenha havido forte aproximação principiológica entre o CC/2002 e o CDC no que se refere à disciplina contratual, segundo reconhecido inclusive no Enunciado n. 167 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>108</sup>, é certo que a boa-fé objetiva, função social do contrato e o equilíbrio contratual – princípios que caracterizam a nova teoria contratual consagrada no CC/2002 – ganham contornos próprios no regime jurídico contratual empresarial, “em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”<sup>109</sup>.

Neste sentido, o princípio da boa-fé objetiva deve ser dimensionado de acordo com a lógica própria da atividade empresarial<sup>110</sup>.

No que tange ao dever de cooperação, Ricardo Lupion afirma que “pode ser relativizado pelo ambiente concorrencial dos negócios empresariais e pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que

---

e a boa-fé tenham caráter endógeno, a função social é exógena, uma vez que está direcionada para os reflexos externos da relação contratual, sobretudo em razão da possibilidade de as especificidades e os desdobramentos do contrato afetarem *terceiros de boa-fé estranhos ao pacto*,<sup>42</sup> impondo como consequência um comportamento solidário, colaborativo e verticalizado pela preponderância dos interesses sociais sobre os pactuados.” VIEIRA, André Luis. **Revista Brasileira de Direito Público RBDDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, abr./jun. 2015

Daí a perspectiva, como apontamos, seguindo o conceito de eficiência de Pareto: O bem estar das partes é aumentado sem causar, contudo, a diminuição do bem estar de terceiros.

<sup>108</sup> Enunciado 167: “Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

<sup>109</sup> I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, Enunciado 29. Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

<sup>110</sup> Neste sentido, afirma Wanderley Fernandes que, não obstante os deveres anexos à boa-fé objetiva, “é preciso estimular os negócios e um empresário não deve ser penalizado por tentar convencer seu cliente de que detém o melhor produto. Este é o esforço de todo vendedor e de todo comprador, mesmo os mais simplórios sabem disso. Por outro lado, todo vendedor é suficientemente esperto para saber que seu cliente pretende determinada utilidade ao buscar seu produto e espera ter satisfeitas suas expectativas. Assim, ambas as partes têm, a partir da função específica de certos negócios, a consciência do que pretende a outra parte ao dar início às negociações. FERNANDES, Wanderley. O Processo de Formação do Contrato, *in Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Walderley Fernandes (org.), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.

cabe a cada empresa"<sup>111</sup>. O mesmo pode ser consignado quanto ao dever de informação, que pode ser flexibilizado em razão dos padrões de diligência e cuidado dos empresários no momento de entabular seus negócios, considerando em especial a expertise que se pressupõe terem os empresários no trato de seus negócios<sup>112</sup>.

No que se refere à função social do contrato, semelhante ao que ocorre com relação à boa-fé objetiva, fica atenuada a influência do referido princípio quando sua utilização relativiza a autonomia privada dos empresários contratantes, princípio essencial aos negócios empresariais. A função social do contrato empresarial pode ser compreendida em estreita relação à sua função econômica, ao respeito à operação que as partes almejam com a avença, desde que não implique desrespeito aos cânones do funcionamento do mercado, tais como a livre iniciativa e a livre concorrência<sup>113</sup>.

O equilíbrio contratual nas avenças interempresariais também merece uma tutela compatível com a mitigação do dirigismo contratual, em função da “simetria natural das relações interempresariais”<sup>114</sup>.

Porém, após a vigência do CC/2002 acentuou-se o risco de aplicação de equiparações inadequadas entre o regime jurídico dos contratos empresariais e de consumo ao regime jurídico civil. É o que ocorreu, por exemplo, em caso analisado pelo Tribunal de Justiça do Paraná que afastou a cobrança de verbas fundadas em contratos de franquia, modalidade tipicamente empresarial, com base no direito fundamental à livre associação, princípio da função social do contrato e os princípios da ordem econômica brasileira

---

<sup>111</sup> LUPION, Ricardo. op. cit., p. 37.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>113</sup> Neste sentido, afirma Irineu Mariani que “a observância da *função social* do contrato está conectada à razão pela qual ele existe na sociedade como alternativa ou utilidade para conciliar interesses e necessidades das pessoas, portanto instrumento de circulação de bens ou riquezas”. MARIANI, Irineu. op. cit., p. 22.

<sup>114</sup> I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, Enunciado 21. “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.



(art. 170 da Constituição da República). No caso, foram invocados os princípios constitucionais e o da função social do contrato para fundamentar que a exigência de padronização da loja de conveniência, condição do contrato de franquia, exigida por empresa franqueadora em relação à empresa franqueada, tornaria o contrato de franquia da loja de conveniências inválido, pois configuraria uma prática abusiva, equiparável à venda casada<sup>115</sup>. A decisão não transitou em julgado até o momento, sendo objeto do Recurso Especial n. 1404346/PR, ainda pendente de julgamento pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão)<sup>116</sup>.

Tais equiparações a regimes contratuais estranhos ao regime contratual empresarial causam instabilidade nas relações comerciais, gerando insegurança e, conseqüentemente, elevando os custos das transações. Nesta medida, é relevante a reafirmação da autonomia dos contratos empresariais e de sua disciplina jurídica, evitando que seja aplicada a este relevante instrumento econômico estrutura normativa ineficiente e custosa. O Direito contribui para o desenvolvimento econômico também quando confere o adequado tratamento jurídico aos contratos empresariais

## 7. Conclusão

Em que pese a tentativa do legislador de unificar as disposições gerais aplicáveis aos contratos civis e empresariais, inclusive mediante revogação das disposições relativas aos contratos empresariais previstas no Código Comercial de 1850, qualquer tentativa de unificação na esfera privada nunca ocorrerá de forma plena, seja porque permanecem diplomas normativos que

---

<sup>115</sup> Trata-se de caso analisado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, envolvendo a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga e uma revendedora de combustíveis franqueada: TJPR - 7ª C. Cível - AC 778228-5 - Cascavel - Rel.: Victor Martim Batschke - Unânime - J. 29.11.2011, disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11209039/Acórdão-778228-5#>, acesso em 03/07/2018, às 14:03.

<sup>116</sup> Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>, acesso em 03/07/2018, às 14:06.

disciplinam contratos empresariais de forma especial, seja no âmbito da interpretação dos contratos.

É imprescindível que os contratos empresariais se submetam a um regime jurídico compatível com suas características e com suas finalidades. Ainda que, no que tange à teoria geral, os contratos empresariais estejam atrelados às disposições previstas no Código Civil de 2002, a atividade interpretativa deve valer-se de normas próprias estruturantes de um regime jurídico que não se confunde com as normas que regem os contratos civis ou de consumo.

Entretanto, esta distinção, em alguns casos, não tem sido observada na análise de casos concretos pelo Poder Judiciário. Em reação, a doutrina comercialista e os enunciados das Jornadas de Direito Civil e nas Jornadas de Direito Comercial organizadas pelo Conselho da Justiça Federal vem buscando reafirmar a autonomia dos contratos empresariais e a impossibilidade de equipará-los de forma plena aos contratos civis e de consumo, especialmente no tocante às disposições que caracterizam a chamada nova teoria contratual que engloba os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

O Anteprojeto de Código Comercial (PLS 487/2013) contém diversas disposições expressas relativas à teoria geral dos contratos empresariais, inclusive apresenta o conceito legal de contrato empresarial (art. 402) e consagra os diversos princípios particulares que orientam o regime contratual empresarial, normas sobre interpretação de negócios jurídicos empresariais e dedica o Livro II, Título II, Capítulo I, para regular os contratos empresariais em geral. Com a regulação integral da matéria relacionada à teoria geral dos contratos empresariais mediante disposições próprias, certamente haverá maior clareza quanto à necessária distinção entre o regime jurídico contratual empresarial e a disciplina contratual civil e consumerista.

Mesmo se há dúvidas quanto ao destino que será dado ao Anteprojeto de Código Comercial e os termos de sua eventual aprovação, cabe reafirmar a autonomia e o regime jurídico próprio

dos contratos empresariais, mesmo na vigência do Código Civil de 2002, de modo a garantir que seja respeitado seu regime jurídico particular, evitando-se equiparações equivocadas.

## 7. Referências

AZEVEDO, Fernando Costa. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 69, 2009;

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

BOITEUX, Fernando Netto. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001;

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. Dirigismo contratual e os contratos empresariais. **Revista de Direito Privado** | vol. 61/2015 | p. 127 - 143 | Jan - Mar / 2015 | DTR\2015\2322;

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1997;

CARNEIRO FILHO, Humberto João; VIANA, Raphael Fraemam Braga. Breve ensaio sobre a autonomia dos contratos interempresariais. **Revista de Direito Privado** | vol. 63/2015 | p. 103 - 124 | Jun - Set / 2015 | DTR\2015\13089;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2012;

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial, Vol. 3**. São Paulo: Saraiva, 2012;

COMPARATO, Fabio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Público** n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais. out.-dez., 1988;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed., São Paulo: LTr, 2008;

FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

\_\_\_\_\_. Mercados e função social do contrato. **Revista de Direito Empresarial** | vol. 12/2015 | p. 19 - 33 | Nov - Dez / 2015 | DTR\2016\96;

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008;

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010;

\_\_\_\_\_; FORGIONI, Paula. **Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005;

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A álea normal do contrato e o momento do exercício das opções. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** | vol. 39 | p. 101 | Jan / 2008;

LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 35, jul-set;

MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14<sup>a</sup>ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2002;

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 2: títulos de crédito e contratos empresariais**. 5<sup>a</sup>ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 20/1996 | p. 88 - 111 | Out - Dez / 1996;

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986;

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009;

SANTOS, Joaquim Antônio Penalva. **Os contratos mercantis à luz do Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2006;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2007;

SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2010

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015;

\_\_\_\_\_; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *In* **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 158-178;

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: o Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010;

VIEIRA, André Luis. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, abr./jun. 2015.



# **A subsistência dos contratos empresariais enquanto categoria autônoma no Código Civil**

*Marlon Tomazette<sup>1</sup>*

## **1 Introdução**

A autonomia do direito empresarial é um dos temas mais controvertidos na história da doutrina mundial. Tal tema despertou inclusive iniciativas legislativas de unificação da legislação civil e comercial, como no caso do Código Civil brasileiro. Este unificou ao menos a parte de obrigações e contratos, revogando o tratamento especialmente que existia no Código Comercial. O Código Civil, no entanto, manteve distinções dentro de espécies contratuais, como depósito e o mandato, entre o contrato destinado para fins econômicos e aquele destinado a fins não econômicos. Assim sendo, mantém-se acesa a questão da subsistência ou não dos contratos empresariais como uma categoria autônoma, mesmo dentro do Código Civil.

Para analisar tal tema, é fundamental entender e analisar o próprio histórico do direito empresarial, mostrando as razões que justificaram o seu surgimento e a sua evolução ao longo do tempo. Nessa perspectiva, é fundamental analisar se no estágio atual

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Advogado, Procurador do Distrito Federal, Professor de direito comercial no Centro Universitário de Brasília – UniCeub, na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

existem ou não elementos característicos capazes de dar e manter a autonomia científica ao direito empresarial. Serão apresentadas as principais manifestações contrárias e favoráveis a autonomia, para que se chegue a uma conclusão parcial neste particular.

A partir da conclusão parcial alcançada, é fundamental fazer sua transposição para o aspecto dos contratos, analisando se existem ou não como figuras autônomas os contratos empresariais. Assim, é fundamental também o estudo das categorias “empresa” e “empresário” como categorias basilares de toda a interpretação da ideia moderna de direito empresarial e dos contratos empresariais.

## 2 – Histórico do direito comercial

Intuitivamente poder-se-ia afirmar que o direito comercial é o direito do comércio, o que não corresponde à realidade. Com efeito, o adjetivo comercial demonstra que esse ramo do direito surgiu em virtude das exigências especiais do fenômeno comercial<sup>2</sup>. Todavia, houve uma grande extensão do âmbito do direito comercial, abrangendo-se fatos que não se enquadram dentro do conceito econômico de comércio. Além disso, não se pode dizer que o direito comercial regule todo o comércio<sup>3</sup>.

O direito comercial surgiu de uma necessidade, na idade média, de regulamentar as relações entre os novos personagens que se apresentaram: os comerciantes (a ascensão da burguesia). Mas o comércio, bem como as normas jurídicas, que regulamentavam tal relação, remontam a um período bem anterior.

Na Antiguidade surgiram as primeiras normas regulamentando a atividade comercial (2.083 a. C), as quais remontam ao Código de Manu na Índia e ao Código de Hammurabi da Babilônia, mas sem configurar um sistema de normas que se

---

<sup>2</sup> VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1, p. 3.

<sup>3</sup> GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990, p. 13.



pudesse chamar de direito comercial. Os gregos também possuíam algumas normas, sem, contudo, corporificar um sistema orgânico.

No direito romano também havia várias normas disciplinando o comércio (que se encontravam dentro do chamado *ius civile*, sem autonomia) que, todavia, em virtude da base rural da economia romana, também não corporificaram algo que pudesse ser chamado de direito comercial<sup>4</sup>. A amplitude e a flexibilidade do direito privado geral romano tornavam supérfluo o surgimento de um direito especial para o comércio<sup>5</sup>.

Apesar de já existirem várias regras sobre o comércio o direito comercial só surge na idade média, como um direito autônomo<sup>6</sup>, passando por uma grande evolução, que pode ser dividida em três fases: o sistema subjetivo, o sistema objetivo e o sistema subjetivo moderno.

## 2.1 – O sistema subjetivo

A queda do império romano, e conseqüentemente a ausência de um poder estatal centralizado fizeram surgir pequenas cidades, que não eram auto-suficientes para atender suas necessidades, as quais se mantiveram fechadas durante toda a idade média<sup>7</sup>. No fim da idade média, por volta dos séculos XI e XII, com a reabertura das vias comerciais do Norte e do Sul da Europa, se desenvolve uma mudança radical na configuração da sociedade, há uma grande imigração do campo, formando-se cidades como centros de consumo, de troca e de produção industrial.

---

<sup>4</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de direito comercial brasileiro. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 63; VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1, p. 5.

<sup>5</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 10.

<sup>6</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 12.

<sup>7</sup> GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990, p. 31.

Essa mudança foi provocada pela crise do sistema feudal, resultado da subutilização dos recursos do solo, da baixa produtividade do trabalho servil, aliadas ao aumento da pressão exercida pelos senhores feudais sobre a população. Em função da citada crise há uma grande migração que envolvia, dentre outros, os mercadores ambulantes, que viajavam em grupos e conseguiram um capital inicial, que permitiu a estabilização de uma segunda geração de mercadores nas cidades, desenvolvendo um novo modo de produção<sup>8</sup>.

Esse desenvolvimento da atividade comercial trouxe à tona, a insuficiência do direito civil para disciplinar os novos fatos jurídicos que se apresentavam<sup>9</sup>. A disciplina estatal era baseada na prevalência da propriedade imobiliária, estática e cheia de obstáculos para sua circulação<sup>10</sup>. Em função disso, impõe-se o surgimento de uma nova disciplina especial, de um novo direito destinado a regular esses novos fatos que se apresentam. Só nesse período, começa a se desenvolver um direito comercial, essencialmente baseado em costumes, com a formação das corporações de mercadores (Gênova, Florença, Veneza), surgidas em virtude das condições avessas ao desenvolvimento do comércio.

A desorganização do estado medieval fez com que os comerciantes se unissem para exercitarem mais eficazmente a autodefesa<sup>11</sup>. Era preciso se unir para ter “alguma força” (o poder econômico e militar de tais corporações era tão grande que foi capaz de operar a transição do regime feudal para o regime das monarquias absolutas).

Nesse primeiro momento, o direito comercial podia ser entendido como o direito dos comerciantes, vale dizer, o direito

---

<sup>8</sup> GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990, p. 32.

<sup>9</sup> BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 53-54.

<sup>10</sup> AULETTA, Giuseppe e SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. VIII.

<sup>11</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 15.

comercial disciplinava as relações entre os comerciantes. Eram inicialmente normas costumeiras, aplicadas por um juiz eleito pelas corporações, o cônsul, e só valiam dentro da própria corporação. Posteriormente, no seio de tais corporações surgem também normas escritas para a disciplina das relações entre comerciantes. Essas normas escritas juntamente com os costumes formaram os chamados estatutos das corporações, que eram a fonte primordial do direito comercial em seus primórdios<sup>12</sup>.

A especialidade das normas e a jurisdição especial formada é que permitiam o desenvolvimento do direito mercantil, e sua diferenciação do direito comum<sup>13</sup>. Não há que se falar nesse momento, em contribuição doutrinária para a formação do direito comercial<sup>14</sup>.

Fala-se aqui em sistema subjetivo, porquanto havia a aplicação do chamado critério corporativo, pelo qual se o sujeito fosse membro de determinada corporação de ofício o direito a ser aplicado seria o da corporação, vale dizer, era a matrícula na corporação que atraía o direito costumeiro e a jurisdição consular. Entretanto, não era suficiente o critério corporativo, era necessário que a questão também fosse ligada ao exercício do comércio<sup>15</sup>. Tratava-se de um direito eminentemente profissional<sup>16</sup>.

Com o aumento do poder econômico da burguesia comercial, e conseqüentemente com a difusão de relações com não comerciantes, a jurisdição corporativa estendeu e passou a valer também para demandas entre comerciantes e não comerciantes<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de direito comercial brasileiro. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 69.

<sup>13</sup> ASCARELLI, Túllio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 21.

<sup>14</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 18.

<sup>15</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. São Paulo: RT, 2001, p. 19.

<sup>16</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 21.

<sup>17</sup> FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976, p. 6.

Nesse momento, a corporação mercantil estende seus poderes para fora de sua esfera corporativa, desenvolvendo o papel do governo da sociedade urbana<sup>18</sup>. Posteriormente, tal direito passa a ser um direito estatal e não mais corporativo, aplicado inicialmente por tribunais especiais e posteriormente pelos tribunais comuns<sup>19</sup>.

A extensão da aplicação das normas editadas pelas corporações não muda a natureza do direito comercial, que continua a ser um direito de classe. A aplicação das normas corporativas a quem não pertencia à corporação representa apenas a prevalência de uma classe sobre outras<sup>20</sup>. O *ius mercatorum* representam um direito imposto em nome de uma classe e não em nome da comunidade, como um *todo*<sup>21</sup>.

No Brasil tal sistema predominou durante o século XVIII, e a primeira metade do século XIX, na medida em que as normas editadas em tais períodos se referiam aos homens de negócios, seus privilégios e sua falência. Tal como em sua origem, o direito comercial no Brasil, inicialmente não passava de um direito de classe.

## 2.2 – Sistema objetivo

Com o passar do tempo os comerciantes passaram a praticar atos acessórios, que surgiram ligados à atividade comercial, mas logo se tornaram autônomos. O melhor exemplo dessa evolução são os títulos cambiários, documentos que facilitavam a circulação de riquezas, os quais, embora ligados inicialmente à atividade mercantil, tais atos se difundiram também para relações que não envolviam comerciantes. Diante disso, já não era suficiente a

---

<sup>18</sup> GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990, p. 39.

<sup>19</sup> AULETTA, Giuseppe e SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. X.

<sup>20</sup> FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976, p. 6.

<sup>21</sup> GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990, p. 39.

concepção de direito comercial como direito dos comerciantes, impondo-se um novo passo na evolução do direito comercial. É uma necessidade econômica que faz o direito mercantil evoluir.

Com o incremento da atividade mercantil, o crédito passa a ganhar extrema importância, seja o concedido pelo comerciante, seja aquele recebido por este, surgindo a atividade bancária. De outro lado, o crédito passa a ser documentado em títulos que simplificam a circulação de riquezas. Tais atos não são típicos apenas dos comerciantes, mas de boa parte da população. Em função dessa difusão de tais atos, impôs-se uma objetivização do direito comercial, isto é, as normas passam a se aplicar a atos objetivamente considerados e não a pessoas<sup>22</sup>.

Dois são os motivos dessa evolução: a necessidade de superar estrutura corporativa do direito comercial, como direito ligado às pessoas que pertenciam a determinada classe e a necessidade de aplicar as normas mercantis nas relações entre comerciantes e não comerciantes<sup>23</sup>.

O Código Napoleônico de 1807 acolheu a teoria dos atos de comércio, passando a disciplinar uma série de atos da vida econômica e jurídica, que não eram exclusivos dos comerciantes, mas que necessitavam das mesmas características do direito mercantil: facilidade de prova, prescrição breve, rapidez processual e competência técnica dos juízes<sup>24</sup>. Mas não foi a mera disciplina desses atos que nos permite falar numa segunda fase do direito mercantil, mas a extensão da jurisdição comercial a quaisquer pessoas que praticassem tais atos, independentemente da sua qualificação pessoal.

---

<sup>22</sup> ASCARELLI, Túllio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 59.

<sup>23</sup> AULETTA, Giuseppe. *L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al Codice Civile del 1942*. In: *1882-1982 Cento Anni dal Codice di Commercio*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 77.

<sup>24</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 76.

O direito comercial passa a ser o direito dos atos de comércio, praticados por quem quer que seja independentemente de qualquer qualificação profissional, ou participação em corporações. Tenta-se atingir a principal aspiração do direito mercantil, qual seja, a de disciplinar todos atos constitutivos da atividade comercial<sup>25</sup>.

### 2.3 – O sistema subjetivo moderno

A crise do sistema objetivo deu origem aos novos contornos do direito mercantil, desloca-se o centro de atenção do direito comercial, vale dizer, o ato dá lugar à atividade econômica. Unem-se as idéias do ato de comércio e do comerciante numa realidade mais dinâmica, a da atividade econômica, isto é, o conjunto de atos destinados a um fim, a satisfação das necessidades do mercado geral de bens e serviços<sup>26</sup>.

Mesmo antes de qualquer positivação de um novo regime, isto é, mesmo na vigência plena do Código Comercial de 1850, já houve um grande movimento no sentido de uma nova concepção do direito comercial no Brasil. Esse movimento foi extremamente influenciado pela nova concepção do direito comercial como direito das empresas, com a unificação do direito das obrigações promovido pelo Código Civil italiano de 1942.

Modernamente surge uma nova concepção que qualifica o direito comercial como o direito das empresas, orientação maciçamente adotada na doutrina pátria<sup>27</sup>, apesar de ainda existir

---

<sup>25</sup> AULETTA, Giuseppe. L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al Codice Civile del 1942. In: *1882-1982 Cento Anni dal Codice di Commercio*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 78.

<sup>26</sup> BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, nº 6, set – dez 1999, p. 301.

<sup>27</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 15; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995, p. 51; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 25; BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 17; BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, nº 6, p. 295-305, set – dez 1999, p. 301.

alguma resistência<sup>28</sup>. Nesta fase histórica, o direito comercial reencontra sua justificação não na tutela do comerciante, mas na tutela do crédito e da circulação de bens ou serviços<sup>29</sup>.

Diz-se sistema subjetivo moderno porquanto a concepção passa a ser centrada em um sujeito, o empresário, que é aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado.

É oportuno ressaltar que toda essa evolução tem um traço de continuidade, na medida que em todas as fases foram duas as exigências constantes do direito mercantil. A primeira exigência diz respeito à tutela do crédito, e a segunda à melhor alocação dos recursos, que se faz presente com a facilitação da circulação dos bens e da conclusão dos negócios<sup>30</sup>.

### **3 - Autonomia do direito empresarial**

O direito comercial surgiu de uma necessidade histórica, a necessidade de uma determinada classe, os comerciantes, de uma disciplina própria da atividade que lhes era peculiar. Esse direito corporativo se desenvolveu profundamente, de modo que seus institutos passaram a dizer respeito não apenas aos comerciantes, mas também a outros cidadãos. Essa intromissão da matéria mercantil no dia a dia das pessoas põe em cheque sua própria autonomia em face do direito civil, o que se torna mais atual no Brasil com o advento do Código Civil de 2002, que no Livro II da parte especial trata do chamado direito de empresa.

Um momento marcante na controvérsia sobre a autonomia do direito comercial, foi a aula inaugural proferida por Cesare Vivante na Universidade de Bolonha em 1892. O maior comercialista

---

<sup>28</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*, p. 29.

<sup>29</sup> AULETTA, Giuseppe. *L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al Codice Civile del 1942*. In: *1882-1982 Cento Anni dal Codice di Commercio*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 81.

<sup>30</sup> AULETTA, Giuseppe. *L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al Codice Civile del 1942*. In: *1882-1982 Cento Anni dal Codice di Commercio*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 75.

moderno atacou a divisão do direito privado, afirmando que não se justificava um tratamento autônomo do direito mercantil. Embora essa não tenha sido a primeira manifestação no sentido da unificação do direito privado, ela foi a que teve maiores repercussões, tendo em vista, sobretudo a autoridade do autor da referida aula.

Tais afirmações causaram grande espanto no mundo jurídico, sobretudo pelo autor das mesmas, uma vez que antes da exposição de Vivante, o nosso Teixeira de Freitas já havia elaborado a consolidação das leis civis, que já adotava a unificação. Apesar do grande impacto gerado, as declarações de Vivante não receberam aceitação irrestrita, havendo uma grande oposição, que mantinha a opinião da autonomia do direito mercantil. Posteriormente, o próprio Vivante se retratou e reconheceu a autonomia do direito comercial. No Brasil, a discussão a respeito da autonomia do direito mercantil já perdura há muito tempo. Teixeira de Freitas ao elaborar a consolidação das leis civis em 1875 reuniu num só corpo as regras atinentes ao direito comercial e ao direito civil. Mesmo com a rejeição da idéia de Teixeira de Freitas novas idéias no sentido da unificação se desenvolveram no país.

Em 1912 Inglez de Souza elaborou um projeto de Código Comercial, e ao mesmo tempo preparou um projeto de emendas destinadas a transformar aquele projeto em um Código de Direito Privado. Em 1941, o anteprojeto de Código de Obrigações, elaborado por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, também pretendeu unificar a disciplina das obrigações.

### **3.1 - Opinião contrária a autonomia**

Dentre os que se manifestaram contra a autonomia do direito comercial, merece especial atenção a manifestação de Cesare Vivante. Apesar da sua retratação posterior em 1919, os argumentos lançados tiveram muitos adeptos. Também merece destaque a



opinião de Philomento José da Costa que, no Brasil, é sem dúvida o maior crítico da autonomia.

Cesare Vivante sustentou em síntese que na vida moderna há uma certa uniformidade nas obrigações, o que não justificaria dois tratamentos, um pelo direito civil e outro pelo direito comercial. Corroborando tal argumento apresenta a experiência suíça e a experiência do “common law”<sup>31</sup>.

Assevera Vivante que as normas comerciais foram criadas pelos comerciantes para defesa dos seus próprios interesses. Assim, a submissão de não comerciantes ao direito comercial seria injusta, pois as leis mercantis são obra de uma classe infinitamente menos numerosa, do que a dos cidadãos em geral<sup>32</sup>. A manutenção da autonomia só se justificaria se o interesse maior da comunidade fosse a prosperidade dos comerciantes.

Afirmou ainda que a divisão do direito privado era perniciosa ao progresso da ciência<sup>33</sup>, e que a divisão seria nociva ao exercício da justiça, dada a dificuldade da própria definição da matéria mercantil. Haveria controvérsias para se definir se a matéria é mercantil ou civil, e isso não colaboraria para a boa aplicação do direito<sup>34</sup>.

Alega ainda que a faculdade de se atribuir caráter comercial aos atos que não figuram na lista dos atos de comércio gera uma certa insegurança, na medida em que a natureza mercantil gera efeitos de outra órbita<sup>35</sup>. Além disso, a existência de dois códigos

---

<sup>31</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, p. 8.

<sup>32</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, p. 12.

<sup>33</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, p. 17.

<sup>34</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, p. 15-16.

<sup>35</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, p. 16.

dificultaria a aplicação, quando existissem disposições em ambos sobre o mesmo instituto<sup>36</sup>.

Francesco Ferrara Júnior também nega a autonomia do direito comercial, reconhecendo apenas uma autonomia didática<sup>37</sup>. Para ele não existiriam princípios próprios e diferentes daqueles que regem o direito privado como um todo, e as normas mercantis seriam parte do sistema geral do direito privado, caracterizando-se como normas especiais e não como um ramo autônomo do direito<sup>38</sup>.

No Brasil, Philomeno José da Costa<sup>39</sup> também nega a autonomia do direito comercial, trazendo vários argumentos. Afirma que o direito comercial surgiu de um processo histórico e que os motivos históricos para o seu surgimento desapareceram. Alega ainda que as funções dos costumes, o cunho progressista e o caráter internacional do direito comercial não são motivos suficientes para reconhecer sua autonomia. Assevera também, que há uma unidade na vida econômica não havendo motivos para um tratamento peculiar ao direito comercial, nem a sobrevivência de alguns institutos peculiares seria suficiente para tanto.

O mesmo autor afirma que a redução do direito comercial ao direito empresarial, não daria uma solidez suficiente para o reconhecimento de uma eventual autonomia deste ramo do direito. Alega também que a intervenção estatal não seria peculiar ao âmbito do direito comercial, sendo cada vez mais comum. Diz também que a apropriação de riquezas seria um fato econômico que se faz independentemente da dicotomia do direito privado.

Por fim, alega que as peculiaridades atribuídas ao direito comercial não lhe são privativas, sendo comuns a outros ramos do

---

<sup>36</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, p. 17.

<sup>37</sup> FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 18-19.

<sup>38</sup> FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 19.

<sup>39</sup> COSTA, Philomeno J. da. *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: RT, 1956.

direito. Afirma também que a unificação do Código é que ensejaria benefícios notáveis para o direito, ao contrário da dualidade propugnada por aqueles que defendem a autonomia do direito comercial.

### 3.2 – Opinião favorável a autonomia do direito comercial

A manifestação de Vivante, em sua aula inaugural em 1892, gerou uma série de reações já naquele momento em defesa da autonomia do direito comercial. Posteriormente, o próprio Vivante se retrata e reconhece a autonomia do direito comercial, opinião que hoje pode ser tida como majoritária<sup>40</sup>.

Alfredo Rocco assevera que a preponderância no direito comercial de normas que defendam os interesses dos comerciantes não tem qualquer influência na autonomia do direito comercial. Qualquer classe social que tenha condições influi na formação de regras em seu interesse, isso representa apenas um fenômeno social necessário<sup>41</sup>. A influência dos comerciantes não decorre da autonomia do direito comercial, mas do seu poder sobre a opinião pública e os poderes do Estado.

Do mesmo modo, não teria qualquer influência a dificuldade de definição dos limites entre o direito comercial e o direito civil, na medida em que o problema dos limites é uma constante dentro do

---

<sup>40</sup> VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1, p. 11; ASCARELLI, Túllio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 142; FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976, p. 12; FRANSCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 15; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 136; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 18; BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 39; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 28; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. São Paulo: RT, 2001, p. 30; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999, v. 1, p. 24; MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 35.

<sup>41</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 76-77.

direito<sup>42</sup>. Também não influiria na autonomia do direito comercial a questão das deficiências científicas, na medida em que estas não decorreriam da dualidade do direito privado<sup>43</sup>.

Além de refutar os argumentos dos críticos da autonomia, Alfredo Rocco afirma a autonomia mesmo à luz da vida econômica moderna, afirmando que a atividade comercial reclama do direito uma maior simplicidade de formas e uma mais eficaz tutela do crédito<sup>44</sup>. Não há como negar que as exigências da vida econômica moderna são muito diferentes daquelas do período do surgimento do direito comercial, havendo indiscutivelmente um alargamento da esfera de ação do direito comercial. Todavia, esse alargamento representa apenas que as exigências do direito comercial se estenderam a outras relações econômicas, sem que isso afetasse a autonomia do direito comercial.

O próprio Vivante, encarregado da elaboração de um Código de Comércio, retratou-se de sua manifestação anterior, passando a reconhecer a autonomia do direito comercial<sup>45</sup>. Nessa retratação, ele reconhece em primeiro lugar que o método do direito comercial é indutivo, prevalecendo o estudo empírico de fenômenos técnicos. Além disso, reconhece a natureza cosmopolita do direito comercial, afirmando a tendência de criação de um único mercado mundial, em substituição a mercados locais.

Em reforço a essa autonomia, assevera Vivante que a regulamentação dos negócios a distância, dos negócios em massa e a disciplina dos títulos de crédito só poderiam ser feitas dentro do

---

<sup>42</sup> ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 77-78.

<sup>43</sup> ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 78.

<sup>44</sup> ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 80.

<sup>45</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, introdução.

direito comercial, na medida em que o direito civil não seria suficiente para tutelar os interesses em jogo<sup>46</sup>.

Remo Franscechelli e Giuseppe Ferri defendem a autonomia asseverando que apesar da unidade da vida econômica moderna, ainda há uma nítida contraposição entre a atividade de conservação e gozo de bens e atividade de produção e de troca de bens<sup>47</sup>. “Ontologicamente o bem é sempre o mesmo. Mas a sua destinação de fato a um processo produtivo muda nitidamente a função, o valor, o relevo, a importância social”<sup>48</sup>.

No Brasil, Oscar Barreto Filho defende a autonomia do direito mercantil em função da especialidade do fenômeno econômico regulado<sup>49</sup>. Waldirio Bulgarelli também defende a autonomia, invocando a existência de institutos peculiares à vida comercial, os que não podem ser regidos pelo direito comum<sup>50</sup>.

#### **4 - A autonomia e as características próprias do direito empresarial**

A divisão do direito privado se deu em virtude da necessidade de uma regulamentação especial da matéria mercantil, tendo em vista que as características peculiares ao direito civil não se prestavam a atender os fins ligados especificamente ao direito comercial. Este exige um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere dos negócios, a tutela da boa fé, e a simplificação da

---

<sup>46</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1, introdução.

<sup>47</sup> FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffré, 1970, p. 71-72; FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976, p. 13.

<sup>48</sup> FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffré, 1970, p. 72, tradução livre de “Ontologicamente il bene é pur sempre lo stesso. Ma la sua destinazione in atto ad un processo produttivo ne muta nettamente la funzione, il valore, il rilievo, l'importanza sociale.”

<sup>49</sup> BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, nº 6, set - dez 1999, p. 301.

<sup>50</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

movimentação de valores<sup>51</sup>, tendo em vista a realização de negócios em massa.

Em função disso, não podemos negar a autonomia do direito empresarial, o qual possui princípios e características próprias, além de possuir um método próprio e de ser vasto o suficiente para merecer um estudo adequado e particular.

Ao contrário do direito civil, o direito empresarial usa o método indutivo<sup>52</sup>, isto é, conclui-se a regra com base nos fatos. Esse método reforça a ideia da autonomia do direito empresarial, porquanto se ele não fosse um ramo autônomo do direito privado, ele deveria usar o método dedutivo do direito civil.

Vittorio Salandra<sup>53</sup> destaca como princípios próprios do direito comercial a onerosidade, a facilidade de formação e extinção das obrigações, a pontualidade, entendida como a proteção do crédito, e por fim a facilidade de transmissão das obrigações, muito vista nos títulos de crédito.

Oscar Barreto Filho, ao estudar a atividade negocial, afirma que o direito mercantil é dotado de princípios próprios, que decorrem de exigências econômicas<sup>54</sup>. Ele destaca a necessidade de distinção entre propriedade estática (sobre os bens de gozo ou consumo), e a propriedade dinâmica ou empresarial sobre os instrumentos de produção. Também se destaca a necessidade de circulação dos bens e sua facilitação, sobre com os títulos de crédito.

Outro princípio peculiar ao direito mercantil seria a proteção a aparência ou forma externa do ato, resguardando interesses dos terceiros de boa fé. O mesmo autor ainda se refere à necessidade de

---

<sup>51</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 37; VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1, p. 4.

<sup>52</sup> FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 106.

<sup>53</sup> SALANDRA, Vittorio. *Curso de derecho mercantil*. Trad. de Jorge Barrera Graf. México: Jus, 1949, p. 10.

<sup>54</sup> BARRETO FILHO, Oscar. O projeto de Código Civil e as normas sobre a atividade negocial. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo, ano 4 n° 13, jul-set/2001, p. 260.

regulamentação uniforme dos negócios característicos da economia de massa, bem como a uniformização internacional das técnicas negociais. Por fim, merece menção a repartição social dos riscos e responsabilidades pela instituição de seguros<sup>55</sup>.

Rubens Requião também reconhece características próprias no direito mercantil nacional, quais sejam, o cosmopolitismo, o individualismo, a informalidade, a onerosidade, e o fragmentarismo<sup>56</sup>.

Waldirio Bulgarelli afirma como princípios essenciais do direito comercial o sentido dinâmico da propriedade dos bens, a proteção à aparência e a tendência uniformizadora no âmbito nacional e internacional das regras de disciplina das matérias<sup>57</sup>.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa indica como princípios: o cosmopolitismo, a onerosidade, o informalismo e a simplicidade, a elasticidade, a uniformização, a proteção da aparência e o fragmentarismo<sup>58</sup>. Fran Martins, por sua vez, indica como princípios: a simplicidade, a internacionalidade, a rapidez, a elasticidade e a onerosidade<sup>59</sup>.

Fabio Ulhoa Coelho enumera os seguintes princípios, como princípios gerais do direito empresarial: livre--iniciativa; liberdade de concorrência; função social da empresa; preservação da empresa; autonomia patrimonial da sociedade empresária; e legalidade<sup>60</sup>.

Não há como se negar a existência dos princípios próprios do direito empresarial, os quais, para nós, são:

- a) a simplicidade das formas;
- b) a onerosidade;

---

<sup>55</sup> BARRETO FILHO, Oscar. O projeto de Código Civil e as normas sobre a atividade negocial. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo, ano 4 n° 13, jul-set/2001, p. 260.

<sup>56</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 31.

<sup>57</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 58-59.

<sup>58</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 68--69.

<sup>59</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36--37.

<sup>60</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1, p. 66-79.

- c) a proteção ao crédito;
- d) o cosmopolitismo.

A simplicidade das formas é inerente ao direito empresarial, tanto na formação, como na extinção de relações jurídicas, tendo em vista o seu âmbito de atuação. Ora, a velocidade das relações econômicas modernas não permite que o formalismo esteja presente nas relações de massa. A velocidade da economia moderna impõe uma disciplina mais célere dos negócios, com a proteção da boa fé.

Dentro desse princípio, vemos a representação de mercadorias por títulos, e a negociação simplificada desses títulos e, por conseguinte, dos bens representados por esses documentos<sup>61</sup>. Além disso, vemos na formação de relações envolvendo vários interessados, a prevalência da vontade da maioria<sup>62</sup>, como nas sociedades, e até na falência, e a constituição de representantes para defender interesses comuns (por exemplo: agente fiduciário dos debenturistas).

Além disso, o fim último do direito comercial é o lucro, daí falar-se na sua onerosidade e no seu individualismo. Todavia, modernamente, esse individualismo vem sofrendo atenuações, com a intervenção estatal e a consagração de uma nova mentalidade. A empresa deve ser exercida para atender não apenas aos interesses do controlador, mas também os dos seus colaboradores e da sociedade que consome os seus produtos<sup>63</sup>.

Há ainda a proteção do crédito como princípio específico do direito empresarial. O crédito é um elemento essencial para o exercício da atividade empresarial e como tal deve ser protegido, de modo que os responsáveis pela concessão do crédito, continuem a concedê-lo permitindo o desenvolvimento das atividades empresariais.

---

<sup>61</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

<sup>62</sup> SALANDRA, Vittorio. *Curso de derecho mercantil*. Trad. de Jorge Barrera Graf. México: Jus, 1949, p. 11.

<sup>63</sup> ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo e RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. *Revista de direito privado*, n° 9, jan-mar 2002, p. 219.



Como aplicação desse princípio, vemos a condição de títulos executivos dos títulos de crédito, permitindo a tomada imediata de medidas satisfativas para os credores. Além disso, há a restrição de exceções oponíveis pelos devedores (art. 17 da Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias), deixando o direito do credor menos vulnerável. Podemos exemplificar tal princípio ainda com a possibilidade de decretação da falência diante da impontualidade do devedor.

Por fim, há o cosmopolitismo ou internacionalidade do direito empresarial. O direito civil representa as concepções de vida de uma sociedade determinada, estando sujeito aos influxos históricos de cada nação<sup>64</sup>. Por outro lado, o Direito mercantil/empresarial se destina a regular relações que não se prendem a uma nação, pelo contrário, dizem respeito a todo o mundo, sobretudo, com o crescente movimento de globalização. Em função disso, se afirma o cosmopolitismo do direito empresarial.

## **5 A dicotomia do direito privado nos contratos: a categoria dos contratos empresariais**

**A ideia de contrato é extremamente ampla, tendo utilidade para vários ramos do direito. Embora o conceito básico seja o mesmo, há grandes diferenças na regulação jurídica dos vários contratos, à luz de cada ramo do direito que o disciplina. Para entender melhor os contratos empresariais, é essencial distingui-los das outras espécies de contratos. Assim, podemos dividir os contratos em grandes grupos: contratos administrativos, contratos de trabalho e contratos privados que podem ser subdivididos em contratos de consumo, contratos civis e contratos empresariais.**

Embora não possuam uma regulamentação específica, deve-se reconhecer como uma categoria autônoma e cada vez mais

---

<sup>64</sup> BULGARELLI, Waldirio. Direito comercial, p. 17.

relevante os chamados contratos empresariais. Estes precisam de um tratamento jurídico próprio, tendo em vista a necessidade de tutela do crédito, a necessidade de segurança e previsibilidade pelos agentes econômicos, a vinculação das partes à vontade declarada e a importância do erro<sup>65</sup>, bem como ao poder de auto-regulamentação das partes<sup>66</sup>. Mesmo onde não há distinção formal entre os contratos, há uma redescoberta dos contratos empresariais como categoria autônoma, inclusive na *common law*<sup>67</sup>.

O direito comercial decorre da promoção da circulação econômica, e em função da sua simplicidade, rapidez e elasticidade. Por isso, há a necessidade de reconhecer os contratos empresariais como uma categoria autônoma.

Carlos Alberto Bittar define os contratos mercantis como aqueles “que se celebram nas atividades mercantis, reunindo, de um lado, empresários entre si, em relações de cunho institucional ou associativo (criação de sociedades, formação de associações ou grupos econômicos ou jurídicos), ou organizacional (definição da estrutura da empresa, de participações contratuais ou societárias e outras), e, de outro, os empresários com os fornecedores ou utentes dos bens ou dos serviços oferecidos, em relações de caráter operacional”<sup>68</sup>. Embora tecnicamente tal conceito tenha seus méritos, com o reconhecimento dos contratos de consumo como categoria autônoma, tal concepção é ampla demais.

Fábio Ulhoa Coelho define como empresariais os contratos “se as duas partes são empresários, isto é, exploram atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou

---

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 82.

<sup>66</sup> ZOPPINI, Andrea. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. Disponível em: [http://judicium.it/news/ins\\_05\\_03\\_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf](http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf). Acesso em 01/07/2018.

<sup>67</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 23.

<sup>68</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

serviços”<sup>69</sup>. De modo similar, para Márcia Carla Pereira Ribeiro, “contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são empresários, no exercício de sua atividade empresarial”<sup>70</sup>.

Dentro dessa lógica, Paula Miguel prefere falar em contratos interempresariais, afirmando que “serão denominados de contratos interempresariais aqueles em que o outro polo da relação contratual está atuando como empresário também”<sup>71</sup>. O sujeito dos contratos e objetivo do contrato serão determinantes para sua qualificação<sup>72</sup> e não o tipo contratual em si. Para Walfrido Warde Jr, os contratos de empresa são “vias de direito dedicadas à organização e exercício da empresa e, por isso, afetados por uma finalidade empresarial”<sup>73</sup>. José A. Engrácia Antunes afirma que os contratos empresariais representam “hoje o mais relevante instrumento jurídico de constituição, organização e exercício da atividade empresarial”<sup>74</sup>.

Haroldo Malheiros, por sua vez, tenta dar uma concepção mais ampla para os contratos empresariais, definindo-os como “aqueles nos quais uma das partes é empresário (ou sociedade empresária) no exercício de sua atividade e a outra parte também é empresário ou pessoa não caracterizada como consumidor”<sup>75</sup>. Nessa lógica, seriam empresariais os contratos entre empresários no exercício da sua atividade, mas também os contratos entre um

---

<sup>69</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 83. No mesmo sentido: RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 2. Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 504; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2., p. 225; FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30

<sup>70</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 16.

<sup>71</sup> MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

<sup>72</sup> DUTILLEUL, François Collart; DELEBECQUE, Philippe. *Contrats civils et commerciaux*. 8. Ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 23.

<sup>73</sup> WARDE JR, Walfrido Jorge. Considerações acerca dos contratos de empresa. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 195.

<sup>74</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 20.

<sup>75</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011, v. 4, tomo I, p. 43.

empresário no exercício da sua atividade e um agente econômico não empresarial, que não se enquadre no conceito de consumidor.

A nosso ver, a última opinião parece a mais acertada.

Embora não se negue que os contratos entre empresários no exercício da sua função devam ser considerados contratos empresariais, é certo que os contratos que tenham empresários de um lado e agentes econômicos não empresariais de outro lado também devem ser empresariais, pois não são contratos de consumo e dizem respeito ao exercício da atividade empresarial. Assim, um contrato entre uma farmácia (sociedade empresária) e uma pequena clínica onde a atividade intelectual dos médicos é o fator preponderante também seria considerado empresarial, embora essa pequena clínica não se enquadre no conceito de empresário.

Em síntese, seriam empresariais todos os contratos firmados por empresários no exercício da sua atividade, excetuados os contratos de consumo. Assim, seriam essenciais para verificar a existência de um contrato empresarial, os conceitos de empresário e de empresa (atividade).

## **6 Pilares dos contratos empresariais: a empresa e o empresário**

Como visto, dentro da concepção adotada, é essencial para qualificar um contrato como empresarial, que ele seja firmado por empresários no exercício da atividade empresarial (empresa). Assim, é essencial entender bem os conceitos de empresa e empresário para definir quais contratos serão considerados empresariais.

A empresa é uma atividade e, como tal, deve ter um sujeito que a exerça, o titular da atividade, denominado de empresário. Este é, portanto, quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços (conceito do Código Civil de 2002, art. 966 – no mesmo sentido do art. 2.082 – Código Civil italiano), vale dizer, o empresário é o sujeito

de direito que exerce a empresa. Dentro desse conceito, temos três realidades: os empresários individuais (pessoas físicas), as empresas individuais de responsabilidade limitada – EIRELI's e as sociedades empresárias (pessoas jurídicas ou não).

O empresário é o sujeito de direito que exerce a empresa, a qual é uma atividade, isto é, um conjunto de atos destinados a uma finalidade comum.<sup>76</sup> Não basta um ato isolado, é necessária uma sequência de atos dirigidos a uma mesma finalidade, para configurar a empresa.

O empresário, enquanto sujeito de direitos que exerce a empresa, desenvolve sempre atividades econômicas, entendidas aqui como atividades voltadas para a produção de novas riquezas. Estas podem advir da criação de novos bens, ou mesmo do aumento do valor dos bens existentes.<sup>77</sup> Francesco Galgano entende que a economicidade envolve a idoneidade abstrata da atividade em cobrir os seus custos,<sup>78</sup> vale dizer, basta que a atividade se desenvolva de modo suficiente para não gerar prejuízos. Tal concepção não significa que a atividade não possa gerar prejuízos, mas que abstratamente não se dirija a isso, ela deve ser desenvolvida ao menos para evitar os prejuízos. Nas palavras do próprio Galgano, “o capital investido na atividade produtiva deve, pelo menos, reproduzir-se ao final do ciclo produtivo”.<sup>79</sup>

Não basta o exercício de uma atividade econômica para a qualificação de uma pessoa como empresário, é essencial também que este seja o responsável pela organização dos fatores da produção para o bom exercício da atividade. E essa organização deve ser de

---

<sup>76</sup> ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 146.

<sup>77</sup> FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 33.

<sup>78</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, t. I, p. 24; VEDOVE, Giampaolo dalle. *Nozioni di diritto d'impresa*. Padova: CEDAM, 2000, p. 18.

<sup>79</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, t. I, p. 25, tradução livre de “*Il capitale investito nella attività produttiva deve, quanto meno, riprodursi al termine del ciclo produttivo*”.

fundamental importância, assumindo prevalência sobre a atividade pessoal do sujeito.<sup>80</sup> A organização nada mais é do que a colocação dos meios necessários, coordenados entre si, para a realização de determinado fim.<sup>81</sup>

A organização pode ser do trabalho alheio, de bens e de um e outro juntos. Normalmente a organização não significa a presença de habilidades técnicas ligadas à atividade fim, mas sim uma qualidade de iniciativa, de decisão, capacidade de escolha de homens e bens, intuição, entre outros dados.<sup>82</sup>

Essa organização pode se limitar à escolha de pessoas que, por uma determinada remuneração, coordenam, organizam e dirigem a atividade,<sup>83</sup> isto é, a organização a cargo do empresário pode significar simplesmente a escolha de pessoas para efetivamente organizar os fatores da produção. Ainda assim, temos uma organização essencial na atividade, para diferenciar o empresário dos trabalhadores autônomos e das sociedades simples. Sem essa organização há apenas trabalho autônomo e não empresa.<sup>84</sup> Mesmo no caso do pequeno empresário essa organização assume um papel prevalente, na medida em que há preponderantemente uma consideração objetiva dos frutos da atividade e não das qualificações pessoais do sujeito.<sup>85</sup> Ainda que a figura pessoal desempenhe um papel importante, no caso do empresário, a organização é que assume papel primordial.

A título exemplificativo, quando se contrata um advogado, normalmente não se considera objetivamente o resultado que a atuação do advogado pode ter, mas as suas qualidades pessoais que

---

<sup>80</sup> ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 181; DE CUPIS, Adriano. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1978, v. 3, p. 134.

<sup>81</sup> VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Carlo Cya, 1950, v. 1, p. 14.

<sup>82</sup> FRANSCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 30.

<sup>83</sup> FRANSCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 31.

<sup>84</sup> OPPO, Giorgio. *Principi*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 56.

<sup>85</sup> ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 180.

poderão permitir um bom resultado ao cliente. Nesse caso, não se pode dizer que o advogado seja um empresário, na medida em que a organização assume um papel secundário em relação à atividade pessoal do profissional.

Similar é a situação com médicos que não exercem suas atividades em uma grande estrutura; a atividade pessoal do médico é que será o fator preponderante para a atividade e não a organização que esse faz. Se a atividade pessoal prevalece sobre a organização, não há que se falar em empresário. Por outro lado, vejamos uma loja de departamentos. Nesta, é essencial que haja uma boa disposição de mercadorias e bons empregados. Não há que se cogitar de prevalência da atividade pessoal, mas sim da organização. Esta assume papel preponderante, caracterizando a presença de um empresário.

Só é empresário quem exerce a empresa de modo profissional. Tal expressão não deve ser entendida com os contornos que assume na linguagem corrente, porquanto não se refere a uma condição pessoal, mas à estabilidade e habitualidade da atividade exercida.<sup>86</sup> Não se trata de uma qualidade do sujeito exercente, mas de uma qualidade do modo como se exerce a atividade, ou seja, a profissionalidade não depende da intenção do empresário, bastando que no mundo exterior a atividade se apresente objetivamente com um caráter estável.<sup>87</sup> Não se exige o caráter continuado, mas apenas uma habitualidade, tanto que atividades de temporada (ex.: hospedagem) também podem caracterizar uma empresa, mesmo em face das interrupções impostas pela natureza da atividade.<sup>88</sup>

A atividade desempenhada pelo empresário deve abranger a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Na produção temos a transformação de matéria-prima, na circulação

---

<sup>86</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999. v. 3, t. I, p. 17.

<sup>87</sup> FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 41.

<sup>88</sup> JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: -Giuffrè, 2000, p. 17.

temos a intermediação na negociação de bens. No que tange aos serviços, temos toda “atividade em favor de terceiros apta a satisfazer uma necessidade qualquer, desde que não consistente na simples troca de bens”,<sup>89</sup> eles não podem ser objeto de detenção, mas de fruição.

Também é essencial na caracterização de um empresário que sua atividade seja voltada à satisfação de necessidades alheias. O empresário deve desenvolver atividade de produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado, e não para si próprio. Assim, não é empresário o prestador de serviços que realiza tais serviços em proveito próprio. Já aquele que presta serviços profissionais a terceiros se caracterizaria como um empresário, porquanto sua atividade está dirigida para o mercado e não para a satisfação das suas próprias necessidades.

Por fim, Remo Franceschelli destaca como o elemento preponderante da condição de empresário a assunção do risco, um risco peculiar.<sup>90</sup>

Nas atividades econômicas em geral, todos assumem riscos. O investidor retira capital de seu patrimônio e o liga a determinadas atividades. Com essa conduta ele assume o risco de perder o valor investido. Esse risco é previamente definido e pode ser extremamente reduzido de acordo com a situação, na medida em que pode ser garantido por alguém, o qual será demandado no caso de prejuízo. O empregado assume riscos em relação a sua capacidade de trabalho e o risco de não receber salários pelos serviços prestados.<sup>91</sup> No primeiro risco, há um seguro social, que, bem ou mal, o protege de tais riscos. Em relação ao segundo risco, o empresário o garante, ele é responsável pelo pagamento dos salários, podendo ser demandado por isso.

---

<sup>89</sup> VEDOVE, Giampaolo dalle. *Nozioni di diritto d'impresa*. Padova: CEDAM, 2000, p. 13-14.

<sup>90</sup> FRANCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 43.

<sup>91</sup> FRANCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 43.



O empresário, por sua vez, assume o risco total da empresa. Não há uma prévia definição dos riscos, eles são incertos e ilimitados. Ademais, o risco da atividade não é garantido por ninguém.<sup>92</sup> Se houver uma crise no ramo de atuação do empresário, e este tiver prejuízo pela falta de demanda, ele não terá a quem recorrer. A remuneração do empresário está sujeita a elementos imponderáveis que podem fugir das previsões deste e, nessa situação, o risco é dele, não há a quem recorrer.

O artigo 966, parágrafo único, do Código Civil de 2002 afirma que não são empresários aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores. Embora tais atividades também sejam econômicas, isto é, também produzam novas riquezas, é certo que seu tratamento não deve ser dado pelo direito empresarial e, conseqüentemente, não se pode falar em aplicação da Lei nº 11.101/2005.

Essa exclusão decorre do papel secundário que a organização assume nessas atividades<sup>93</sup> e não apenas de um caráter histórico e sociológico.<sup>94</sup> Nas atividades não empresariais, o essencial é a atividade pessoal, o que não se coaduna com o conceito de empresário. As atividades intelectuais são prestadas de forma pessoal e, mesmo com a concorrência de auxiliares, há uma relação de confiança com quem desenvolve a atividade.<sup>95</sup> Não há como negar a organização que hoje permeia as atividades intelectuais, mas é certo que essa organização não assume papel preponderante, ainda que se recorra ao uso de auxiliares, o personalismo prevalece, no sentido da assunção pessoal do resultado da atividade.

---

<sup>92</sup> FRANCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 44-45.

<sup>93</sup> DE CUPIS, Adriano. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1978, v. 3, p. 134.

<sup>94</sup> JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 24.

<sup>95</sup> VEDOVE, Giampaolo dalle. *Nozioni di diritto d'impresa*. Padova: CEDAM, 2000, p. 20.

Em função disso, chegou-se ao Enunciado 194 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF, que afirma que “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”.

Entretanto, o próprio artigo 966, parágrafo único, do Código Civil afirma que aqueles que exercem profissão de natureza intelectual, científica, literária ou artística serão empresários, se o exercício da profissão constituir elemento de empresa, isto é, se o exercício dessas atividades for parte de uma atividade maior, na qual sobressai a organização.<sup>96</sup> Neste caso, a natureza pessoal do exercício da atividade cede espaço a uma atividade maior de natureza empresarial, é exercida a atividade intelectual, mas ela é apenas um elemento dentro da atividade empresarial exercida.<sup>97</sup>

Um dos critérios que podem ser usados para verificar a predominância da organização é a padronização e objetivação da atividade. Quanto mais padronizada for a atividade, mais clara fica a condição secundária da atividade intelectual. O Superior Tribunal de Justiça já afirmou a natureza empresarial de uma sociedade de médicos que desempenhava atividade de análise laboratorial, afirmando que a atividade desempenhada no caso concreto possuía nítido caráter empresarial e não pessoal.<sup>98</sup> Tal orientação reforça a importância da organização para a configuração ou não de um sujeito como empresário.

Quando esse sujeito (empresário) exerce sua atividade por meio de contratos e esses contratos não são de consumo, estaremos diante de um contrato empresarial.

---

<sup>96</sup> VEDOVE, Giampaolo dalle. *Nozioni di diritto d'impresa*. Padova: CEDAM, 2000, p. 28.

<sup>97</sup> Enunciado 195 da III Jornada de Direito Civil do CJF: “A expressão ‘elemento de empresa’ demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.”

<sup>98</sup> STJ – 2ª Turma – REsp 555.624/PB, Relator Ministro Franciulli Neto, DJ de 27/9/2004.

## 7 Características dos contratos empresariais

Definidos os contratos como empresariais, é oportuno destacar quais seriam suas principais características. Nesse sentido, Haroldo Malheiros<sup>99</sup> assevera que os contratos empresariais se caracterizariam pela objetivação, padronização e mercadorização, ao que acrescentaríamos a onerosidade<sup>100</sup>.

A objetivação dos contratos empresariais significa a preponderância dos aspectos objetivos do contrato em relação aos aspectos pessoais, isto é, os contratos empresariais permanecem indiferentes “às vicissitudes do respectivo substrato pessoal”<sup>101</sup>. Nas palavras de Enzo Roppo, “o contrato deve transformar-se em instrumento objetivo e impessoal, para adequar-se à objetividade e impessoalidade do moderno sistema de relações econômicas”<sup>102</sup>. Problemas da pessoa do empresário normalmente não afetam o contrato, uma vez que este precisa de mais segurança e certeza, para permitir o desempenho das atividades econômicas. Na maioria dos contratos empresariais, o que realmente importa é a conclusão do contrato, ainda que tenha ocorrido algum problema com o empresário.

Outra característica dos contratos empresariais é a padronização. Ora, se atividade empresarial se desenvolve em larga escala é natural que não se tenha condições de negociar detalhadamente as cláusulas de contrato firmado e, por isso, recorre-se com muita frequência a contratos padronizados. Trata-se de prática natural e necessária para que o negócios tenha a celeridade que a atividade econômica exige.

---

<sup>99</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 27.

<sup>100</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2003, tomo I, p. 374.

<sup>101</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 27.

<sup>102</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 309.

A mercadorização, por sua vez, representa a “profunda permeabilidade dos contratos mercantis à regulação jurídica do mercado em sentido amplo”<sup>103</sup>. Em outras palavras, o mercado tem uma influência gigantesca sobre cada um dos contratos firmados, seja pela intervenção estatal no mercado, seja por situações de fato no mercado (problemas de safra, novas invenções, estado dos concorrentes...).

Além disso, o fim último do direito comercial é o lucro, daí falar-se na sua onerosidade. Ela é a regra e se presume nas relações empresariais. O empresário, via de regra, age movido por um fim de lucro. Nesse sentido, o artigo 628 do Código Civil presume que será devida uma remuneração ao depositário, se este pratica o depósito por profissão. Nos contratos que podem ser civis ou empresariais, esta última condição geralmente acarreta uma onerosidade para o contrato. Há um escopo de lucro bilateral nos contratos empresariais<sup>104</sup>.

## 8 Referências

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999, v. 1.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo e RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. *Revista de direito privado*, nº 9, p. 216-226, jan-mar 2002.
- ASCARELLI, Túllio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

---

<sup>103</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 28.

<sup>104</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

AULETTA, Giuseppe. L'impresa dal Códice di Commercio del 1882 al Codice Civile del 1942. In: *1882-1982 Cento Anni dal Codice di Commercio*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 75-89.

BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 2, nº 6, p. 295-305, set - dez 1999.

\_\_\_\_\_. O projeto de Código Civil e as normas sobre a atividade negocial. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo, ano 4 nº 13, p. 259-263, jul-set/2001.

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: RT, 2001, v. 1

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: RED livros, 1999.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2003, tomo I.

COSTA, Philomente J. da. *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: RT, 1956.

DE CUPIS, Adriano. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1978, v. 3

DUTILLEUL, François Collart; DELEBECQUE, Philippe. *Contrats civils et commerciaux*. 8. Ed. Paris: Dalloz, 2007.

FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FRANSCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1944.
- \_\_\_\_\_. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. São Paulo: RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Lições de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995.
- GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3.
- JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OPPO, Giorgio. *Princípi*. Torino: Giappichelli, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

- ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SALANDRA, Vittorio. *Curso de derecho mercantil*. Trad. de Jorge Barrera Graf. México: Jus, 1949.
- VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, 2v.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011, v. 4, tomo I.
- VEDOVE, Giampaolo dalle. *Nozioni di diritto d'impresa*. Padova: CEDAM, 2000.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1922, v. 1.
- WARDE JR, Walfrido Jorge. Considerações acerca dos contratos de empresa. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ZOPPINI, Andrea. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. Disponível em: [http://judicium.it/news/ins\\_05\\_03\\_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf](http://judicium.it/news/ins_05_03_08/zoppini%20nuovi%20saggi.pdf). Acesso em 01/07/2018.





# **A obsolescência do precedente único do STJ sobre o contrato de locação comercial no âmbito da transferência do estabelecimento sob a luz do Novo Código De Processo Civil**

*Maurício Andere von Bruck Lacerda<sup>1</sup>*

## **Introdução**

O propósito do presente estudo é enriquecer a abordagem acerca do polêmico tema da transferência do estabelecimento empresarial, em especial no que se refere aos reflexos sobre o contrato de locação do imóvel no qual este se situa.

Numa primeira abordagem do assunto<sup>2</sup>, foram estabelecidas as bases de direito material relacionadas ao tema, em especial no que se refere à aparente antinomia entre os dispositivos legais atinentes à matéria – mais precisamente entre o artigo 1.148 do Código Civil Brasileiro (CC) e o artigo 13 da Lei do Inquilinato (LI) – com a

---

<sup>1</sup> Professor de direito civil e empresarial em cursos de graduação e de pós-graduação em Direito. Mestre em ciências jurídico-empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal) e Advogado (Advocacia Von Bruck Lacerda).

<sup>2</sup> O presente artigo representa uma evolução no tratamento do tema objeto de artigo científico deste mesmo autor intitulado “O contrato de locação comercial no âmbito da transferência do estabelecimento”, publicado na “Revista do Instituto do Direito Brasileiro”, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3, 2013, nº 8, p. 8.229/8.264 e na obra coletiva “Direito empresarial: Os Novos Enunciados da Justiça Federal” (coord. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury). São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 237/266.

apresentação do posicionamento conferido pelos tribunais pátrios<sup>3</sup> e pela doutrina especializada, tendo sido explorados os fundamentos que embasam o entendimento minoritário defendido pelo autor.

Transcorridos mais de cinco anos da elaboração daquele primeiro estudo, constata-se que a jurisprudência não sofreu alterações significativas<sup>4</sup>, mas o advento da nova lei processual desperta a necessidade de novas investigações e reflexões em torno do tema, conforme se explorará a seguir.

## 1. O Estabelecimento empresarial e a importância do “ponto comercial”

O estabelecimento empresarial<sup>5</sup> entendido como “todo complexo de bens organizado<sup>6</sup>, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” goza, desde 2002, de especial proteção da lei, por constituir-se como importante

---

<sup>3</sup> Optou-se por focar a pesquisa jurisprudencial perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, que concentra o maior número de demandas na jurisdição brasileira e perante o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da interpretação das leis federais em âmbito nacional.

<sup>4</sup> Conforme se extrai dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos recursos de Apelação nº 0016617-94.2012.8.26.0008, Rel. Hamid Bdine, j. 20.6.18; Apelação nº 1003691-77.2015.8.26.0099, Rel. Artur Marques, j. em 20.6.16; Apelação nº 101381585.2016.8.26.0002, Rel. Penna Machado, j. em 21.2.2018, entre outros. E, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, permanece prevalente o entendimento constante do REsp 1202077/MS, sob a relatoria do Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), ocorrido em 1.3.2011, o qual será detidamente analisado a seguir.

<sup>5</sup> Também designado pela doutrina pátria por “fundo de comércio”, como consequência da influência francesa (*fonds de commerce*) ou, antes do advento da “Teoria da Empresa” pelo CC/02, simplesmente por “estabelecimento comercial”. Consigna-se, contudo, conforme salienta GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa** (Comentários aos arts. 966 a 1.195 do CC). 4ª edição. São Paulo: RT, 2012, p. 612, que modernamente a expressão “fundo de comércio” tem sido empregada para referir-se ao “goodwill”, ou seja, ao aviamento do estabelecimento e que com este não se confunde.

<sup>6</sup> Nesse sentido, vale ressaltar que nem todo o bem que componha o “patrimônio” do empresário caracteriza-se como elemento de seu “fundo de comércio”, pois pode ser de propriedade do empresário e não estar ‘afetado’ para o exercício da empresa. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. (atualiz. Rubens Edmundo Requião). 1º volume. 31ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2012, p. 350 e GONÇALVES NETO, obra citada, 613). Além disso, segundo REQUIÃO, obra citada, p. 351 nem todo “elemento de empresa”, ou seja, outros elementos caracterizadores da organização da atividade econômica pelo empresário compõem o “estabelecimento”. Veja-se, por exemplo, os contratos de trabalho, de representação comercial, dentre outros.

instrumento da atividade empresarial, formando a denominada “base física da empresa”<sup>7</sup>. Embora leis anteriores já tivessem tratado, incidentalmente, do estabelecimento no direito pátrio<sup>8</sup> o Código Civil (CC - Lei 10.406), sob a influência do direito italiano<sup>9</sup>, introduziu um “Título” específico, que apresenta um único capítulo, denominado “Do Estabelecimento”, no “Livro II”, dedicado ao “Direito de Empresa”, que abrange os artigos 1.142 ao 1.149 de referido diploma legal, contribuindo de forma decisiva para estabelecer uma noção mais consolidada a respeito de suas principais características, sistematizando-o e fixando regras gerais a respeito dos direitos e negócios jurídicos que o envolvem.

Não obstante as discussões acerca da natureza jurídica do estabelecimento na realidade brasileira e mundial<sup>10</sup>, em especial no que se refere ao enquadramento como “universalidade de fato”<sup>11</sup> ou como “universalidade de direito”<sup>12</sup>, é inequívoca a sua importância para o exercício da empresa.

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, REQUIÃO, obra citada, p. 336. Embora emblemática, tal expressão merece ressalvas, uma vez que o estabelecimento pode ser composto por elementos ‘imateriais’, os quais não podem ser considerados propriamente ‘físicos’.

<sup>8</sup> Ver, dentre outras, Decreto 24.150 (Lei de Luvas) art. 3º; DL 7.661/45 (Antiga lei de falência) art. 2º, V e 52, VIII; Código de Processo Civil, artigos 677, 678 e 716 e ss.

<sup>9</sup> Inspirado na obra de FILHO, Oscar Barreto. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 1988.

<sup>10</sup> Por todos, ver BARRETO FILHO, obra citada, p. 77 e ss.

<sup>11</sup> A respeito da corrente que defende tratar-se de uma “universalidade de fato” ver, dentre outros, BARRETO FILHO, obra citada, 107/109; REQUIÃO, obra citada, p. 336 e ss.; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **Estabelecimento, uma universalidade de fato o de direito?** Revista do advogado – AASP, nº 71, Agosto de 2003, Ano XXIII, p. 73/79 o qual caracteriza o estabelecimento como uma “universalidade de fato”, por decorrer da vontade/intenção do seu instituidor, o qual pode modificá-lo livremente, enquanto que as “universalidades de direito” decorrem do texto da lei, concluindo que “Não é portanto o fato do estabelecimento haver sido reconhecido pela lei como uma universalidade, que o transforma em uma universalidade de direito. Continua sendo, tal como já concebido na doutrina, uma universalidade de fato”.

<sup>12</sup> Em sentido contrário, tratando-o como uma “universalidade de direito” DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158, que destaca o estabelecimento empresarial como exemplo de “universalidade de direito”, complementando em DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Empresa**. 2ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 684/685 tratar-se de “universalidade de direito ‘sui generis’”, por não ter capacidade processual, nem ser sujeito de direito, rechaçando a configuração de uma “universalidade de fato”. Destaca-se o posicionamento de ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral - Introdução. As pessoas. Os bens**.

Diante do conteúdo genérico da norma do artigo 1.142 CC, que faz menção ao “complexo de bens” que compõe o estabelecimento, reconhece-se o seu caráter dinâmico, capaz de abranger tanto elementos corpóreos, quanto incorpóreos<sup>13</sup>, sejam eles tradicionais, como o maquinário, os equipamentos, os utensílios, as instalações, as mercadorias (estoque), matérias-primas, o título do estabelecimento e sua insígnia, o “ponto comercial”; sejam elementos mais modernos, como o nome de domínio<sup>14</sup>, determinados “softwares”, dentre outros.

O que importa é que referidos elementos são reunidos pelo empresário, que os destina ao exercício da empresa, atribuindo-lhes, portanto, a condição de “unidade econômica” dotada de “aptidão funcional”<sup>15</sup>. Por tal razão, a lei confere a possibilidade desta “unidade”, estabelecimento, ser “objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos”, nos termos do que preceitua o artigo 1.143 CC. Ressalta-se, contudo, que embora unidos para uma finalidade comum, caracterizando-se como um “novo” bem incorpóreo criado pelo

---

Vol.1. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010, p. 305/306, que após ressaltar tratar-se de tema polêmico também na realidade portuguesa considera, em sentido restrito, o estabelecimento como uma universalidade de fato, “em que se atende apenas ao conjunto de bens que servem a empresa”, mas reconhece que o estabelecimento também pode ser um acervo de direitos e, portanto, enquadrar-se como uma universalidade de direito. O mesmo autor, conclui seu entendimento no terceiro volume da mesma obra **Teoria Geral - Relações e situações jurídicas**. Vol.3. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010, p.108 (vol.3), onde se aproxima à corrente que o enquadra como uma “universalidade de direito” nos seguintes termos, “O estabelecimento como universalidade de direito é um complexo de situações jurídicas cujo núcleo se encontra necessariamente no próprio direito ao estabelecimento como universalidade de fato.” No direito brasileiro, destaca-se o posicionamento de GONÇALVES NETO, obra citada, p. 622/624 que se aproxima deste entendimento, concluindo que, atualmente, deva prevalecer a ideia de tratar-se de uma universalidade de direito. Registra-se, ainda, o posicionamento de MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado – parte geral**. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 366/367 que considera a “empresa”, referindo-se, ao que parece, ao estabelecimento, como universalidade de direito.

<sup>13</sup> Vale registrar que a doutrina diverge a respeito da inclusão ou não de alguns bens e direitos como componentes do estabelecimento. Por exemplo, enquanto BARRETO FILHO, obra citada, p.155, sob a égide da lei anterior, incluiu os imóveis e excluiu (p.154 e 228/229) as dívidas (posições passivas) como componente do estabelecimento; REQUIÃO, obra citada, p. 349 e ss., por sua vez, entende que os imóveis não compõem o estabelecimento.

<sup>14</sup> Cf. enunciado nº 7, aprovado na 1ª Jornada de Direito Comercial, nos seguintes termos: “O nome de domínio integra o estabelecimento empresarial como bem incorpóreo para todos os fins de direito.”

<sup>15</sup> GONÇALVES NETO, obra citada, p. 624.

empresário com a harmonização dos bens que reuniu para formá-lo, visando ao exercício de sua atividade profissional<sup>16</sup>, referidos bens não perdem sua natureza individual, podendo, inclusive serem “separados” ou “dispersados” a critério de seu titular<sup>17</sup>.

Atendendo ao escopo do presente estudo, faz-se imperioso dedicar maior atenção a um destes elementos incorpóreos componentes do estabelecimento, designado por “ponto comercial”, que se caracteriza pelo direito ao lugar no qual se situa o estabelecimento<sup>18</sup> e que não se confunde com o “imóvel” no qual este se situa e que, por sua vez, pode, ou não, ser de propriedade do titular do estabelecimento<sup>19</sup>. Nesse sentido, verifica-se que referido direito, de titularidade do empresário – incluindo-se como possíveis titulares a sociedade empresária e também a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) – pode incidir sobre imóvel de propriedade do empresário ou de terceiro, com o qual o empresário mantenha uma relação de direito real ou pessoal. Ou seja, pode decorrer, por exemplo, de um contrato de locação ou de comodato, ou, ainda, de um direito real de superfície ou de usufruto. Salienta-se, portanto, que independentemente da relação jurídica que lhe dá causa e de eventuais garantias que decorram de referida relação, o “direito ao lugar do estabelecimento” representa um dos principais componentes do estabelecimento empresarial.

Em decorrência de tais características, relacionadas a outras variantes de diversas naturezas<sup>20</sup>, o “ponto comercial” agrega mais ou menos valor econômico e goza de maior ou menor proteção da

---

<sup>16</sup> GONÇALVES NETO, obra citada, p. 625. ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva Editora, 1947, p. 209 discorda de tratar-se de um novo bem.

<sup>17</sup> Conforme defendem REQUIÃO, obra citada, p. 339 e BARRETO FILHO, obra citada, p. 211.

<sup>18</sup> Conforme GONÇALVES NETO, obra citada, p.615. Ver também BARRETO FILHO, obra citada, p. 142 e 158/159 que reconhece o ponto como elemento imaterial da “fazenda mercantil”.

<sup>19</sup> Conforme REQUIÃO, obra citada, p. 351 e GONÇALVES NETO, obra citada, p. 616.

<sup>20</sup> Tais como a atividade econômica a ser desenvolvida, os atributos subjetivos do empresário, o tempo de existência da empresa, dentre outros.

lei<sup>21</sup>. Por tais razões, por exemplo, é que – em algumas situações e respeitados determinados requisitos legais – confere-se ao locatário de imóvel para fins não residenciais, o direito de renovar compulsoriamente o contrato de locação do imóvel no qual se situa o seu estabelecimento<sup>22</sup>.

Ressalva-se, por fim, que embora o “ponto comercial” esteja, na maioria dos casos, intimamente ligado à organização funcional do estabelecimento e ao seu potencial de arremeter clientela e de geração de lucro em favor do empresário, não é possível limitá-lo ou confundi-lo com uma qualidade pertencente ao estabelecimento, à qual se confere o nome de “aviamento”<sup>23</sup>. Este último representa verdadeiro atributo ou “valor” do estabelecimento que decorre da agregação de fatores de natureza subjetiva e objetiva – que não guardam, necessariamente, relação com o lugar no qual se situa o estabelecimento – e cuja organização peculiar também se mostra relevante para o sucesso da empresa.

Por tais razões é que, ainda sob a égide do Código Civil de 1916 e da regulamentação anterior acerca dos contratos de locação, já se destacava a relevância do “lugar do estabelecimento” para o desenvolvimento da atividade empresarial, defendendo-se a continuidade do contrato de locação do imóvel, como fator relevante para que a transferência do estabelecimento lograsse seu objetivo<sup>24</sup>. Nessa esteira, passa-se a analisar algumas particularidades a respeito

---

<sup>21</sup> Cumpre destacar que, por vezes, determinada atividade econômica pode prescindir de um local determinado para o seu desenvolvimento, mas isto não significa que inexista o “ponto comercial”, conforme destaca GONÇALVES NETO, obra citada, p. 616.

<sup>22</sup> Ver artigo 51 LI. Sobre as suas principais características e requisitos, ver COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial – Direito de empresa**. Vol.1. 15ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2011, p. 119/128.

<sup>23</sup> Conforme BARRETO FILHO, obra citada, p.169 “o aviamento é, portanto, o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento ‘in concreto’ a aptidão de produzir lucros.” Ver também COELHO, obra citada, p. 113/114 onde ressalta que o “aviamento” ou “fundo de empresa” é o “sobrevvalor nascido da atividade organizacional do empresário.” E que não se confunde com o próprio “estabelecimento”, do qual é um atributo.

<sup>24</sup> BARRETO FILHO, obra citada, p. 212 e 228.

do contrato de trespasse, em especial no que se refere ao inovador tratamento conferido à matéria pelo CC/02 e suas consequências.

## **2. O contrato de trespasse e os seus reflexos perante terceiros – O contributo das normas dos artigos 1.142, 1.143, 1.144 e 1.148 CC**

A “universalidade” – de fato ou de direito – que materializa o estabelecimento, originando um bem incorpóreo distinto dos bens e direitos que o constituem, reflete, como visto, na possibilidade, conferida ao seu titular, de torná-lo objeto unitário de direitos e de negócios compatíveis com sua natureza, consoante se extrai das normas dos artigos 1.142 e 1.143 do CC.

Assim, o empresário, titular do estabelecimento, poderá celebrar, de forma autônoma e independente, negócios jurídicos que tenham por objeto justamente tal “universalidade”, a qual poderá ser, inclusive, objeto de disposição, preservando seu potencial produtivo e a capacidade econômica. Além disso, o empresário poderá, simplesmente, arrogar-se determinados direitos sobre tal estabelecimento, ainda que – se considerados individualmente – algum ou alguns destes bens e/ou direitos que o compõem não lhe pertençam<sup>25</sup>.

Nesse contexto, portanto, poderá o empresário, dentre inúmeras possibilidades<sup>26</sup> que lhe são conferidas, transferir a titularidade do estabelecimento, por efeito de venda ou cessão, realizando o que se denomina na doutrina brasileira por trespasse ou “trespasso”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> É o que ocorre, por exemplo, com o “ponto comercial”, que embora componha o estabelecimento, sendo de titularidade do empresário, pode situar-se em imóvel não pertencente ao titular do estabelecimento.

<sup>26</sup> O rol de possibilidades abrange tanto institutos de direito obrigacional (arrendamento, comodato), quanto de direito real (usufruto, garantia real), bem como atos *inter vivos* e *mortis causa*, sob a única condição de que os negócios sejam compatíveis com a natureza do estabelecimento. Ver GONÇALVES NETO, obra citada, 625/626.

<sup>27</sup> Conforme BARRETO FILHO, obra citada, 208. Segundo MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial Brasileiro – empresa e atuação empresarial**. Vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 189 “chama-se trespasse a transferência onerosa do estabelecimento empresarial.”

Consigna-se, porém, que a transferência do estabelecimento comercial operacionalizada pelo contrato de trespasse não se confunde com a mera alienação, pelos sócios, de quotas da sociedade empresária, titular do estabelecimento, a qual decorre de operação levada a termo entre os titulares das participações sociais da sociedade ou entre estes e terceiros<sup>28</sup>. Já o contrato trespasse opera a efetiva transferência de titularidade do estabelecimento de um empresário em favor de outro empresário. Nota-se que na transferência de quotas sociais não se verifica qualquer alteração subjetiva no âmbito da titularidade do estabelecimento, operando-se, simplesmente, alterações na composição e distribuição interna de poder capaz de influenciar nas deliberações da sociedade empresária que, por sua vez, continua a exercer a empresa, por meio do estabelecimento.

Nesse sentido, buscando tornar mais claras as regras relacionadas à transferência do estabelecimento, o CC/02 não apenas limitou-se a apresentar uma noção a respeito do estabelecimento, fixando suas principais características, como também inovou ao estabelecer parâmetros genéricos acerca do contrato de trespasse e ao fixar as principais características e consequências deste, em especial no que se refere aos contratos celebrados pelo alienante e aos créditos e débitos relativos ao estabelecimento transferido, a fim de orientar o intérprete na análise de tais questões, as quais se mostravam lacunosas sob a égide da lei anterior<sup>29</sup>.

Independentemente da discussão a respeito de as relações jurídicas ativas e passivas constituídas pelo empresário, para a organização e exploração do estabelecimento, fazerem ou não parte do próprio estabelecimento<sup>30</sup> – retomando, em parte, a discussão sobre tratar-se o estabelecimento de universalidade “de fato” ou “de

---

<sup>28</sup> Ver COELHO, obra citada, p. 132/133.

<sup>29</sup> Conforme relata BARRETO FILHO, obra citada, 220 e ss.

<sup>30</sup> Ver BARRETO FILHO, obra citada, p. 221.



direito” – é certo que algumas destas relações são quase que “indissociáveis” do estabelecimento, sob pena de que eventual separação comprometa a estrutura e a organização funcional deste e os seus propósitos econômicos. Poder-se-ia destacar como exemplos de tais relações jurídicas – que apenas interessam e têm utilidade para o titular do estabelecimento – os contratos de trabalho e os contratos de seguro do estabelecimento e de responsabilidade ligados à exploração deste<sup>31</sup>.

Assim, dada a importância de alguns contratos tidos como basilares para a preservação da “unidade” conferida pela lei ao estabelecimento, resolveu-se fixar, por meio das normas dos artigos 1.144 e 1.148 do CC, uma exceção ao regime geral das obrigações, especialmente no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes do contrato de trespasse, sobre as obrigações assumidas, originariamente, pelo alienante perante terceiros<sup>32</sup>.

O conteúdo da norma do artigo 1.148 CC estabelece, como regra geral para as hipóteses de transferência do estabelecimento – pois admite que as partes convençam em sentido contrário –, que nos contratos de trespasse, o adquirente sub-roga o alienante nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento empresarial, excetuados os contratos de caráter pessoal. Aos terceiros afetados por tal transferência, confere-se a possibilidade de, apenas por justa causa, rescindirem os respectivos contratos, no prazo de 90 (noventa) dias contados da publicação da transferência.

Seguindo a mesma lógica e a título complementar, o artigo 1.144 CC estabelece que o contrato de trespasse, celebrado entre o

---

<sup>31</sup> Conforme BARRETO FILHO, obra citada, p. 222, destacando exemplos da lei francesa.

<sup>32</sup> “Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.”

“Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.”

titular do estabelecimento comercial – alienante ou cedente – e o adquirente, ou cessionário, de referido estabelecimento, necessita ser averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, bem como precisa ser publicado na imprensa oficial, a fim de que esteja apto a produzir efeitos perante terceiros<sup>33</sup>.

Nota-se, portanto, que a “aptidão funcional” conferida ao estabelecimento empresarial teria sua importância bastante reduzida não fosse o conteúdo, complementar, das referidas normas que – ao afastarem a aplicação da regra geral expressa nos artigos 299 e ss.<sup>34</sup> do CC, destinada a regular as obrigações em geral – se mostram capazes de tornar efetiva a referida “unidade funcional”, viabilizando a sua transferência – juntamente com os contratos necessários à sua exploração – de forma a não frustrar os objetivos perseguidos pelas partes e, principalmente, a integridade do próprio estabelecimento.

É, portanto, da essência dos contratos de trespasse, possibilitar que o adquirente do estabelecimento tenha liberdade e autonomia para, de modo concreto, continuar a exercer a empresa, nos mesmos moldes em que o vinha fazendo o seu antecessor, uma vez que a manutenção do negócio, dentre outros fatores, contribui para a conservação de seu conteúdo e unidade econômica e social, bem como para o fomento e facilitação da atividade produtiva.

Tal propósito é corroborado, inclusive, pelo disposto no artigo 1.149 da mesma lei, segundo o qual, a partir da devida publicização do ato de transferência do estabelecimento, este passa a produzir plenos efeitos perante os devedores do antigo titular do estabelecimento, transferindo-se ao adquirente a titularidade dos

---

<sup>33</sup> Sobre a exigência legal “excessiva” da realização de “dois” atos de publicidade ver GONÇALVES NETO, 626/629.

<sup>34</sup> “Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.”

respectivos créditos, ressalvando-se, contudo, os pagamentos de boa-fé efetuados pelos devedores em favor do alienante.

Estabelecidas as principais características relativas ao estabelecimento empresarial, incluindo-se a possibilidade de sua transferência e manutenção em prol do exercício da empresa, bem como destacando-se a importância do ponto comercial como um dos principais elementos do estabelecimento, passa-se a analisar a problemática que envolve o “contrato de locação” do imóvel no qual se situa o estabelecimento, uma vez que não parece haver dúvidas de que o locador do imóvel no qual se situa o estabelecimento figura como terceiro<sup>35</sup> em relação ao encetado contrato de trespasse.

### **3. Breves comentários sobre o artigo 13 LI e o atual tratamento jurisprudencial conferido ao contrato de locação por ocasião da transferência do estabelecimento**

A incidência direta das normas dos artigos 1.144 e 1.148 CC sobre o “contrato de locação” do imóvel no qual se situa o estabelecimento seria relativamente tranquila não fosse o disposto no artigo 13 *caput* e § 2º LI<sup>36</sup>, os quais preceituam, resumidamente, que, dentre outras hipóteses, no caso de “cessão” dos contratos de locação faz-se necessário que o locatário notifique o locador para que este manifeste formalmente sua oposição à “cessão”, no prazo de 30 (trinta) dias. O §1º do referido dispositivo fortalece que não se admite o consentimento tácito do locador, ou seja, não se presume a aceitação pela simples demora do locador em manifestar sua oposição, caso não tenha sido manifesta e expressamente notificado.

---

<sup>35</sup> Consoante esclarece PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 34 entendido como “todo aquele que não é parte do contrato visto como negócio jurídico.”

<sup>36</sup> “Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador. § 1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição. § 2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição.”

Ao comentar referido dispositivo da LI, a doutrina que trata do assunto<sup>37</sup> defende a sua pertinência na tutela dos interesses do locador, com o objetivo de evitar que o imóvel seja cedido, sublocado ou emprestado a terceiros, sem que haja a prévia e expressa anuência do locador. Considerando que o contrato de locação fora celebrado entre locador e locatário, sustentam não ser possível que um terceiro ingresse na relação locatícia à revelia do locador. A ressalva legal é importante, portanto, para resguardar não só a integridade do imóvel e da própria relação locatícia, como também os interesses patrimoniais do locador, que contratou com o locatário – e do qual, inclusive, obteve garantias – e não com eventuais e futuros cessionários, sublocatários ou comodatários, os quais, por sua vez, estabeleceram relações jurídicas, única e exclusivamente, com o locatário.

Realçados tais aspectos, percebe-se, portanto, uma aparente colisão entre referidos dispositivos da LI com os já mencionados artigos 1.148 e 1.144 CC, pois embora o adquirente tenha celebrado o contrato de trespasse com o titular do estabelecimento, figura como suposto “cessionário”, perante o contrato de locação do imóvel que abriga o estabelecimento.

Diante de tal cenário, submetida a questão aos tribunais pátrios – os quais acabam por proferir decisões que nem sempre se atêm aos principais aspectos da presente discussão – tem prevalecido, ao menos por enquanto, o entendimento jurisprudencial – influenciado em boa parte pela doutrina<sup>38</sup> –

---

<sup>37</sup> Ver VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada – doutrina e prática**. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, p. 84/92.

<sup>38</sup> Além de VENOSA, obra citada, p. 84/92, ver POSTIGLIONE, Marino Luiz. **Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais**. São Paulo: Manole, 2006, p. 125/127 e COELHO, obra citada, p. 137/138, segundo o qual “O adquirente do estabelecimento empresarial situado em imóvel locado, desse modo, deve negociar não apenas com o titular do fundo de empresa (o locatário), como também com o dono do imóvel (o locador), pagando eventualmente ‘luvas’ a este último.” Vale ressaltar que a exigência do pagamento de “luvas” pelo locador também não é pacífica, conforme ressalta BRUSCATO, Wilges. **Manual de direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Saraiva Editora, 2011, p. 135. Salienta-se, contudo, especialmente na doutrina comercialista, a presença de posicionamento contrário, conforme sinaliza BARRETO FILHO, obra citada, p. 221 e defendem, dentre outros, GONÇALVES NETO, obra citada, p. 638; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Direito empresarial**

segundo o qual, dentre outros argumentos que serão detalhadamente analisados, o contrato de locação do imóvel no qual se situa o estabelecimento é de “caráter pessoal” e, portanto, não se sujeita à norma do artigo 1.148 do CC, preponderando o disposto no artigo 13 da LI. Impõe-se, portanto, a obtenção de anuência prévia do locador no tocante à alteração do locatário, mesmo que tal substituição se opere em consequência da alienação do estabelecimento por parte do locatário originário. Reconhece-se, assim, que a ausência de consentimento prévio e por escrito do locador constitui em favor deste o direito potestativo de denunciar “sem justa causa” o contrato de locação.

Nesse sentido, prevalece atual o entendimento constante do acórdão proferido pela 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça<sup>39</sup>, o qual sintetiza os principais argumentos que fundamentam referido entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, *in verbis*:

*“RECURSO ESPECIAL. TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO. TRESPASSE. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ART. 13. DA LEI N. 8.245/91. APLICAÇÃO À LOCAÇÃO COMERCIAL. CONSENTIMENTO DO LOCADOR. REQUISITO ESSENCIAL. RECURSO PROVIDO.*

*1. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Efeitos: continuidade do processo produtivo; manutenção dos postos de trabalho; circulação de ativos econômicos. 2. Contrato de locação. Locador. Avaliação de características individuais do futuro inquilino. Capacidade financeira e idoneidade moral. Inspeção extensiva, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória. Natureza pessoal do contrato de locação. 3. Desenvolvimento*

---

I. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 153 “A proteção legal adere ao estabelecimento, e não ao contrato de locação em si. Tanto assim é que o locatário transfere o contrato ao adquirente do fundo, mesmo na presença de cláusula proibitiva. Não é o estabelecimento que acompanha a locação, e sim esta que segue o destino do estabelecimento. Por tal razão, o sucessor tem direito à renovação do contrato. Vale dizer, o contrato segue a sorte do estabelecimento, independentemente da pessoa do seu titular.”

<sup>39</sup> No julgamento do REsp 1202077/MS, sob a relatoria do Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), ocorrido em 1.3.2011.

*econômico. Aspectos necessários: proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica. 4. Afigura-se destemperado o entendimento de que o art. 13 da Lei do Inquilinato não tenha aplicação às locações comerciais, pois, prevalecendo este posicionamento, o proprietário do imóvel estaria ao alvedrio do inquilino, já que segundo a conveniência deste, o locador se veria compelido a honrar o ajustado com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que não rara as vezes, não possuirá as qualidades essenciais exigidas pelo dono do bem locado (capacidade financeira e idoneidade moral) para o cumprir o avençado. 5. Liberdade de contratar. As pessoas em geral possuem plena liberdade na escolha da parte com quem irão assumir obrigações e, em contrapartida, gozar de direitos, sendo vedado qualquer disposição que obrigue o sujeito a contratar contra a sua vontade. 6. Aluguéis. Fonte de renda única ou complementar para inúmeros cidadãos. Necessidade de proteção especial pelo ordenamento jurídico. 7. Art. 13 da Lei n. 8.245/914 aplicável às locações comerciais. 8. Recurso especial provido.”*

Na mesma linha, destacam-se os julgamentos proferidos nos autos do recurso de apelação nº 0152512- 47.2009.8.26.0100, Rel. Percival Nogueira, j. em 12.4.2012, da 6ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP<sup>40</sup> e, mais recentemente, nos recursos de apelação nº 0016617-94.2012.8.26.0008, Rel. Hamid Bdine, j. 20.6.18; Apelação nº 1003691-77.2015.8.26.0099, Rel. Artur Marques, j. em 20.6.16; Apelação nº 101381585.2016.8.26.0002, Rel. Penna Machado, j. em

---

<sup>40</sup> Ver fls.5/7: “o certo é que o locatário, Sr. Alecsandre, por dever de boa-fé, deveria obter a concordância do locador do bem quanto ao negócio efetuado com as autoras da demanda. Primeiramente para rescindir aquele em vigor, observadas as cláusulas ali constantes, e, em segundo lugar porque não poderia impor ao locador a aceitação de novo locatário, simplesmente.” (...) concluindo em seguida “(...) Além disso, não é demais observar que a concordância do locador quanto à transação de compra e venda do fundo de comércio e a instalação de nova empresa em imóvel de sua propriedade, não lhe poderia ter sido negada, sendo imprescindível para a efetivação do negócio. Nesse ponto, é de se assinalar que o contrato de venda e compra foi firmado em 30.01.2009 e a ação de despejo, em face de ‘A’(omissis), foi ajuizada pelo proprietário do imóvel em 19.03.2009 (fls. 23). Em sua petição inicial o autor daquela demanda informou que o imóvel foi locado em 21.03.2007, por trinta e seis meses, sendo vedada qualquer sublocação ou transferência de locação sem prévia anuência por escrito (cf. dois últimos parágrafos de fls. 25) e, em razão de tal descumprimento, buscava a rescisão contratual com a imposição de multa no valor equivalente a três aluguéis. Pelo exposto se conclui que o contrato se encerraria somente em 21.03.2010, daí a obrigação do locatário em resolver tal questão.”

21.2.2018, entre outros, todos do TJ/SP, nos quais se reforça a ideia de que o contrato de locação teria “caráter pessoal” e até mesmo “personalíssimo”<sup>41</sup>, bem como que a anuência prévia e por escrito do locador é indispensável para que o imóvel locado continue a ser utilizado como ponto comercial pelo adquirente do estabelecimento empresarial.

Naquela primeira oportunidade, foram abordados os principais argumentos de cunho jurídico, econômico e social, levantados pelas diferentes correntes doutrinárias acerca do assunto, tendo sido assumida a posição – ora mantida – de que a manutenção do contrato de locação do imóvel no qual se situa o estabelecimento empresarial, no caso de transferência do estabelecimento, dispensa a prévia e expressa anuência do locador para que opere plenos efeitos, pois:

- a) O estabelecimento constitui “unidade econômica”, dotada de “aptidão funcional”, relevante para a exploração da empresa, impondo-se, em regra, a manutenção dos contratos a ele relacionados, em razão de seu caráter “acessório”;
- b) As normas dos artigos 1.148 CC e 13 LI coexistem. O disposto no artigo 13 LI se aplica às “locações não-residenciais”, mas, por força do artigo 1.148 CC, nas hipóteses de transferência do estabelecimento e observados os requisitos dos artigos 1.144 e 1.148 CC não prevalece a exigência de anuência prévia do locador;

---

<sup>41</sup> Argumento com o qual não concorda o autor, conforme explorado no primeiro estudo sobre tema. Em síntese, porque, a) não se verifica em referida modalidade de contrato aspectos subjetivos especiais ou vínculos de confiança entre as partes, que permitam caracterizá-lo como um contrato de “caráter pessoal”; b) os principais objetivos buscados pelo locador, por ocasião da celebração do contrato de locação são os de: I) garantir a integridade do bem e a sua restituição no momento avençado; II) receber, na forma pactuada, a contraprestação financeira correspondente à utilização do imóvel pelo locatário e III) preservar a efetividade da garantia prestada por ocasião da celebração do contrato; c) pouco importa se a posição de locatário, originariamente preenchida por “A”, passe, por consequência da alienação do estabelecimento, a ser preenchida “B”. Quem quer que ocupe a posição de locatário, terá que honrar com os compromissos assumidos no contrato.

- c) A substituição do “locatário originário” pelo “adquirente do estabelecimento” caracteriza-se como mais uma hipótese de “sub-rogação legal do contrato”, por força do artigo 1.148 CC, equiparando-se às hipóteses previstas nos artigos 11 e 12 LI;
- d) O contrato de locação não é de “caráter pessoal”, seja pela ausência de vínculos subjetivos especiais capazes de caracterizá-lo como tal, seja por seus principais objetivos, que não se relacionam à “pessoa” do outro contratante, mas sim ao cumprimento das obrigações contratuais, preservando a plena possibilidade de resolução contratual por culpa do adquirente (inquilino);
- e) A manutenção do contrato de locação perante o adquirente do estabelecimento: i) não frustra os interesses e objetivos do locador; ii) não o torna “refém” do “novo locatário”; iii) não enfraquece as garantias do contrato e iv) não vincula, de modo perpétuo, os garantidores. Tais afirmações encontram respaldo e proteção na LI;
- f) A interpretação não extensiva do artigo 13 LI viabiliza a aplicação do disposto no artigo 51, § 1º LI e possibilita a proteção do “ponto comercial”, garantindo a integridade do estabelecimento e afastando os riscos de apropriação indevida de seus elementos e atributos pelo locador ou por terceiros;
- g) A prevalência do conteúdo da norma do artigo 1.148 CC sobre a norma do artigo 13 LI respeita os princípios da “eticidade” e “socialidade” do CC/02, em detrimento da proteção dos interesses egoísticos do locador, fomentando o desenvolvimento da atividade econômica e atendendo à função social do contrato e da empresa.

Neste momento, avança-se na análise da questão para explorar aspecto novo e bastante relevante relacionado ao tema, decorrente do advento da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que



instituiu o Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), conforme se passa a demonstrar.

#### **4. O Novo Código de Processo Civil e os impactos sobre a discussão em tela**

Com o advento da nova lei processual foram reforçados alguns aspectos importantes da posição anteriormente defendida. Como é sabido, o Novo CPC instituiu, por intermédio do de alguns dispositivos legais, o que se convencionou denominar por “sistema de precedentes” a ser observado pelo julgador por ocasião do seu processo de tomada de decisão, fazendo com que os precedentes<sup>42</sup> assumam uma posição de maior destaque no processo decisório e ostentem, até mesmo, caráter vinculativo, desde que apresentem determinadas características e que sejam respeitados requisitos previstos na lei.

É o que se extrai, por exemplo, da regra do artigo 489, § 1º, VI, segundo a qual “§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

---

<sup>42</sup> Adota-se a terminologia empregada, entre outros, por TUCCI, José Rogério Cruz e. **Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula**. de 7 de julho de 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula> “(...) os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar os cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser inferido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.” E sobre a diferença entre “precedente” e “jurisprudência” destaca o mesmo autor “Quando se alude a precedente refere-se, geralmente, a uma decisão relativa a uma situação particular, enquanto, como acima visto, a citação da jurisprudência encerra uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.”

Nesse sentido, corrobora a doutrina<sup>43</sup> ao salientar que “é insuficiente, transcrever a ementa de um acórdão. É preciso que, na sentença, o juiz, ao invocar o precedente ou o enunciado de súmula, identifique os fundamentos determinantes do precedente ou os que deram origem ao enunciado da súmula. Além de identificar os fundamentos determinantes, deve o juiz demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.”

Em consonância com referido dispositivo legal, destaca-se o teor dos artigos 926 e 927 do novel diploma processual:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 10, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos

---

<sup>43</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas). (coment. art. 489 ao 496). 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.1.235.

observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

Tais dispositivos visam conferir maior coerência e segurança jurídica à prestação jurisdicional, a fim de que o julgamento de casos – verdadeiramente – análogos sejam julgados da mesma forma, evitando decisões conflitantes quando presentes hipóteses fáticas semelhantes e cercadas das mesmas circunstâncias<sup>44</sup>.

Em referido contexto, embora a decisão colegiada proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1202077/MS, sob a relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, proferida em 1.3.2011, emane do Tribunal Superior competente, entre outras funções, pela uniformização da interpretação conferida às leis federais pelos outros tribunais (105, III CF)<sup>45</sup>, trata-se de *decisum* isolado que não compõe, ao que tudo indica, jurisprudência dominante de referido tribunal, a ser obrigatoriamente seguida pelos desembargadores e juízes dos outros tribunais, nos moldes acima previstos (art. 927CC).

Não obstante tal constatação, por tratar-se do – aparentemente – único precedente no âmbito do STJ a respeito do assunto, faz-se imperiosa minuciosa análise de seu conteúdo, para identificar a sua aptidão para influenciar o julgamento de outros casos concretos envolvendo a polêmica relacionada à exigência, ou não, de anuência do locador nos contratos de locação comercial no âmbito dos contratos de trespasse, para que o contrato opere plenos

---

<sup>44</sup> Nesse sentido MARINONI, Luiz Guilherme. *in* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil** (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas). (comment. art. 926 ao 928). 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.2.073 “Não há como admitir decisões diferentes para casos semelhantes, a menos que se imagine que os juízes e tribunais não fazem parte de um só sistema e Poder.”

<sup>45</sup> Nesse sentido ver TUCCI, artigo citado: “Sob o aspecto institucional, a situação típica de aplicação do precedente é aquela de eficácia vertical, decorrente da autoridade hierárquica do órgão que emitiu o precedente em relação ao órgão incumbido de decidir o litígio posterior. Diante desta importante perspectiva, os tribunais superiores são atualmente concebidos, especialmente em países federados, como o Brasil, para exercerem a importante função nomofilática em prol da uniformização da interpretação e aplicação do direito, ou seja, de verdadeiras cortes de precedentes.”

efeitos em face do proprietário do imóvel no qual se situa o ponto comercial.

Assim, cumpre destacar que em análise ao inteiro teor do acórdão que originou o referido precedente constata-se, quanto ao aspecto temporal, que a hipótese fática geradora do *decisum* envolvia contrato de locação comercial celebrado em 10 de maio de 1997 e com término previsto para 10 de maio de 1998, sendo que o contrato de trespasse se efetivou em 18 de dezembro de 1997<sup>46</sup>. Tal cronologia dos fatos é relevante, pois na altura já se encontrava vigente, desde 1991, a lei 8.245, com o encetado artigo 13LI, destinada a regular, de modo específico, as locações de imóveis urbanos; mas não vigorava a Lei 10.406, que instituiu o atual Código Civil, o qual passou a vigorar apenas no ano de 2003, oportunidade na qual passou a existir a disciplina específica do estabelecimento, com destaque para a regra do já mencionado artigo 1.148CC.

Logo, embora o acórdão em comento tenha sido proferido no ano de 2011, o mesmo se refere a fatos ocorridos no final dos anos 1990 e, portanto, seguindo a máxima do *tempus regit actum* a questão não poderia ser apreciada – como, de fato, não foi – sob a luz da disciplina do estabelecimento e mais precisamente da regra do artigo 1.148CC.

Basta nesse sentido, uma leitura atenta do referido acórdão para constatar que a disciplina legal “Do Estabelecimento”, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo CC/02, não é – de forma correta – sequer mencionada. O que se pretende demonstrar é que referido julgamento não confrontou as encetadas regras dos artigos 13 LI e 1.148CC e, portanto, tem sua importância bastante reduzida (para não dizer nula) na orientação dos julgamentos relacionados aos contratos de locação e de trespasse

---

<sup>46</sup> Vide páginas 5 e 6 do acórdão proferido no REsp 1202077/MS, sob a relatoria do Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), ocorrido em 1.3.2011, cuja íntegra encontra-se disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1202077&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

celebrados após o início da vigência do CC/02 que apresentem referida controvérsia.

Cumprе acrescentar, outrossim, que a matéria de fato tratada em referido precedente do STJ envolvia o inadimplemento, pelo adquirente do estabelecimento, – poucos meses após a concretização do contrato de trespasse – das obrigações concernentes ao contrato de locação comercial celebrado, originariamente, pelo alienante junto ao proprietário do imóvel. Sob tal aspecto, o encetado precedente do STJ destaca trecho dos fundamentos adotados pelo Tribunal de Origem, *in verbis*:

“o magistrado julgou parcialmente procedente o pedido inicial para tão-somente condenar os apelados ao pagamento das taxas condominiais, contas de energia elétrica e IPTU vencidos até novembro de 1997 porquanto entendeu que "na ocasião em que se realizou a compra e venda do fundo de comércio, o réu expressamente se comprometeu a quitar as parcelas referentes ao meses 09-10 e 11/97, além das onze parcelas do condomínio. E, na mesma oportunidade, o cedido - Sr. Hermenegildo assumiu todas as responsabilidades decorrentes do contrato originalmente firmando entre o autor e os réus, fatos que os liberam de cumprir toda a obrigação pecuniária aqui pleiteada."

Sendo certo que esta foi uma das principais razões que levaram à reforma do julgado e ao provimento do Recurso Especial por aquele Tribunal Superior, com o propósito de imputar ao alienante do estabelecimento a responsabilidade pelo pagamento das dívidas surgidas após a cessão do estabelecimento empresarial, sob o fundamento exclusivo do art. 13 LI, de forma a resguardar os interesses do locador nos seguintes termos:

“(…) Destarte, a interpretação dada pelo Tribunal de origem não deve prosperar, sob pena de se romper a expectativa contratual do locador, pois cercando-se dos cuidados ordinários, aceitou contratar com pessoa que julgava apta a cumprir o convencionado, mas, em face de ato unilateral do inquilino, se verá obrigado a

suportar eventual prejuízo, em razão do inadimplemento por parte do cessionário do fundo de comércio.”

Nesse sentido, verifica-se mais um argumento apto a afastar a aplicabilidade de referido precedente do STJ aos contratos celebrados após o ano de 2003, pois a regra do artigo 1.146CC<sup>47</sup> e a ressalva constante da parte final do artigo 1.148CC<sup>48</sup> poderiam servir de fundamento para resguardar os interesses do locador e, inclusive, imputar eventual responsabilidade ao alienante do estabelecimento.

Como se vê, a disciplina jurídica específica do estabelecimento permite que sejam alcançadas soluções mais aptas a atenderem aos interesses sociais de preservação da atividade empresarial e da unidade econômica produtiva, sem descuidar dos legítimos propósitos do locador, cujos interesses individuais – e muitas vezes de caráter egoístico – não devem se sobrepor ao fomento da atividade econômica e aos princípios da função social da empresa e do contrato.

Diante de referidas constatações, na medida em que o tempo avança, são cada vez mais raras as hipóteses de aplicação de referido precedente do Superior Tribunal de Justiça, o qual – como já salientado – não se amolda aos contratos celebrados após a vigência do atual Código Civil, tornando-se obsoleto. Desse forma, impõe-se às partes e ao julgador maior rigor na invocação de referido *decisum* do Superior Tribunal de Justiça – tanto como fundamento das peças processuais, quanto das razões de decidir, respectivamente – a fim

---

<sup>47</sup> Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

<sup>48</sup> “Art. 1.148 (...)podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.”

de evitar a sua aplicação indevida nas causas que envolvam o polêmico tema objeto de análise neste estudo<sup>49</sup>.

De outra parte, considerando que o CC/02 completou 15 anos de vigência, espera-se que a matéria – envolvendo o confronto interpretativo efetivo entre as regras dos artigos 13LI e 1.148CC – seja objeto de análise por parte do órgão jurisdicional competente pela uniformização da jurisprudência<sup>50</sup>, a fim de que os principais argumentos de ambas as correntes doutrinárias sejam efetivamente apreciados, de forma a contribuir para adequada e atual prestação jurisdicional.

### **Considerações finais**

Em conclusão, conforme se procurou demonstrar por meio do presente estudo de caráter complementar e evolutivo, em relação ao contrato de locação comercial no âmbito do contrato de trespasse, tão importante quanto a análise dos elementos de direito material concernentes ao tema, merece destaque a profunda investigação dos fundamentos de natureza processual, em especial no que se refere à verificação das circunstâncias fáticas relacionadas ao suposto precedente e sua semelhança em relação à hipótese fática *sub judice*.

Com o advento do novo diploma processual civil e o fortalecimento do sistema de precedentes, referida análise de mostra indispensável para garantir julgamentos verdadeiramente isonômicos, atentos à segurança jurídica e à unidade do Direito.

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, MARINONI, obra citada, 2015, p. 2.077 “É sempre necessário justificara aplicação de um precedente. Portanto, deve-se identificar a ‘ratio decidendi’ ou os fundamentos determinantes do precedente que se deseja aplicar. Os fatos do precedente são, em princípio, enquadráveis em categorias ou grupos.”

<sup>50</sup> A propósito, cumpre destacar que o próprio STJ, por meio de acórdãos e decisões monocráticas de seus Ministros, tem apresentado interessantes argumentos no tratamento da disciplina do estabelecimento, tal como se extrai do AREsp 1.185.826, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, publ. em 16.11.17, demonstrando maturidade para reapreciar a questão objeto deste estudo sob a luz das regras específicas concernentes ao Estabelecimento e sob os ditames da nova lei processual.

## Referência

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva Editora, 1947.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral - Introdução. As pessoas. Os bens**. Vol.1. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral - Relações e situações jurídicas**. Vol.3. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2010.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 1988.

BRUSCATO, Wilges. **Manual de direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Saraiva Editora, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial – Direito de empresa**. Vol.1. 15ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *in* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil** (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas). (coment. art. 489 ao 496) 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.227/1.262.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Empresa**. 2ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Direito empresarial I**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa** (Comentários aos arts. 966 a 1.195 do CC). 4ª edição. São Paulo: RT, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial Brasileiro – empresa e atuação empresarial**. Vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2004.



MARINONI, Luiz Guilherme. *in* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil** (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas). (coment. art. 926 ao 928). 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.2.072/2.083.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado – parte geral**. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

POSTIGLIONE, Marino Luiz. **Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais**. São Paulo: Manole, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. (atualiz. Rubens Edmundo Requião). 1º volume. 31ª edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2012.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **Estabelecimento, uma universalidade de fato o de direito?** Revista do advogado – AASP, nº 71, Agosto de 2003, Ano XXIII, p. 73/79.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula**. de 7 de julho de 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>

VENOSA, Silvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada – doutrina e prática**. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.



## **Recuperação extrajudicial: caráter contratual do instituto e ocorrência de contratos coligados**

*Paulo Fernando Campos Salles de Toledo<sup>1</sup>*  
*Adriana Valéria Pugliesi<sup>2</sup>*

### **1. A consulta**

A consulta envolve apreciação da homologação judicial de plano de recuperação extrajudicial requerida pelo Grupo E, em litisconsórcio necessário, para as seguintes *sociedades brasileiras*: (i) *Sociedade F*; (ii) *Sociedade G*; (iii) *Sociedade H*; (iv) *Sociedade I*, nos moldes do art. 163 da Lei n. 11.101/05 (doravante, LRE).

Foi exposta alentada exposição dos fatos [ANEXO 01] e documentos relacionados, com a apresentação, ao final, dos seguintes quesitos:

- (i) Podem as RECUPERANDAS, uma vez inadimplentes com seu plano de recuperação extrajudicial (“PRE”), requerer

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Advogado, Árbitro e Consultor Jurídico de empresas. Fundador e Presidente do IBR - Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas. Autor de diversos livros e artigos sobre Direito Empresarial e Arbitragem.

<sup>2</sup> Graduada, Mestre e Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada. Professora de Direito Empresarial na FGV-SP. Professora e coordenadora de cursos em Direito no IICS-CEU. Professora da Especialização em Direito Empresarial lato sensu na EPM - Escola Paulista de Magistratura. Publicações em revistas e livros diversos.

recuperação judicial, menos de 02 anos após a homologação do PRE?

\*\*\*\*\*

(ii) Caso a apelação acima descrita seja provida, para o fim de anular a aprovação do aludido PRE, a resposta acima indicada sofreria algum tipo modificação?

\*\*\*\*\*

(iii) Em razão do cenário acima exposto, é juridicamente viável alcançar-se o patrimônio dos controladores indiretos e direto das RECUPERANDAS – GRUPO E, Sociedade O e/ou Sociedade P –, a fim de que tais sociedades, ou qualquer empresa controlada direta ou indiretamente pelo grupo, cumpram os termos das obrigações contidas na referida CARTA, até o limite do valor indicado em tal documento.

O equacionamento dos quesitos propostos será feito mediante prévia abordagem dos temas jurídicos que conduzirão às respostas, o que se fará com remissões pontuais ao caso concreto, sempre que isto contribuir para a melhor compreensão da espécie. Ao final serão atendidos os quesitos formulados, com o seguinte

## **P A R E C E R**

### **2. Algumas considerações iniciais sobre a recuperação judicial e a extrajudicial.**

A Lei n. 11.101/05 (LRE) trouxe diversas inovações para o direito concursal brasileiro e uma das mais significativas refere-se ao papel dos credores, em particular no que concerne a decisão sobre o destino do devedor em crise econômico-financeira. De meros expectadores nos processos disciplinados pelo DL n. 7661/45, passaram os credores a protagonistas na Lei vigente.

Na concordata<sup>3</sup>, que era um “favor legal” concedido pelo Estado-Juiz ao comerciante de boa-fé em dificuldades, não se fazia

---

<sup>3</sup> Solução que se mostrou inadequada para proporcionar a superação da crise das empresas, pois se prestava, quando muito, a afastar a decretação da falência, conforme já referimos alhures. (SALLES DE

qualquer juízo de valor quanto a viabilidade econômico-financeira do devedor, bastando que fossem atendidos determinados requisitos de natureza formal para sua concessão.

Esse cenário, todavia, alterou-se drasticamente com a LRE, que adotou uma *solução negociada* entre o devedor e seus credores. Elegeu-se como pré-requisito necessário à *preservação da empresa* que o devedor apresente um *plano*, que seja suficientemente sólido e atraente à uma maioria qualificada de credores que, aceitando-o, resultará na concessão da recuperação.

Na sistemática da LRE o devedor poderá *optar* pela recuperação por intermédio da adoção de uma de suas duas modalidades: *judicial* ou *extrajudicial*. Muito embora a denominação da “recuperação extrajudicial” possa sugerir diferentemente, ambos os procedimentos demandam homologação judicial.

O que efetivamente distingue as duas modalidades de recuperação, nesse particular, é o *ambiente* em que se desenvolvem as negociações entre o devedor e seus credores.

Na recuperação judicial, desde o nascedouro, implementa-se um sistema de consistente fiscalização dos atos do devedor<sup>4</sup> (por intermédio do Administrador Judicial<sup>5</sup> e do Comitê de Credores<sup>6</sup>, se instaurado). A respeito do tema, Calixto Salomão Filho anota que

“As funções atribuídas ao Comitê e ao administrador judicial no art. 64 da Lei, configuram, portanto, **verdadeiro controle compartilhado entre o controlador, Comitê (quando houver) e o administrador judicial**”.<sup>7</sup>

---

TOLEDO, Paulo Fernando e PUGLIESI, Adriana. *Tratado de Direito Empresarial*, Volume V, Coord. CARVALHOSA, Modesto, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, Cap. V, pp. 50-58).

<sup>4</sup> Art. 64 da LRE.

<sup>5</sup> Art. 22, II, a e art. 28, ambos da LRE.

<sup>6</sup> Art. 27, II, a da LRE.

<sup>7</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA Jr., Francisco e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 50, destaques nossos.

Além disso, na recuperação judicial há **prévio disclosure** da condição econômico-financeira do devedor, pois ao atender os requisitos da petição inicial, conforme art. 51 e seus incisos da LRE, antes mesmo da apresentação do plano, **todos os credores** --- até os não sujeitos ao procedimento --- tomam, ao mesmo tempo, contato com as informações prestadas sobre a situação econômico-financeira do devedor.

Adicionalmente, as negociações entre o devedor e seus credores, na recuperação judicial, desenvolvem-se sobretudo no âmbito da assembleia geral<sup>8</sup>, oportunidade em que os credores --- até mesmo os eventualmente impedidos de votar<sup>9</sup> --- podem livremente exercer direito de voz<sup>10</sup>, e manifestar seus posicionamentos e pontos de vista, tornando o resultado da negociação do plano um verdadeiro *ato coletivo*<sup>11</sup>.

Exatamente porque todo o desenvolvimento das negociações entre o devedor e seus credores, desde o início, ficam sob criteriosa batuta do magistrado, a atuação do Poder Judiciário no controle da legalidade dos planos de recuperação judicial é permanente e sólida, segundo a disciplina prevista na Lei de Recuperação de Empresas.

A sistemática da recuperação judicial, portanto, proporciona a criação de um *ambiente de negociação*, mas com imposição de *limites* especificados por regras traçadas na LRE, sob constante fiscalização judicial e dos órgãos de atuação (administrador judicial e comitê de credores, se instaurado esse último).

Na recuperação extrajudicial, ao contrário, o processamento limita-se à homologação do plano. Todo o desenvolvimento das

---

<sup>8</sup> Embora a instauração desse órgão seja facultativa, conforme art. 56 da LRE, na prática não se tem conhecimento de alguma recuperação judicial cujo plano tenha sido tacitamente aprovado, sem realização, em consequência, da assembleia geral de credores.

<sup>9</sup> Art. 43 da LRE.

<sup>10</sup> VALLADÃO A. N. FRANÇA, Erasmo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA Jr., Francisco e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

<sup>11</sup> LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coord. SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando e ABRÃO, Carlos Henrique, 5<sup>a</sup> edição, 2012, p. 168.

negociações, entre o devedor e seus credores, dá-se à margem do Poder Judiciário. Assim, é de se destacar que nesse modelo de procedimento:

- (i) Não há qualquer garantia de que o *disclosure* que tenha antecedido ao pedido de homologação, no que concerne à real situação econômico-financeira do devedor, tenha sido amplo o suficiente ou apresentado ao mesmo tempo para todos os credores;
- (ii) Em princípio, não há um foro de debates que reúna os credores para discussão conjunta sobre o plano, que muito provavelmente será resultado de adesões isoladas;
- (iii) Finalmente, não atuam nesse procedimento o administrador judicial e nem o comitê de credores que, como vimos acima, exercem verdadeiro poder compartilhado ao lado do controlador da devedora, e atuam como órgãos fiscalizadores do Judiciário e dos credores, no desdobramento das negociações.

As notas acima, embora breves, servem para colocar luz sobre as profundas diferenças que marcam a recuperação extrajudicial em comparação à judicial, em particular no que concerne ao controle jurisdicional de legalidade, sobretudo no **desenvolvimento das negociações** entre o devedor e seus credores.

Enfim, exatamente porque o âmbito do controle jurisdicional é muito menos abrangente na recuperação extrajudicial, as regras de regência dessa modalidade de procedimento **não** permitem, *v.g.*: (i) sujeição de credores trabalhistas; (ii) suspensão das ações e execuções contra o devedor<sup>12</sup>; (iii) alienação de ativos sem sucessão das obrigações.

---

<sup>12</sup> A suspensão das ações ocorre somente para os credores aderentes, no período entre a distribuição e a homologação do pedido.

Tais importantes limitações da recuperação extrajudicial, evidentemente, pautam fronteiras na tentativa de evitar efeitos indesejáveis (ou inaceitáveis) sob a perspectiva da sistemática do direito concursal --- que repercute na esfera jurídica de interessados que, por vezes, sequer tomam conhecimento do processo.

Desse modo, na recuperação extrajudicial, em que o plano será negociado individualmente com os credores --- sem que estes saibam, desde logo, se será ou não alcançado o quórum de 3/5 de adesão do total de créditos que resultará na sua imposição a todos os credores de cada espécie abrangida --- a *lisura de comportamento do devedor* e o cumprimento adequado do *dever de informar* assumem particular relevância.

Assim sendo, as reais e efetivas premissas indicativas da solidez de adimplemento do plano apresentado pela devedora, constituem condição de validade essencial do negócio jurídico ali formalizado. Adicione-se, também, o fato de que uma vez homologado o plano de recuperação extrajudicial, caso sobrevenha a falência da devedora, os créditos não serão reconstituídos ao *status quo ante* --- como ocorre na recuperação judicial (§ 2º do art. 61, da LRE),--- mas terão que ser exigidos tal como resulte da homologação do plano extrajudicial.

Note-se, a LRE demanda quórum de adesão *menos* elevado na recuperação judicial<sup>13</sup> do que na extrajudicial<sup>14</sup>. A *ratio* dessa normativa está centrada no grau de fiscalização e plena informação que a recuperação judicial proporciona aos credores, ao contrário da extrajudicial, como acima pontuamos.

Por outro lado, o descumprimento do plano de recuperação extrajudicial não é causa de decretação da falência<sup>15</sup>, o que leva à

---

<sup>13</sup> Quórum de maioria dos **presentes**, pelo valor do crédito e por número de credores.

<sup>14</sup> Quórum de 3/5 (60%) do **total dos créditos**, pelo valor.

<sup>15</sup> Conforme interpretação a *contrario sensu* do art. 94, III, g, da LRE. Além disso, a LRE prevê hipóteses de convalidação em falência apenas para a recuperação judicial, silenciando quanto à extrajudicial. Esse silêncio persiste ao disciplinar a Lei a recuperação extrajudicial no capítulo específico (arts.161 a 167). E mais: a natureza da matéria não permite interpretação ampliativa.



inarredável conclusão de que nesse procedimento o caráter contratual *sobrepõe-se* à natureza processual do instituto sem, no entanto, perder seu caráter concursal. Tanto isso é certo, como adiante será analisado de forma mais aprofundada (item 4, *infra*), que as duas vias de recuperação (extrajudicial e judicial) não podem coexistir e muito menos serem manejadas sucessiva ou alternadamente.

Desse modo, muito embora seja correto afirmar a *natureza negocial* tanto da recuperação judicial quanto da extrajudicial, é forçoso reconhecer que nessa última prevalece o caráter contratual do instituto, frente a sua natureza processual.

É que o **modo como se desenvolvem as negociações** antes da homologação concessiva, na recuperação judicial e na extrajudicial, são tão sensivelmente diversas que a sistemática dessa última autoriza o operador do direito a buscar, nas regras e princípios do direito privado, em especial no direito das obrigações, as respostas para questões controvertidas que possam surgir para além da matéria concursal expressamente disciplinada na LRE.

Em particular na fase de desenvolvimento das negociações conduzidas na recuperação extrajudicial --- desprovida de qualquer disciplina na LRE --- o intérprete precisará valer-se dos regramentos do direito das obrigações, no âmbito dos contratos empresariais.

Assim, à fase negocial da recuperação extrajudicial aplicam-se plenamente as disciplinas: (i) de validade dos negócios jurídicos (v.g., os arts. 138 a 150 do CC); e (ii) os princípios positivados no ordenamento, contidos nos artigos 113 (interpretação conforme a boa-fé objetiva e os usos e costumes), 187 (exercício abusivo de direito, com infração a boa-fé) e 422 (princípios da probidade e boa-fé), todos do CC.

Sob a perspectiva da consulta formulada, portanto, são de relevantíssima ordem as **obrigações** assumidas pelas devedoras --- e também pelas demais sociedades integrantes do grupo econômico,--- no desenvolvimento das negociações que resultaram

na manifestação de vontade de adesão ao plano, pelos credores financeiros.

E como a seguir se verá, os credores financeiros foram levados a depositar *confiança* na solidez do plano, aderindo a ele, com fundamento em razões determinantes que, posteriormente foram modificadas unilateralmente pela devedora e sua controladora, em flagrante conduta dolosa, de *venire contra factum proprium*<sup>16</sup>, que leva à anulabilidade da homologação do plano.

### **3. As peculiaridades do caso concreto e os efeitos sobre a recuperação extrajudicial e sua preponderante natureza negocial na fase pré-homologatória.**

Na análise do caso concreto, desdobra-se um panorama bastante singular, e alguns fatos e sua cronologia merecem destacada atenção:

- (i) Em **dezembro de 2015**, o grupo de sociedades controladoras (direta e indireta) das recuperandas firmou um documento designado por “*comfort letter*” na qual expressamente **assegurou** o cumprimento das obrigações do plano de recuperação extrajudicial das sociedades brasileiras afiliadas, em **relação aos credores financeiros**;
  - a. Em adição, no mesmo documento, as referidas controladoras integrantes do *Grupo E* expressamente afetaram 20% (vinte por cento) das receitas líquidas resultantes da venda de linhas de transmissão de energia elétrica localizadas no Brasil (pertencentes a outras

---

<sup>16</sup> Consoante ensina BARBOSA MOREIRA, a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, n. 188-191, p. 346-350, 13<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007).

- sociedades integrantes de seu grupo econômico<sup>17</sup>), ao pagamento do **passivo de titularidade dos credores financeiros** das devedoras em recuperação extrajudicial;
- b. Na data em que firmada a *comfort letter*, as sociedades integrantes do grupo econômico que são titulares das linhas de transmissão de energia elétrica localizadas no Brasil<sup>18</sup>, não estavam envolvidas em nenhum procedimento reorganizatório.
- (ii) Logo depois de apresentada a “*comfort letter*” aos credores financeiros, veio a ser ajuizado, em **18 de janeiro de 2016**, o pedido de homologação da recuperação extrajudicial das sociedades brasileiras integrantes do Grupo E, nos moldes do art. 163 da LRE: (i) Sociedade F; (ii) Sociedade G; (iii) Sociedade H; e (iv) Sociedade I;
- (iii) Em **13 de julho de 2016**, as sociedades controladoras integrantes do Grupo E apresentaram um processo concursal na Espanha<sup>19</sup>, incluindo em seu polo ativo duas das sociedades recuperandas brasileiras (Sociedade G e Sociedade I);
- (iv) Com o procedimento acima referido instaurado na Espanha, as sociedades ali requerentes cuidaram de noticiar o plano à Corte norte-americana, para reconhecimento da existência de um procedimento

---

<sup>17</sup> Que **não** integravam o polo ativo da recuperação extrajudicial. Tais sociedades são:

- Sociedade J;
- Sociedade K;
- Sociedade L;
- Sociedade M;
- Sociedade N.

<sup>18</sup> Referidas na nota de rodapé acima.

<sup>19</sup> Denominado “homologação judicial de acordo de refinanciamento”.

concurstral no exterior, com fundamento no *Chapter 15 do Bankruptcy Code*, o que ocorreu **em 29/07/2016**;

- (v) O juízo brasileiro, entretanto e surpreendentemente, nunca foi comunicado quanto à instauração do procedimento concursal na Espanha, muito embora estivesse em curso e pendente de homologação o plano de recuperação extrajudicial, cuja sentença somente veio a ser proferida **em 01/11/2016**, nos autos do processo n. X.

O comportamento das devedoras bem lhes reflete o ânimo: nenhuma menção fizeram, no processo de homologação extrajudicial ainda em curso (autos n. X), que duas das recuperandas nele envolvidas haviam também ingressado com procedimento na Espanha, ao lado das controladoras que haviam assumido obrigações na *comfort letter*. **Tais fatos foram olímpicamente omitidos do Juízo concursal brasileiro e, principalmente, dos CREDORES FINANCEIROS nacionais.**

As devedoras tinham o ***dever de comunicar*** ao juízo concursal brasileiro, para conhecimento da corte brasileira e de todos os credores --- não apenas os financeiros --- quanto ao ajuizamento de processo concursal na Espanha (em **13/7/2016**) envolvendo duas das recuperandas brasileiras (Sociedade G e Sociedade I) e também as sociedades controladoras integrantes do grupo E.

Deixe-se bem vincado que o plano de recuperação extrajudicial em curso na jurisdição brasileira não havia ainda sido homologado (o que somente veio a ocorrer em 01/11/2016). Nos termos do art. 165 da LRE, somente com a homologação, o plano produz *efeitos*. Desse modo, nos termos do art. 125 do CC<sup>20</sup>, o plano

---

<sup>20</sup> Art. 125 do CC: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

ainda não era válido e eficaz, sujeito que estava a condição suspensiva (homologação judicial).

Como se vê, as circunstâncias e a cronologia dos fatos acima narrados levam às seguintes **inarredáveis conclusões**:

- (i) A *comfort letter* firmada pelas controladoras integrantes do Grupo E constituiu **condição determinante** à adesão do plano pelos credores financeiros nacionais;
  - a. Tanto que, logo depois os credores financeiros aderiram ao plano, culminando com a distribuição do pedido de homologação em juízo, poucos dias após.
- (ii) A ruptura da condição determinante do negócio de adesão ao plano --- antes de sua validade plena (art. 125 do CC) pela homologação judicial, --- enseja a incidência de vício de vontade consistente em omissão dolosa, prevista no art. 145<sup>21</sup> e no art. 147<sup>22</sup> do CC, de que resulta sua *anulabilidade*.

No caso concreto, é incontroverso que a devedora omitiu, intencionalmente, do juízo concursal brasileiro e dos credores financeiros o procedimento instaurado na Espanha. A malícia intencional na omissão da informação é cristalina, pois, as autoridades judiciárias norte-americanas foram comunicadas, ao passo que a brasileira não.

Note-se, não serviria de escudo a eventual alegação pelas devedoras de que o regime brasileiro é ainda lacunoso a respeito da comunicação de procedimentos concursais no exterior<sup>23</sup>. Isso porque, estando em andamento e pendente de homologação a

---

<sup>21</sup> Art. 145 do CC: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.”

<sup>22</sup> Art. 147 do CC: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria realizado.”

<sup>23</sup> A denominada *cross border insolvency*, e que no direito norte-americano é disciplinada no *Chapter 15 do Bankruptcy Code*.

recuperação extrajudicial no juízo brasileiro, era **dever** das devedoras comunicar o ajuizamento de ação concursal na Espanha envolvendo duas das recuperandas brasileiras, em atendimento à **boa-fé objetiva e transparência da plena informação**.

A recuperação extrajudicial, sob a **perspectiva negocial** que lhe é **preponderante**, destacadamente na fase pré-homologatória, forma-se pela celebração de uma série de contratos individuais entre cada credor e a devedora, os quais têm por base uma *operação econômica unificada* --- o plano de recuperação, cuja finalidade precípua será equilibrar os princípios da *preservação da empresa* e o da *tutela do crédito*<sup>24</sup>.

Na recuperação extrajudicial o plano forma-se a partir de *contratos coligados*. Observa, a propósito, RONALDO XAVIER LEONARDO, que

(...) o fenômeno da coligação contratual envolve dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, porém orientados para uma mesma operação econômica unificada, supracontratual, que lhes confere unidade.<sup>25</sup>

Como explica Orlando Gomes, “os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante”<sup>26</sup>.

É exatamente o que se observa na recuperação extrajudicial na medida em que, embora o credor manifeste individualmente sua

---

<sup>24</sup> “Voltando-se ao tema das funções do Direito falimentar: ao lado de sua função de preservação do crédito como método de manter hígida e saudável a torrente de relações entre os empresários visando a segurança do tráfego mercantil, e como consequência indissociável desta, está a necessidade de manutenção dos organismos produtivos, cuja funcionalidade se preste a integrar, de forma saudável, os elos da cadeia de relações do mercado.” (PUGLIESI, Adriana. Direito Falimentar e Preservação da Empresa, Quartier Latin, 2013, p. 265).

<sup>25</sup> *Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais*. In *Tratado de Direito Empresarial*, v. IV: - Contratos mercantis, coord. CARVALHOSA, Modesto, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, , p. 463.

<sup>26</sup> *Contratos*, 11ª edição, Forense, 1986, p. 112.

vontade de adesão ao plano, cada acordo constitui um de vários *contratos coligados*. Isso porque os credores aderentes ao plano estão unidos por um “*nexo econômico funcional*”, nas palavras do aresto do STJ, a seguir colacionado:

*É de se ver que os contratos coligados são aqueles que, apesar de sua autonomia, se reúnem por nexo econômico funcional, em que as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos.*<sup>27</sup>

Essa característica da recuperação extrajudicial faz com que a invalidade da manifestação de vontade de um ou mais contratantes afete, irremediavelmente, todo o nexo contratual.

A *validade* da manifestação de vontade nos contratos empresariais (como é, sem dúvida, o caso da recuperação extrajudicial) --- que têm sua lógica própria, no dizer da Profa. Paula Forgioni<sup>28</sup> --- pode ser contaminada por diversos fatores que precisam ser levados em conta, em especial diante das especificidades do caso concreto, acima expostas.

Assim, Paula Forgioni destaca a relevância do *contexto negocial*<sup>29</sup> --- invocando Hugh Collins, com a noção de *implicit understandings* --- que, observados em determinado *ambiente institucional*<sup>30</sup> geram *legítimas expectativas*<sup>31</sup> às partes contratantes, ainda que não expressamente escritas em cláusulas contratuais.

Nas palavras do Prof. Francisco Satiro, na recuperação extrajudicial, na modalidade prevista no art. 163 da LRE, a obediência ao princípio da boa-fé objetiva ganha especial relevo:

---

<sup>27</sup> STJ, REsp. 1.141.985/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/04/2014.

<sup>28</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: Teoria geral de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 34-46.

<sup>29</sup> Idem, p. 60.

<sup>30</sup> Idem, pp. 157-158.

<sup>31</sup> Idem, pp. 119-120.

A fim de se superar a assimetria de informações que permeia seu relacionamento com os credores, há necessidade de maior transparência do devedor, que deve demonstrar a viabilidade de sua proposta e sua boa-fé no intento de executar plenamente o quanto formulado.<sup>32</sup>

O ambiente institucional das negociações que antecedem ao pedido de homologação da recuperação extrajudicial exige, de um lado, que o credor esteja permeável a renegociação de seu direito; e, de outro lado, que o devedor atue com probidade e boa-fé (art. 422 do CC) para dar cumprimento ao plano ofertado, em toda a sua extensão.

Assim, num processo concursal espera-se que o credor se disponha a experimentar certo grau de sacrifício --- já que a obrigação não será adimplida na forma originariamente contratada. Por certo foi esse espírito que levou Ramez Tebet a afirmar, na exposição de motivos da LRE, que: “a perda relativa em termos de valor nominal de um título pode ser mais que compensada pela diminuição do risco de recebimento. ”

Em contrapartida, impõe-se ao devedor que nele atue com absoluta retidão e atendimento aos princípios da **boa-fé objetiva** (art. 422 do CC, que é verdadeiro dever integrante de qualquer negócio jurídico) e da **plena informação** (*full disclosure*)<sup>33</sup>, a fim de assegurar *confiabilidade* ao plano. Note-se, o desatendimento a esses princípios não fere apenas o interesse individual dos credores eventualmente atingidos, mas importa violação de um **interesse público**<sup>34</sup> inerente a todo e qualquer procedimento concursal.

---

<sup>32</sup> SATIRO DE SOUZA JR., Francisco. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA JR., Francisco e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 524.

<sup>33</sup> Conforme interpretação do §6º do art. 163 da LRF.

<sup>34</sup> RENZO PROVINCIALI anota que “o *interesse público que imprime uma natureza peculiar ao direito concursal resulta da defesa da economia em geral, em contraposição ao fenômeno mórbido da insolvência que, minando a existência das empresas mercantis, interrompe o centro vital da produção e do crédito, do qual depende o bem estar de um país(...)*” (*Manuale di Diritto Falimentare*, 3. ed. Milano, Giuffrè, 1955, tradução livre, p. 08).



Assim, se o devedor atua em infração ao dever de boa-fé e ao princípio da plena informação dá causa a deliberado descumprimento das obrigações laterais que integram todo e qualquer negócio jurídico, levando à anulabilidade do plano, por dolo, que é definido por Clóvis Bevilacqua como “o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro.”<sup>35</sup>

Com efeito, é imprescindível que cada credor manifeste adesão ao plano de forma livre de vícios de consentimento e perfeitamente *informado* para tomar sua decisão de adesão ao plano; pois somente assim poderão ser reputados válidos tanto a manifestação de vontade, quanto o plano dela decorrente.

A doutrina é uníssona ao proclamar o caráter negocial da recuperação extrajudicial<sup>36</sup>, destacando-lhe a sua natureza de contrato de natureza de *cooperação*<sup>37-38</sup>.

Portanto, as negociações entre os credores e o devedor devem necessariamente estar inseridas num ambiente institucional de *cooperação* --- com a finalidade de preservação da empresa e tutela do crédito --- sendo **inadmissível** que o devedor **omita informações** que possam repercutir ou modificar as circunstâncias

---

<sup>35</sup> *Código Civil Comentado*, 11ª edição, ed. Francisco Alves: Rio de Janeiro, vol. I, 1956, p. 273.

<sup>36</sup> JUSTINO, Manoel. *Tratado de Direito Empresarial*, Volume V, Coord. CARVALHOSA, Modesto, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, Cap. V, p. 506; SZTAJN, Rachel. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coord. SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando e ABRÃO, Carlos Henrique, 5ª edição, 2012, p. 526; SATIRO DE SOUZA JR., Francisco. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA Jr., Francisco e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 512-515.

<sup>37</sup> SZTAJN, Rachel. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coord. SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando e ABRÃO, Carlos Henrique, 5ª edição, 2012, p. 529. No mesmo sentido, SATIRO DE SOUZA JR., Francisco. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA Jr., Francisco e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 514.

<sup>38</sup> “*Neles [contratos colaborativos] busca-se a disciplina de questões futuras. Ou seja, o negócio não visa a estabelecer apenas regras sobre trocas, mas balizar a relação entre as partes. No instrumento de contrato empregam-se termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicos.*” (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral de aplicação*. Revista dos Tribunais, 2015, p. 196, destaques da autora).

essenciais que levaram à manifestação de vontade dos credores na adesão ao plano, ou que possam afetar a decisão judicial homologatória do plano.

É certo que a adesão do credor ao plano pauta-se na certeza de que as perdas financeiras serão compensadas pela **redução do risco no recebimento do crédito**, pela preservação da empresa, como resultado do procedimento concursal.

Portanto, é inconcebível que o devedor tenha omitido circunstâncias diretamente relacionadas à garantia patrimonial de cumprimento do plano pelas devedoras brasileiras. E foi exatamente isso que ocorreu no caso concreto, pela falta de *disclosure* quanto à participação, em processo concursal na Espanha, por duas das recuperandas brasileiras; e que também envolve as controladoras signatárias da *comfort letter* que, como dito, foi razão determinante para as credoras financeiras aderirem ao plano no Brasil.

A propósito, o *nomen iuris* adotado para designar a *comfort letter* é de todo irrelevante, pois o que determina sua natureza contratual é o seu conteúdo<sup>39</sup>. A verdade é que a *comfort letter* constituiu, no caso concreto, fator determinante para a manifestação de vontade de adesão ao plano pelos credores financeiros.

A *comfort letter*, indiscutivelmente, tem natureza jurídica de **contrato atípico**, no ordenamento brasileiro. Segundo acentua Moreira Alves, “a natureza jurídica que se ajusta melhor à índole dessas cartas – salvo se o contrário resultar das circunstâncias de

---

<sup>39</sup> “Embora não seja obrigatório, quando reduzidos a escrito, aos contratos é atribuída uma denominação. Um título. Tecnicamente, o *nomen iuris* é irrelevante, importando a substância do negócio contratado e não a denominação que lhe foi atribuída pelas partes ou seus advogados. Contudo, o título apostado no instrumento pode constituir importante elemento de interpretação quando se presta a descortinar a intenção comum das empresas vinculadas, indicando o negócio que pretenderam abraçar” (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais - teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 85).

sua emissão ou de seu conteúdo – é a contratual [...]”<sup>40</sup>. O jurista explica, ainda, com a autoridade habitual:

No direito brasileiro a ainda escassa doutrina a respeito das cartas de conforto não só admite essa prática, mas também lhe atribui consequências jurídicas de responsabilização da emitente, variando seu alcance conforme as condições de seu conteúdo.

Anota ainda Moreira Alves que, conforme o conteúdo da *comfort letter*, é que será possível evidenciar a extensão das consequências jurídicas próprias da manifestação de vontade ali contida.<sup>41</sup>

Veja-se que em seu conteúdo, a *comfort letter* prestada pelos controladores das Recuperandas, textualmente afirma:

*3. For the reasons set out above, we hereby confirm all terms and conditions of the corporate guarantees issued by us for the benefit of the Financial Creditors that guarantee the obligations under the respective credit document, which will be amended as a result of the Restructuring (“Corporate Guarantees”).*

*4. In the context of the Restructuring, we also confirm of willingness to distribute 20% (twenty per cent) of the net proceeds effectively received from any sale, transfer, and/or, any similar transaction involving the transmission lines located in Brazil and apply such resources on the total and/or partial prepayment, on pro-rata basis, of the debt of the Financial Creditors.*<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> “Nota sobre a carta de conforto” em *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, coord. von Adamek, Marcelo Vieira, Malheiros, 2011, p. 712.

<sup>41</sup> Ob. cit., p. 709.

<sup>42</sup> Na tradução pública juramentada por Gilda Barreto Mello da Silva (tradução 39.875, Livro 500, pp. 204-205):

*3. Devido às razões descritas acima, pela presente confirmamos todos os termos e condições das garantias societárias emitidas por nós em benefício dos Credores Financeiros que garantem as obrigações previstas nos respectivos documentos de crédito, que serão alterados como resultado da Reestruturação (“garantias societárias”).*

*4. No contexto da Reestruturação, confirmamos, também, nossa disposição de distribuir 20% (vinte por cento) do produto líquido efetivamente recebido de qualquer venda, transferência e/ou qualquer transação similar envolvendo as linhas de transmissão localizadas no Brasil e aplicar esses recursos no pré-pagamento total e/ou parcial, em base pro-rata, da dívida dos credores financeiros.*

Vale citar, mais uma vez, Moreira Alves, para quem é possível distinguir dois grupos de cartas de conforto: as *fracas* e as *fortes*, conforme a natureza da obrigação assumida.<sup>43</sup> Na hipótese, como se viu, a obrigação assumida pelo emitente da *Comfort Letter* foi claramente a de distribuir aos credores financeiros 20% do que viesse a receber pela alienação de linhas de transmissão localizadas no Brasil. Trata-se, evidentemente, de uma carta de conforto *forte*.

Note-se, o conteúdo da *comfort letter* expressamente afasta a finalidade de outorga de garantias, pois, notoriamente o signatário declara assumir a obrigação ali referida, em caráter qualitativa e quantitativamente equivalentes ao do devedor originário. Portanto, a obrigação assumida pelas controladoras das recuperandas, sociedades integrantes do GRUPO E, subsume-se, inequivocamente, ao conceito legal de *assunção de dívida*, conforme explica Orlando Gomes<sup>44</sup>:

É o negócio jurídico por via do qual terceiro assume a responsabilidade de dívida contraída pelo devedor originário, sem que a obrigação deixe de ter ser ela própria. A relação obrigacional passa a ter um novo devedor, liberando-se, ou não, o antigo. Um se exime e o outro se obriga, ou um entra sem que o outro saia.

Curiosamente, o art. 299 do Código Civil que disciplina a matéria foi omissivo em relação a assunção de dívida de natureza *cumulativa*, como anota Hamid C. Bdine.<sup>45</sup> O autor explica, invocando a lição de Renan Lotufo, que

Outra classificação possível para a assunção de dívida distingue aquela em que o devedor se exonera da obrigação daquela em que o devedor se mantém solidariamente obrigado perante o credor. A primeira é denominada assunção liberatória e a segunda,

---

<sup>43</sup> Ob. cit, p. 712.

<sup>44</sup> *Obrigações*, 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 259

<sup>45</sup> *Código Civil Comentado*, obra coletiva, coord. Min. Cezar Peluso, 3ª edição revisada e atualizada, Manole, (comentário ao art. 299 do CC), p. 259.

cumulativa. Na lógica de Renan Lotufo, a omissão do Código no tratamento da assunção cumulativa “tem sua lógica”. Ensina que a assunção cumulativa não é hipótese de transmissão da obrigação, mas mera “pluralidade subjetiva no polo passivo, de obrigação previamente existente”.

De qualquer modo, quer se considere a *assunção de dívida cumulativa* --- espécie identificada no caso concreto --- contrato atípico ou não, o fato é que o GRUPO E, por intermédio de suas sociedades controladoras, assumiu, pela *comfort letter* a obrigação de pagar, aos credores financeiros, as obrigações resultantes do plano de recuperação extrajudicial. Esse verdadeiro reforço de pagamento foi condição essencial e determinante para a adesão ao plano por tais credores.

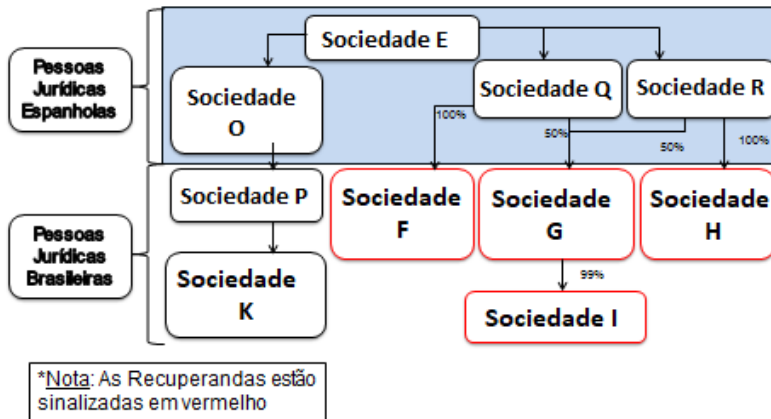
Assim, à toda evidência, houve assunção de *pagamento* das obrigações indicadas no plano, pelas controladoras do *Grupo E* --- inclusive com afetação da receita oriunda da venda de linhas de transmissão de energia elétrica localizadas no Brasil (pertencentes a outras sociedades integrantes de seu grupo econômico<sup>46</sup>), ao adimplemento do **passivo de titularidade dos credores financeiros** das devedoras em recuperação extrajudicial.

### **3.1 A legítima expectativa do credor financeiro e o dever de cumprimento da obrigação.**

Desse modo, não pode haver dúvida de que a Sociedade E, signatária da *Comfort Letter*, controladora do grupo do mesmo nome, tal como expresso no organograma abaixo, assumiu a obrigação de pagar, na qualidade de *assuntora cumulativa* das devedoras:

---

<sup>46</sup> Confira-se a nota de rodapé n.15.

**Organograma Simplificado da Estrutura Societária do Grupo E**

É indiscutível, também, que a *comfort letter* foi o **fator determinante** para que os credores financeiros aderissem ao plano de recuperação extrajudicial, como acima exposto, uma vez que depositaram *confiança* na solidez da proposta das devedoras, na certeza de que o inadimplemento da obrigação, na forma originalmente contratada, seria compensado pela **redução do risco no recebimento do crédito**.

A *legítima expectativa* dos credores financeiros brasileiros ao recebimento de seu crédito foi evidentemente ludibriada, ferindo de morte a boa-fé objetiva que conduziu à sua adesão ao plano de recuperação extrajudicial, pois:

1. Os credores financeiros somente aderiram ao plano em razão dos claros termos da *Comfort Letter*, pela qual a controladora do GRUPO E: (i) prestou assunção cumulativa da obrigação de pagar todas as obrigações contidas no plano; (ii) afetou ao pagamento 20% da receita oriunda da venda de linhas de transmissão de

- energia elétrica localizadas no Brasil (pertencentes a outras sociedades integrantes de seu grupo econômico<sup>47</sup>);
2. A controladora omitiu da autoridade judiciária brasileira o requerimento de procedimento concursal em Espanha, que envolvia duas das sociedades recuperandas brasileiras;
  3. No referido procedimento concursal espanhol, a controladora do GRUPO E prometeu destinar 100% do produto oriundo dos ativos de energia no Brasil ao pagamento dos credores espanhóis. Leia-se: deliberadamente dispuseram de um direito que não mais detinham, pois 20% dessas receitas já haviam sido comprometidas aos credores financeiros no Brasil. *Tu quoque*.

A infração ao dever de boa-fé objetiva e de plena informação deu-se: (i) pelas recuperandas, quanto à omissão de fatos que deveriam ter sido comunicados à autoridade judiciária brasileira e aos credores; e também (ii) pela controladora signatária da carta de conforto.

A consequência da deliberada ruptura da boa-fé objetiva pelas signatárias da *comfort letter* e pelas recuperandas leva os credores financeiros ao direito de exigir o adimplemento forçado e imediato das obrigações assumidas pelas controladoras do GRUPO E. Como anota Forgioni<sup>48</sup>:

Nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a “confiança” pode ser traída. A partir do instante em que a quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é esperado que normas jurídicas coajam os agentes econômicos a respeitá-las. Por isso, o sistema do direito comercial como um todo está voltando à

---

<sup>47</sup> Confira-se a nota de rodapé n.15.

<sup>48</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: Teoria geral de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

tutela dos princípios como a boa-fé objetiva e a confiança. Negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos – porque não seria conveniente para as partes negociar nessa última situação. Uma das funções do direito comercial é buscar a criação de um ambiente que torne as negociações compensatórias.

Nessa linha de ideias, a Professora refere-se à *tutela do crédito* como  *pilar de sustentação do mercado*<sup>49</sup>, o que reforça o direito de os credores financeiros exigirem o cumprimento das obrigações contidas na *comfort letter*, bem como se oporem à homologação do plano --- que se deu com sua adesão mobilizada por manifestação de vontade viciada, por erro substancial dos credores e dolo das devedoras e suas controladoras, como acima exposto.

#### **4. A recuperação extrajudicial como procedimento concursal e os efeitos do pedido de sua homologação judicial.**

A recuperação extrajudicial insere-se no sistema concursal brasileiro, como método de superação da crise econômico-financeira do devedor empresário que possa comprovar sua *viabilidade*.

A lei não conceitua o que seja viabilidade econômico-financeira. Porém, a interpretação exegética da LRE leva a conclusão de que é o caso concreto, ante a aceitação massiva dos credores ao plano do devedor, que conduzirá, ou não, à situação de viabilidade.

Portanto, é o plano (instrumento que materializa o acordo entre os credores e o devedor<sup>50</sup>), quando aceito pela maioria de credores exigida na LRE, que expressa o reconhecimento, no caso concreto, da viabilidade do devedor. Ou seja: “a *possibilidade efetiva*

---

<sup>49</sup> Ob. cit. p. 160.

<sup>50</sup> SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando e PUGLIESI, ADRIANA. *Tratado de Direito Empresarial*, Volume V, Coord. CARVALHOSA, Modesto, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, Cap. V, p. 202.



de saneamento do devedor, no cotejo de sua conjuntura econômico-financeira e das soluções apresentadas no plano”, conforme assinalamos na obra acima citada.<sup>51</sup>

O *princípio da preservação da empresa* materializa-se na LRE pela circunstância de que credores ausentes ou dissidentes serão compelidos a respeitar o plano --- aprovado por uma maioria qualificada, seja na recuperação judicial ou extrajudicial.

Mas, a preservação é destinada às empresas *viáveis*, como visto acima.

O procedimento reorganizatório não pode ser confundido com *assistencialismo* na precisa referência de Rachel Sztajn<sup>52</sup>. Por essa razão a Lei estabelece um *período mínimo* para que o devedor possa ajuizar novo procedimento de recuperação.

O art. 48, inciso II, da LRE, aplicável, em princípio, à recuperação judicial, determina que entre um pedido e outro, deve mediar o prazo mínimo de 5 (cinco) anos, a contar da concessão de recuperação judicial.

O art. 161, por sua vez, aplicável à recuperação extrajudicial, indica que “*O devedor que preencher os requisitos do art. 48 da Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.*”

Portanto, a leitura conjunta de ambos os dispositivos indica, com clareza cristalina, que o empresário deve respeitar prazo não inferior a 5 (cinco) anos, entre quaisquer procedimentos reorganizatórios previstos na LRE. A exceção a essa hipótese será adiante referida e justificada.

A percuciência de Rachel Sztajn<sup>53</sup> explica que o prazo mínimo entre tem a finalidade de evitar a transferência de risco que, embora próprio da atividade empresarial, não comporta abuso:

---

<sup>51</sup> Ob. e loc. cit. O destaque é do original.

<sup>52</sup> *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA Jr., FRANCISCO e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 221.

<sup>53</sup> *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA Jr., FRANCISCO e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 224.

Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresarial, razão pela qual na podem influir, diante de crise, na sua recuperação.<sup>54</sup>

No caso concreto, observa-se que o plano de **recuperação extrajudicial** foi homologado **em 01/11/2016**, nos autos do processo n. X. Para aferição de renovação de um procedimento concursal, a análise conjunta dos artigos 48, II; 161 *caput* e §3º e 165 da LRE levará o intérprete às seguintes conclusões:

- (i) O interregno que o empresário deverá respeitar para requerer **recuperação judicial** será de 5 (cinco) anos, após qualquer *outro* procedimento concursal anterior, contados da data:
  - (i.a) da *concessão* de prévia recuperação judicial, ou;
  - (i.b) de homologação de plano extrajudicial;
- (ii) O prazo mínimo entre a homologação de um acordo de recuperação extrajudicial e outro; ou de recuperação judicial seguida de pedido de homologação de plano extrajudicial, será de, pelo menos, 2 (dois) anos.

Verifica-se, portanto, que depois de **recuperação extrajudicial**, em tese, poderia o devedor, depois de dois anos, novamente valer-se do **mesmo** instituto (procedimento extrajudicial). Para a recuperação judicial, depois da extrajudicial, deixe-se bem vincado, o prazo mínimo é de 5 (cinco) anos.

Ocorre que, no caso concreto, as recuperandas encontram-se em mora quanto ao plano extrajudicial homologado, não tendo adimplido nenhuma obrigação assumida. Há diversos pedidos de

---

<sup>54</sup> SZTAJN, Rachel. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA Jr., Francisco e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 222.

falência, indicativos de que outras obrigações, não sujeitas ao plano, também vem sendo reiteradamente descumpridas.

Essa gravíssima circunstância é indicadora de que o procedimento concursal não foi eficiente para superação da crise.

Em consequência, na hipótese em análise não cabe a possibilidade de *renovação*, mediante requerimento de um novo procedimento reorganizatório (seja judicial ou extrajudicial), pelas devedoras, pois os fatos conduzem à sua inviabilidade econômico-financeira. No caso concreto, não se justifica sequer o ajuizamento de nova recuperação extrajudicial, após dois anos da homologação da que está em curso, pois nenhuma das obrigações ali assumidas foi cumprida; bem como há inadimplemento de outras não sujeitas ao plano.

Repita-se: a *recuperação* não é procedimento *assistencialista* e também não é instituto destinado a toda e qualquer empresa em crise, mas tão somente às *viáveis*. A *tutela do crédito* --- imprescindível ao adequado funcionamento do mercado --- é princípio que o direito concursal não pode desconsiderar: é preciso que as más empresas sejam celeremente afastadas do mercado, para que as boas possam prosseguir<sup>55</sup>. Não se pode permitir a permanência de empresas *inviáveis*, pena de se transferir o risco da atividade, do empresário para seus credores, como anota Nancy Andrighi<sup>56</sup>:

O decreto falimentar objetivo também afastar da atividade mercantil as empresas que não são economicamente viáveis e que, por esse motivo, podem comprometer o regular desenvolvimento da economia como um todo.

---

<sup>55</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 8. edição, 2011, p. 173.

<sup>56</sup> REsp. n. 1. 107.937-MT, j. 28/09/10.

## 5. Considerações finais.

Não temos dúvida em afirmar que o caso encerra hipótese de anulação do plano de recuperação extrajudicial, em consequência de vício de validade – dolo e erro substancial – que afeta o plano (arts. 138 a 150 do CC), e igualmente por ter sido descumprido, pelo devedor, o princípio da boa-fé contratual objetiva, conduzindo à ilicitude do ato, consoante o disposto nos artigos 113, 187 e 422, todos do CC.

Em resumo, os aspectos até aqui abordados que mais interessem ao desate das questões postas à análise, em relação à *recuperação extrajudicial* e ao *caso concreto*, são:

- (i) O instituto da recuperação *extrajudicial*, em especial na fase pré-homologatória, tem *natureza contratual*, enformado pelo dever de *cooperação* --- que impõe ao devedor atendimento aos princípios da boa-fé objetiva e da plena informação;
- (ii) O *contexto negocial* que levou o credor a manifestar sua adesão deve considerar as *legítimas expectativas* que o conduziram à adesão ao plano, no que se refere ao adimplemento das obrigações ali referidas;
- (iii) As manifestações de vontade que levam a homologação do plano mediante imposição deste a todos os credores resulta de *contratos coligados* (cada manifestação de vontade de credor representa um acordo) celebrados sob condição suspensiva da homologação do plano (operação econômica principal) de recuperação extrajudicial, razão pela qual devem ser interpretados de forma unívoca e sob a ótica do *contexto negocial* em que foram celebrados;
- (iv) A *comfort letter* firmada pela controladora do GRUPO E importa, claramente, em **assunção de dívida** das obrigações do plano extrajudicial, fato que constituiu

**motivo determinante** para a adesão pelos credores financeiros;

- a. Os credores financeiros, em consequência, estão autorizados a exigir o adimplemento da *Comfort Letter*, nos termos da obrigação ali contida;
  - b. Desde logo, é relevante dizer que a assunção de dívidas face aos credores não fere a *par condicio creditorum*, que deve ser atendida dentre os credores da mesma espécie ou *grupos da mesma natureza* (art. 163, §1º da LRE), na modalidade de recuperação extrajudicial que enseja imposição do plano a todos os credores. Ora, na hipótese, segundo fomos informados e conforme se infere do conteúdo da *comfort letter*, **todos** os credores<sup>57</sup> integrantes da espécie *credores financeiros* foram contemplados pela asserção, constante da *comfort letter*, de que lhes seriam destinados 20% das receitas obtidas com as linhas de transmissão operadas por subsidiárias do Grupo.
- (v) A ruptura da boa-fé objetiva pelas recuperandas e suas controladoras signatárias da *comfort letter* é manifesta, sobretudo no que concerne a:
- a. Omissão propositada de divulgação da abertura de um procedimento reorganizatório na Espanha, envolvendo duas das recuperandas brasileiras;
  - b. Subsequente e deliberado ato de disposição, no referido procedimento reorganizatório na Espanha, dos 20% das receitas que já haviam sido comprometidas com a quitação das obrigações dos credores financeiros no Brasil:
- i. Sempre tendo em mente que, como se disse, essa obrigação das controladoras expressa na *comfort letter*

---

<sup>57</sup> No primeiro parágrafo da *Comfort Letter* os credores financeiros são, em conjunto, referidos como “*THE FINANCIAL CREDITORS*”, aos quais se destina o pagamento, acrescenta o § 4.

consistiu em fato decisivo para a obter dos credores financeiros ao procedimento de recuperação extrajudicial então em curso no Brasil, pendente de homologação, na ocasião.

- (vi) A concordância dos credores financeiros quanto ao plano de recuperação extrajudicial decorreu de erro substancial deles provocada pela asserção feita pelo Grupo E na *comfort letter*.

## 6. Respostas aos quesitos:

**6.1** Podem as RECUPERANDAS, uma vez inadimplentes com seu plano de recuperação extrajudicial (“PRE”), requerer recuperação judicial, menos de 02 anos após a homologação do PRE?

De modo algum. O manejo de um procedimento concursal -- de recuperação judicial ou extrajudicial --- deve respeitar as *finalidades* precípua para o qual o instituto foi concebido, ou seja, de *preservação da empresa* e simultânea *tutela do crédito*.

A *preservação* buscada pela LRE destina-se à empresa *viável*, do ponto de vista econômico-financeiro, ou seja, aquela que, após a concessão ou homologação de um procedimento reorganizatório de superação de crise, possa retomar suas atividades em caráter de normalidade e atuar no mercado de forma saudável em relação a seus parceiros, além de dar *lucro*.<sup>58</sup>

Uma empresa que precise valer-se de procedimentos concursais sucessivamente, com toda certeza, não atende ao requisito fundamental de viabilidade econômico-financeira e não pode ser preservada. Permitir-se tal cenário equivaleria a transferir o risco da empresa para terceiros (os credores), o que é inadmissível.

Como já salientamos,

---

<sup>58</sup> SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando e PUGLIESI, ADRIANA. *Tratado de Direito Empresarial*, Volume V, Coord. CARVALHOSA, Modesto, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, Cap. V, p. 152 (em especial notas de rodapé 14 e 15). Confira-se também p. 173.

... o prazo mínimo de cinco anos entre um procedimento reorganizatório e outro, estabelecido por critério de política legislativa, indica que a recuperação judicial é instrumento destinado ao empresário em crise temporária e sanável, ou seja, em condições de reerguer-se e restabelecer-se no mercado; sem que seja necessário valer-se do procedimento sucessivamente e de forma aleatória. Pressupõe a lei que o devedor viável tenha capacidade de manter-se no mercado sem que seja necessário valer-se da recuperação judicial de forma reiterada, pois essa situação indicaria que a crise é insuperável.<sup>59</sup>

**6.2** Caso a apelação acima descrita seja provida, para o fim de anular a aprovação do aludido PRE, a resposta acima indicada sofreria algum tipo modificação?

Não haveria alteração alguma, e a resposta ao quesito anterior, *per se*, já indica isso. A *ratio* do legislador é a de impedir o ajuizamento sucessivo de procedimentos reorganizatórios, pois isso denota a inviabilidade econômico-financeira do empresário e a recuperação, judicial ou extrajudicial, a isso não se presta.

Na realidade, o eventual provimento da apelação dos consulentes contra a sentença que homologou o plano de recuperação extrajudicial conduzirá tão somente a uma situação *processual* de ineficácia *ex nunc* da sentença.

O resultado do provimento do apelo --- que será a medida correta a ser adotada pelo Tribunal --- equivalerá a *anulação do negócio jurídico* por vício de consentimento, conforme arts. 145 e 147 do CC, nos termos acima explicitados. Porém, até a data da anulação, o negócio (plano extrajudicial) existiu, foi válido e eficaz; de modo que não há que se falar em possibilidade de *renovação da pretensão*, pois o vício que veio a inquinar o ato anulável não é meramente formal (e não pode ser corrigido) --- mas é de essência, e atinge o plano de validade do negócio.

---

<sup>59</sup> Idem, p. 178.

Sob a perspectiva do direito concursal, como acima pontuado, o prazo de interregno entre um procedimento recuperatório e outro, deve levar em consideração a viabilidade econômico-financeira do devedor e a efetiva possibilidade de êxito da medida (a retomada, em condições saudáveis para atuar no mercado), o que não se verifica no caso concreto.

Note-se que a decisão homologatória da recuperação extrajudicial torna plena a *eficácia* do plano, e por isso eventual recurso de apelação será recebido tão somente no efeito *devolutivo* (§7º do art. 164 da LRE). Desse modo é correto afirmar que a sentença de homologação conduziu o plano à *eficácia* do procedimento reorganizatório, que nesse ato esgota sua finalidade, como é cristalino da leitura do art. 165 da LRE.

O §8º do art. 164 da LRE --- que autoriza apresentação do *mesmo* pedido de homologação de recuperação extrajudicial --- somente se aplica à hipótese de reapresentação do próprio plano se constatado vício formal sanável, em homenagem ao princípio da economia processual.

Por outro lado, a renovação da pretensão, como *outro* pedido de recuperação extrajudicial, somente poderá ocorrer depois de pelo menos 2 (dois) anos de intervalo ao anteriormente ajuizado<sup>60</sup>; ou, em se tratando de recuperação judicial, o prazo é aumentado para 5 (cinco) anos, conforme *caput* do art. 161, c.c. art. 48, inciso II, todos da LRE.

Porém, não se pode desconsiderar que as devedoras encontram-se inadimplentes em relação à totalidade das obrigações do plano homologado e de outras a ele não sujeitas, com diversos pedidos de falência em curso. Tudo a conduzir à sua inviabilidade econômico-financeira, impeditiva de renovação da pretensão reorganizatória, inclusive por recuperação extrajudicial, mesmo após dois anos após a homologação precedente.

---

<sup>60</sup> Cf. LRE, art. 161, § 3º.



A recuperação destina-se a empresas viáveis, e esse não é o caso das recuperandas.

**6.3** Em razão do cenário acima exposto, é juridicamente viável alcançar-se o patrimônio dos controladores indiretos e direto das RECUPERANDAS – GRUPO E, Sociedade O e/ou Sociedade P –, a fim de que tais sociedades, ou qualquer empresa controlada direta ou indiretamente pelo grupo, cumpram os termos das obrigações contidas na referida CARTA, até o limite do valor indicado em tal documento.

Com muita convicção, a resposta é afirmativa. E mantém-se positiva seja ou não provido o recurso dos consulentes que combate a homologação do plano de recuperação extrajudicial havido nos autos n. X.

De fato, e como longamente exposto nesse parecer, a obrigação assumida pela controladora na *Comfort Letter* constitui contrato atípico no direito brasileiro, mas o documento firmado tem caráter de carta de conforto *forte* (nos dizeres de Moreira Alves<sup>61</sup>), com natureza de assunção de dívida cumulativa, sem qualquer acessoriedade às obrigações assumidas no procedimento reorganizatório homologado.

---

<sup>61</sup> Vide notas de rodapé ns. 38 e 41, acima.



# A revisão judicial dos contratos empresariais em tempos de disrupção: aprender, desaprender e reaprender para encarar o futuro dos negócios<sup>1</sup>

*Ricardo Lupion<sup>2</sup>*

## Introdução

O século XX foi marcado pela modernização das atividades econômicas, pela evolução dos meios de comunicação e pela velocidade da informação que transformaram o mundo, antes delimitado e demarcado por fronteiras terrestres. A sociedade globalizada de “dimensões planetárias” privilegiou a livre circulação financeira, de mercadorias e de pessoas.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> JORNAL VALOR ECONOMICO. Stela Campos. Disponível em <https://amp-valor-com-br.cdn.ampproject.org/c/amp.valor.com.br/carreira/5556735/aprender-desaprender-e-reaprender-para-encarar-o-futuro-dos-negocios>. Acesso em 04/03/2018.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) na PUCRS. Advogado. E-mail: ricardo.lupion@pucrs.br

<sup>3</sup> “Mercados abertos, liberdade alfandegária, fim da idéia de soberania, eliminação do xenofobismo, linhas de produção mundial, capitais flutuantes e de extrema volatilidade frequentando mercados financeiros sem limites de fronteira, esses os traços característicos do processo de maximização da rentabilidade econômica, responsáveis pela drástica alteração estrutural no modo de produção capitalista dos últimos anos.” . HERREN, Fernando. “Direito Econômico e Globalização”. **Direito**

Os benefícios do fenômeno global foram incontáveis: proporcionou o avanço da tecnologia, facilitou a circulação financeira, a troca de informações *real time* e o maior acesso a produtos e serviços e o compartilhamento de melhorias e descobertas entre países, garantindo o acesso de países em desenvolvimento, podendo ser considerado, de certo modo, um produto de justiça social.

Sem dúvida, hoje não é mais possível pensar o mundo sem os avanços da tecnologia (pesquisa sem internet?), os benefícios da livre circulação financeira (entidades financeiras transacionais) e de pessoas (amplo acesso à universidades europeias e americanas).<sup>4</sup>

Recente texto publicado no jornal valor econômico noticia que “na gestão dos negócios, o imprevisível toma conta das planilhas. Novos competidores surgem do nada e desafiam quem está no comando. Em meio a tantas incertezas, não dá para ficar apegado a velhos conceitos. Os Executivos de Valor sabem que é necessário estar atentos ao que acontece ao redor e que o exercício da liderança exige, mais do que nunca, um aprendizado constante”.

“As empresas se tornam irrelevantes da noite para o dia”, diz Frederico Trajano, CEO do Magazine Luiza. ‘O perigo mora ao lado em uma startup de garagem’. O antídoto para essa corrida contra o desconhecido, segundo ele, é simplesmente estar preparado para se transformar e arregaçar as mangas para aprender. Trajano diz que, para mergulhar mais a fundo no *modus operandi* do Vale do Silício (EUA), decidiu fazer um curso de três meses na Universidade Stanford, no centro nervoso das inovações do mundo. “Hoje temos certeza de que a única coisa que não muda é a nossa vontade de mudar sempre”, relatou à reportagem.

---

**Global.** / Oscar Vilhena Vieira [et. Al] org. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira – São Paulo : Max Limonad, 1999, p. 269.

<sup>4</sup> LUPION, Ricardo. “(Des)globalização: um mundo com fronteiras? Perspectivas e desafios para o Direito, Advocacia e Poder Judiciário” **Direito e Justiça: Festschrift em homenagem a Thadeu Weber.** [recurso eletrônico] / Agemir Bavaresco; Francisco Jozivan Guedes de Lima (Orgs.) - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 715

A reportagem contém relatos de CEO's de importantes empresas com atuação em diversos setores da economia e o foco é: “o aprendizado para a vida toda, ou o chamado ‘*lifelong learning*’, relacionado com esse novo mundo que muda rapidamente”.

A alvorada do século XXI impõe um novo desafio aos administradores das sociedades empresariais: acompanhar o ritmo dessas transformações, tarefa que não é simples e requer um empenho na busca pelo conhecimento e agilidade para aprender, desaprender e reaprender tudo de novo.

Então, este artigo pretende fazer uma breve reflexão sobre o impacto que esse novo comportamento empresarial pode ocasionar na caracterização dos requisitos da aplicação da teoria da imprevisão autorizadores da revisão judicial do contrato, isto é, nesse novo ambiente corporativo do “aprender, desaprender e reaprender de novo” como ficariam os “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, autorizadores da revisão judicial do contrato, na dicção do artigo 478 do Código Civil?

## **1. As previsões revisionistas do Código Civil**

O Código Civil de 2002 dispõe sobre o tema em dois dispositivos.

O artigo 317 regula o pagamento de dívidas, e segundo o qual “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

O artigo 478, trata da resolução por onerosidade excessiva dos contratos de execução continuada ou diferida, nos quais “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”, facultando-se ao credor evitar a resolução,

“oferecendo-se a modificar equitativamente as condições do contrato”, conforme artigo 479.

Doutrinadores e especialistas, reunidos na I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal, produziram dois importantes enunciados sobre o tema versado neste artigo: Enunciado nº 28: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão na inexperiência” e o Enunciado 25: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

É de se notar que ambos dispositivos legais autorizam a intervenção judicial nos contratos “por motivos imprevisíveis”, na locução do artigo 317, ou “em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, na expressão do artigo 478.<sup>5</sup>

Ocorre, porém, que nos contratos empresariais prevalecem duas importantes características que devem mitigar essa intervenção judicial na economia dos contratos: “sofisticação dos contratantes” e alocação de riscos”, conforme enunciado 25 do CJF acima transcrito, conforme será visto a seguir.

## **2. Atividade empresarial: atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro**

A atividade empresarial reúne os seguintes elementos: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes.

---

<sup>5</sup> A respeito das diferenças entre o artigo 317 e 378 consultar: STUART, Luiza Checchia Stuart. “Revisão dos contratos: onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão” **Revista de Direito Empresarial** | vol. 1/2014 | p. 13 - 36.

Um dos elementos a ser destacado nos contratos empresariais é o fato de que são realizados por empresas no exercício das suas atividades: “O estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram. [...] O segundo é que a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função”.<sup>6</sup>

Para alcançar os seus objetivos, a empresa necessita de uma mínima preparação ou organização. Somente se organizar e planejar os seus negócios e, sobretudo, se aproveitar as oportunidades negociais que surgirem à sua frente, a empresa poderá se manter em funcionamento.<sup>7</sup> Nessa perspectiva, os contratos empresariais assumem a função de “planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, ‘trocar’ o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura”.<sup>8</sup>

O empresário, como homem de negócios cuja profissão está no contratar, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações. Cada empresa de alguma importância conta com setores especializados, com o domínio de técnicas de atuação, tais como das compras por tomadas de preços e seletivas, das planilhas de custos, do ponto de equilíbrio, da análise dos balanços, da racionalização do trabalho, do gerenciamento setorizado, da segurança do trabalho, da prevenção de acidentes, do marketing, da política de preços, da

---

<sup>6</sup> FORGIONI, Paula. "Interpretação dos negócios empresariais". **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais** / Wanderley Fernandes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82.

<sup>7</sup> A organização é muito mais importante que o capital. Nela se baseia o sucesso de qualquer empresa, razão pela qual ela deve ser cuidada zelosamente. MIRANDA JR., Darcy Arruda. **Curso de direito comercial**. 1º. vol, parte geral. São Paulo: Saraiva. p. 100.

<sup>8</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. “Erro e teoria da imprevisão”. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 15, p. 10.

capitalização, das projeções preventivas, dos planejamentos dos investimentos propriamente econômicos.<sup>9</sup>

E, a propósito da existência de risco nos contratos empresariais, interessante julgado que – com apoio em predominante posição jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – examinou ação de resolução contratual cumulada com indenização por perdas e danos ajuizada pela franqueada contra a franqueadora em razão do insucesso do negócio:

“De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, tem-se que o contrato de franquia é caracterizado como um contrato de risco, uma vez que, como qualquer empreendimento, está condicionado a fatores como a boa ou má gestão da franqueada, a concorrência e as oscilações do mercado. Isso vale dizer que um empreendimento sob a modalidade de franquia empresarial, por si, não é garantia de rentabilidade ou de atividade próspera. Tudo porque, mesmo que a franqueadora cumpra todos os deveres contratuais e que o franqueado desempenhe uma boa gestão, os resultados podem acabar frustrados simplesmente pelas circunstâncias de mercado ou econômicas”.<sup>10</sup>

Enfim, o “risco é fator inerente à exploração da atividade econômica” e que “ao Judiciário não cabe interferir em questões que constituem a essência da atividade empresarial”.<sup>11</sup>

A desalocação de riscos como gerador de insegurança jurídica nos contratos empresariais ocorre – conforme Fabio Ulhoa Coelho – “quando um empresário suporta risco que não assumiu,

---

<sup>9</sup> LUPION, Ricardo. **Boa-fé Objetiva nos Contratos Empresariais. Contornos Dogmáticos dos Deveres de Conduta.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, págs. 139/154.

<sup>10</sup> TJRS, 5ª. Câmara Cível, Apelação Cível nº. 70024271926, rel. Des. Leo Lima, j. em 13/05/2009.

<sup>11</sup> STJ. REsp nº. 532570-RS, rel. Min. João Otavio de Noronha, 2ª. Turma, j. em 21/10/2004. A decisão está assim ementada: “O risco é fato intrínseco à exploração da atividade econômica, seja ela exercida por particular, seja ela desenvolvida pelos entes estatais, situação na qual se insere a Petrobrás, que, na condição de pessoa jurídica exploradora de atividade empresarial, está sujeita, como qualquer outra empresa, às regras de mercado ditadas pela ordem econômica vigente, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal.”



simultaneamente à liberação, pelo juiz, de outro empresário de suportar risco que havia assumido”. Para o jurista “não é possível poupar um empresário de qualquer risco assumido sem necessária e concomitantemente o transferir a outro, que não o assumira”:

“Sempre que alguém se torna empresário ou um empresário inicia nova empresa, inevitavelmente chama para si determinados riscos. Não há atividade empresarial certamente fadada ao sucesso. Por mais engenhoso, prudente e competente que seja o empresário, sua atividade pode simplesmente não dar certo. Por vezes, até mesmo sem explicação racional. Os potenciais adquirentes ou consumidores apenas não se interessam pelo produto ou serviço oferecido pelo empresário. Deste modo, a simples decisão de tornar-se empresário ou iniciar nova empresa corresponde à de assumir riscos”.<sup>12</sup>

O aumento da segurança jurídica no ambiente de negócios brasileiro não interessa apenas aos empresários e investidores, mas “sobretudo, aos consumidores e trabalhadores (à “comunidade”, pode-se dizer de modo genérico)”, pois os empresários e investidores “se não se sentem suficientemente seguros em determinada jurisdição, podem simplesmente redirecionar a atenção para outras, sem maiores dificuldades”. Já os consumidores e trabalhadores “consomem e trabalham onde residem, não sendo a mudança de país uma opção sempre disponível ou fácil”.<sup>13</sup>

### 3. O ressurgimento da cláusula *rebus*: uma breve abordagem

Na sua formulação original, a cláusula *rebus sic stantibus* significou: a) "mesmo estado das coisas"; b) "estando assim as coisas"; ou c) "enquanto as coisas estão assim". Inspirou-se “em razões de equidade e de justo equilíbrio entre os contratantes; tem,

---

<sup>12</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. “A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado”. *Revista de Direito Brasileira* | São Paulo, SP | v. 16 | n. 7 | p. 296.

<sup>13</sup> Idem, p. 302

todavia, como pressuposto a imprevisibilidade e anormalidade do fato novo, profundamente modificativo da situação anterior"<sup>14</sup>

O advento do século XIX desfechou golpe mortal à cláusula *rebus sic stantibus*. Depois de assim ter florescido, alcançado o efeito máximo com as codificações, a cláusula *rebus* encontrou franca resistência.

Manifestou-se, daí por diante, o declínio da cláusula, com o advento do individualismo jurídico, fundado no princípio da autonomia da vontade e, conseqüentemente da liberdade e da inviolabilidade dos contratos. Era o retorno à velha doutrina romana da intangibilidade do contrato.

Sopravam os ventos de duas revoluções: a econômica, na Inglaterra, e a política, na França. A exaltação dos ideais de segurança, de equilíbrio e de estabilidade reconduziu ao princípio da rigidez contratual.

A reação conduziu à regra *pacta sunt servanda* e a cada passo se fazia sentir a presença de que “contratar é prever”, “contrato é segurança” e “todo contrato é lei entre as partes”. Essa tendência encontrou repercussão e foi coroada pelo artigo 1.134 do Código Civil Francês.

Assim, a cláusula *rebus* entrou em decadência. Os novos Códigos elaborados no princípio do Século XIX, entre os quais o Código Napoleão e o Código Civil Italiano de 1865, não lhe fizeram nenhuma referência.

Mas o obscurecimento da cláusula *rebus* não a levou ao fim. Foi relegada ao abandono, mas muito não tardou a voltar. O seu ressurgimento estava reservado para o século XX.

Um dos principais fenômenos ocorridos para, de maneira direta, permitir o retorno da cláusula *rebus* à pauta das discussões doutrinárias foi a recessão causada pela Primeira Guerra Mundial,

---

<sup>14</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 11. Como a cláusula *rebus sic stantibus*, através dos tempos, se transformou na teoria da imprevisão, consultar FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa Figueiredo. “Cláusula *rebus sic stantibus*: teoria da imprevisão” **Revista dos Tribunais** | vol. 845/2006 | p. 725 - 750.

fazendo surgir, assim, a “teoria da imprevisão” sintetizada pela ideia de que, quando acontecimentos extraordinários provocassem radical modificação no estado de fato contemporâneo à formação do contrato, acarretando efeitos imprevisíveis, dos quais decorre onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual poderia ser resolvido ou, a pedido da parte prejudicada, alterado pelo Juiz para restaurar o equilíbrio desfeito.

Assim, da antiga cláusula *rebus sic stantibus* resultou a teoria que passou a ser chamada de imprevisão ou superveniência, que procura investigar, se é justo e em que termos, é possível a intervenção judicial nos contratos, pela superveniência de acontecimentos imprevistos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do contrato, e que alterem o estado de fato sobre o qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos contratantes.

Baseia-se, portanto, na superveniência e na imprevisão de um acontecimento. Porém, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser uma leitura específica aos contratos empresariais, o que se verá adiante, em razão das características da atividade empresarial, que reúne os seguintes elementos – já examinados: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes.

#### **4. Imprevisão nos contratos empresariais: acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.**

Talvez a principal função dos contratos empresariais de execução continuada, seja a finalidade de as empresas se subtraírem às flutuações do mercado, substituindo a mutabilidade constante do cotidiano dos negócios, pela estabilidade do vínculo contratual.

Poder-se-ia afirmar, em última análise, que a empresa compradora ao celebrar um contrato de fornecimento de produtos, renuncia à sua liberdade de comprar os produtos pela melhor oferta

que se apresentar no dia da compra, pela estabilidade de contar com a certeza da entrega do produto pelo fornecedor de sua preferência. Do lado da fornecedora, também ocorre esse *trade off* por razões livremente avaliadas e decididas pelas empresas envolvidas na contratação.

Sob pena de se enfraquecer essa principal função do contrato empresarial, não se deve dar relevância a toda e qualquer alteração da sua economia, merecendo-a, tão-somente, aquelas alterações que se apresentam como excessivas e extraordinárias. Um dado relevante para o exame da alteração radical das condições é a situação de normalidade ou anormalidade em que o contrato pode ter sido concluído.

Sendo a atividade empresarial voltada à obtenção de lucros, e estes proporcionalmente relacionados aos riscos assumidos, pode ocorrer que uma situação de anormalidade seja a causa direta da celebração de um contrato na expectativa de obter bons lucros. Neste caso, a álea do contrato empresarial deverá ter amplos limites, pois a anormalidade foi a causa da contratação.

Também há que atentar se a situação de anormalidade possui caráter mais ou menos permanente. Comparando o evoluir de uma situação de normalidade com a de uma situação de anormalidade, verifica-se que a última apresenta mutações mais frequentes e mais amplas, bruscas e desproporcionadas, pelo que o evoluir de uma situação normal, certas mutações poderiam considerar-se extraordinárias e excessivas, mas na situação anormal serão consideradas normais.<sup>15</sup>

Isto quer dizer que, nos contratos celebrados em situações de anormalidade, as empresas estão sujeitas a uma maior margem de risco e, conseqüentemente, a uma álea de mais largos limites,

---

<sup>15</sup> Em geral, os Tribunais não consideram a inflação, a variação cambial ou o advento de planos econômicos como eventos imprevisíveis. Consultar PERLINGEIRO, Flávia Martins Sant'Anna e BARBOSA, Marcelo Garcia Simões. "A teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva e o equilíbrio econômico-financeiro de contratos à luz da crise econômica mundial de 2008/2009". **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** | vol. 47/2010 | p. 124 - 164.

diretamente proporcional aos lucros pretendidos pela empresa, em atenção à lógica elementar da atividade empresarial: quanto maior o lucro que desejar obter como resultado de uma contratação, maiores serão os riscos assumidos no seu próprio interesse e conveniência empresarial.

A empresa contratante não pode esquivar-se ao contrato concluído, porque o negócio se tornou simplesmente desvantajoso.<sup>16</sup> Todo contrato está sujeito a acontecimentos desfavoráveis que as partes assumiram o risco de correr quando da sua celebração, uma vez que não há atividade empresarial sem riscos.

O prejuízo tolerável, embora inesperado e, evidentemente não desejado pelo contratante na formação do contrato, não pode configurar acontecimento extraordinário e imprevisível, já que a alteração, em matéria de contratos empresariais, dependerá de acontecimentos que desafiam os cálculos que os empresários deveriam fazer no momento da assinatura do contrato, em obediência ao dever de diligência do administrador da sociedade empresarial.

A dificuldade consiste em decidir, em cada caso, quando se trata de uma álea empresarial (inerente à atividade comercial) ou de

---

<sup>16</sup> Como na hipótese em que o STJ não admitiu o cabimento de ação revisional de aluguel para adequação do valor pactuado ao preço de mercado, quando incontroversamente mantida a equação econômica originariamente estabelecida no contrato de locação, nos seguintes termos: “Descabimento da ação revisional de aluguel prevista no artigo 19 da Lei 8.245/91. A intervenção do Poder Judiciário na relação locatícia, à luz da teoria da imprevisão, exige a demonstração da alteração das bases econômicas iniciais do contrato, de modo a não se prestar ao mero propósito de redução do valor locativo, livremente ajustado ao tempo da celebração, solapando os alicerces do pactuado, pois significaria ingerência indevida na autonomia das partes que, ao considerarem as circunstâncias vigentes à época da realização do negócio - as quais permaneceram inalteradas -, elegeram o valor do aluguel e seu fator de atualização, notadamente quando a locatária, na inicial, não faz alusão a qualquer aumento excessivo e imprevisível do aluguel em virtude da correção monetária, aplicada conforme o indexador estabelecido no contrato, e não vislumbrada sua vulnerabilidade”. Nesse julgado destaca-se, ainda, que o STJ reconheceu que o mero interesse econômico da locatária em reduzir o valor do aluguel não autoriza a revisão judicial: “sobressai o propósito meramente econômico da locatária de obter a redução do valor locativo originariamente pactuado para R\$ 3.000,00 (três mil reais), sem qualquer respaldo em imprevisível mudança da base negocial, o que refoge da finalidade da ação de revisão do aluguel prevista no artigo 19 da Lei 8.245/91, traduzindo evidente ausência de interesse processual da parte, na modalidade de inadequação da via eleita.” STJ. Resp. nº 1.300.831-PR, rel. Min. Marcos Buzzi, j. em 27/03/2014.

uma álea anormal (acontecimentos que desafiaram a diligência, o conhecimento profissional e especializado do empresário).

“A indiscriminada tutela dos interesses dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade geral do lucro: é claro que se a cada contraente fosse consentido libertar-se dos seus compromissos contratuais, só porque lamenta que a operação não lhe deu os lucros que esperava, resultariam revolucionados (não só e não tanto as expectativas de lucro alimentadas em relação à mesma operação, pela parte contrária, mas) todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas: é este - já o sabemos - o sentido real do princípio *pacta sunt servanda* pois um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato”.<sup>17</sup>

Outro aspecto que deve ser considerado na correta avaliação da alteração das condições objetivas no momento da execução é a sua medida temporal, isto é, a sua extensão, o seu impacto, a sua intensidade no equilíbrio das prestações e, conseqüentemente, na economia do contrato.

Isso porque, um acontecimento de inopino, em grandes proporções, mas de curta duração, poderá ocasionar uma alteração momentânea na economia do contrato, mas não obrigatoriamente ao longo da relação contratual, já que, a sua curta duração pode retirar a possibilidade de provocar tamanho efeito no equilíbrio do contrato. De outro lado, um acontecimento de razoáveis proporções, desde que durável, essa maior intensidade ao longo do tempo poderá afetar a economia do contrato, provocando um desequilíbrio entre as prestações.

Na medida em que tais desequilíbrios acarretam o agravamento do sacrifício patrimonial para além das expectativas do contratante da operação, que não lhe dá mais os benefícios esperados, traduzindo-se até, num passivo econômico, cabe-lhe

---

<sup>17</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina. 1988, p.225

suportar os riscos que, ao concluir o contrato e procurando com ele o proveito, o próprio contratante assumira.

É coerente com o sistema que o posterior agravamento da razão de troca seja suportado pela pessoa que o sofre: ela é, por isso, obrigada, em linha de princípio, a cumprir regularmente o contrato, ainda que este tenha se tornado mais oneroso do que era quando da conclusão.<sup>18</sup> Afinal, a onerosidade excessiva não pode ser uma mera quebra de expectativas do contratante.

Admitir, como regra, a revisão do contrato pelo fato de acarretar para uma das partes uma onerosidade não esperada, seria, em verdade, privar o contrato de sua utilidade, que é um ato de previsão para o futuro e consiste em garantir o credor contra a imprevisão.<sup>19</sup>

## 5. Reflexão final, não conclusiva: tempos de disrupção, surpresas e incertezas.

Em tempos de telemática, bitcoins, blockchain, *big data*, internet das coisas, veículos autônomos, *smart contracts*, chegou a hora de repensar os pressupostos clássicos que autorizam a revisão judicial dos contratos empresariais em decorrência de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Idem, , p. 259/260.

<sup>19</sup> “Sublinhe-se que a excessiva onerosidade, como argumento jurídico para o não cumprimento das obrigações contratuais, mostra-se excepcional e não serve a tutelar as dificuldades decorrentes da não obtenção de financiamento ou linhas de crédito atribuídas à crise na economia. Muito ao revés, a excessiva onerosidade visa a corrigir o desequilíbrio intracontratual decorrente de fatores externos, imprevisíveis, extraordinários, não abrangidos pela álea do negócio e que, ao mesmo tempo em que ocasionam excessiva onerosidade a uma das partes, acarretam extrema vantagem à outra. Não fosse assim e ruiria por terra a segurança nas relações privadas, entrando em *débâcle* todo o sistema contratual. TEPEDINO, Gustavo. “Crise financeira mundial, teoria da imprevisão e onerosidade excessiva” **Revista dos Tribunais - Soluções Práticas** | vol. 2 | p. 337 - 350.

<sup>20</sup> . “O ecossistema de empreendedorismo inovador está amadurecendo rapidamente no Brasil. Essa é uma das principais conclusões da primeira edição do Censo de Startup, compilado pela plataforma de conteúdo para empreendedores StartSe. Foram ouvidos 2 900 fundadores de empresas de tecnologia, investidores e outros agentes do mercado de startups no Brasil. ‘Ainda há pouca gente com negócios sólidos, já lucrativos, mas esse número tem aumentado rapidamente’, diz Pedro Enghert, presidente da StartSe. Levando em consideração que 70% das 779 startups analisadas na pesquisa foram

Se a previsibilidade foi elemento que sempre esteve presente no direito, justificando, inclusive, a intervenção judicial na economia dos contratos de longa duração em decorrência de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” na dicção do já citado artigo 478 do Código Civil, agora, o panorama da quarta revolução industrial está inaugurando uma nova fase, que tem, entre suas características a dificuldade de previsão. Caberá aos ocupantes das carreiras jurídicas lidar com a incerteza do futuro.<sup>21</sup>

Após comentar os impactos das redes sociais em relação à mídia e do transporte individual em relação ao transporte público, Ederson Garin Porto esclarece que “a velocidade de desenvolvimento dessas ideias não é a mesma velocidade do mundo de negócios normal e, dado este descompasso, surge um modelo de negócio que preza pela informalidade, desburocratização, descomplicação e improviso”.<sup>22</sup>

Além disso, há um novo conceito de indústria, a chamada “indústria 4.0” que adota as principais inovações tecnológicas nas áreas da automação e tecnologia da informação, tornando os processos de fabricação mais eficientes e autônomos. Isso significa que diversas mudanças ocorrerão na forma como os produtos serão

---

fundadas em 2016 e 2017, a média de idade dessas empresas é de dois anos e cinco meses. Mesmo assim, o país já tem muitos casos de empresas escalando seus negócios e recebendo investimentos grandes. O número de startups que já provaram seu modelo de negócios ou ampliaram as vendas soma mais da metade, um indicador importante de como esse mercado está evoluindo. Outros 43% ainda estão na fase de idealização do produto ou fazendo os testes de validação do modelo de negócios. Além disso, um quinto das empresas já recebeu mais de 500 000 reais em investimentos e metade se diz pronta para operar em outros mercados. As startups que se encontram em estágios mais avançados de desenvolvimento tendem a receber mais investimentos. A maturidade também pode ser explicada pela senioridade dos executivos. Ao contrário do que se espera, os fundadores não são tão jovens – a média de idade é de 34 anos”. “As startups estão cada vez mais maduras”. Disponível em <https://exame.abril.com.br/revista-exame/as-startups-amadurecem/>. Acesso em 04/06/2018.

<sup>21</sup> ENGELMANN, Wilson. “As *startups* no cenário dos novos negócios e a Quarta Revolução Industrial”. Apresentação da obra **Manual jurídico da startup: como desenvolver projetos inovadores com segurança** / Éderson Garin Porto – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>22</sup> PORTO, Éderson Garin. **Manual jurídico da startup: como desenvolver projetos inovadores com segurança**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 20.



fabricados, com impactos em diversos setores do mercado: as chamadas “fábricas inteligentes”.

O “paradoxo do desenvolvimento” impõe atualização veloz do instrumental jurídico de regulamentação da atividade empresarial pois, em regra, “tanto a iniciativa legislativa, quanto a própria compreensão pelo aplicador do direito sobre a evolução dinâmica da atividade empresarial, não permite que ambos, direito e atividade empresária se desenvolvam na mesma velocidade”.<sup>23</sup>

Afinal, a revolução digital tem impactado a vida de todos, com a imposição de uma velocidade jamais vista. Seus efeitos se fazem sentir da produção agrícola até a saúde, passando por transporte, logística, educação, indústria de consumo, telecomunicações, comunicação, serviços financeiros, energia, entre tantos outros segmentos. A empresa que não compreende esse fenômeno e que não reage à incrível velocidade das disrupções tecnológicas — e às consequentes transformações que provoca nas diversas cadeias de valor — tem sua evolução potencialmente dificultada, sua produtividade e eficiência prejudicadas, sua competitividade ameaçada. E é provável que não garanta sua sustentabilidade como negócio.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> MIRAGEM, Bruno. “Do direito comercial ao direito empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro” **Revista de Direito Privado** | vol. 17/2004 | p. 71 – 98.

<sup>24</sup> “Nesse cenário, os conselhos de administração precisam urgentemente incluir a inovação em suas agendas, considerando a sua importância fundamental no êxito ou no insucesso dos negócios. Devem assegurar uma governança adequada da inovação, o que envolve aspectos estratégicos, metas e revisões de performance, gestão de riscos, auditoria de processos e seleção-avaliação de CEOs. É necessário, ainda, que os conselhos estejam muito confortáveis de que o grupo executivo que lideram está lidando com o tema da forma mais adequada e que disseminem uma cultura de inovação em suas organizações. Uma questão que tem sido debatida em vários países desenvolvidos é a necessidade, ou não, de existir um assento nos conselhos para profissionais com experiência em tecnologia e transformação digital — mesmo diante do entendimento de que nem todas as inovações são de ordem tecnológica.[...] Isso se torna ainda mais relevante considerando-se que as disrupções que hoje se apresentam resultam de uma combinação de fatores de negócios, de tecnologia e das experiências das pessoas (clientes, consumidores, empregados, e outros stakeholders) que se relacionam com as organizações”. Luz, Henrique. “Inovação: vale um assento no conselho?”. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/colonistas/inovacao-vale-um-assento-no-conselho/>. Acesso em 20/07/2018.

Nas palavras de Newton de Lucca, “gostem ou não os saudosistas de ver o seu precário conhecimento empalidecer precocemente em razão de um devir que se afigura cada vez mais galopante”,<sup>25</sup> os pressupostos autorizadores da revisão judicial dos contratos empresariais em decorrência dos pressupostos “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” insertos do artigo 478 do Código Civil, tendem a sofrer uma profunda releitura em razão da nova dinâmica da atividade empresarial.

Em tempos de disrupção, os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis farão parte do cotidiano empresarial. Será que o direito poderá aceitar a revisão judicial do contrato com base nesses pressupostos do artigo 478 do Código Civil? Será que o Código Civil, concebido no mundo analógico, poderá servir de fundamento no mundo digital? Será um novo período de declínio do instituto revisionista? O tempo dirá !

---

<sup>25</sup> LUCCA, Newton de. “Novas fronteiras dos contratos eletrônicos nos bancos”. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** | vol. 21/2003 | p. 113 – 183.

## Seguro regulação: a função do regulador e a boa-fé.<sup>1</sup>

*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*<sup>2</sup>

Comunicado o sinistro (art. 771 do Código Civil), a seguradora de ordinário faz breve levantamento das circunstâncias e oferece um valor para a indenização do prejuízo.<sup>3</sup> Aceita a proposta pelo segurado, dá-se a liquidação.

Quando o segurado não concorda com a oferta da seguradora, ou quando os prejuízos são de monta (seguro de danos, seguro de responsabilidade), inicia-se o procedimento da regulação do sinistro, com a nomeação de um técnico.<sup>4</sup> Esse técnico é o regulador, que alguns chamam também de liquidante ou de inspetor.

Ernesto Tzirulnik transcreve definição do Dicionário de Seguros de Alexandre Dei Fiori, que convém seja aqui reproduzida:

---

<sup>1</sup> Texto básico de palestra proferida no VIII Congresso Brasileiro de Direito Comercial, realizado em São Paulo, 18 de maio de 2018, organização dos Profs. Fabio Ulhoa Coelho e Ana Frazão, em painel presidido pelo Prof. Humberto Theodoro Júnior e participação dos Drs. Ernesto Tzirulnik e Gerson Branco.

<sup>2</sup> Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>3</sup> BEAUCHARD, Jean et al. *Le contrat d'assurance*. Paris: LGDJ, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t. 3). p. 1039.

<sup>4</sup> O procedimento não é obrigatório, sendo dispensável nos sinistros de pequena monta. (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. 13e éd. Paris: Dalloz, 2011. p. 384.).

*Regulação de sinistro*: Termo utilizado para definir a primeira fase de um sinistro, que consiste de um relatório com a apuração dos prejuízos realmente sofridos pelo segurado, se o evento estiver previsto e coberto no contrato, caso existam franquias ou participações a serem deduzidas, cosseguro ou resseguro a recuperar.

*Regulador de sinistro*: Termo utilizado pelo segurador para definir pessoa especializada em determinado ramo de seguro, pertencente ou não ao seu quadro funcional; que realiza ou efetua apuração dos prejuízos realmente sofridos pelo segurado, demonstrados mediante relatório de regulação, num determinado sinistro, para fins de liberação, ou não, de pagamento de indenização.<sup>5</sup>

A nossa prática é a de um perito único.

Em outros países, ou desde logo o segurado indica o seu (contre-expertise”),<sup>6</sup> ou assim o faz apenas quando não concorda com a indicação da seguradora. Se os dois peritos discordam, poderá ser então escolhido um terceiro.<sup>7 8 9</sup> De qualquer forma, a solução

---

<sup>5</sup> TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro*: regulação de sinistro: ensaio jurídico. Com a colaboração de Alessandro Octaviani. 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 84.

<sup>6</sup> Na Espanha, cada parte deve designar seu perito; se eles acordam, lavra-se ata conjunta. Se não houver acordo, as partes designam um terceiro. Dentro do prazo decadencial de 30 dias, pode haver impugnação judicial. (ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de; MALDONADO MOLINA, Francisco Javier. Los seguros de daños. Los seguros de daños. Teoría general. In: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.; DÍAS MORENO, Alberto (Coord.). *Derecho mercantil*: los contratos de seguro. 15. ed. act. Madrid: Marcial Pons, 2013. v. 9. p. 101.).

- Assim também na Itália: “Di regola, in caso di contrasto tra le parti sull’ammontare del danno, le polizze prevedono la nomina di periti. Ciascuna delle parti nomina un perito e i periti così nominati, in caso di disaccordo, devono nominare un terzo perito. Si forma così un collegio peritale che decide a maggioranza”. (DONATI, Antígono; PUTZOLU, Giovanna Volpe. *Manuale di diritto delle assicurazioni*. 8. ed. aggiornata. Milano: A. Giuffrè, 2006. p. 167.).

- Enquanto nesses outros países, em certas circunstâncias, é admitida a vinculação das partes ao laudo dos peritos, no Brasil sempre é garantido o recurso ao judiciário.

<sup>7</sup> BONNARD, Jérôme. *Droit des assurances*. 5e éd. Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 107.

<sup>8</sup> “Si, por el contrario, el acuerdo (entre os dois peritos indicados) deviene imposible, las partes quedan facultadas para designar un tercer perito que solvete las discrepancias existentes entre los peritos de parte.” (BATALLER GRAU, Juan; LATORRE CHINER, Nuria; OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús. *Derecho de los seguros privados*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 225.).

<sup>9</sup> “Chacune des parties designe son propre expert et ceux -ci consignent leurs résultats dans un procès-verbal d’expertise; en cas de désaccord, ils peuvent avoir recours à un arbitre chargé de les répartager”.

proposta por um ou por todos os peritos, ainda que unânimes, não vincula as partes, que podem se socorrer do judiciário.<sup>10</sup>

A discordância das partes sobre o relatório do regulador autoriza o *ingresso em juízo*, para discutir o mérito da relação.<sup>11</sup> Antes, podem ajuizar medida cautelar, que o Código de Processo Civil denomina tutela de urgência, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300). A seguradora, discordando, poderá consignar em juízo o que entende devido, e o *quantum* incontroverso poderá, de imediato, ser levantado pelo segurado.

1. A *impugnação ao laudo* pode decorrer de vícios formais, quanto ao procedimento, por desatenção ao tratamento igualitário entre as partes, ao contraditório e à defesa, ou por defeito material, quanto à veracidade dos fatos, corrupção, fraude, erro, dolo, coação ou ofensa à boa-fé objetiva. Também pode ser alegada falta da diligência exigida pelas circunstâncias, ou falta do mínimo de conhecimento técnico.

Ensinou o saudoso Ruben Stiglitz:

*“El peritaje es anulable si se aparta evidentemente del real estado de cosas, o del procedimiento pactado. Por ejemplo, si se funda en datos falsos, o no examina todas las probanzas, o incurre en sensibles errores de cálculo; o, asimismo, respecto de los vicios procesales, cuando la ausencia de seriedad o la incorrección compromete garantías fundamentales”.*<sup>12</sup>

---

(LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. 13e éd. Paris: Dalloz, 2011. p. 388.).

<sup>10</sup> Na Espanha, a lei dos contratos de seguros (art. 38) admite a vinculação das partes ao laudo pericial, nos casos que cita, permitindo a impugnação judicial no prazo de 30 dias, para o segurador, e de 180 dias para o segurado. (BADILLO ARIAS, José Antonio (Coord.). *Ley de contrato de seguro: jurisprudencia comentada*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 835.).

<sup>11</sup> O ajuizamento pode ocorrer também quando os peritos fiquem impossibilitados de cumprir com sua tarefa, ou quando demorem na conclusão do trabalho. (GHERSI, Carlos Alberto. *Contrato de seguro: instrumentación, prima, plazo*. Colaboradores Julio Baez, Sebastián Ghersi [e] Celia Weingarten. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 197.).

<sup>12</sup> STIGLITZ, Rubén. *Derecho de seguros*. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 3. p. 139.

2. Tema importante diz com o *valor probante do relatório do regulador*, quando submetida a causa ao julgamento do juiz ou do árbitro. Alguns lhe negam qualquer valor, porque elaborado por pessoa vinculada à seguradora;<sup>13</sup> outros recomendam que o laudo do *expertise* seja levado em consideração, especialmente quando realizado em conformidade com os princípios do contraditório e da defesa, embora não seja vinculante.

3. No ponto específico da *boa-fé do regulador*, a primeira observação que se impõe é sobre a natureza bifronte dessa personagem.

O procedimento de regulação se inicia com a indicação do perito, que pode pertencer aos quadros da seguradora, ou ser um terceiro autônomo, por ela contratado.

Esse técnico, seja ele um empregado ou um contratado, deve ao preponente a sua escolha. É a seguradora que paga sua remuneração. Se praticar algum ilícito nessa designação, a responsabilidade civil será do preponente. E é a este preponente, isto é, à seguradora, que o regulador deverá encaminhar o seu relatório.

4. Mas a regulação não é um procedimento de interesse exclusivo da seguradora, feito para definição do valor da indenização. É do interesse do segurado, que tem o direito de acompanhar o procedimento e de conhecer a realidade do sinistro e suas consequências. E também é de interesse social, para evitação de fraudes e proteção do patrimônio administrado pela seguradora: “os saques indevidos contra o fundo coletivo violam o princípio indenizatório e levam ao encarecimento dos prêmios para a coletividade dos consumidores”.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> “Sobre el particular se tiene decidido que los liquidadores de seGuro actúan por cuenta y orden de la compañía aseguradora, y en consecuencia sus opiniones, de fuente y destino unilateral, no son jurídicamente relevantes frente al asegurado en tanto no medie prueba idónea para darles eficacia en juicio”. (STIGLITZ, Rubén. *Derecho de seguros*. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 3. p. 140.).

<sup>14</sup> TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro: regulação de sinistro: ensaio jurídico*. Com a colaboração de Alessandro Octaviani. 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 91.

Consequentemente, o regulador presta um serviço de vital importância à seguradora, ao segurado e à sociedade.

5. Nessa delicada função, o regulador caminha sobre um fio, um estreito caminho: de um lado, a seguradora, de outro, o segurado, aos dois devendo certas obrigações, e sua decisão pode atingir interesses conflitantes. É por isso que “[...] chega-se mesmo a aludir a um ‘caráter arbitral’ do serviço que presta”.<sup>15</sup>

6. O único meio de o regulador se conduzir nessas circunstâncias é atender aos princípios da boa-fé. A lei, o contrato, o ato administrativo não lhe fornecem orientação segura para bem exercer a sua função. Impõe-se a boa-fé.

Acrescento que a obediência a esse princípio deve estar orientada pelo objetivo principal da regulação, que é o de obter uma solução consensual. Lecionou nosso Prof. Humberto Theodoro: “[...] a vocação da regulação do sinistro é o procedimento consensual”.<sup>16 17</sup>

7. O art. 765 do Código Civil reza, para o contrato de seguro em geral:

O segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Essa regra se dirige às partes, mas há de se estender aos que atuam em seu nome, à sua conta ou a seu interesse, entre eles o regulador.

---

<sup>15</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 346.

<sup>16</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A regulação do sinistro no direito atual e no Projeto de Lei nº 3.555, de 2004. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 4., 2004, São Paulo. IV Fórum de direito do seguro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2006. (Estudos de direito do seguro, v. 9). p. 198.

<sup>17</sup> Tzirulnik está de acordo com Robert Rahal, que cita: “Regulação de um sinistro significa o processo de apurar o montante dos prejuízos indenizáveis e chegar a um acordo com a pessoa que sofreu os prejuízos”. (TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro: regulação de sinistro: ensaio jurídico*. Com a colaboração de Alessandro Octaviani. 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 88.

8. O regulador há de ser um técnico com experiência na área daquela espécie de seguro: conhecedor (*expertise*) do objeto da sua investigação, e conhecedor da técnica de peritagem (*expert en expertise*).<sup>18</sup>

Os órgãos administrativos expediram normas para a qualificação e para a certificação das pessoas que atuarão nas áreas de regulação e de liquidação de sinistros. A Susep, seguindo o que fora decidido na Resolução 115, de 2004, do CNSP, expediu a Circular Susep 290-2005, que regulamentou o credenciamento das instituições certificadoras, para a certificação técnica de empregados e assemelhados das sociedades seguradoras, das sociedades de capitalização e das entidades abertas de previdência complementar. Dispõe em seu art. 2º:

A certificação técnica será concedida aos profissionais que concluem curso ou sejam aprovados em exame que ateste o domínio dos conhecimentos necessários, para atuar diretamente nas áreas de regulação e liquidação de sinistros, de sistemas de controles internos, de atendimento ao público e de venda direta dos produtos de seguros, de capitalização e previdência complementar aberta.<sup>19</sup>

9. O projeto de lei do contrato de seguro (Projeto de Lei da Câmara n. 29, de 2017), pelo qual tanto se bate o Dr. Ernesto Tzirulnik, dispõe sobre o regulador:

Art. 82, Compete ao regulador e ao liquidante de sinistro:  
I – exercerem suas atividades com probidade e celeridade;  
II – informarem aos interessados todo o conteúdo de suas apurações, quando solicitado;

---

<sup>18</sup> “L’expert est donc un technicien ayant un compétence particulière dans un secteur. En outre, il doit aussi être expert en expertise, c’est-à-dire savoir comment agir et procéder lorsqu’une telle mission lui est confiée”. (BEAUCHARD, Jean et al. *Le contrat d’assurance*. Paris: LGDJ, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t. 3). p. 1057.).

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério Da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados *Circular SUSEP n. 290, de 12 de maio de 2005*. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/textos/circ290.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.



III – empregarem peritos especializados, sempre que necessário.<sup>20</sup>

10. A *função do regulador* se estende ao passado, para saber da situação de risco antes do sinistro; ao presente, para conhecer a consequência do sinistro; e ao futuro, a fim de definir eventualmente o que deve ser considerado como dano indenizável a título de lucros cessantes. Cabe-lhe procurar as causas técnicas do sinistro e quantificar os danos.<sup>21</sup>

O regulador deve examinar os fatos,<sup>22</sup> estabelecer a existência do sinistro, sua causa e a extensão dos danos. Mas também lhe incumbe verificar se o fato está ou não coberto,<sup>23</sup> para o que deve analisar e interpretar o contrato, a fim de determinar qual o objeto do seguro, qual o risco assegurado, quais os limites contratualmente fixados.<sup>24</sup>

## Escreveu Tzirulnik:

Dados os passos reconstrutivos da verdade quanto aos fatos (verdade fática), a regulação ainda deve fazer incidir a técnica

<sup>20</sup> BRASIL. Senado Federal. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara n. 29, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128831>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

<sup>21</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. 13e éd. Paris: Dalloz, 2011. p. 388.

<sup>22</sup> “El resultado de la pericia es meramente fáctico. No jurídico. El dictamen pericial no declara o libera de obligaciones; es decir, no decide sobre el na debeatur, sino que determinará si concurren o no los presupuestos fácticos para que sea declarada la obligación de indemnizar del asegurador, así como el eventual alcance de obligación (*quantum debeatur*). (BADILLO ARIAS, José Antonio (Coord.). *Ley de contrato de seguro*: jurisprudencia comentada. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 794.).

<sup>23</sup> BATALLER GRAU, Juan; LATORRE CHINER, Nuria; OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús. *Derecho de los seguros privados*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 224.

<sup>24</sup> “El perito de seguros no sólo debe valorar las circunstancias fácticas sino tener la formación jurídica suficiente para enmarcar hechos, causas y consecuencias en un entorno jurídico preestablecido cual es la póliza afectada. Debe direccionar y radiografiar el daño, buscar nexos y establecer causalidades. Los perito no sólo fijan indemnizaciones sino que pueden y deben causalizar los hechos, determinando precisamente las causas fácticas o no del siniestro, y para ello su labor se basa en una actuación honesta, informando objetivamente a asegurados y aseguradoras, desde su pericia, su profesionalidad, objetividad e imparcial”. (VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del contrato de seguro*. [Madrid]: Civitas, 2009. p. 485.).

- A sua atuação sempre será uma verificação de fatos, informação objetiva da realidade e do conteúdo do contrato, não uma avaliação jurídica de uns e de outros.

contratual securitária (verdade contratual), interpretando o contrato de forma a compreender em que medida os fatos apurados (causas, manifestações e efeitos) fazem ou não incidir a garantia.<sup>25</sup>

O perito observará e recolherá indícios, examinará documentos, ouvirá testemunhas, fará testes. Agirá com diligência e com rapidez, para evitar, sempre que possível, a judicialização.<sup>26</sup> Se não tem conhecimento necessário, é-lhe permitido se socorrer de técnicos especializados.

Em todo o procedimento, há de ser permitida a participação do segurado. Disse o Prof. Humberto Theodoro: a regulação deve ter um curso dialético, contraditório e bilateral.<sup>27 28</sup>

11. O Projeto 29/2017 distingue as *funções de regulação e de liquidação*: o regulador terá a incumbência de identificar as causas e os efeitos do fato avisado pelo segurado; o liquidante deverá quantificar os valores devidos pela seguradora, que será em dinheiro, salvo se convenciada a reposição em espécie (art. 77/Projeto). Ambos devem trabalhar em conjunto, simultaneamente, e oferecerão cada um o seu relatório.

Segundo o Projeto, o regulador e o liquidante, em geral, têm o prazo de 90 dias, desde a reclamação. Será de 30 dias o prazo para sinistros relacionados com veículo automotor, vida e integridade física (art. 90/Projeto).

12. É importante a definição do *termo previsto para o término da regulação*, porquanto serve para a contagem da *prescrição*:

---

<sup>25</sup> TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro: regulação de sinistro: ensaio jurídico*. Com a colaboração de Alessandro Octaviani. 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 111.

<sup>26</sup> “La necesidad de una rápida y ágil liquidación del daño resalta la trascendencia que reviste evitar el recurso a las vías judiciales par la valoración de su cuantía”. (STIGLITZ, Rubén. *Derecho de seguros*. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 3. p. 135.).

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Parecer, n. 7.

<sup>28</sup> - Desenvolve-se hoje na França a regulação à distância, especialmente nos seguros de automóveis, com o uso do instrumental eletrônico que a Internet oferece. (BEAUCHARD, Jean et al. *Le contrat d'assurance*. Paris: LGDJ, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t. 3). p. 1063.).

Entende-se ser preciso que a pretensão de direito material possa ser exigida para que comece a fluir o prazo prescricional. Logo, no atinente ao contrato de seguro, o dies a quo do prazo prescricional conta-se da data em que ultimado o procedimento regulatório, antes não se podendo logicamente cogitar de prescrição, por inexigibilidade da indenização do sinistro.<sup>29</sup>

Conforme o art. 772 do Código Civil, a mora do segurador em pagar o sinistro o sujeita à correção monetária e juros moratórios. Essa mora somente se constitui com a definição do valor da indenização, isto é, com o relatório do regulador (ou do liquidante, conforme o Projeto) e sua aceitação ou recusa pelo segurador.

E também é nesse momento que surge a pretensão do segurado/credor em haver aquela indenização. O tempo da prescrição, portanto, sob o novo Código, não flui desde o sinistro, ou do conhecimento da existência do dano, mas da definição do valor da indenização aceito pelo segurador, ou da sua recusa em pagá-la. Por isso, há de se entender que, antes desse momento, não há prazo prescricional que esteja em curso, que possa ser interrompido ou suspenso.

13. A regulação é um procedimento que se desenvolve em fases, e evolui desde o comunicado de sinistro até o relatório; é contraditório, porque recebe manifestações de interesses contrários; é necessariamente bilateral, porque o contrato de seguro é bilateral, reunindo duas partes com interesses diferentes, mas que devem buscar o consenso, e não o antagonismo.

14. Além dos *interesses* da seguradora e do segurado, está em jogo também o interesse do conjunto dos segurados, no interesse

---

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o *dies a quo* do prazo prescricional. In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de (Coord.). *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 291.

- Essa também a lição do Prof. Humberto Theodoro Júnior, Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161.

social de preservação do patrimônio administrado pela seguradora. Isto é, a regulação serve para impedir que a falsidade, o conluio ou a corrupção firam o interesse da comunidade, interesse que resulta da mutualidade que caracteriza essa atividade.

15. São princípios de conduta a orientar o regulador:

- *Imparcialidade*. Embora nomeado pela seguradora, atua à sua conta, mas não a seu serviço.
- *Igualdade*. Ambas as partes devem ter a mesma oportunidade de defesa dos seus interesses, produção de prova e audiência.
- *Lealdade*. O regulador deve ser leal para com ambas as partes.
- *Veracidade*. Deve estar preocupado em conhecer todos os fatos relevantes e relatar com isenção o resultado de sua pesquisa.
- *Probidade*. O projeto usa esse termo para exigir do regulador honestidade de propósito.
- *Celeridade*. As partes têm interesse na pronta liquidação do sinistro. O Projeto fixa prazo de 90 dias, contados da reclamação, para a conclusão dos procedimentos de regulação e liquidação, e de 30 dias para os seguros sobre veículos, vida ou integridade física (art. 90). Embora tal disposição não conste da lei vigente, é razoável que assim aconteça.
- *Informação*. O segurado pouco conhece dos aspectos técnicos do contrato de seguro, e seu comportamento dependerá da informação e do esclarecimento do regulador. De sua vez, a seguradora não conhece a realidade do sinistro, devendo confiar no que lhe for informado pelo regulador.
- *Consenso*. A regulação deve tender à conciliação de interesses, e muito dependerá da postura do regulador e da confiança que inspirar aos interessados.

- *Diligência*. Desde sua indicação, deve o regulador agir com a diligência esperada de um técnico.

Todos esses deveres podem ser resumidos em um só: *cumprir a boa-fé e agir com lealdade*.

A boa-fé aqui se apresenta principalmente com sua função integradora, criadora de deveres, que não estão explicitados na lei ou no contrato, mas que nem por isso deixam de ser imperativos.

16. Entre todos os deveres, destaco a *transparência*, princípio de grande aplicação no seguro. É dever imposto: (a) ao segurador, obrigado a dar informações claras, corretas e precisas sobre o contrato a ser firmado, o serviço a ser prestado, e seu procedimento após o sinistro; (b) ao regulador, sobre a atividade desenvolvida no exercício de sua função, e fundamentação do seu relatório; (c) e também ao segurado, sobre a realidade que deve ser considerada para a celebração do contrato, e seu comportamento em relação ao sinistro.

A transparência é uma exigência do mundo empresarial, e muito especialmente do mercado de seguros, regido, por força de lei expressa, pelo princípio da boa-fé. E de uma boa-fé qualificada: a parte deve guardar a *mais estrita boa-fé* (art. 765 do Código Civil). Por transparência há de se entender clareza e informação sobre os temas relevantes.<sup>30</sup>

Veiga Copo tratou da transparência em todas as fases da relação securitária, até sua extinção:

En aras de la obtención de la máxima transparencia se produce, por un lado, la obligación de informar por parte de la aseguradora tanto en la fase previa y simultánea a la conclusión del contrato, que en nuestro caso abarcaría incluso hasta la duración formal del seguro, como también se manifiesta en el adecuado conocimiento

---

<sup>30</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 745.

del desarrollo o desenvolvimiento del vínculo contractual hasta que el siniestro se verifique o el contrato se resuelva o extinga<sup>31</sup>

17. A *ética* preside o comportamento humano na vida social em geral, e na atividade profissional, em particular. José Nalini - magistrado exemplar e estudioso da ética judicial - afirmou que o princípio fundamental da deontologia profissional é agir com ciência (saber o que faz) e consciência (de boa-fé). As profissões de um modo geral têm Código de Ética (assim os advogados, os médicos, os auditores, etc.), que é um conjunto de preceitos do agir humano fundado na moral, com o objetivo de obter certos resultados sociais externos.

Como a ética deve estar presente nas relações intersubjetivas, exigindo um comportamento moralmente aceitável, ela serve de parâmetro à atividade do regulador, uma vez que, como todo profissional, deve cumprir preceitos éticos, ainda que não explicitados em lei ou em outro documento corporativo.

O profissional dedicado à regulação deve ter consciência da importância da função que exerce, da qual depende a exata reparação do prejuízo causado pelo sinistro – nem mais nem menos.

A falta de um Código de Ética é suprida pela cláusula geral da boa-fé, expressão da lealdade e da probidade, preceito ético normatizado pelo Código Civil.

18. Um preceito ético normatizado está no Projeto, art. 81, parágrafo único: *a remuneração do regulador*, do liquidante e dos peritos não terão por base a economia proporcionada à seguradora. Sabemos que os advogados podem cobrar honorários de êxito (*quota litis*), o que se admite na advocacia, porque recebidos do contratante a quem o advogado presta serviços. Já na regulação, tal não pode acontecer, porque o regulador não está ali para reduzir o valor da indenização, atuando no interesse da seguradora, mas sim para resguardar também o interesse do segurado.

---

<sup>31</sup> VEIGA COPO, Abel. *El riesgo en el contrato de seguro*. Navarra: Thomson Reuters, 2015. p. 274.

19. Contra o regulador (e o liquidante) não se pode alegar *impedimento ou suspeição* por ser empregado ou contratado da seguradora. Mas nem por isso fica ele dispensado de agir com isenção e com imparcialidade.

Contra os técnicos eventualmente contratados pela seguradora vigoram os mesmos princípios, mas seria recomendável que fossem escolhidos de comum acordo entre seguradora e segurado; se não, entre pessoas alheias às relações versadas nos autos.

20. O perito que agir com culpa ou dolo ao prestar informações inverídicas *responderá pelos prejuízos* que causar à parte. (art. 158, Código de Processo Civil). No caso, à parte que o contratou, pois o prejuízo ao segurado será de responsabilidade primária da seguradora.

21. É de lamentar a escassa preocupação do Código Civil com a regulação, que será suprida em parte com a aprovação do Projeto 29/2017. Também é de registrar a falta de regulamentação da função do regulador por parte da autoridade administrativa. Essa insuficiência também ocorre em outros países.<sup>32</sup> O Código Civil nada refere e as disposições regulamentares são escassas, como se pode ver da Circular Susep 256/16.6.2004, sobre as condições contratuais, e da Circular 477/30.9.2013, sobre seguro garantia.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> “Sur ce point, le Code des assurances ne donne pas d’indication précise”. (CHAGNY, Muriel; PERDRIX, Louis. *Droit des assurances*. 2e éd. Paris: LGDJ, 2013. p. 203.).

- “Sauf exception, le Code des assurances ne régleme pas la procédure d’évaluation des dommages par un expert”. (BONNARD, Jérôme. *Droit des assurances*. 5e éd. Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 107.).

- Essa omissão é que justifica a regulação contratual da matéria.

<sup>33</sup> Circular 256/2004: Art. 33. Deverão ser informados os procedimentos para liquidação de sinistros, com especificação dos documentos básicos previstos a serem apresentados para cada tipo de cobertura, facultando-se às sociedades seguradoras, no caso de dúvida fundada e justificável, a solicitação de outros documentos.

(BRASIL. Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). *Circular SUSEP n. 256, de 16 de junho de 2004*. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=15337>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

§ 1º Deverá ser estabelecido prazo para a liquidação dos sinistros, limitado a 30 (trinta) dias, contados a partir da entrega de todos os documentos básicos previstos no *caput* deste artigo, ressalvado o disposto no parágrafo 2º deste artigo - Circular 477/2013: 2.12. Relatório Final de Regulação:

22. Discute-se sobre a *natureza jurídica* da relação estabelecida entre a seguradora e o regulador. As aparências fazem crer que se trata de um mandatário da seguradora.<sup>34</sup> Mas, na verdade, o regulador é um prestador de serviços, empregado ou profissional autônomo (ou pessoa jurídica constituída para esse fim), contratado pela seguradora para o fim específico da regulação, mediante remuneração, e com responsabilidade civil fundada na culpa.<sup>35</sup>

Na França, a doutrina e a jurisprudência não acordam sobre a natureza jurídica do contrato de perícia. Para uns, é locação de obra,<sup>36</sup> para outros, é mandato. Se fosse mandato, o mandatário/regulador deveria seguir as ordens do mandante, mas o perito é um técnico que se quer seja independente. Por isso, há de prevalecer a tese de *louage d'ouvrage*, uma vez que não há subordinação, e o segurador pode recusar as conclusões do perito.<sup>37</sup>

Lambert-Faivre e Leveneur observam essa dualidade de situações: de um lado, a independência jurídica, de outro, a dependência profissional, que tornam o regulador subserviente à seguradora: “[...] *sont en pratique inféodé par tout un réseau de*

---

documento emitido pela seguradora no qual se transmite o posicionamento acerca da caracterização ou não do sinistro reclamado, bem como os possíveis valores a serem indenizados.

(BRASIL. Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). *Circular SUSEP n. 477, de 30 de setembro de 2013*. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/biblioteca/web/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>>. Acesso em: 25 jun. 2018.).

<sup>34</sup> BEAUCHARD, Jean et al. *Le contrat d'assurance*. Paris: LGDJ, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t. 3). p. 1061.

<sup>35</sup> A responsabilidade civil pelos atos danosos praticados pelo regulador, no exercício de sua função, são de conta da seguradora que contratou o preposto, caso de responsabilidade objetiva pelos atos que o preposto praticar. Este responderá regressivamente, se agiu com culpa.

<sup>36</sup> Por dever ser uma pessoa independente: “C'est la raison pour laquelle, la théorie du louage d'ouvrage a prévalu pour expliquer la nature juridique du contrat d'expertise”. (BEAUCHARD, Jean et al. *Le contrat d'assurance*. Paris: LGDJ, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t. 3). p. 1060.).

<sup>37</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. 13e éd. Paris: Dalloz, 2011. p. 387.



*règles*".<sup>38</sup> Por isso, dizem esses autores, tem sido contestada a independência dos peritos, que surgem como “mandados” do segurador, exercendo verdadeiro “mandato aparente”.

23. Convém definir o *valor probante* do relatório. Extrajudicialmente, no nosso sistema, o laudo pericial pode ser recusado por qualquer das partes.

Se vier a ser ajuizada ação relativa ao sinistro, os relatórios da regulação e da liquidação serão anexados aos autos. Quanto ao seu valor probante, há quem sustente que não têm valor relevante, porque oriundos de perito nomeado e custeado por uma das partes e, portanto, parcializado.<sup>39</sup> Outros os aceitam como prova indiciária, a ser considerada pelo juiz em confronto com as demais provas dos autos.<sup>40</sup>

Na Europa, a eficácia vinculante das conclusões do relatório (perícia arbitral) varia conforme a legislação de cada país. De um modo geral, a lei não impede a propositura de ação judicial, porque a proibição seria contrária ao direito de acesso à Justiça e porque o procedimento extrajudicial pode ser mais facilmente manipulado pela parte mais forte.<sup>41</sup>

No nosso sistema, não há vinculação das partes ou do juiz ao que está dito no relatório.<sup>42</sup> Mas deve ser levado em consideração

<sup>38</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. 13e éd. Paris: Dalloz, 2011. p. 385, 387.

<sup>39</sup> STIGLITZ, Rubén. *Derecho de seguros*. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 3. p. 139.

<sup>40</sup> “Par principe, celle-ci est perçue par les trinunaux comme une simple mesure d’information te de conciliation ayant pour objet de faciliter un accord sur le cheffre de l’indemnité. Ellen i lie les parties ni le juge”. (CHAGNY, Muriel; PERDRIX, Louis. *Droit des assurances*. 2e  d. Paris: LGDJ, 2013. p. 205.)

<sup>41</sup> ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *Contrato de seguro: estudos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 16.

<sup>42</sup> Nem mesmo o recibo assinado pelo segurado, por quantia menor do que a devida, impede-o de ir a juízo cobrar a diferença.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 737.729 - RJ*. Recorrente: Malcon Financeira S/A. Recorrido: Miriam Maria da Silva Garcia. Relator: Ministro Barros Monteiro. Acórdão de 30 maio 2005.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 909.552 - GO*. Terceira Turma. Agravante: Marítima Seguros S/A. Agravado: Proage Armazéns Gerais de Produ o Ltda. Relator: Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 21 jun. 2007.

como um elemento à formação do convencimento do juiz, sempre que demonstrado que o procedimento respeitou o contraditório, garantiu a defesa e dispensou tratamento igualitário aos interessados, com conclusões fundamentadas na veracidade dos fatos e na boa interpretação do contrato.

Reforça esse valor probatório o comportamento do regulador pautado pela boa-fé objetiva.

24. Iguais deveres recaem sobre os técnicos que vierem a ser contratados, chamados para enfrentar questões que estão fora do conhecimento do regulador. Também relativamente ao liquidante, no regime previsto no Projeto 29/2017, que deverá respeitar o que for constatado na regulação, fundamentar os critérios de avaliação e oferecer alternativas cabíveis.

25. A obrigação de prestar a regulação é do segurador, sendo alheio ao procedimento o ressegurador ou o retossegurador, salvo quando constar do contrato de seguro a participação do ressegurador na regulação<sup>43</sup>

26. O problema da *imparcialidade e da independência* do regulador está sempre presente<sup>44</sup> e merece seja examinada uma solução legislativa que, com mais eficácia do que o atual regime vigente em nosso país,- garanta a real imparcialidade do relatório de regulação.

Deve ser ponderado que o empregado da seguradora, ou um terceiro escolhido e contratado pela seguradora, que tem sua remuneração paga pela seguradora e que, estando no mercado de trabalho, dependerá da seguradora para novos contratos, estará naturalmente inclinado a opinar a favor da seguradora. Tanto assim que a grande maioria dos seus laudos são aceitos pelas seguradoras, porque feitos a seu feitio. Por isso, para amenizar o problema da eventual dependência do regulador, seria conveniente que o

---

<sup>43</sup> TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro: regulação de sinistro: ensaio jurídico*. Com a colaboração de Alessandro Octaviani. 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p 132.

<sup>44</sup> TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro: regulação de sinistro: ensaio jurídico*. Com a colaboração de Alessandro Octaviani. 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 113.

segurador pudesse, querendo, indicar um seu perito, e se os dois indicados não chegassem a um acordo, que escolhessem um terceiro desempassador. Como acontece em outros países, esse regime não evita a judicialização, mas certamente seria determinante de maior confiança e respeitabilidade relativamente ao procedimento de regulação, e de significativa diminuição no número de demandas. As despesas correriam por conta da seguradora; se demonstrado que a impugnação ao laudo do regulador por ela indicado era infundada, os custos serão descontados do que o segurado eventualmente receberia.

As soluções de outros países, já acima referidas, podem servir de modelo para, de lege fenda, sistematizar a regulação no Brasil. No exterior tem sido acentuada a importância da imparcialidade na regulação, e algumas práticas criticadas: o tribunal francês declarou ilícito o fato de uma sociedade seguradora recorrer durante 10 anos aos serviços de um mesmo experto; também observado com cuidado o fato de os peritos se reunirem em gabinetes.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> BEAUCHARD, Jean et al. *Le contrat d'assurance*. Paris: LGDJ, 2002. (Traité de Droit des Assurances, t. 3). p. 1061, 1062.



## O paternalismo libertário nos contratos de consumo

*Cesar Viterbo Matos Santolim<sup>1</sup>*

*Douglas Oliveira Donin<sup>2</sup>*

### Introdução

É possível exercer algum tipo de influência sobre a escolha dos consumidores, interferindo na formação das relações e contratos de consumo, sem impactar negativamente na liberdade dos envolvidos? Em outras palavras, é possível agir *paternalisticamente*, orientando os consumidores a decisões que lhes garanta melhor bem-estar, saúde, satisfação ou segurança, sem que isso se dê pela imposição ou proibição? Uma corrente de pensamento, o *paternalismo libertário*, sugere que sim. Esta corrente, amparada por desenvolvimentos da teoria econômica, sólida evidência empírica e aportes de ciências naturais, como a psicologia e a biologia, tem sido recepcionada com entusiasmo por formuladores de políticas públicas ao redor do mundo, e estudos recentes sugerem que os resultados de abordagens libertárias, onde as pessoas são induzidas a comportamentos desejáveis sem que seu leque de

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da UFRGS. Professor e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS, Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Bacharel em Direito e em Economia pela UFRGS.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Civil e Empresarial pela UFRGS. Especialista em Direito Internacional e da Integração pela UFRGS. Bacharel em Direito pela UFRGS. Advogado.

opções seja diminuído ou sem que sua liberdade seja negativamente impactada, pode trazer resultados benéficos aos indivíduos e à sociedade. O presente trabalho se dedica a uma revisão da evolução desta linha de pensamento, bem como à exploração das vastas possibilidades de aplicação desta teoria, o *paternalismo libertário*, no campo dos contratos de consumo.

## O problema do paternalismo

“Paternalismo”, segundo *The Oxford Companion to Philosophy*, é “o poder ou autoridade que uma pessoa ou instituição exerce sobre outra para lhe conferir benefícios ou prevenir dano independentemente de seu consentimento informado” (HONDERICH, 2005). Na *Stanford Encyclopedia of Philosophy* Gerald Dworkin nos oferece definição parecida: paternalismo seria a “interferência que um estado ou indivíduo em outro indivíduo, contra a sua vontade, e justificada ou motivada pela alegação que a pessoa em quem se interfere estará melhor ou protegida de dano” (DWORKIN, 2017). Quando aplicado ao poder público – ou seja, quando tratamos de paternalismo *legal* - o termo descreve a atividade do Estado quando este coercitivamente *protege os indivíduos contra males que estes possam causar a si mesmos* ou, em sua versão mais extrema, *quando aquele guia estes para o seu próprio bem, queiram estes ou não* (FEINBERG, 1971). Em suma, quando o Estado age *paternalisticamente*, ele age como se se arvorasse poderes de um pai.

Não é, portanto, sem razão que o termo *paternalismo legal* tenha adquirido má-fama, apesar de continuar a ser amplamente utilizado sempre que queiramos nos referir a políticas voltadas a reduzir ou evitar os danos que os indivíduos possam causar a si mesmos – ou a forçá-los a agir em nome do que se presume serem seus próprios interesses. Como lembra Feinberg, um bom motivo para esta má-fama é que a ideia de que o Estado trata os cidadãos, adultos e livres, do mesmo modo como um pai trata crianças parece

ofensivo, e poucos formuladores de políticas - se é que algum o faria - abertamente admitiria que está sendo paternalista, apesar dos esforços legislativos neste sentido continuamente aumentarem (FEINBERG, 1989). Nós, adultos, não gostamos de nos sentir reduzidos a crianças, e paternalismo pode ser interpretado como desprezo pela nossa própria capacidade de bem decidir.

O fato é que, embora rejeitemos esta ideia do paternalismo, quando referida com este rótulo, a ideia de exercer a escolha no lugar dos outros não é um tabu. O paternalismo não causa muita controvérsia ou rejeição quando se refere a tomar decisões em nome de crianças ou enfermos que possam ter a sua capacidade de escolha reduzida, ainda que temporariamente, por exemplo. O problema é mais claro quando o Estado, do mesmo modo que um pai que não permite que um filho maior e ciente do perigo saia de casa à noite, impede que cidadãos adultos, com *domínio da informação e com plena ciência de suas escolhas* realizam uma ou outra atividade, quase sempre, com a intenção declarada de proteger o bem-estar dos mesmos. Stuart Mill, em sua época, já rejeitava essa atribuição do Estado, com seu clássico exemplo da ponte danificada: poderíamos até interromper alguém que estivesse prestes a atravessar uma ponte que, sabemos, irá ruir, se suspeitarmos que esta pessoa não está bem informada do perigo, mas se esta pessoa demonstra estar perfeitamente ciente das circunstâncias e deseja ainda assim atravessar a ponte, não há nada que estejamos moralmente autorizados a fazer contra isso (MILL et al., 2003). G. Dworkin, revisitando o exemplo da ponte de Mill, classifica estes dois tipos de paternalismo como “suave e rígido” (*soft and hard paternalism*): o primeiro autorizaria a interferir na vida alheia para impedir que escolhas ruins fossem tomadas sem informação suficiente, o segundo, autorizaria a interferência mesmo na vida de pessoas informadas e cientes de suas escolhas (DWORKIN, 2017). Talvez nesta esfera do paternalismo “suave” residam a razão de parte de nossas leis que proíbem o incentivo ou auxílio ao suicídio: é de se supor que aquele que está à beira de se matar pode estar

emocionalmente afetado ao ponto de não estar raciocinando perfeitamente sobre suas escolhas. Já outras leis, como as que proíbem o uso de determinadas substâncias com base no prejuízo que fazem à nossa saúde, seriam de um paternalismo “rígido”.

Uma série de outras medidas de interferência na esfera decisória alheia – mesmo naquela de adultos são e informados – também é frequentemente admitida em nossos estatutos civis e penais, e não configurariam exatamente “paternalismo”. A tradição aristotélica, por exemplo, considera que contratos livremente negociados podem ainda assim ser injustos, do ponto de vista da justiça comutativa – quando alguém dá mais do que recebe por algo – e o Estado, portanto, pode se negar a reconhecer a validade de tais contratos manifestamente desiguais. Gordley (GORDLEY, 2007) argumenta que, ao menos nesta tradição, isto não seria exatamente paternalismo, pois prevenir a injustiça, de forma abstrata, é exatamente uma das funções para as quais constituímos o Estado – além disso, o zelo pela justiça comutativa (proteger a proporção entre o que as pessoas dão e recebem entre si) não implica em juízos sobre a justiça distributiva (o quanto é atribuído a cada um), onde realmente interferir seria paternalismo exacerbado. Feinberg também atenta que atos de vigilância, embora possam ser acusados de serem paternalistas, também não se confundem com o paternalismo legal estritamente definido nos termos iniciais (FEINBERG, 1971).

Apesar disso, a interferência na esfera de escolha alheia é tema de permanente debate, e a modernidade trouxe uma miríade de argumentos – e também alguns contra-argumentos – em desfavor da intervenção paternalística na esfera individual alheia. As bases morais para a rejeição do paternalismo, na era moderna, repousam sobre uma premissa fundamental cara à tradição liberal, tratada com reverência de axioma por pensadores que seguem a linhagem de Stuart Mill: a de que cada um de nós é o que melhor está em posição para decidir sobre problemas que nos afetam. Cada um de nós possui a informação mais completa, mais acessível e de



mais fácil obtenção para decidir sobre os problemas que individualmente nos tocam, portanto, não só seria ilógico como ineficiente e imoral conferir a alguém o poder de interferir em decisões que apenas a nós interessam e usurpar nossas próprias escolhas – ao menos se tratamos de adultos adequadamente informados. Formulações análogas poder ser derivadas da própria fundação da economia moderna, já encontradas em “*A Riqueza das Nações*”, de Adam Smith (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013).

Apesar de ser um enfoque notadamente moderno, Gordley (GORDLEY, 2007) ampara esta premissa liberal em um argumento que também parte de termos aristotélicos: suponhamos que vivemos em uma sociedade governada por sábios. Tais sábios, então, se deparam com o problema de interferir ou não em uma escolha de um cidadão, cujas características pessoais, anseios e circunstâncias não conhecem. Ora, supondo que a escolha deste cidadão afeta a ele e somente a ele, só restaria aos sábios, do alto de sua sabedoria, admitir que não estão em posição tão bem informada quando o próprio cidadão, permitindo que ele mesmo faça sua escolha – é o mais sábio a se fazer. E, ora, se em um governo de sábios esta é a resposta correta, em um governo de não-sábios, é mais ainda, o que implica que abster-se de agir paternalisticamente é o correto em qualquer tipo de governo, seja ele de sábios ou não.

De fato, esta premissa – de que os assuntos que afetam unicamente a uma pessoa devem ser decididos por ela e por ela somente – é de difícil oposição, tanto o é que desde Mill ela permaneceu relativamente preservada em âmbar. O fracasso histórico de tentativas de planejamento central comprovou a dificuldade do cálculo de todas as variáveis necessárias para determinar o que é o mais valioso, caro ou prezado por cada um, de uma posição externa, mesmo que porventura possamos pressupor as boas intenções e a competência do planejador. É uma questão de custos de obtenção de informação, que tendem ao infinito em uma sociedade complexa, e ignorar esta dificuldade já é uma demonstração de despreparo para a posição de planejador – Hayek,

grande opositor do paternalismo, chamava este otimismo acerca das próprias capacidades, ou ingenuidade sobre a dificuldade do cálculo, de “arrogância fatal”, da qual foram vítimas as experiências centralizadoras do século XX (HAYEK, 2018).

Robert Nozick, que, assim como Hayek exemplifica uma corrente mais radicalmente liberal, parte de um ponto de vista que concilia Locke e Kant, ao fundamentar a impossibilidade moral do paternalismo – independentemente de suas boas intenções – na inviolabilidade do indivíduo. Agir paternalisticamente seria invadir a individualidade em sua expressão de direito mais fundamental, e que com a própria individualidade se confunde: a liberdade pessoal. Não se pode, então, agir moralmente e paternalisticamente ao mesmo tempo (NOZICK, 2013).

Existem críticas mais pragmáticas. Como lembra Feinberg, se o Estado passa a tratar os indivíduos como crianças, logo estes passarão a se comportar como crianças – se notarem que alguém zela paternalisticamente e de modo excessivo por sua segurança, saúde, bem-estar, naturalmente descuidarão eles mesmos destes fatores. Políticas paternalísticas de redução de acidentes podem, então, criar comportamento descuidado, e um fator anula o outro. O resultado final é de utilidade duvidosa (FEINBERG, 1971). Desidério Murcho e Aires Almeida consideram que agir neste sentido causa a “um mal maior do que o que o mal que se visa prevenir: a infantilização das pessoas” (ALMEIDA; MURCHO, 2015).

O fato é que, apesar de existirem diversas ordens de críticas que se possa fazer à ideia do paternalismo legal, parece ser *inevitável* que alguma dose de paternalismo tenha de ser admitida. Isso decorre pura e simplesmente de a ação estatal também ser, ela mesma, frequentemente um ato de escolha do gestor.

Isso pode ser demonstrado por uma grande variedade de exemplos – Cass e Sunstein (THALER; SUNSTEIN, 2003) ilustram essa inevitabilidade com o exemplo de uma cafeteria, no interior de uma companhia. Na cafeteria são oferecidos vários itens alimentícios, alguns com maior qualidade nutricional, outros

associados ao aumento de obesidade. O gestor da cafeteria pode dar à sua tarefa um caráter paternalista mais exacerbado se decidir banir do cardápio os itens que entende mais prejudiciais – certamente poucos discordariam que realmente há um forte caráter paternalista neste ato, de banimento completo – ou pode mantê-los à disposição dos clientes, que poderiam consumi-los se assim quisessem. Ocorre que, mesmo mantendo a possibilidade de escolha – ou seja, evitando o paternalismo mais exacerbado – o gestor deve decidir qual a posição dos itens na prateleira, qual a ordem dos alimentos no *buffet*, etc. O exemplo trata de um gestor privado, mas a necessidade de estabelecer um dentre os vários modos de se fazer uma dada coisa é uma realidade inescapável em boa parte dos casos onde o poder público deve agir, e é difícil imaginar exemplos onde a ação a ser desempenhada possua uma, e só uma, forma de consecução do objetivo (talvez a crença de que só as soluções impositivas e coercitivas estejam à disposição do Estado possa explicar três iniciativas legais brasileiras intimamente relacionadas com o exemplo abordado: a Lei nº 12.061, de Santa Catarina, que desde 2001 proíbe expressamente a venda de salgadinhos industrializados, frituras, sucos artificiais e outros produtos do tipo no ambiente escolar; o Projeto de Lei 23 de 2016, no Rio Grande do Sul, que proíbe a venda de produtos que colaborem para a obesidade, o diabetes e a hipertensão em cantinas e similares instalados em escolas públicas e privadas – o projeto, neste momento, aguarda apenas sanção do Governador – e, neste mesmo sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 346, de 2018, que busca proibir em todo o território nacional a distribuição e venda de bebidas como refrigerantes, néctares, refrescos, chás prontos para o consumo e bebidas lácteas nas escolas de educação básica públicas e privadas, atualmente em tramitação nas câmaras especializadas).

Evidentemente, o gestor precisa de um *critério* para estas escolhas. No exemplo acima, da cafeteria, o gestor poderia posicionar os itens mais saudáveis em locais mais acessíveis, e os menos saudáveis em locais de mais difícil acesso. Poderia, também,

fazer o oposto. Poderia, por fim, se eximir de qualquer decisão e simplesmente sortear a posição de tudo. Alguém poderia acusar o gestor de estar agindo de modo paternalista na primeira opção, mas as duas últimas seriam aceitáveis? Certamente não. A própria posição do gestor, em decorrência de ter de decidir sobre vários aspectos cotidianos, o leva a ser obrigatoriamente paternalista em algum nível.

Da mesma forma, quando um setor público depende do preenchimento de um formulário para obter informações do público – vamos supor, um cadastro de doadores de órgãos, destinado a saber qual parcela da população deseja ser doadora e qual não deseja – o gestor pode determinar a redação das perguntas de uma enormidade de maneiras diferentes. Pode determinar que as perguntas sejam respondidas por extenso ou por escolha de alternativas, pode estabelecer que o formulário terá uma, duas ou mais páginas, pode requerer que a manifestação da vontade seja facilitada ou dificultada. Pode, inclusive, determinar que aqueles que não desejam doar órgãos é que devem preencher um cadastro de não-doadores, em vez do oposto. Todas estas são decisões que se situam em uma posição intermediária entre “todos são obrigados a doar órgãos” e “todos são proibidos de doar órgãos”, que, em si, são bem mais paternalistas e invasivas do que as decisões inicialmente propostas, e todas elas determinam que algum nível de paternalismo foi exercido.

Estes últimos exemplos ao mesmo tempo ilustram a *inevitabilidade* de pelo menos algum nível “benigno”, não-intrusivo de paternalismo e apresentam aplicações de uma tendência, a qual seus próprios propositores chamam de *paternalismo libertário* (THALER; SUNSTEIN, 2003), que vem ganhando força, reconhecimento e influência nas últimas décadas.

O entendimento desta proposta passa, obrigatoriamente, pelo entendimento das modernas teorias que colocaram em xeque algumas das pressuposições clássicas da teoria econômica – tão caras aos críticos modernos do paternalismo, ancorados em

posições mais liberais. A maior destas pressuposições, a de que *livres, agimos de forma a garantir perfeitamente nossos objetivos*, foi também a que sofreu maiores abalos com o aperfeiçoamento científico da economia.

### **Da abordagem neoclássica à abordagem behaviorista**

Uma das razões do grande sucesso da economia, enquanto ciência social aplicada, é a ideia de que seus pressupostos derivam de um núcleo teórico coeso, coerente (THALER, 2015). De fato, esta é uma vantagem da qual a economia goza, tendo se estruturado, pelo menos em sua forma mais ortodoxa, em torno dos pressupostos teóricos do que se convencionou chamar de *escola neoclássica*, que pela abordagem matemático-científica que adotou no início do século passado, atingiu uma predominância teórica sobre as abordagens filosóficas, fazendo a economia se distinguir das demais ciências sociais, onde este fenômeno não ocorreu com tanto destaque.

A escola neoclássica adota a hipótese de *maximização da função utilidade*, ou seja, um dado agente econômico age no sentido de *maximizar o retorno de utilidade* (ou bem-estar) na presença de uma *limitação ou restrição de seus recursos disponíveis*. Assim, um consumidor busca maximizar o retorno de utilidade em relação à aplicação de sua renda limitada. Uma firma, por sua vez, busca maximizar seu lucro em relação aos fatores de produção e informações sobre o mercado, ambos também limitados (MANKIWI, 2001).

A hipótese de maximização da utilidade pressupõe cálculos econômicos por vezes bastante complexos, e está ligada à grande incorporação de instrumentos matemáticos trazidos pela corrente marginalista, nascida no fim do século XIX. Ao se debruçar sobre o chamado “paradoxo do pão e do diamante” (essencialmente: porque o pão, tão útil, é tão barato, e o diamante, de tão pouca utilidade, é tão caro?), que havia desafiado e deixado perplexos os pensadores

econômicos clássicos, William Stanley Jevons e outros fundadores da escola marginalista criaram um ferramental matemático-econômico focado no conceito de *utilidade marginal* (a utilidade que se extrai do incremento, e não do total do consumo ou de produção). O paradoxo restou adequadamente resolvido pelos marginalistas, no que Hunt chamou de “triunfo do utilitarismo”, e o ferramental utilizado, complexo e abstrato, estabeleceu um caminho menos político-filosófico, e mais matemático-científico da economia para os próximos séculos (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013).

Os pressupostos teóricos que sedimentam o núcleo da economia neoclássica permanecem os mesmos, que os agentes econômicos buscam incessantemente maximizar sua utilidade. Jevons formulava que “*satisfazer a nossas necessidades ao máximo possível, com um mínimo de esforço – procurar obter a maior quantidade do que desejamos em troca do mínimo de coisas indesejáveis*” era o *motto* por trás de toda ação econômica. George Stigler avançou esta mesma ideia a apresentando como sendo um princípio da ação humana, que chamou de *princípio da otimização*, que, em suas palavras, “*é da escolha da conduta que, de entre todas as possíveis, apresenta a máxima diferença entre benefícios e custos*” (ARAÚJO, 2017). Esta busca de explicar os complexos mecanismos de otimização da utilidade dos agentes levou mesmo à criação de um subcampo completamente novo da matemática, a *teoria dos jogos*, por John von Neumann e Oskar Morgenstern, no seu seminal *Teoria dos Jogos e do Comportamento Econômico*, de 1944, um complexo tratado de mais de 600 páginas em que se desenvolve uma teoria complexa da ação econômica (e que, de lá para cá, vem ganhando mais complexidade) a partir de axiomas lógico-matemáticos formais (THALER, 2015).

Ocorre que os humanos não são equipados com processadores de eficiência matemática precisa e absoluta, mas sim, com um órgão – o cérebro – que evoluiu ao longo de milhões de anos movido não pela engenharia, mas pelas forças por vezes caóticas e imprevisíveis da seleção natural. Com o passar do tempo, os

resultados cada vez mais sofisticados das análises econômicas utilitaristas da economia neoclássica e da teoria dos jogos passaram a conflitar com a realidade empiricamente observada de como os agentes econômicos, de fato, tomam decisões em seu dia-a-dia, no calor do momento. É colocada a ideia de *racionalidade matematicamente perfeita* de lado, o que equivale dizer, nas palavras de Fernando Araújo: a racionalidade dos agentes econômicos reais deve ser interpretada não como a "a *ponderação minuciosa, escrupulosa, articulada de todos os custos e benefícios associados à totalidade de opções que o horizonte cognitivo possa abarcar – mas apenas uma resposta diferenciada, e explicável, a estímulos variáveis*" (ARAÚJO, 2017).

Herbert Simon aponta que esta nossa “busca racional” pela maximização de utilidade pode ser uma extremamente crua e ultrassimplificada aproximação da racionalidade “global” dos modelos matemáticos dos teóricos de jogos, ou seja, uma *racionalidade limitada* por fatores reais, como nossas limitações cognitivas (o número de variáveis que conseguimos conhecer e manejar simultaneamente), a disponibilidade de informação e o tempo disponível para a tomada de decisão (SIMON, 1955). O trabalho de Simon acerca da racionalidade limitada lhe conferiu o Prêmio Nobel em 1978, muitos anos após sua época de publicação – Thaler estima que os economistas da época, por já incorporarem uma variável de erro em suas análises, o consideraram “verdadeiro, mas de pouca importância” (THALER, 2015).

O fato é que Simon não simplesmente incorporou uma variável anômala no cálculo utilitário – o que de fato já havia sido apontado muito antes. Simon indicou que o próprio modelo de racionalidade não correspondia ao esperado. Coube a Daniel Kahneman e Amos Tversky, já no final dos anos 70, comprovar que este modelo “paralelo” de racionalidade não simplesmente era responsável por erros aleatórios de julgamento, mas que os erros obedeciam a padrões, eram coerentes, consistentes, previsíveis e

esperados. Havia uma sistemática para o erro (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979)

A ideia de Kahneman e Tversky era simples e elegante: os resultados esperados pelo modelo da escolha utilitária racional frequentemente entram em colisão com o observado no mundo real não porque são imprecisos, mas porque tomam como uma teoria apenas o que deveria ser duas. Os economistas utilizavam – e uma boa parte deles continua utilizando – a teoria econômica neoclássica como *teoria normativa* e como *teoria descritiva* (“normativa”, aqui, indicando quais seria o modo mais correto ou eficiente dos agentes econômicos alcançarem os fins propostos, e “descritiva” indicando como os agentes econômicos agem de fato). A *teoria prospectiva*, que também rendeu a Kahneman o Nobel de 2002 (o qual certamente teria dividido com seu coautor, Tversky, caso este não tivesse falecido), rompia com esta unidade, oferecendo uma teoria de como as pessoas reagem à incerteza e ao risco baseadas não em um rígido e criterioso cálculo mental, mas em uma série de *heurísticas* e *regras práticas*, nascidas mais da experiência do que da deliberação cuidadosa. Além disso, nossa própria percepção da realidade é suavemente distorcida por uma série de *vieses cognitivos*, derivados de nossa necessidade de transformar rapidamente estímulos externos em informação útil (KAHNEMAN, 2002). Ou seja: no calor do momento, captamos “o que mais interessa” de toda a enorme torrente de estímulos da realidade, descartando o que não é essencial (o próprio processo de selecionar qual estímulo é captado e qual não já é, em si, incompleto), criamos inconscientemente um esquema mental simplificado e aproximado do problema, e decidimos com base nele. Poderia soar como uma visão negativa e excessivamente crítica da racionalidade humana, mas o fato é que esse “sistema decisório límbico” nos manteve vivos na maior parte da nossa evolução. Jonathan Bendor cita que as teorias de Simon foram recebidas de duas formas, uma que “vê o copo meio vazio” – fazendo o humano descer de seu pedestal de mestre inequívoco e inerrante da razão – e uma que “vê o copo meio



cheio”, aqui incluído o próprio Simon, que nota como este intrincado sistema de heurísticas criou um mecanismo que, se não é inerrante, é surpreendente eficiente quando se mostra capaz de processar em pouco tempo quantidades imensas de informação, e isso não é algo a se desprezar ou diminuir (BENDOR; BENDOR, 2010).

Em termos evolutivos, é uma adaptação orgânica à tarefa de tomar decisões em tempo hábil, literalmente vital a todos os animais – aqueles que desenvolveram os mais eficientes sistemas de decidir rápido e sob pressão do ambiente perseveraram, os demais, pereceram. Daniel Kahneman explica que, nos humanos, essa necessidade deu origem a “dois sistemas” de pensar, um “rápido”, impulsivo e intuitivo, e um “lento”, cauteloso e deliberado, que coexistem em nossa mente (KAHNEMAN, 2011). É possível, de um ponto de vista da psicologia evolutiva, elaborar que, se decidimos em ambiente de incerteza, de modo racionalmente imperfeito, e que a decisão neste ambiente ocorre ao custo eventual de *falsos positivos* e *falsos negativos*, as forças da seleção natural ao longo dos milênios moldaram nossa arquitetura mental na direção de heurísticas decisórias mais eficientes e menos custosas (HASELTON; NETTLE, 2006).

Os exemplos de como estas heurísticas e vieses atuam sobre nossas escolhas são inúmeros. Thaler compilou ao longo do tempo algumas situações, oriundas do seu dia-a-dia, representativas de falhas de racionalidade onde o comportamento incongruente com aquele previsto pela teoria econômica clássica é consistentemente esperado (THALER, 2015):

- Alguém obtém de graça um ingresso para um jogo de baseball em outra cidade, mas, no dia do jogo, uma nevasca torna o caminho entre as cidades perigoso demais, e a pessoa decide não ir. Entretanto, ela admite que teria feito a arriscada viagem caso tivesse pago pelo bilhete (para a teoria econômica tradicional, ter pago previamente pelo bilhete, no momento daquela decisão, é irrelevante na

decisão de enfrentar ou não a nevasca, apenas o bem-estar esperado futuro).

- Alguém corta a sua própria grama toda semana. Quando perguntado se pagaria \$10 para alguém fazê-lo em seu lugar, a pessoa se recusa, achando o valor caro demais. Entretanto, esta mesma pessoa não aceita cortar a grama do vizinho, executando o mesmo trabalho, por \$20 (pela teoria econômica tradicional esta pessoa estaria valorando de modo inconsistente seu tempo).
- Em uma festa, um grupo de amigos está esperando o prato principal terminar de assar no forno. Enquanto isso, alguém traz um pote com castanhas, que os presentes começam a aperitivar desmedidamente, até que notam que irão estragar o apetite para o prato principal. Quem trouxe o aperitivo, então, o esconde na cozinha, e todos ficam satisfeitos com isso (pela teoria econômica tradicional, quanto mais escolhas disponíveis, potencialmente melhor o resultado de bem-estar).

O primeiro exemplo ocorre porque somos vítimas frequentes do que os economistas costumam chamar de “falácia do custo irre recuperável” (*sunk cost fallacy*), ou seja, um particular viés cognitivo que percebe custos, gastos e energia nos quais já incorremos como mais importantes do que realmente são (a abordagem perfeitamente racional é tomar cada momento como um novo ponto de partida, com uma avaliação atualizada de custos e benefícios futuros de cada opção de ação desvinculada do que já passou) (THALER, 2015). O segundo exemplo é uma demonstração do que veio a ser conhecido como “efeito dotação” (*endowment effect*), ou seja, valorizamos mais o que temos do que o que não temos, de modo inconsistente, mesmo que o valor objetivo seja exatamente o mesmo. O terceiro exemplo decorre de uma inconsistência temporal chamada de “viés pró-presente” (*present bias*), que explica muito de nossa falta de controle: valorizamos mais

uma quantidade X de bem-estar agora do que a mesma quantidade X (ou 2X, ou 3X) no futuro (SUNSTEIN, 2014a). Certamente, explica muito da nossa tendência de fazer mal ao nosso futuro eu, como comer compulsivamente, movido pela gratificação instantânea, ignorando a obesidade que virá, ou perder tempo, de modo consciente, com distrações sem muita importância até o limite em que a procrastinação pode trazer prejuízos graves às nossas tarefas.

O trabalho clássico de Kahneman e Tversky, “*Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*”, de 1974 – ainda uma das fontes mais citadas no assunto – foca em três destas heurísticas, *disponibilidade*, *representatividade* e *ancoragem* (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974). “Disponibilidade” é uma heurística cuja mecânica opera projetando probabilidades de ocorrência de eventos ou situações de acordo com a disponibilidade na memória de eventos ou situações semelhantes. Isto pode levar inclusive a um interessante efeito em cadeia, chamado *cascata de disponibilidade*, onde um dado evento X de baixa probabilidade atrai certa atenção (por exemplo, jornais podem falar sobre uma tragédia de maneira insistente), o que faz mais pessoas atraírem sua atenção para ele, alimentando a disposição da mídia de continuar falando no assunto, e mantendo o alerta sobre aquilo mais alto do que deveria. Isto pode ocasionar o surgimento de legislações desproporcionalmente cautelosas e toda sorte de má-alocação de recursos da população, com direcionamento de financiamento desproporcional para evitar novas ocorrências de um evento de probabilidade bastante baixa, que seriam melhor aplicados em outro lugar (KURAN; SUNSTEIN, 1999). “Representatividade” é uma heurística que nos faz tomar decisões, por vezes equivocadas, com base em representações mentais artificiais deduzidas de outros fatores. Por exemplo: apresentamos a um grupo de pessoas um indivíduo forte e musculoso, e perguntamos se este indivíduo é um advogado, um boxeador profissional ou um professor. A resposta “boxeador profissional” pode surgir de maneira bastante frequente, pois as pessoas têm a ideia de que um boxeador profissional é forte e

musculoso (de fato, todo boxeador profissional tende a ser forte e musculoso, mas nem todo indivíduo forte e musculoso é um boxeador profissional. Aliás, o número de boxeadores profissionais na população é extremamente baixo, e com muito maior probabilidade alguém pode ser um advogado forte e musculoso ou um professor forte e musculoso do que um boxeador profissional). “Ancoragem” descreve como as pessoas tendem a fixar suas preferências em torno de conjuntos completos, números redondos ou outros valores de referência. Thaler cita, por exemplo, que quando começou a lecionar microeconomia na universidade aplicou uma prova, valendo 100 pontos, em que a turma obteve rendimento próximo dos 70%, e ficou bastante revoltada com a dificuldade imposta pelo professor. Na próxima prova, ele não diminuiu a dificuldade, mas mudou o valor total da prova para 137, em vez de 100. A turma obteve o mesmo rendimento, cerca de 70%, mas desta vez isso dava uma pontuação na faixa dos 90 a 100 pontos. Desta vez, ninguém reclamou, pois aparentemente a proximidade de sua nota do valor de referência 100 era mais importante do que a proporção de acertos (THALER, 2015).

Estudos posteriores ampliaram o número de vieses cognitivos e heurísticas detectáveis no comportamento humano, e listá-los ultrapassaria de muito o escopo do presente trabalho. Em pouco tempo, ainda na virada do século, geralmente eram estudados em caráter exemplificativo, já às dezenas, e cada dia novos estudos trazem mais vieses e heurísticas à tona (CAVERNI; FABRE; GONZALEZ, 1990; POHL, 2004).

Estes vieses ocorrem em decorrência de como processamos informações, não de modo absoluto, mas relativo. Ariely explica que nós, humanos, raramente escolhemos com base em termos universais. Não temos uma régua ou escala de valores que nos diga exatamente quanto cada coisa vale. Em vez disso, comparamos as coisas próximas, focando nas vantagens relativas de uma sobre a outra, e decidimos de acordo com essas avaliações relativas e contextuais. Por exemplo, não sabemos quanto vale um carro com

motor de seis cilindros, mas podemos estimar com alguma razoabilidade que vale mais do que um de quatro e menos do que um de oito. Somos como um piloto tentando aterrissar um avião em mau tempo, e que precisa das luzes do aeródromo para nos indicar onde fica a pista (ARIELY, 2008). É importante ressaltar então que, para o modo como tomamos escolhas, o *contexto* possui importância vital. Pequenas mudanças de contexto podem nos induzir a ter avaliações completamente diferentes sobre o valor e significado de coisas que, essencialmente, são iguais – ou a ter a mesma avaliação sobre coisas que são diferentes.

Tomemos estes dois exemplos, retirados da palestra proferida por Kahneman quando do recebimento do Prêmio Nobel:

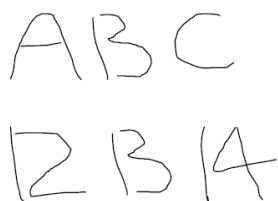


Figura 1.



Figura 2.

Qual o símbolo do meio em cada linha da figura 1? Nosso cérebro parece inclinado a responder “B”, motivado pelo contexto. Já na segunda linha, ele parece inclinado a responder “13”, também, motivado pelo contexto. E qual o quadrado mais escuro, na figura 2, o quadrado cinza no interior do quadrado maior preto, ou o quadrado cinza no interior do quadrado maior cinza-claro? De fato, tanto na figura 1 quanto na figura 2 os itens em comparação são absolutamente iguais, seu valor é deduzido pelo contexto (KAHNEMAN, 2002).

O volume de informações sobre o modo como tomamos decisões que o estudo da economia comportamental trouxe à tona nos anos seguintes foi torrencial, e aos poucos se tornou sensível a questão de como estas informações podem ser usadas para nos empurrar, via

tendências que já possuímos, para longe de nossos interesses – comprar mais, gastar mais, consumir mais, comer mais, poupar menos. Isto – esta sistematização de como decidimos de modo “sub-ótimo”, ao ponto de criar uma teoria capaz de fazer previsões consistentes de como erramos em nossas avaliações -, pode parecer, em uma primeira análise, um mapa de nossas fraquezas. Em mãos erradas, alguns podem pensar, estas informações podem revelar como nós podemos comprar o que não queríamos, gastar o que não pretendíamos, enfim, nos empurrar a toda uma sorte de decisões que não refletem nossos interesses originais. Aliás, o marketing comercial tem sido pródigo, ao longo do tempo, de explorar estes “ganchos heurísticos” do comportamento humano. Dan Ariely traz alguns exemplos (ARIELY, 2008):

- ao criar um prato excessivamente caro, um restaurante pode ludibriar seus clientes a optar pelo imediatamente mais barato, mesmo este sendo também caro em termos absolutos, opção que não tomariam na ausência do item de menu que lhes desviou a atenção.
- Uma revista pode oferecer a versão digital por uma assinatura de \$59, a versão impressa por \$125 ou as duas versões por, também, \$125. O consumidor pode avaliar as duas primeiras como um bom negócio (e ainda assim não se decidir), mas pode ficar eufórico com a terceira alternativa, que parece um negócio vantajoso demais para ser perdido (apesar de representar basicamente o mesmo nível de conteúdo de uma ou outra opção anterior).

Mas e se pudéssemos utilizar esta informação para fins úteis, ou seja, não para nos fazer gastar e comprar mais, mas para realinhar nossas ações com nossos prováveis objetivos, ou os objetivos da comunidade? Essa foi a pergunta proposta por Thaler e Cass Sunstein, que se dedicaram desde o início do século ao estudo de como o governo pode influenciar as pessoas a tomar melhores

decisões – aqui definidas como decisões que vão ao encontro do bem-estar, saúde, felicidade e riqueza dos agentes econômicos – sem utilizar da coerção legal, mas sim de pequenos “empurrões” (“*nudges*”) que fizessem *disparar heurísticas favoráveis* ou fizessem *suprimir o efeito de heurísticas prejudiciais* do cérebro humano, de certo modo, “restaurando as preferências” dos agentes e chegando a resultados mais próximos daqueles que obteriam se agissem de modo consistente com a teoria clássica (SUNSTEIN; THALER, 2009), preservando o número de escolhas. Como tratamos anteriormente, isso se opera por meio de um reexame e um redesenho da *arquitetura das escolhas* dos modos de ação disponíveis para o poder público, na sua tarefa diária de promover os fins a que se destina, e a esta tendência se deu o nome de “paternalismo libertário”.

Thaler e Sunstein conceituam “arquitetura de escolhas” como a “*elaboração do contexto em que as pessoas tomam suas decisões*” – de novo, a importância do *contexto* – e *nudge* como “*qualquer aspecto da arquitetura de escolhas que altere o comportamento das pessoas de maneira previsível sem proibir nenhuma das opções ou significativamente alterar os incentivos econômicos envolvidos*”. Thaler e Sunstein prezam por “*influenciar as pessoas em certas direções*” “*desenhando políticas que mantenham ou aumentem o nível de liberdade*” das pessoas (SUNSTEIN; THALER, 2009)

Hausman e Welch classificam os *nudges* em três tipos, relacionados à sua mecânica: “acionadores de heurísticas”, “bloqueadores de heurísticas” e “informativos” (HAUSMAN; WELCH, 2010). Os primeiros já foram discutidos. Os *nudges informativos* são aqueles que modificam o contexto decisório pela revelação de informações antes ocultas, que possam influenciar a decisão (SUNSTEIN, 2014a). Hagman, por sua vez, classifica os *nudges* em “pró-indivíduo” (*pro-self*) e pró-sociedade” (*pro-social*), dependendo de quem será o beneficiado com a alteração da decisão (HAGMAN et al., 2015). Não é difícil perceber que a divisão não é precisa e por vezes se sobrepõe. Um *nudge* destinado a incentivar

uma pessoa a poupar para a aposentadoria, por exemplo, pode ao mesmo tempo beneficiá-la e beneficiar o sistema previdenciário como um todo. Da mesma forma, um *nudge* desenhado com a função de evitar o consumo excessivo de alimentos gordurosos pode melhorar a vida do indivíduo e trazer menos peso ao sistema público de saúde, cumprindo as duas funções.

A abordagem dos *nudges* de Thaler e Sunstein teve pronta e entusiasmada receptividade, não sendo exagerado falar que, hoje, é quase universalmente aceita (às vezes com ampla maioria, às vezes com maioria menos significativa) em quase todos os países e culturas onde a ideia é apresentada. Com mais de 150 países, hoje, implementando políticas públicas baseadas no conceito, é possível identificar, empiricamente, que a população em geral apoia os *nudges* de modo geralmente similar, com alguns países (como Hungria e Dinamarca) apresentando comportamento mais cauteloso (*nudges* já testados são geralmente bem aceitos, mas os ainda não-testados são encarados com um pouco mais de ceticismo), e alguns pontos fora da curva onde a recepção da ideia é extraordinariamente alta (Coréia do Sul) e extraordinariamente baixa (como Japão), mas ainda assim majoritária. Outro dado importante é que a aceitação do conceito não parece ser fortemente correlacionável à filiação político-partidária do entrevistado (SUNSTEIN; REISCH; RAUBER, 2018)

As aplicações pioneiras partiram diretamente dos trabalhos dos próprios Thaler e Sunstein. Ao assumir o governo de coalizão no Reino Unido, David Cameron, influenciado pelas ideias dos autores, criou em 2010 o Behavioral Insights Team, também conhecido como “*Nudge Unit*”, a primeira iniciativa governamental para implementação dos *nudges* em políticas públicas. Inicialmente parte do próprio governo, em 2013 a unidade foi privatizada, sendo hoje dividida igualmente entre o governo britânico, a instituição de caridade *Nesta* e os empregados da iniciativa (BELL, 2013; OCED, 2017). Nos Estados Unidos, a iniciativa de destaque foi o trabalho do *Office of Information and Regulation Affairs* (OIRA), criado dentro



da estrutura do *Office of Management and Budget* (OMB) ainda no governo de Ronald Reagan, em 1980, pelo *Paperwork Reduction Act*. O ato, além de buscar racionalização de processos e desburocratização dotou o OIRA da incumbência de avaliar custos e benefícios de atos das agências reguladoras americanas, incorporando muitos dos insights da economia comportamental. De 2009 a 2012, inclusive, o OIRA foi presidido pelo próprio Sunstein (SUNSTEIN, 2012). Também nos EUA foi criado o *Social and Behavioral Sciences Team* (SBST), um subcomitê do *National Science and Technology Council*, com representantes de mais de uma dúzia de órgãos do governo, como dos departamento de Defesa, de Agricultura, de Saúde, de Educação, de Assuntos de Veteranos e de Serviços Humanos.

As aplicações possíveis do paternalismo libertário, ou dos *nudges*, são muitas e ainda em estágios iniciais, mas evidências já comprovam que podem não somente melhorar o bem-estar da população como ser economicamente eficientes, apresentando relação positiva entre custo e benefício (BENARTZI et al., 2017). A seguir, focaremos em como esta metodologia pode ser utilizada para otimizar as relações de consumo, aumentando o bem-estar dos consumidores, reduzindo litígios e conflitos e ainda assim não impactando negativamente na liberdade de escolha das partes.

## **O paternalismo libertário nos Contratos de Consumo**

Se a abordagem do paternalismo libertário, por meio de pequenas correções contextuais - ou *nudges* - pode direcionar as escolhas pessoais a maiores níveis de bem-estar, felicidade, satisfação, saúde e segurança, evitando soluções impositivas, coercitivas ou proibitivas que caracterizam as ferramentas tradicionais do legislador, então tratamos substancialmente de sua aplicação sobre contratos de *consumo* - pois, em nossa sociedade, é no mercado de consumo que os cidadãos buscam, majoritariamente, exercer as opções que levarão à satisfação destas necessidades.

Vejamos o exemplo de um pai de família que deve decidir onde alocar recursos excedentes de sua renda mensal. Este pai de família pode optar por guardar este excedente para a aposentadoria – o fará em um mercado de investimentos, onde são oferecidas várias opções de contratos com instituições financeiras, e todos estes contratos serão tipicamente de consumo. Pode optar por investir na educação dos filhos – o que também se dará em um mercado de educação onde os contratos são tipicamente de consumo. Pode utilizar estes valores no presente, comprando um carro novo, pode utilizar os recursos em viagens, na aquisição de móveis para casa, em entretenimento, vestuário – enfim, em muitas opções marcadas por contratos tipicamente de consumo. É rara a aplicação livre de recursos excedentes em *opções ou alternativas* que não sejam contratos típicos de consumo.

O limite dos formatos possíveis de *nudges* é a imaginação do gestor – não há regras que os limitem em forma, senão a sua própria definição – embora já se comece a falar em *frameworks*, guias esquematizados de criação de políticas, baseados em protocolos como EAST (*Easy, Simple, Attractive and Timely*), do *Behavioural Insights Team* (SERVICE; HALLSWORTH; HALPERN, 2014), e 4P (***Process, Possibilities, Persuasion and Person***), da *Yale Administration School* (ROBERTO; KAWACHI, 2015).

De toda forma, é possível identificar fórmulas ou mecanismos de *nudging* já considerados tradicionais (SUNSTEIN, 2014b), que podem servir de guia para políticas direcionadas a problemas específicos das relações de consumo. São em grande quantidade – e frutíferos – os *cases* de aplicação, existindo publicações e conferências periódicas onde gestores, pesquisadores e estudantes apresentam suas experiências. Isso já permite a classificação dos *nudges* mais utilizados em grandes fórmulas ou grupos, como os seguintes, destacados pelo próprio Sunstein (SUNSTEIN, 2014b), todos eles perfeitamente aplicáveis ao mercado e aos contratos de consumo.

O primeiro deles é a *mudança de regras padrão (default rules)*. É bastante conhecido o viés de manutenção do status quo (*status quo bias*), semelhante ao *efeito dotação*: em circunstâncias onde não atribuem conscientemente sensível diferença de bem-estar entre duas opções, as pessoas *tendem* a não modificar uma situação já configurada. Assim como no exemplo de adoção do *opt-out* em lugar do *opt-in* no sistema de registro de doadores de órgãos - mudança de arquitetura de escolhas que leva a Espanha, por exemplo, a ser um dos líderes mundiais em doações de órgãos (WILLIS; QUIGLEY, 2014) - a administração pode criar algum tipo de selo, certificado ou distinção para fornecedores cujos itens possuam predefinições benéficas já de fábrica, como impressoras cujas configurações *default* sejam de impressão em dupla face, o que leva a maior economia, menor desperdício e menores impactos ambientais.

Políticas de *redução de complexidade* desnecessária, ou incompatível com a cultura média do público-alvo, ou que requer nível de atenção ou ponderação acima do razoavelmente esperado que se dispensaria para a tomada da decisão em questão, também podem trazer benefícios aos consumidores e fornecedores, evitando equívocos, atritos e posteriores litígios. Evidentemente o nível de atenção requerida para consideração de um contrato de maior valor (por exemplo, a compra de um imóvel) é maior do que o nível de atenção dispensado aos termos de compra de uma televisão, e estes maiores do que o requerido para a compra de uma caneta. Mantendo-se a atenção efetivamente dispensada (e a decisão de dispensar atenção a algo é frequentemente inconsciente, tomada automaticamente) acima, ou no mesmo nível, da minimamente requerida para compreender os termos do contrato ou informações relevantes do produto, as decisões de contratar ou não se aproximam mais daquelas previstas no modelo neoclássico, que prevê processamento integral da informação relevante disponível. A adoção de símbolos padronizados, selos, ícones ou outros mecanismos de comunicação pode favorecer as trocas econômicas de natureza consumerista, que ocorrem frequentemente em

contexto casual e de modo rápido. Pensemos na quantidade de decisões de consumo que tomamos em uma simples passagem por um corredor de supermercado, e na incapacidade (e irracionalidade) de se ler todo o conteúdo de cada embalagem.

Intimamente ligadas às políticas de redução de complexidade, mas se dirigindo a outro problema, estão políticas de *divulgação (disclosure) de informações*. Em alguns mercados, o acesso à informação ou o processamento das informações disponíveis é dificultado, por uma série de fatores relacionados ao funcionamento da mente humana, que, por mais ágil que seja - capaz de processamento de informações em um volume bruto ainda não atingido mesmo por supercomputadores - não possui o mesmo nível de exatidão matemática que simples calculadoras de mão. Nossos órgãos sensoriais, raciocínio, memória e processos inconscientes captam, processam, interpretam, dão significado, relacionam e arquivam o equivalente a *terabytes* de dados a cada segundo, ininterruptamente e sem significativo esforço, mas tropeçamos em cálculos algébricos simples - não é incomum que tenhamos que apelar aos dedos da mão para somar ou subtrair números relativamente pequenos. Essa deficiência faz com que a análise e a significação de certos dados (por exemplo, “juros de 1,5% ao mês no cartão”) sejam tormentosos ou francamente impossíveis de se executar na ausência de equipamentos de cálculo. Podemos errar em escalas variadas de magnitude a avaliação do que um dado destes significa no passar do tempo, o que leva, certamente, a avaliações completamente equivocadas de risco, de capacidade de adimplir ou de custo final. Políticas de apoio a este tipo de tomada de decisão, como divulgação de exemplos, apresentação de números em formato de gráficos, introdução de tabelas de progressão de parcelas, *et cetera*, podem diminuir este obstáculo e reduzir surpresas.

Um passo além é o conceito de *smart disclosure*, ou seja, o processamento por terceiros (o governo, fornecedores, órgãos privados de proteção ao crédito, *et cetera*) de informações acerca de escolhas passadas dos indivíduos para prever consequências e

orientar a tomada de decisões futuras, visando a redução de assimetria de informação entre as partes, a conjugação de informações que não são capazes de processar (ou o fazem com dificuldade) acerca de si mesmas, de seus comportamentos passados ou do mercado como um todo. Por exemplo, iniciativas (públicas ou privadas) podem servir como agregadores de informação sobre preços e indicar às pessoas que em determinado momento é mais vantajoso trocar de fornecedor para obter os mesmos produtos. Outras iniciativas ou órgãos, obtendo ou abstraindo dados de renda e comparando com evolução de dívidas e padrões de consumo, podem alertar alguém que está ingressando em uma direção financeira perigosa – o que pode sinceramente ter fugido da atenção ou estar além do limite de percepção do próprio consumidor. Isso pode não só conduzir a decisões mais eficientes como reduzir surpresas capazes de levar a desgastes de relações contratuais e, no limite, litígios ou ruína financeira. Projetos de armazenamento e processamento de dados neste sentido estão sendo levados adiante pelo próprio governo nos Estados Unidos, com os projetos *Open Data*, *Smart Disclosure* e outros (SIGIT SAYOGO et al., 2014) e no Reino Unido, com o *Midata Project*, do próprio *Behavioural Insights Team* (JENKINS, 2012). Naturalmente, há de se pesar os benefícios esperados com questões éticas relacionadas à privacidade e uso de dados pessoais (SUNSTEIN, 2016).

Um quinto exemplo de redução de clivagem entre o comportamento esperado e o observado é a utilização de apelos sutis a *normas sociais*. Os humanos, como animais sociais que são, apresentam em seu comportamento notório *viés de conformidade*, ou seja, dão valor um tanto maior do que o devido a alternativas que não os façam se sentir excluídos do grupo, comunidade ou sociedade que pertencem – uma adaptação evolutiva resultante da seleção de espécies capazes de comportamento mais coordenado. Este é um dos motivos pelos quais grandes massas agem em *comportamento irracional coordenado*, que não adotariam individualmente com a mesma probabilidade, como no *Efeito Manada* tão percebido na

criação e manutenção de grandes “bolhas” no mercado de capitais (BURTON; SHAH, 2013). É uma inclinação poderosa, que órgãos governamentais já estão começando a utilizar em seu favor: evidências comprovam que, por exemplo, avisos do tipo “9 entre 10 pessoas de seu bairro já pagaram seus impostos” foram capazes de aumentar sensivelmente a arrecadação, apelando à tendência das pessoas de evitar se sentir desgarradas da comunidade (PALMER, 2014). Com a quantidade de dados que fornecedores e governo hoje possuem, e com a redução de custos de processamento de informações e comunicação trazidas com a informática, pequenos avisos assim direcionados podem induzir a relações contratuais com menor nível de descumprimento e inadimplência – o que significa menor volume de litígio nas relações de consumo. Talvez mais poderosos do que avisos sobre o que as pessoas *estão fazendo* sejam avisos sobre o que as pessoas *acreditam que deve ser feito*: “Apenas 3 em cada 10 jovens fuma” pode ter um efeito bem diferente de “Apenas 3 em cada 10 jovens gosta de estar na presença de fumantes”, uma informação mais complexa, mas que é interpretada em sentido diferente pelo nosso cérebro, apelando a sensações de rejeição ou adequação.

Neste mesmo sentido, aproveitando-se de volumes de dados, mesmo políticas de *lembretes* periódicos mais diretos, singelos e simples podem trazer bons resultados. Um simples *e-mail* pode lembrar alguém de reservar recursos para o pagamento de parcelas prestes a vencer, é uma medida de custo de implementação, hoje, irrisório, e se feito corretamente e de forma não insistente, ameaçadora ou invasiva pode ser percebida como útil pelo consumidor. O incentivo a estes sistemas pode se revelar uma economia, tendo em vista o custo – público e privado - de judicialização de um eventual contrato inadimplido por mero descontrolado acidental do consumidor.

Já foram discutidas *mudanças de facilidade e conveniência*, como mudanças no posicionamento de produtos, que levam a mudanças no padrão de consumo. Importante é lembrar que um

*nudge* não deve, se pretende ser assim classificado, alterar os incentivos econômicos envolvidos. Assim, colocar os cigarros fora da linha da visão, em um mercado, pode ser considerado um *nudge*, mas aumentar o valor do cigarro via impostos pigouvianos – modalidade de tributo, de natureza notadamente extrafiscal, destinada a primariamente influenciar no nível de atividade dos agentes econômicos para a redução de custos sociais (MANKIW, 2001) – extrapolaria o conceito.

*Alertas, explícitos ou não*, já são há bastante tempo utilizados pelos governos e para a comunicação entre fornecedores e consumidores. Cores, símbolos, mudança de tipografia para representar informações mais urgentes, imagens e demais meios de redirecionar a atenção podem conduzir o consumidor a considerar informações relevantes que possam passar em branco ou se identificar com sensações ou ideias desejadas. No Brasil, a atual medida que obriga a inserção de imagens de advertência nos maços de cigarro, em vigor desde 2002, quando foi regulamentada pela Medida Provisória 2.134-30, determina que o material de propaganda e as embalagens de cigarros para consumo interno deveriam “conter advertências acompanhadas de imagens que ilustrem o seu sentido”. A medida apresentou boa aceitação e produziu resultados positivos substanciais (CAVALCANTE, 2005), sem o uso de mecanismos coercitivos e, isoladamente considerada, sem alterar os incentivos econômicos envolvidos.

*Estratégia de comprometimento prévio* são outro modelo de obtenção de resultados desejados. Por valorarem de modo inconsistente a mesma coisa em momentos diferentes do tempo, as pessoas podem se comportar de modo inconsistente com suas decisões ou promessas, o que pode levar a descumprimento posterior e consciente de contratos que, em momento anterior, tinham a intenção legítima de cumprir. Medidas que possibilitem o comprometimento prévio podem favorecer o ambiente contratual e o mercado em si – por exemplo, débito automático de parcelas pode reduzir o risco de inadimplência, reduzindo o custo de insegurança

embutido no preço de um produto – ou possibilitar às pessoas que reduzam o seu nível de procrastinação, possibilitando que se comprometam de modo mais sólido e menos inconsistente com objetivos de seu interesse.

Um último exemplo de política possível que vale citar – existem muitos outros modelos, como já dito – é o de *influenciar e sugerir* as pessoas a finalmente implementarem um comportamento esperado. Pesquisas revelam que trazer a questão “você pretende vacinar seus filhos?” à baila, por meio de campanhas, tem impacto positivo no índice de vacinação (SUNSTEIN, 2014b). A questão de fundo pode não ter sido avaliada, ou insuficientemente ponderada, até que provocada. Este “sugestionamento” pode ser facilmente conjugado com os métodos acima, e pode inclusive apelar a sentimentos de identidade, continuidade, completude e vieses de *status quo*, como no envio de uma correspondência que pergunta “Você nunca foi inscrito no Serviço de Proteção ao Crédito – pague a conta vencida mês passado ainda essa semana e continue assim.”

Certamente muitos outros modelos de *nudging* podem ser considerados por equipes criativas e bem munidas de dados, tornando o ambiente das relações de consumo mais produtivo, menos arriscado e com maior geração de bem-estar, em uma abordagem de restauração pouco invasiva das preferências originais ou supostamente mais benéficas aos consumidores e fornecedores.

### **Críticas e Respostas às Críticas ao Paternalismo Libertário**

Raras são as mudanças de paradigma nas ciências sociais que não vêm acompanhadas de boa dose de resistência e crítica – ainda mais uma mudança que pode levar à releitura de visões ou práticas políticas. A economia behaviorista, como um todo, sofreu (e ainda sofre) várias críticas, principalmente ligadas ao modelo imperfeito de homem que apresenta (REBONATO, 2014), e evidentemente a



ideia de paternalismo libertário, por estar intimamente ligada, também é alvo de algum ceticismo.

Uma grande parte destas críticas está ligada à tradição libertária, de caráter fortemente minarquista – que não possui muito destaque e representatividade na academia brasileira, mas que conta com bastante influência e tradição nos Estados Unidos. Os libertários enfatizam a liberdade de escolha, repudiam as distorções e as perdas de bem-estar causadas pela interferência do Estado na liberdade individual e são profundamente céticos em relação à competência (ou boas intenções) dos agentes públicos. Por isso são contrários a soluções paternalistas, enfatizando a eficiência alocativa do mercado descentralizado, onde os indivíduos buscam maximizar sua própria função utilidade, segundo o modelo neoclássico tradicional (SUNSTEIN; THALER, 2003).

Não é de se estranhar, então, que uma das primeiras (e ainda mais insistentes) críticas à ideia de paternalismo libertário seja justamente apontar a ideia como algum tipo de oxímoro – não seria possível ser ao mesmo tempo paternalista e libertário, pois são conceitos contrários. Thaler e Sunstein consideram essa crítica por demais ligada a um sentido específico das expressões “paternalismo” e “libertário”: apenas na concepção mais extremada destas palavras trariam conceitos incompatíveis, e não é de tais concepções que a teoria trata. O sentido específico de “paternalista” é o de que *é legítimo que pessoas ou entidades busquem influenciar as pessoas a tomar certas decisões*, e o sentido específico de “libertário” é de que *isso deve ser feito idealmente sem imposições ou proibições* (SUNSTEIN; THALER, 2003). Não há oposição lógica ou contradição nestes termos.

Entretanto, os libertários também frequentemente levantam pontos relativos à *legitimidade* do Estado nestas ações. O problema mais imediato no que diz respeito a esse ponto é justamente a dificuldade ou a impossibilidade de se saber *o que é o melhor* na perspectiva de quem quer se influenciar. É uma crítica que não é, de modo algum, desconhecida: a impossibilidade de se ter acesso a todo

o conjunto de informações relevantes para o cálculo econômico alheio já foi levantada e demonstrada por diversos pensadores liberais, de Mill a Mises (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013).

Quanto a esta crítica, há uma resposta simples: podemos não saber, objetivamente, o que é o melhor em cada dado caso (afinal, as preferências dos indivíduos são, em boa parte das vezes, insondáveis), mas existem outras tantas vezes onde *há* dados objetivos e indisputáveis sobre o que é o melhor socialmente considerado, - e pelo menos o comportamento indesejado à sociedade pode ser estimulado. Sabe-se, por exemplo, que o tabagismo, a obesidade e o sedentarismo levam a, no mínimo, gastos com o sistema público de saúde, que recaem sobre todos. Pode se aceitar, eventualmente, que na percepção de utilidade de alguém “é melhor fumar do que ter saúde”, mas dificilmente essa pessoa aceitaria pagar pelo tabagismo alheio, que não lhe traz bem-estar ou satisfação, apenas pelo seu. Ao menos nestes casos, onde há forte presença de externalidades negativas, é difícil alegar a impossibilidade de se saber se um comportamento é socialmente desejável ou não.

Da mesma forma, é possível se supor com uma razoável dose de certeza de que, para qualquer dada pessoa, *é melhor* chegar na velhice com uma soma reservada à aposentadoria ou *é melhor* manter um nível razoável de saúde – ao menos, parece ser bem mais frequente no público em geral a externalização de opiniões neste sentido do que no sentido de ser melhor a simples satisfação e a gratificação momentânea. A mera demanda e a existência de um mercado de previdência, de academias de ginástica, de dietas e de clínicas de emagrecimento indica que há um interesse bem disseminado na consecução destes objetivos. Se a decisão, por exemplo, de se tornar obeso fosse perfeitamente racional ou informada, não perceberíamos essa demanda de modo tão presente.

A crítica a respeito da legitimidade ganha um pouco mais de sofisticação quando é levantada uma questão lógica: sendo o próprio burocrata um ser humano, ele também está sujeito aos mesmos

vieses e erros de julgamento do cidadão, e suas conclusões – o que é desejado ou não, o que é vantajoso ou não – podem ser viciadas por tais problemas (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998). Estes vieses podem levar a surtos populistas de regulação, com a avaliação equivocada de riscos e pânicos morais. Uma política de *nudging* criada com motivações assim formadas não levaria a uma correção de bem-estar, mas talvez a uma distorção ainda mais profunda ou criação de problemas antes inexistentes. O problema levanta questões complexas, que só podem ser resolvidas com a própria incorporação destes efeitos no modelo behaviorista – por meio de uma teoria behaviorista da regulação ou da burocracia – que não é senão uma integração e uma ampliação do campo de estudo dos fenômenos comportamentais.

Salazar (SALAZAR, 2011), em linha semelhante, faz um alerta, demonstrando que políticas de *nudging* podem ser, elas mesmas, “disparar pela culatra”, sendo vitimadas justamente por vieses cognitivos. Para isto, cita como exemplo pesquisa que identifica que a presença de itens com menos calorias em um cardápio pode *umentar*, e não diminuir, o número de calorias ingeridas (CHERNEV, 2010), em um efeito conhecido como *ilusão da caloria negativa*: o consumidor tem a impressão que ingerir um item com muitas calorias em conjunto com um mais saudável de alguma forma faria “o mal de um ser compensado com o bem do outro”, e não somarem o total de calorias. Isto, no entanto, parece de novo apenas confirmar os pressupostos da economia behaviorista, fazendo um apelo para a cautela na formulação da política, não invalidar a teoria em si.

Mais ligadas a aspectos metodológicos são críticas de defensores do modelo neoclássico, que atacam problemas ligados a própria comprovação da existência e impacto dos vieses cognitivos nas decisões. Wright aponta que resultados empíricos esperados pela teoria behaviorista *não são* amparados como se esperaria pelos dados obtidos, como no uso de cartões de crédito (WRIGHT, 2007). Zywicki demonstra que, neste mercado específico, o modelo de

escolha racional continua válido (ZYWICKI, 2000). Wright e Ginsburg alegam que isso ocorre porque, dentre outros fatores, os resultados laboratoriais e os procedimentos de pesquisa que permitem a detecção de vieses cognitivos ocorrem em ambientes que não simulam o ambiente natural onde as pessoas tomam suas decisões quotidianas, onde estão presentes várias estruturas de mercado. Também apontam que, frequentemente, estas pesquisas são obtidas com amostragens que não representam a população como um todo, como via questionários respondidos por estudantes universitários (WRIGHT; GINSBURG, 2012).

Epstein, outro defensor do modelo neoclássico, alega que, mesmo que se admita a existência de erro, o mercado é capaz de se corrigir, precificando o erro em iterações futuras (BAR-GILL; EPSTEIN, 2007). Isto tornaria fútil e desnecessária a atuação do Estado, mesmo via *nudging*. Quanto a esta alegação, é possível argumentar que o erro, mesmo que futuramente possa ser corrigido e compensado em uma perspectiva de bem-estar geral, já é intolerável de um ponto de vista individual em alguns casos – por exemplo, quando estão envolvidas consequências pessoais graves para quem erra, como acidentes graves ou morte porque se decidiu por um produto inseguro ou por um tratamento que não funciona. O próximo consumidor pode incorporar o erro do consumidor anterior (e as consequências do erro) em seu conjunto de informações e corrigir a sua própria escolha, mas essa chance talvez o próprio consumidor que incorreu em erro não tenha. Também é forçoso reconhecer que, por vezes, o erro pode nunca vir a ser detectado ou reconhecido pelos próprias consumidores, vindo apenas a ser visualizado na análise de grandes conjuntos de dados.

Apesar disso, é interessante notar que, do mesmo modo que ocorreu com a popularização da própria economia behaviorista, o maior volume de críticas ao paternalismo libertário parece se concentrar no período mais próximo da publicação dos trabalhos iniciais, arrefecendo com o passar do tempo - os trabalhos mais fortemente críticos datam da década imediata às proposições de

Thaler e Sunstein. Talvez este fato indique um movimento de perturbação inicial no ambiente acadêmico - que com o tempo tende à acomodação -, o que é esperado e natural em toda proposição intelectual recebida pelos gestores públicos com maior entusiasmo. Isso pode levar a um justificável e saudável ceticismo e cautela dos defensores dos modelos mais tradicionais de pensamento, testados e aprovados, que por variados motivos não se sentiriam confortáveis com a adoção pelo Estado de proposições que não passem por períodos de maturação intelectuais adequados. Como já relatado, entretanto, a adoção de programas, modelos e iniciativas ligadas ao paternalismo libertário em mais de 150 países (SUNSTEIN; REISCH; RAUBER, 2018) pode indicar, hoje, um momento de maior consenso do que o presente na primeira década dos anos 2000.

Apesar das críticas à incorporação do modelo behaviorista nas formulações de políticas públicas, poucas são as evidências contrárias que possam afastar a validade dos estudos que detectam os vieses cognitivos e as heurísticas que levam a decisões “pouco racionais”. Os argumentos contrários mais contundentes, neste sentido, levam a um questionamento válido sobre *em qual intensidade e quando é lícito e legítimo* influenciar, ou sobre o *formato ideal da mudança contextual das escolhas*, mas não parecem suficientes para se colocar em risco os pressupostos da teoria econômico-behaviorista, frutos, eles mesmos, de intenso trabalho empírico.

Nesta seara, a ideia de paternalismo libertário - e de *nudge* - não significa um aprofundamento da ingerência estatal nas escolhas individuais, mas, sim, exatamente o oposto, um questionamento da necessidade do “paternalismo rígido”, o paternalismo impositivo, proibitivo, coercitivo, censor, indicando que um modelo de atuação “suave”, que preserve as liberdades individuais pode, ainda assim, levar a mudanças de comportamento desejadas na população. Estas conclusões são amparadas por dados empíricos, que comprovam a eficácia de boa parte destas iniciativas, e são recebidas com bons olhos e boa aceitação pela maioria da população.

## Referências

- ALMEIDA, Aires; MURCHO, Desidério. **Janelas para a Filosofia**. Lisboa: Gradiva, 2015.
- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- ARIELY, Dan. **Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions**. 1. ed. New York: Harper, 2008.
- BAR-GILL, Oren; EPSTEIN, Richard A. **Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics**. Rochester: Social Science Research Network, 2007.
- BELL, Chris. **Inside the Coalition’s controversial “Nudge Unit”**. 2013. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/news/politics/9853384/Inside-the-Coalitions-controversial-Nudge-Unit.html>>. Acesso em: 5 jul. 2018.
- BENARTZI, Shlomo et al. Should Governments Invest More in Nudging? **Psychological Science**, Washington, 2017. v. 28, n. 8, p. 1041-1055.
- BENDOR, Jonathan B.; BENDOR, Jonathan B. **Bounded rationality and politics**. Berkeley: University of California Press, 2010.
- BURTON, Edwin; SHAH, Sunit. **Behavioral Finance: Understanding the Social, Cognitive, and Economic Debates**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2013. v. 1
- CAVALCANTE, Tânia Maria. O controle do tabagismo no Brasil: avanços e desafios. **Archives of Clinical Psychiatry (São Paulo)**, São Paulo, 2005. v. 32, n. 5, p. 283-300.
- CAVERNI, Jean-Paul; FABRE, Jean-Marc; GONZALEZ, Michel. **Cognitive Biases**. Amsterdam: North-Holland, 1990. v. 68
- CHERNEV, Alexander. The Dieter’s Paradox. **Journal of Consumer Psychology**, Hoboken, 2010. v. 21, n. 2, p. 178-183.

- DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2017 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017.
- FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. **Canadian Journal of Philosophy**, Calgary, 1971. v. 1, n. 1, p. 105-124,
- FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law Volume 3: Harm to Self**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 1989.
- GORDLEY, James. Morality and Contract: The Question of Paternalism. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, 2007. v. 48, p. 41,
- HAGMAN, William et al. Public Views on Policies Involving Nudges. **Review of Philosophy and Psychology**, Paris, 2015. v. 6, n. 3, p. 439-453,
- HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel. The paranoid optimist: an integrative evolutionary model of cognitive biases. **Personality and Social Psychology Review: An Official Journal of the Society for Personality and Social Psychology, Inc**, Washington, 2006. v. 10, n. 1, p. 47-66,
- HAUSMAN, Daniel M.; WELCH, Brynn. Debate: To Nudge or Not to Nudge\* [in] *Journal of Political Philosophy*. **Journal of Political Philosophy**, Williamsburg, 2010. v. 18, n. 1, p. 123-136,
- HAYEK, F. A. **The Fatal Conceit: The Errors of Socialism**. 1. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2018.
- HONDERICH, Ted (ED.). **The Oxford companion to philosophy**. 2. ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2005.
- HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- JENKINS, Chris. **Impact Assessment for midata**. London: Department for Business Innovation & Skills, 2012.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, Stanford, 1998. v. 50, p. 81,

KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: a Perspective on Intuitive Judgement and Choice. **Nobel Prize lecture**, Stockholm, 2002. v. 8,

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, Stanford, 1979. v. 47, n. 2, p. 263-291,

KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Availability Cascades and Risk Regulation. **Stanford Law Review**, Stanford, 1999. v. 51, n. 4, p. 683,

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2001.

MILL, John Stuart et al. **On liberty**. New Haven: Yale University Press, 2003.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Reprint edition ed. New York, NY: Basic Books, 2013.

OCED (ED.). **Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World**. Paris: Organization For Economic Co-Operation & Development, 2017.

PALMER, Kate. Psychology and “nudges”: Five tricks the taxman uses to make you pay £210m extra. London, 2014. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/tax/11147321/Five-tricks-or-nudges-HMRC-uses-to-make-you-pay-210m-extra.html>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

POHL, Rüdiger (ED.). **Cognitive illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory**. Hove ; New York: Psychology Press, 2004.

REBONATO, Riccardo. A Critical Assessment of Libertarian Paternalism. **Journal of Consumer Policy**, New York, 2014. v. 37, p. 357-396,

ROBERTO, Christina A.; KAWACHI, Ichirō. **Behavioral Economics and Public Health**. Oxford: Oxford University Press, 2015.



SALAZAR, Alberto. **Libertarian Paternalism and the Danger of Nudging Consumers**. Rochester: Social Science Research Network, 2011.

SERVICE, O.; HALLSWORTH, Michael; HALPERN, David. **EAST: Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights**. London: Behavioural Insights Limited, 2014.

SIGIT SAYOGO, Djoko et al. Going Beyond Open Data: Challenges and Motivations for Smart Disclosure in Ethical Consumption. **Journal of theoretical and applied electronic commerce research**, Talca, 2014. v. 9, n. 2, p. 1-16,

SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, 1955. v. 69, n. 1, p. 99,

SUNSTEIN, Cass R. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities. **Harvard Law Review**, Cambridge, 2012. v. 126, p. 1838,

SUNSTEIN, Cass R. **Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism**. New Haven: Yale University Press, 2014. a. v. 1

SUNSTEIN, Cass R. **Nudging: A Very Short Guide**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2014. b.

SUNSTEIN, Cass R. **The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. v. 1

SUNSTEIN, Cass R.; REISCH, Lucia A.; RAUBER, Julius. A worldwide consensus on nudging? Not quite, but almost. **Regulation & Governance**, Hoboken, 2018. v. 12, n. 1, p. 3-22,

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron**. Rochester: Social Science Research Network, 2003.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. Revised & Expanded edition ed. New York: Penguin Books, 2009.

THALER, Richard H. **Misbehaving: The Making of Behavioral Economics**. New York: W. W. Norton & Company, 2015. v. 1

THALER, Richard; SUNSTEIN, C. Libertarian Paternalism. **American Economic Review**, Nashville, 2003. v. 93, p. 175-179.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science (New York, N.Y.)**, New York, 1974. v. 185, n. 4157, p. 1124-1131,

WILLIS, Brian H.; QUIGLEY, Muireann. Opt-out organ donation: on evidence and public policy. **Journal of the Royal Society of Medicine**, London, 2014. v. 107, n. 2, p. 56-60,

WRIGHT, Joshua D. **Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2007.

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. **Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty**. Rochester: Social Science Research Network, 2012.

ZYWICKI, Todd J. **The Economics of Credit Cards**. Rochester: Social Science Research Network, 2000.

**Parte 2**

**Empresa**



## Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>1</sup>

Ana Frazão<sup>2</sup>

### 1. Introdução

A Lei nº 13.303/2016 ingressou no mundo jurídico com a missão espinhosa de disciplinar o estatuto das empresas públicas e das sociedades de economia mista, o que se estende às suas controladas e, em certo grau, também às sociedades em que mantêm investimentos.

Verdade seja dita que a Lei das S/A já instituíra regime de governança para as sociedades de economia mista, até porque estas, ao adotarem obrigatoriamente a forma de sociedade anônima, se equiparavam às companhias privadas em vários aspectos<sup>3</sup>. Ocorre

---

<sup>1</sup> Reprodução do artigo publicado na coletânea **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais** (POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. São Paulo: Contracorrente, 2018, pp. 113-165).

<sup>2</sup> Advogada e Professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB. Ex-Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB e Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Líder do GECEM - Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado.

<sup>3</sup> Daí Trajano de Miranda Valverde (Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1, n.2, pp. 429-441, 1945. p. 437) considerar que seria até mesmo dispensável a criação de lei específica para disciplinar as sociedades de economia mista, bastando a aplicação das diretrizes gerais referentes às sociedades anônimas.

que tal regime jurídico nunca foi implementado amplamente na prática, seja por falta de vontade política e por ausência de fiscalização e controle efetivos, seja em razão das dificuldades naturais de compatibilizar organizações de finalidades lucrativas com os propósitos de interesse público que justificam a sua criação.

Entretanto, mais recentemente, resultados econômicos controversos e escândalos de corrupção deixaram clara a fragilidade da organização e gestão das estatais, o que fez surgir interesse renovado na reconfiguração do seu modelo de governança a partir de uma lei específica<sup>4</sup>.

É nesse contexto que deve ser entendido o novo regime societário das sociedades de economias mista e empresas públicas implementado pela Lei nº 13.303/2016, cujas principais questões serão objeto do presente artigo, para se delinear, ao final, qual será o real impacto das alterações legislativas sobre a gestão de tais entes.

## **2. Coesão e extensão do regime societário das estatais**

### **2.1. Grau de uniformidade do regime societário das estatais**

Por mais que a Lei das Estatais tenha pretendido criar regime uniforme entre as sociedades de economia mista e as empresas públicas, certamente que não haverá identidade perfeita entre os dois modelos, em razão das diferenças naturais que os separam.

Com efeito, enquanto as empresas públicas apenas podem ser constituídas por capitais públicos, incluindo aí entes da administração indireta (Lei nº 13.303/2016, art. 3º, parágrafo

---

<sup>4</sup> Conforme apontado por Arnaldo Wald (As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. *Revista de Informação Legislativa*. v. 14, n. 54, pp. 99-114, abr./jun. 1977, p. 100), já é antiga a discussão sobre a necessidade de um diploma destinado a disciplinar as estatais: de um lado, posicionam-se aqueles que defendiam a edição de uma lei orgânica capaz de conferir maior segurança nas relações jurídicas desses entes; de outro lado, encontram-se os que defendem a implantação de um sistema casuístico de regulamentação de cada entidade, conferindo maior flexibilidade a essas empresas. Ensina o autor: “Na realidade, tanto o legislador quanto a autoridade administrativa oscilam entre a necessidade de dar a tais empresas a necessária flexibilidade e liberdade de ação e, por outro lado, o imperativo do controle e da moralidade pública.”

único), as sociedades de economia mista são constituídas por uma combinação entre capitais públicos e privados. Tais características obviamente se projetam tanto no controle como no modelo societário e, conseqüentemente, terão impacto no regime societário.

Como as sociedades de economia mista, nos termos do artigo 4º da Lei nº 13.303/2016, só podem ser constituídas como sociedades anônimas, estando submetidas amplamente às disposições da Lei das S/A<sup>5</sup>, têm regime jurídico mais uniforme e de fácil identificação. O fato de poderem ter como controlador tanto um ente federativo como um ente da administração indireta lhes dá igualmente maior flexibilidade para a sua constituição e gestão<sup>6</sup>.

Distinta é a situação das empresas públicas, cujo capital apenas pode ser detido por entes públicos (incluindo a administração indireta), sendo que a maioria do capital votante precisa ser necessariamente titularizada por algum ente federativo (Lei nº 13.303/2016, art. 3º, *caput* e parágrafo único). Acresce que não há obrigatoriedade de que as empresas públicas sejam sociedades anônimas, motivo pelo qual, pelo menos em tese, elas poderão adotar qualquer modelo de sociedade personificada, nos

---

<sup>5</sup> O Decreto nº 8.945/2016 é claro ao afirmar, no seu art. 10, a ampla sujeição das sociedades de economia mista à Lei das S/A salvo nas hipóteses por ele especificadas, a saber: (i) no que toca à quantidade mínima de membros do Conselho de Administração; (ii) ao prazo de atuação dos membros do Conselho Fiscal; e (iii) às pessoas aptas a propor ação de reparação por abuso de poder de controle e ao prazo prescricional para sua propositura.

<sup>6</sup> Contrariamente ao texto da Lei nº 13.303/2016, o Decreto nº 8.945/2016 define sociedade de economia mista como “empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença diretamente à União” (art. 2º, III), não mencionando a possibilidade de controle por meio de entidade da administração indireta. Entretanto, até diante do princípio da legalidade, não há outra interpretação senão a de que deve prevalecer o conceito legal, que admite igualmente o controle por entidade da administração indireta.

termos do que já preconizava o inciso II do artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67<sup>7</sup>, ou mesmo criar novos modelos societários<sup>8</sup>.

Isso pode gerar problemas, pois, a depender do tipo societário escolhido, haverá a aplicação supletiva de regras diferentes, com todas as controvérsias daí decorrentes. Mencione-se, a título de exemplo, a sociedade limitada, que ainda pode adotar tanto a regência supletiva das sociedades simples, como das sociedades anônimas, nos termos do artigo 1.053, do Código Civil.

Tal aspecto é relevante porque a Lei nº 13.303/2016 obviamente não esgota todos os assuntos relacionados à gestão das estatais, motivo pelo qual deverá ser sempre aplicada de forma conjugada ou com a Lei das S/A ou com a legislação específica do modelo societário adotado pela empresa pública, caso tenha optado por outro que não a sociedade anônima<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Segundo o Decreto-lei nº 200/67, as empresas públicas poderão “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”, nos termos do que já defendia Bilac Pinto (O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de direito administrativo*. v. 32, pp. 1-15, 1953). Nesse sentido, autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 523) e Sérgio de Andréa Ferreira (O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*. v. 136, pp. 1-33, 1979. pp. 11-12) defendem ser possível a instituição de empresas públicas na forma de sociedade civil ou qualquer sociedade empresária, inclusive de sociedades unipessoais, quando for titularizada exclusivamente pela pessoa jurídica de direito público que a instituiu. Segundo José Cretella Júnior (*Empresa pública*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 212), a possibilidade de a empresa pública constituir-se em sociedade unipessoal representa afastamento do modelo tradicional de sociedade empresária, o que se justifica em razão de ser instrumento do Estado.

<sup>8</sup> Conforme Vitor Schirato (*As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48), “o fato de não haver um tipo empresarial predeterminado para a constituição das empresas públicas faz com que possa, inclusive, haver a criação de novos tipos empresariais para determinadas empresas públicas a serem constituídas pela União Federal [...]”. É o que também sustenta Maria Sylvia Zanella di Pietro (Op. cit., p. 523), para quem a empresa pública podem adotar “forma inédita prevista na lei singular que a instituiu”. Exemplo paradigmático é o da Caixa Econômica Federal que, mesmo segundo seu estatuto mais recente (Dec. nº 7.973/2013), não dispõe de assembleia-geral, mas tão somente de Conselho de Administração composto por membros indicados pelo Estado.

<sup>9</sup> Daí a acertada conclusão de Vitor Schirato (Op. cit., p. 48) de que “O fato de as empresas públicas poderem ser constituídas sob qualquer das formas empresariais previstas na legislação de Direito privado faz com que os requisitos para sua efetiva existência dependam do regime jurídico insculpido na legislação civil”. Mais preocupante seriam os casos em que houvesse a criação de modelo original pela lei autorizadora, caso em que apenas se poderia socorrer das soluções previstas em outros modelos por meio da analogia.



Até para evitar tais riscos e buscar maior homogeneidade no regime jurídico das estatais, o Decreto nº 8.945/2016, em seu artigo 11, determina que “a empresa pública adotará, preferencialmente, a forma de sociedade anônima, que será obrigatória para suas subsidiárias.” Entretanto, não se pode afastar a possibilidade da utilização de outros modelos societários por empresas públicas.

Não obstante, é certo que a Lei nº 13.303/2016 procura assegurar um núcleo comum de organização e governança para todas as estatais, em todos os níveis federativos, com considerável grau de estruturação e complexidade. Por essa razão, o regime societário delineado pela lei refere-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista de todos os entes federativos, com as ressalvas já mencionadas anteriormente<sup>10</sup>.

Dessa maneira, qualquer que seja o modelo societário escolhido pela empresa pública, terá ele que comportar a base normativa de regras imperativas previstas pela Lei nº 13.303/2016, inclusive no que diz respeito à existência de órgãos obrigatórios, tais como o Conselho de Administração e o Comitê de Auditoria Estatutário, como se verá adiante<sup>11</sup>.

A única flexibilização permitida pela lei foi a de possibilitar regime mais simplificado para as estatais de menor porte, nos termos do §1º do artigo 1º, que excetua das previsões gerais da lei as empresas públicas e sociedades de economia mista que, em conjunto com suas subsidiárias, tenham tido no exercício social anterior receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais)<sup>12</sup>. Neste caso, o §3º do artigo 1º autoriza que o Poder Executivo de cada um dos entes federativos edite regras

---

<sup>10</sup> Vale ressaltar que, nos termos do artigo 91 da Lei nº 13.303/2016, “A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.”

<sup>11</sup> No caso do Conselho de Administração, a única exceção prevista pelo Decreto nº 8.945/2016 diz respeito às subsidiárias de capital fechado (art. 31).

<sup>12</sup> O Decreto nº 8.945/2016 trata do cálculo do valor da receita operacional bruta nos §§2º e 3º do artigo 51.

de governança próprias<sup>13</sup>, desde que observadas as diretrizes gerais da lei, sendo mantidas, mesmo em relação a elas, as regras constantes dos artigos 2º ao 8º, 11 e 12 e 27<sup>14</sup>. No âmbito federal, o Decreto nº 8.945/2015 estabelece as diretrizes do tratamento diferenciado a ser concedido às empresas estatais federais<sup>15</sup>.

## 2.2. Alcance do regime societário das estatais

A Lei das Estatais faz um corte preciso entre as estatais – empresas controladas pelo Estado – e empresas privadas nas quais o Estado apenas atua como investidor – empresas não controladas pelo Estado ou “sociedades privadas”, de acordo com a terminologia do artigo 2º, VI, do Decreto nº 8.945/2016. Vale ressaltar que o §7º do artigo 1º define a “mera participação” ou investimento como a situação em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não tenham o controle acionário da sociedade investida.

Como se pode observar, a noção de controle é o ponto de partida para a definição das estatais, motivo pelo qual podem ser assim consideradas, para efeitos da aplicação do regime previsto na Lei nº 13.303/2016:

- (i) as sociedades de economia mista e empresas públicas;
- (ii) as sociedades controladas por estatais, denominadas pelo Decreto nº 8.945/2016 de “subsidiárias”<sup>16</sup>, o que se estende às sociedades de propósito específico (§6º do art. 1º); e

---

<sup>13</sup> Vale mencionar o exemplo do Decreto nº 62.349/2016, do Estado de São Paulo, que afastou a aplicação de alguns dispositivos da lei federal para instituir regime especial às empresas estatais de menor porte.

<sup>14</sup> Caso não o façam no prazo de 180 dias, nos termos do §4º, devem ser submetidas às mesmas regras previstas para as demais estatais.

<sup>15</sup> O tratamento diferenciado conferido pelo decreto às estatais de menor porte (arts. 51 a 57) consiste, em suma, na definição de parâmetros diversos para a composição dos seus órgãos, dispensando ou mitigando exigências do regime geral.

<sup>16</sup> A lei é clara ao afirmar que o regime jurídico nela previsto aplica-se igualmente às subsidiárias, sendo o seu artigo 1º expresso no sentido de que “Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa

(iii) as sociedades controladas por subsidiárias, que também serão consideradas também subsidiárias<sup>17</sup>.

A lei também determina a aplicação do regime nela previsto aos consórcios em que as estatais apareçam como operadoras (§5º do art. 1º).

Não obstante a preocupação do legislador em oferecer uma diferenciação precisa entre as estatais e as sociedades privadas em que o Estado é investidor, subsistem dúvidas sobre o tema. A primeira delas refere-se ao critério do controle para a identificação das subsidiárias, já que a lei menciona apenas o “controle acionário”, enquanto o decreto exige a maioria do capital votante - controle majoritário -, afastando conseqüentemente o controle minoritário<sup>18</sup>.

Se é certo que o decreto não pode contrariar a lei, pode-se argumentar, em defesa da legalidade da regulamentação, que esta acolheu o critério de controle majoritário previsto na própria lei para a definição das sociedades de economia mista e empresas públicas<sup>19</sup>. Dessa maneira, até por uma questão de simetria, também se exigiria o controle majoritário para a definição das subsidiárias, de modo que a expressão "controle acionário", mencionada pelo §7º do artigo 1º da Lei nº 13.303/2016, apenas poderia ser interpretada nesse sentido.

---

pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.(...) As subsidiárias, por sua vez, são descritas pelo artigo 2º, IV, do Decreto nº 8.945/2016.

<sup>17</sup> O Decreto nº 8.945/2016 define define subsidiária a partir da titularidade direta ou *indireta* da maioria do capital votante (art. 2º, IV).

<sup>18</sup> Com efeito, o artigo 1º, §7º, da Lei nº 13.303/2016 é claro ao utilizar o critério do controle acionário, o que englobaria as suas três espécies - controle totalitário, controle majoritário e controle minoritário - afastando apenas os controles não acionários, como o gerencial e o externo. Entretanto, o artigo 2º, IV, do Decreto nº 8.945/2016 é claro ao afastar o controle minoritário, na medida em que exige que a maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a alguma estatal.

<sup>19</sup> Como já se esclareceu anteriormente, o artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 13.303/2016 define a empresa pública a partir da propriedade da maioria do capital votante por ente federativo, enquanto que o artigo 4º define a sociedade de economia mista a partir da propriedade da maioria do capital votante por ente federativo ou entidade da administração indireta.

De toda sorte, uma conclusão é certa: por mais que se saiba que a identificação do controle minoritário seja tormentosa, não há razão legítima para afastar a existência de subsidiária estatal sempre que ele estiver presente, observação que se projeta igualmente sobre a própria definição de empresa pública e sociedade de economia mista, que não deveria se basear apenas no controle majoritário.

Outra discussão é saber se a Lei das Estatais se aplica quando a estatal participa de controle conjunto, hipótese que foi confirmada por recente decisão da CVM, que entendeu ser necessário que as exigências da nova lei se imponham igualmente na indicação de administradores de sociedades privadas controladas em conjunto por empresas estatais e privadas<sup>20</sup>.

Por outro lado, é importante esclarecer que a lei também procura abranger, ainda que de forma menos rígida, a governança das sociedades privadas em que o Estado é mero investidor, sem qualquer poder de controle. Tais sociedades devem estar submetidas a uma série de práticas de governança e obrigações de transparência e controle do risco, nos termos do §7º do artigo 1º, que cria obrigações de menor extensão mas, ainda assim, bastante rigorosas para o controle dos investimentos dos entes públicos, sempre proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Foi o que entendeu a CVM em caso no qual a Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG) indicou integrante de comitê de campanha nas eleições presidenciais de 2014 para o cargo de conselheiro da Light, empresa privada não submetida à Lei nº 13.303/2016. Dessa forma, concluiu a CVM que, ainda que a Light não estivesse submetida ao regime do diploma de 2016, a CEMIG, sociedade de economia mista, deve observar as regras de governança constantes da Lei nº 13.303/2016 e, por isso, não poderia indicar integrante de comitê de campanha. Ver: CVM, Pedido de interrupção do curso de prazo de antecedência de convocação de Assembleia Geral Extraordinária - Light S.A., Reg. nº 0476/16, Rel. SEP, Data de Julgamento: 27.12.2016, Data de Publicação: 27.12.2016.

<sup>21</sup> O artigo 8º do Decreto nº 8.945/2016 submete a participação de estatais em sociedades privadas aos seguintes requisitos: (i) prévia autorização legal, que poderá constar apenas da lei de criação da estatal investidora; (ii) vinculação com o objeto social da estatal investidora; e (iii) autorização do Conselho de Administração, na hipótese de a autorização legislativa ser genérica (art. 8º). O decreto exige igualmente que cada estatal tenha uma política de participações societárias, devidamente aprovada pelo Conselho de Administração, para dar cumprimento ao §7º, do artigo 1º, da lei (art. 9º).

Uma falha do arcabouço normativo sobre a questão foi a de ser omissivo sobre as hipóteses em que o investimento estatal, apesar de não corresponder à maioria do capital votante ou mesmo ao controle, diferencia-se do mero investimento passivo, como nos casos de influência significativa ou nas hipóteses em que o ente público apresenta poderes diferenciados<sup>22</sup>.

Tais situações, que ocupam posições intermediárias entre o controle e o mero investimento passivo, também exigiriam um olhar mais atento do legislador para que, além dos critérios já previstos no artigo 1º, §7º, da Lei nº 10.303/2016 – relevância, materialidade e riscos do investimento –, o grau de ingerência e influência do Estado na sociedade investida também fosse um critério importante para se estabelecer a proporcionalidade das práticas de governança e controle a serem exigidas nos casos de participações societárias não majoritárias ou que não levem ao exercício do controle por parte do Estado.

### **3. Visão sistemática do regime societário das estatais: objeto social e interesse social das estatais a partir da Constituição Federal e da Lei das S/A**

Antes de adentrar no exame específico do novo regime societário das estatais, é importante advertir que ele só pode ser entendido a partir de dois parâmetros que são a base da governança de qualquer sociedade empresária: o objeto social e o interesse

---

<sup>22</sup> Conforme indicam Musacchio e Lazzarini (*Reinventando o capitalismo de estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países* [edição eletrônica]. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015), muito embora a participação estatal minoritária possa atenuar o grau de intervenção política na companhia, o Estado ainda pode dispor de mecanismos de interferência residual, consubstanciados tanto na confluência de atores associados ao poder público participando de uma mesma empresa – fundos de pensão, fundos soberanos, bancos de desenvolvimento, entre outros – quanto em alavancas de controle residual como *golden shares*, classes especiais de ações com poderes políticos desproporcionais (a exemplo do direito a veto), entre outros. Apontam os autores, com isso, que a interferência residual do Estado investidor minoritário pode, na verdade, representar influência significativa do poder público na condução dos negócios da empresa. Tais poderes exorbitantes podem, dessa maneira, tornar o Estado investidor minoritário formalmente majoritário.

social. Como tais discussões transcendem a Lei nº 13.306/2016, até porque têm suporte normativo na Constituição Federal e na Lei das S/A<sup>23</sup>, devem ser inicialmente bem delimitadas, sem o que não se poderá compreender o alcance de várias das regras de governança criadas pela Lei nº 13.303/16.

Enquanto o objeto social define a atividade de uma sociedade empresária personificada, o interesse social é o parâmetro que conforma os fins e os meios pelos quais tal atividade deve ser exercida, diante dos valores ou objetivos maiores que justificam a existência da própria sociedade<sup>24</sup>.

Sob essa perspectiva, o “interesse social” é a baliza estrutural e valorativa da gestão das sociedades empresárias, cujos desdobramentos filosóficos e técnico-operacionais estão em constante interpenetração. Por essa razão, a expressão “interesse social” será utilizada neste estudo apenas em seu sentido técnico, vinculado ao direito societário, recorrendo-se à expressão “interesse público” quando se quiser mencionar o interesse do Estado ou da comunidade como um todo.

Quanto ao objeto, a criação das estatais não é livre, uma vez que restrita pela própria Constituição, ao afirmar, em seu artigo 173,

---

<sup>23</sup> Para a melhor compreensão do cenário jurídico anterior à Lei nº 13.303/2016, ver FRAZÃO, Ana. O que esperar da Lei nº 13.303/2016? O novo diploma realmente resolverá o problema da gestão das estatais? *Jota*. 1º fev. 2017b. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/>>

<sup>24</sup> Embora se trate de conceito de difícil definição, o interesse social sempre foi associado à finalidade última da atividade empresarial (FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 60). A noção de interesse social, contudo, foi elaborada de maneiras diversas ao longo dos tempos, destacando-se o embate entre concepções contratualistas e institucionalistas. A abordagem contratualista do interesse social, estruturada no século XIX, parte do pressuposto de que o interesse social corresponderia ao interesse dos próprios acionistas (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 64). Com a derrocada do Estado Liberal, foram dados os primeiros passos para a construção de uma abordagem institucionalista do interesse social, a partir de perspectiva que considera as pessoas jurídicas como “núcleos sociais autônomos destinados a atender finalidades socialmente úteis em torno das quais os indivíduos se unem e criam uma organização” (FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 110-118). Uma das consequências da nova abordagem, que passou igualmente pela influência da função social da empresa, foi a de considerar que o interesse social deve abranger interesses outros que não apenas os dos acionistas e que “a racionalidade empresarial precisa direcionar-se igualmente para o atendimento de padrões mínimos de justiça” (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 206), ainda que haja dúvidas sobre como compatibilizar os interesses contrapostos que se projetam sobre a sociedade empresária.

que “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Trata-se, portanto, de requisito obrigatório das leis autorizadoras de criação de estatais, a ser igualmente obedecido pelos respectivos atos constitutivos, aos quais cabe o natural papel de pormenorizar de que maneira o objeto social de tais entes – que é necessariamente lucrativo – deve se compatibilizar com o interesse público específico igualmente justificador da sua existência.

É nesse sentido que Tavares Guerreiro<sup>25</sup> já procurava distinguir o interesse público específico que justificou a criação da estatal do que chamava de “interesse estatal”, que seria o interesse da controladora enquanto personificação do Estado. De acordo com o autor, o controlador da sociedade de economia mista deveria agir segundo o interesse público que justificou sua criação, não se admitindo o sacrifício do interesse social da estatal em nome de seu próprio.

Importa notar que a Lei das S/A, na mesma esteira das preocupações constitucionais, procurou também restringir o campo de criação e atuação de sociedades de economia mista, uma vez que estas estavam submetidas à exigência de que o seu objeto social fosse definido “de modo preciso e completo” pelo estatuto (art. 2º, §2º).

Como esclarece Mario Engler Pinto Jr.<sup>26</sup>, a precisão do objeto social é importante para “limitar a discricionariedade dos administradores e do acionista controlador na gestão dos negócios sociais”, tendo em vista que os fatores condicionantes advindos da lei autorizadora servem justamente para legitimar a ação empresarial pública pelo crivo do legislador. Logo, o campo de

---

<sup>25</sup> TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 22, n. 51, pp. 29-32, jul./set. 1983. p. 32.

<sup>26</sup> PINTO JR., Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 273-274.

atuação da estatal apenas poderia ser alargado por meio de nova intervenção legislativa, e não apenas decisão administrativa pautada em pretensão interesse público<sup>27</sup>.

Tanto é assim que o artigo 238 da Lei das S/A prevê que “A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

Fica claro, portanto, que o interesse público a que se refere a Lei das S/A não é aquele interesse público genérico que permeia toda a atividade administrativa, mas sim o interesse público específico que motivou a criação da estatal<sup>28</sup>. O cumprimento desse interesse público específico, segundo Floriano Marques Neto e Mariana Zago<sup>29</sup>, “é justamente fazer cumprir os fins sociais previstos em sua lei autorizadora e no seu estatuto – que, por sua vez, são executados por meio de uma estrutura empresarial”.

A menção, pelo artigo 238, aos artigos 116 e 117, especialmente na parte em que tratam da função social da empresa, não afasta as conclusões acima apontadas. Isso porque o parágrafo único do

---

<sup>27</sup> PINTO JR., Op. cit., pp. 274-275. É o que também defende Ary Oswaldo Mattos Filho (Op. cit., v. 1, pp. 448-449), para quem “[...] na medida em que o interesse público (ou interesse coletivo) seja necessariamente declarado por lei, somente por tal mecanismo poderá ser alterado. Ou seja, ninguém, a não ser a lei, poderá dizer ou modificar o interesse público que foi votado pelo Poder Legislativo e convertido em comando de lei. Imaginar-se que o interesse coletivo possa ser alterado por manifestação isolada de qualquer membro do Poder Executivo significaria a ele atribuir o poder de alterar a vontade do legislador, o que infringiria o preceito constitucional não só da divisão de poderes, mas também a letra do artigo 173 da Constituição Federal”.

<sup>28</sup> A respeito das controvérsias travadas no âmbito do Direito Administrativo a respeito da noção de interesse público e da própria ideia de supremacia do interesse público, esclarece Ary Oswaldo Mattos Filho (*Direito dos valores mobiliários*. São Paulo: FGV, 2015, v. 1, p. 448) : “De qualquer sorte, o que se tem hoje é que a discussão existente internamente nas hostes do Direito Administrativo não pode ser considerada apta a resolver de forma clara a extensão da aplicabilidade ou não do artigo 238 da Lei das Companhias no que tange ao Estado enquanto acionista controlador da companhia de economia mista. O que resta de concreto é que o interesse coletivo ou público deverá constar da lei que autoriza sua constituição, bem como do estatuto da companhia de economia mista”.

<sup>29</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas. *Revista de direito público da economia*. v. 13, n. 49, pp. 79-94, jan./mar. 2015, p. 88.



artigo 116 não cria obrigações concretas para que interesses outros que transcendam os dos acionistas sejam perseguidos e atendidos diretamente – ainda que a Lei das S/A torne isso possível, de forma facultativa, ao franquear que os órgãos da companhia autorizem a prática de atos gratuitos em benefício de empregados ou da comunidade<sup>30</sup> – nem possibilita que os gestores possam atuar de forma amplamente discricionária em nome de um pretense interesse público<sup>31</sup>.

Tais considerações são importantes para que fique claro que, mesmo no tocante às estatais, o princípio da função social da empresa e a consequente ampliação do interesse social jamais as tornaram instrumentos flexíveis para a perseguição de qualquer interesse público. Pelo contrário, a gestão das estatais – tanto o controle como a administração –, nos termos da Constituição e da Lei das S/A, apenas pode ser pautada pelo interesse público específico que justificou a sua criação.

Esse aspecto é particularmente interessante por reiterar que, independentemente da Lei nº 13.303/2016, as estatais jamais puderam desprezar, mitigar ou negligenciar a sua função lucrativa, muito menos para o fim de instrumentalizar a gestão e direcioná-la para outros fins de interesse público que não digam respeito ao fins específicos constantes da lei autorizadora<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Preceitua o texto do §4º do artigo 154 da Lei das S/A: “O Conselho de Administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.”.

<sup>31</sup> Ver FRAZÃO, Op. cit., 2017b.

<sup>32</sup> A respeito da instrumentalização de empresas estatais para a consecução de interesse público primário e geral, vale mencionar o conhecido “Caso EMAE”, apreciado pela CVM em 2015 (CMV, PAS nº 2012/1131, Relatora: Diretora Luciana Dias, Data de julgamento: 26.05.2015.), no qual se afirmou que os acionistas privados, ao investirem em sociedade de economia mista, deverão estar cientes de que a controladora poderá priorizar o interesse público na condução da companhia, porém o ente público estará submetido aos limites impostos pela Lei das S/A. No caso em questão ao Estado de São Paulo imputou-se a conduta de quebra do dever de lealdade pelo fato de utilizar o reservatório da Empresa Metropolitana de Água e Energia (EMAE, que produz e comercializa energia elétrica) como fonte para a companhia estatal de abastecimento de água (Sabesp). Com isso, o acionista controlador (estado de São Paulo) auferia benefícios que não eram compartilhados com os demais acionistas da EMAE ao utilizar-se de seus recursos de outra controlada sua, a Sabesp.

Tais balizas se estendiam já aos controladores e, ainda com maior rigor, aos administradores das estatais, pois o artigo 239, parágrafo único, da Lei das S/A é claro ao afirmar que “os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas”. Em outras palavras, os administradores também já tinham por obrigação fundamental buscar o interesse da companhia<sup>33</sup>, motivo pelo qual não poderiam levar em consideração quaisquer aspectos individuais ou critérios de interesse público geral que exorbitassem ao interesse público específico que justificou a criação da estatal.

Logo, fica também claro, a partir do arcabouço normativo anterior à Lei nº 13.303/2016, que a Lei das S/A já impossibilitava que gestores – assim entendidos tanto os controladores como os administradores de sociedades de economia mista – pudessem fazer delas o que bem entendessem ou que as transformassem em instrumentos flexíveis para atender a interesses ou políticas públicas circunstanciais<sup>34</sup>.

Mesmo em relação às empresas públicas que não adotassem a forma de sociedade anônima, apesar das maiores dificuldades e divergências para apurar o regime societário a que estavam vinculadas, a conclusão não seria diferente. Afinal, a Lei das S/A sempre foi aplicada, de forma subsidiária, para os demais tipos societários no que se refere aos parâmetros de exercício dos poderes de controladores e administradores.

O que faltava, no contexto anterior à Lei nº 13.303/2016, era, portanto, uma estrutura que assegurasse a devida aplicação do arcabouço normativo da Lei das S/A, embora tal quadro estivesse se

---

<sup>33</sup> Nesse caso, a obrigação pela busca do interesse da companhia ocorre em um nível até mais alto, já que, mesmo nas companhias privadas, os administradores não exercem propriamente direitos subjetivos e sim competências funcionais, na medida em que “todos os seus poderes lhes são dados para o atendimento de interesses outros que não os seus próprios” (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 252).

<sup>34</sup> Tanto não houve ruptura com o regime anterior que a Lei nº 13.303/2016 não revogou a parte da Lei das S/A que trata das sociedades de economia mista.

modificando mais recentemente<sup>35</sup>. Afinal, a escolha pelo modelo da sociedade empresária, mais especificamente de sociedade anônima, já impunha restrições à liberdade do Estado, sendo imperiosa a manutenção da finalidade lucrativa da empresa e que o Estado agisse de acordo com o padrão esperado dos agentes do mercado.

Como lembra Marçal Justen Filho<sup>36</sup>, “nenhuma escolha administrativa pode ser legitimada mediante a pura e simples invocação de um pretense ‘poder discricionário’ [...] de fazer o que bem entender”. Tendo em vista o dever do Estado de obter a maior rentabilidade possível quando explora atividade econômica, acrescenta o autor que o ente estatal não poderia, por exemplo, sob a alegação de escolha discricionária, ignorar o potencial de negócios existente em determinada atividade de serviço público<sup>37</sup>.

Dessa maneira, quando o Estado resolve ser agente econômico e ainda mais captar poupança popular para tal – como ocorre quando adota a sociedade anônima aberta –, a busca do interesse público deve obviamente ser compatibilizada com os princípios que regem as sociedades empresárias. Em outras palavras, o interesse social das estatais apenas pode ser entendido a partir da compatibilização entre os interesses dos acionistas e do interesse público específico que justificou a criação da estatal, como será mais bem explicado nos tópicos seguintes.

---

<sup>35</sup> Importante exemplo da aplicação das normas da Lei das S/A às sociedades de economia mista e da limitação do poder de controle das pessoas jurídicas de direito público baseado na noção de interesse público pode ser verificado do voto da Diretora Luciana Dias no Processo Administrativo Sancionador nº 2013/6635, o conhecido “caso Eletrobras”, em que se entendeu que a União exerceu seu direito de voto como controladora tendo interesse conflitante com o da companhia, o que não seria admitido.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 415-416.

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Op. cit., pp. 415-416.

#### **4. Lei nº 13.303/2016: objeto social e interesse social das estatais a partir da delimitação explícita da sua função social**

Antes de adentrar no exame específico do regime societário das estatais, tratado pela Lei nº 13.303/2016 em seu Capítulo II, que vai dos artigos 5º ao 26, é importante advertir que, tal como se verá adiante, só se pode entender o referido regime a partir de algumas normas gerais do Capítulo I (Disposições preliminares) e do Capítulo III (Da função social da empresa pública e da sociedade de economia mista), que serão examinadas nesta seção.

##### **4.1. Reforço da importância da lei autorizadora e dos estatutos na delimitação do objeto social e previsão da carta anual para a sua execução**

Já se viu que, diante da Constituição e da Lei das S/A, a gestão das estatais precisa estar adstrita ao seu objeto social e ao interesse social. Entretanto, diante da pouca eficácia deste arcabouço normativo, a Lei das Estatais buscou pormenorizar e tornar ainda mais taxativos tais compromissos.

Com efeito, a Lei nº 13.303/2016 dá grande importância à lei autorizadora<sup>38</sup> e aos estatutos das estatais, que devem estabelecer com cuidado o objeto social e o interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que justificou a criação da estatal, dando aplicabilidade efetiva ao artigo 173 da Constituição<sup>39</sup>. Reitera, por igual, que o interesse público que justifica a sua existência deve ser específico, determinado e justificado, o que exige até mesmo a

---

<sup>38</sup> É interessante notar que o Decreto nº 8.945/2016 faz menção, em seu artigo 4º, à possibilidade de constituição de estatal por meio de aquisição ou assunção de controle acionário majoritário, o que igualmente dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional que justifique a sua constituição.

<sup>39</sup> Aliás, o Decreto nº 8.945/2016 procura reforçar a estatura constitucional do interesse público específico que justificou a criação das estatais, mencionando expressamente o artigo 173 da Constituição sempre que se refere à constituição das estatais, como ocorre em seus artigos 4º e 5º.

adequação dos estatutos sociais de companhias criadas antes da lei, nos termos do inciso II do artigo 8<sup>o</sup><sup>40</sup>.

Dando prosseguimento ao esforço de explicitar a necessária adstrição do objeto social das estatais ao interesse público específico constante da lei autorizadora, o Decreto n<sup>o</sup> 8.945/2016 determina que “O estatuto social da empresa estatal indicará, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição” (art. 5<sup>o</sup>) e que “A subsidiária deverá ter objeto social vinculado ao da estatal controladora” (art. 7<sup>o</sup>, parágrafo único)<sup>41</sup>.

Não obstante a importância do estatuto social para a delimitação do objeto social, a Lei das Estatais cria também novos instrumentos para assegurar a sua observância. Um importante exemplo, que será desdobrado adiante, é a chamada *carta anual*, já que prevê o §1<sup>o</sup> do artigo 8<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 13.303/2016, que:

[...] o interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput.

Nesse sentido, a carta anual tem a importante função de assegurar a transparência e a *accountability* da realização do objeto

---

<sup>40</sup> Conforme exposto por André Guskow Cardoso (Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104), as disposições contidas no artigo 8<sup>o</sup> da Lei das Estatais promovem uma forma permanente e periódica de verificação da compatibilidade entre o estatuto social e a legislação de criação das empresas. Segundo o autor, “Não é possível haver divergência entre o estatuto social e a lei de criação da empresa estatal. Deve haver uma relação de adequação e compatibilidade. Isso não significa que o estatuto não possa estabelecer um regime mais detalhado a respeito do funcionamento e atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista. Porém, afasta o cabimento de previsões estatutárias incompatíveis com o previsto na lei de criação”.

<sup>41</sup> Embora submeta a criação de subsidiárias igualmente à autorização legislativa, o decreto admite que esta pode estar prevista na lei de criação da estatal controladora (art. 6<sup>o</sup>), reiterando que, se a autorização for genérica, o Conselho de Administração deverá autorizar, de forma individualizada, a constituição de cada subsidiária, sempre com objeto social vinculado ao da controladora (art. 7<sup>o</sup>).

social e da persecução do interesse público específico que justificou a criação da estatal de forma compatível com o seu propósito lucrativo.

Ao se utilizar da expressão “alinhamento”, a lei impõe que a gestão se guie pela necessária convergência entre o objeto social e o interesse público específico, obrigando-a a encontrar pautas de ação que compatibilizem esta última com a atividade lucrativa. Embora tal obrigação já decorresse necessariamente do artigo 238 da Lei das S/A, a Lei nº 13.303/2016 deixou-a ainda mais clara.

O §1º do artigo 8º da Lei nº 13.303/2016 reforça, portanto, a necessidade de estruturas procedimentais que possibilitem que as estatais preservem seu potencial lucrativo ao mesmo tempo em que tenham capacidade para implementar as políticas contidas em seu objeto social<sup>42</sup>.

Não é sem razão que o §2º do artigo 8º exige que obrigações e responsabilidades das estatais que sejam assumidas em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor estejam claramente definidas em lei, regulamento ou convênio, bem como tenham seus custos e receitas discriminados e divulgados de forma transparente. Ao assim fazer, a lei cria uma espécie de alerta em relação a tudo que se diferencie das práticas de mercado adotadas pelas empresas do setor privado.

Tem-se, pois, que a Lei nº 13.303/2016 reforçou o caráter híbrido das estatais, nas quais há mescla de interesses públicos específicos e privados, o que tem evidentes e naturais

---

<sup>42</sup> Vale transcrever trecho da obra de Mario Engler Pinto Jr. (PINTO JR., Op. cit., p. 318): “O conflito entre objetivos aparentemente díspares (finalidade lucrativa e missão pública) não se resolve com a abolição de nenhum deles, como ingenuamente se costuma propor. Não se trata de subordinar incondicionalmente a finalidade lucrativa à realização da missão pública, nem tampouco libertar a empresa estatal para gerar ilimitadamente valor a seus acionistas (público e privado). A saída está em considerar normal a convivência entre interesses divergentes no âmbito da companhia mista, como propõe a teoria organizativa. Tais interesses, por seu turno, devem ser reconciliados pelas estruturas procedimentais internas, mediante o arbitramento da margem de lucro ideal, sem necessariamente suprimi-la nem maximizá-la, para que a empresa estatal também tenha capacidade financeira para implementar as políticas públicas compreendidas no objeto social”.

desdobramentos sobre a gestão, que precisará encontrar o “alinhamento” e a harmonização entre esses aspectos.

Trata-se de situação que encontra paralelo com a das atuais *benefit corporations*<sup>43</sup>, com a diferença de que estas são companhias totalmente privadas que se propõem igualmente a atender finalidades sociais específicas<sup>44</sup>.

#### 4.2. Delimitação clara e precisa da função social das estatais

Outra importante inovação da Lei nº 13.303/2016 foi a delimitação do que pode ser considerado a função social da empresa estatal, dando maior concretude a princípio que costuma ser muito amplo e fugidio e, exatamente por isso, visto como algo que pode aumentar indevidamente a discricionariedade da gestão, tornando-a insuscetível de qualquer controle ou *accountability* mais efetivos<sup>45</sup>.

Nesse sentido, o artigo 27 afirma que “a empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do

---

<sup>43</sup> As *benefit corporations* são tipos empresariais verificados no direito comparado que se caracterizam por sua hibridéz, na medida em que aliam a finalidade de lucro a determinada atividade filantrópica. Trata-se de fruto do crescimento da importância dos direitos difusos e da compreensão de interesses de sujeitos diversos dos sócios na noção de interesse social. “A adoção de formas híbridas acabou por se apresentar como uma resposta às pressões exercidas pela sociedade civil sobre o empresariado para a implementação de práticas socialmente responsáveis, de maneira a demonstrar o interesse dos *stakeholders* em interagir com empresas que se comprometessem com áreas de interesse público” (FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana. *Constituição, Empresa e Mercado* [livro eletrônico]. Brasília: FD/UnB, 2017, p. 220).

<sup>44</sup> A criação de um dever acentuado de transparência, a figurar entre os deveres de cuidado, lealdade, e boa-fé, consiste em uma das principais características do regime norte-americano de *benefit corporations*, na medida em que é o que permite que se verifique o cumprimento de sua “dupla missão”, isto é, a busca pelo lucro e a persecução de finalidade de interesse público. “A estratégia das *benefit corporations* foi a ampliação dos deveres de transparência, para além dos já existentes deveres de cuidado, lealdade e boa-fé. O grau de *accountability* que delas se requer serve não somente para o monitoramento do cumprimento da finalidade de interesse público, com vistas a evitar a apropriação indevida do rótulo de empresa social (o chamado *greenwashing*, no caso das iniciativas vinculadas ao meio ambiente), mas também para colaborar com o levantamento de capital desses entes, sinalizando para a sociedade – consumidores, investidores, potenciais empregados e parceiros de negócios – que aquela *benefit corporation* efetivamente está gerando um retorno social substancial” (FRAZÃO; PRATA DE CARVALHO, Op. cit., p. 222).

<sup>45</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 266-267.

interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”<sup>46</sup>. Ao assim determinar, o artigo vincula a função social da empresa estatal à consecução do objetivo específico, constante da lei autorizadora que justificou a sua criação<sup>47</sup>, evitando que o princípio possa ser invocado para a indevida flexibilização do objeto social ou do interesse social da estatal.

Sob a perspectiva exclusiva do *caput* do artigo 27, seria até questionável a possibilidade da implementação de políticas de responsabilidade social<sup>48</sup> pelas estatais, tal como permite o §4º do artigo 154 da Lei das S/A<sup>49</sup>. Afinal, se a Lei nº 13.303/2016 quis realmente reduzir a discricionariedade da gestão das estatais, uma primeira interpretação seria a de que outros interesses que não façam parte do objeto social não poderiam ser diretamente atendidos, ao contrário do que poderia haver mesmo em relação a uma companhia privada.

Todavia, a própria Lei nº 13.303/2016 faz algumas exceções no sentido da possibilidade do atendimento de outros interesses, desde que observadas exigências rigorosas. É o que se verifica pelo §1º do artigo 27, segundo o qual mesmo investimentos em prol da inovação e de benefícios ao consumidor devem estar atrelados ao objeto da companhia. Logo, mesmo quando admite medidas em

---

<sup>46</sup> O dispositivo é praticamente reproduzido pelo artigo 44 do Decreto nº 8.945/2016.

<sup>47</sup> Ver também, nesse sentido: TONIN, Mayara Gasparotto. Função social das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 278-279.

<sup>48</sup> A responsabilidade social consiste, em suma, no “engajamento consciente e pessoal [da empresa] em matérias sociais, sendo caracterizada, portanto, pela voluntariedade” (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 137). Ver também, no mesmo sentido: FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Op. cit.

<sup>49</sup> A nova e mais ampla noção de interesse social das companhias oferecida pelo institucionalismo leva à importante consequência: “a necessária legitimação da responsabilidade social voluntária, para o fim de se considerarem lícitas e pertinentes ao interesse social as doações e atividades altruístas das sociedades empresárias, tanto no que se refere aos interesses internos como aos externos, salvo em casos de manifesta desproporção ou da possibilidade de comprometimento da própria realização do objeto social ou da manutenção da empresa” (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 212). Nesse sentido, desde que sejam apropriadas e razoáveis, a função social da empresa impõe que iniciativas como as prescritas pelo §4 do artigo 154 da Lei das S/A sejam consideradas compatíveis com o interesse social.



benefício dos consumidores ou da inovação, em prol da tecnologia brasileira, a lei exige que tais objetivos sejam atingidos, respectivamente, de forma “economicamente sustentada” e “economicamente justificada”. Fica claro, assim, que tais ações não podem decorrer de meras liberalidades, doações ou subsídios, mas precisam ser inseridas no contexto da racionalidade empresarial que caracteriza tais entes.

Da mesma maneira, o §2º do artigo 27 determina que “a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam”. Dessa maneira, as ações de responsabilidade social são autorizadas, desde que de acordo com as práticas já assentadas no mercado ou determinadas pelos órgãos de autorregulação.

Ainda prevê o §3º do artigo 27 que:

[...] a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento da sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta lei.<sup>50</sup>

O artigo mencionado deixa muito claro que, se a estatal quiser investir em outras atividades fora do seu objeto social, deve fazê-lo por meio de convênio ou patrocínio, sendo que tais atividades precisam ser comprovadamente vinculadas ao fortalecimento da sua marca. É necessário, portanto, que haja contrapartida econômica, o que mostra a importância conferida pelo diploma à questão da sustentabilidade econômica da empresa, reforçando a sua natureza lucrativa.

---

<sup>50</sup> O Decreto nº 8.945/2016 disciplina, nos §§ 3º e 4º do artigo 44, os parâmetros dos referidos convênios.

Tais previsões específicas pretendem aumentar o cuidado com a utilização das receitas e com a adoção de determinadas políticas de gestão das estatais, pois todas elas precisam ser justificadas diante do objeto social e do interesse social da companhia, sem jamais perder de vista os interesses da comunhão acionária e da sustentabilidade e manutenção lucrativa da atividade empresarial<sup>51</sup>.

Fora do seu objeto social, mesmo as iniciativas de responsabilidade social voluntária devem ser justificadas de acordo com as práticas do mercado e, em qualquer caso, ser compatíveis com os propósitos lucrativos, gerando as contrapartidas necessárias para a estatal também do ponto de vista da racionalidade econômica.

Dessa maneira, é fácil observar que, ao contrário do contexto anterior à Lei nº 13.303/2016, em que, na prática, as estatais eram geridas de forma mais “frouxa” do que as companhias privadas<sup>52</sup>, após a nova lei, as primeiras passaram a ser submetidas a regime mais rígido do que o das segundas, na medida em que o regime das estatais restringe consideravelmente a discricionariedade da gestão, especialmente em se tratando de liberalidades e de outras atividades não vinculadas diretamente ao objeto social.

A função social das estatais, longe de poder ser invocada para a flexibilização da gestão, é agora um princípio que restringe a gestão tanto em relação aos fins como em relação aos meios. Fora das hipóteses legalmente descritas, a função social das estatais apenas pode ter como efeito concreto o de ampliar o dever de diligência dos gestores diante dos terceiros, a fim de evitar danos desproporcionais a todos os grupos cujos interesses se projetam sobre a empresa estatal. Afinal, tem-se aí uma consequência direta do princípio constitucional que não poderia ser indevidamente restringida pela lei<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Ver, nesse sentido: FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 214-220.

<sup>52</sup> Ver, nesse sentido: WALD, Op. cit.

<sup>53</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 203-211.

Consequentemente, resguardadas as exceções previstas pela própria lei, as estatais não podem mais atender diretamente, por meio de ações positivas, outros interesses não vinculados diretamente ao objeto social, ainda que possam ser considerados como parte do interesse público geral ou coletivo, especialmente quando isso se der em prejuízo das atividades que, aí sim, devem ser por elas exercidas.

Por mais irônico que seja, a nova Lei das Estatais torna a perseguição do interesse coletivo ou do interesse público geral mais difícil para as estatais do que para as companhias privadas em geral, pois enquanto estas possuem considerável autonomia para fazê-lo, desde que atendido o requisito da razoabilidade (art. 154, §4º, da Lei das S/A), as estatais passam a estar submetidas às regras específicas do artigo 27 da Lei nº 13.303/2016.

## **5. Regime societário específico das estatais**

Como já se esclareceu anteriormente, a Lei nº 13.303/2016 pretende uniformizar o regime jurídico básico das estatais. Além disso, em se tratando de sociedades anônimas abertas, é inequívoco que estarão submetidas igualmente às normas da legislação específica<sup>54</sup>.

Diante da preocupação em criar um “núcleo duro” de organização e de gestão para todas as estatais, pouco importa se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública e pouco importa o modelo societário eventualmente adotado por esta última: todas as estatais terão que se submeter às mesmas regras gerais no

---

<sup>54</sup> De acordo com o §3º do artigo 8º da lei, “Além das obrigações contidas neste artigo, as sociedades de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeitam-se ao regime informacional estabelecido por essa autarquia e devem divulgar as informações previstas neste artigo na forma fixada em suas normas” Certamente que há normas específicas que visam a compatibilizar algumas características específicas de tais estatais. Vale ressaltar ainda o artigo 11, que veda à empresa pública emissão de debêntures ou outros títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, bem como partes beneficiárias.

que diz respeito à governança corporativa, à transparência, à gestão de riscos e controle interno e à organização<sup>55</sup>.

A seguir, serão abordados os quatro eixos principais elencados pelo artigo 6º da Lei n 13.303/2016, a saber: (i) governança corporativa; (ii) transparência; (iii) gestão de risco e controle interno; e (iv) organização. Adianta-se, desde já, que todos os eixos estão interrelacionados e apresentam diversas áreas de conexão e sobreposição.

### 5.1. Regime de governança corporativa

Segundo o *Código de Melhores Práticas* do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, “Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, Conselho de Administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”<sup>56</sup>. A governança corporativa, assim, diz respeito ao conjunto de mecanismos implantados no âmbito de uma empresa com vistas a orientar decisões estratégicas e imprimir um padrão de transparência à sua condução<sup>57</sup>.

A governança corporativa é, em grande medida, utilizada para administrar os conflitos entre o controlador e os minoritários e entre os administradores e acionistas<sup>58</sup>. Várias de suas soluções

---

<sup>55</sup> Por essa razão, o artigo 6º é claro ao prever que “O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para a sua proteção, todos constantes desta Lei”.

<sup>56</sup> IBGC, *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015, p. 20.

<sup>57</sup> Nesse sentido, ver: LAZZARINI, Sérgio G.; MUSACCHIO, Aldo; PARGENDLER, Mariana. O Estado como acionista: desafios para a governança corporativa no Brasil. In: FONTES FILHO, Joaquim Rubens; LEAL, Ricardo Pereira Câmara. *O futuro da governança corporativa: desafios e novas fronteiras*. São Paulo: IBGC, 2013, p. 79.

<sup>58</sup> Importa notar que tais práticas relacionam-se muito mais com a visão de interesse social contratualista do que com a institucionalista, pois pretendem administrar as tensões inerentes à comunhão acionária e as travadas entre esta e a gestão.

foram incorporadas à Lei das S/A após a reforma introduzida pela Lei nº 10.303/2001<sup>59</sup> e várias outras são buscadas pela via da autorregulação, como se observa pelos níveis de governança corporativa da BM&FBovespa e pelo Novo Mercado<sup>60</sup>, iniciativa da qual participam também diversas empresas estatais<sup>61</sup>.

Até em razão de se tratar de um tema mais desenvolvido e que dialoga com outros regimes – como o de transparência e gestão de riscos e controle interno –, o legislador de 2016 aqui foi mais parcimonioso, não prevendo explicitamente o conteúdo das

---

<sup>59</sup> Segundo Norma Parente (Principais inovações introduzidas pela Lei nº 10.303, de 31 de Outubro de 2001, à Lei de Sociedades por Ações. In: LOBO, Jorge. *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da lei nº 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 14-15), a lei de 2001 constituiu avanço significativo no campo da governança corporativa, tendo representado “a convergência dos interesses de acionistas controladores e minoritários, dentro do que foi possível no momento. De acordo com a autora, “a reforma contém regras mínimas de proteção aos minoritários, mas nada impede que a companhia amplie tais direitos. As companhias que assim agirem estarão valorizando seu maior ativo, que é o conjunto de seus acionistas”.

<sup>60</sup> O Novo Mercado surge como iniciativa da BM&FBovespa – e, portanto, iniciativa autorregulatória – para incentivar a implementação de determinados valores de governança corporativa entre as companhias mediante a criação de estrato especial do mercado de capitais que destaque as empresas que adotarem tais práticas. Segundo Calixto Salomão Filho (*O novo direito societário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 57-59), o Novo Mercado se sustenta em três fundamentos: (i) a informação completa, na medida em que os requisitos de informação previstos pelo Novo Mercado vão além dos previstos na lei societária; (ii) o reforço das garantias patrimoniais dos minoritários no momento de saída da sociedade; e (iii) as chamadas proteções estruturais, a saber: (a) a previsão de existência apenas de ações ordinárias, o que torna mais claro o controle único, na medida em que obriga o controlador a gastar mais caso queira manter o controle; e (b) a previsão de resolução de todos os conflitos oriundos do Novo Mercado por meio de arbitragem. Iniciativas diversas são os níveis da Bovespa, que apresentam características distintas do Novo Mercado. O Nível 2 da Bovespa é relativamente similar ao Novo Mercado, porém existe a ressalva de que as empresas podem dispor de ações preferenciais e há previsão de *tag along* de 100% do preço pago pelas ações ordinárias do controlador em eventual alienação do controle. No Nível 2, as ações preferenciais também conferem direito de voto a seus detentores em situações específicas como a aprovação de fusões e aquisições. No caso do Nível 1, impõem-se tão somente deveres de transparência que transcendem os exigidos em lei.

<sup>61</sup> São empresas estatais listadas no Novo Mercado: (i) BB Seguridade Participações S.A.; e (ii) Companhia de Saneamento de Minas Gerais S.A. – COPASA. São empresas listadas no Nível 1 da Bovespa: (i) Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. – Banrisul; (ii) Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica S.A. – CEEE-D (RS); (iii) Companhia Energética de Minas Gerais S.A. – Cemig; (iv) Companhia Energética de São Paulo S.A. – CESP; (v) Cia Paranaense de Energia S.A. – COPEL; (vi) Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras; e (vii) Cia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista S.A. – CTEEP. A única empresa estatal listada no Nível 2 da Bovespa são as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – CELESC. A respeito da diferença entre os estratos de governança corporativa da Bovespa, ver nota anterior.

obrigações a serem atendidas pelas estatais, salvo no que diz respeito à obrigação de divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores (art. 12, I), tema que será examinado ao se tratar do regime de transparência.

Quanto ao mais, a lei se restringiu a exigir a obrigação de adequar constantemente as práticas da estatal ao Código de Conduta e Integridade e também ao que chama de “outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta lei” (art. 12, II). No que diz respeito ao Decreto nº 8.945/2016, este também se limitou a mencionar que a adequação das práticas de governança corporativa devem se dar em observância ao estabelecido pela Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR, que igualmente dispõe sobre parâmetros para o regime de integridade e gestão de riscos<sup>62</sup>.

Independentemente da regulamentação, dentre os requisitos de transparência impostos às estatais pela Lei nº 13.303/2016, figura a chamada *carta anual de governança corporativa* (art. 8º, inciso IX), que deve ser amplamente divulgada ao público em geral, com base nas informações descritas no artigo 8º, inciso III, como se verá adiante.

Importa notar que o Conselho de Administração, na forma do artigo 18, inciso I, recebeu a competência para “discutir, aprovar e

---

<sup>62</sup> Exemplo de norma da CGPAR relevante à governança corporativa das estatais é a Resolução nº 18/2016, que estabeleceu para as empresas estatais federais a obrigatoriedade de implementação de políticas de conformidade e gerenciamento de riscos adequadas a seu porte, natureza e atividades de desenvolvidas. Na referida Resolução, determina-se a criação e manutenção de áreas dedicadas à gestão e operacionalização dessas políticas, definindo também as suas atribuições. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Controladoria-Geral da União, por meio da Instrução Normativa Conjunta nº 01/2016, estabeleceram princípios gerais a respeito dos controles internos, gestão de riscos e governança corporativa a serem observados no setor público, prevendo a gestão integrada desses fatores por intermédio da criação, por parte dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, de Comitês de Governança, Riscos e Controle encarregados da definição de tais políticas, o que sem dúvida pode ser compatibilizado com o disposto no Estatuto das Empresas Estatais. Ver: OLIVEIRA, Fernão Justen; MAIA, Fernanda Caroline. O Conselho de Administração nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174.

monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes”.

Por fim, o parágrafo único do artigo 12 também possibilita a adoção da arbitragem para a solução de divergências entre acionistas e a sociedade ou entre controladores e minoritários, nos termos previstos no estatuto social, norma que vem na esteira da Lei de Arbitragem editada em 2015 (Lei nº 13.129/2015), cujo artigo 1º, em seu §1º, prevê que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. O referido dispositivo da Lei nº 13.303/2016, vale lembrar, refere-se diretamente à chamada arbitragem interna, que concerne especificamente aos conflitos societários, estando todos os órgãos societários, além de seus titulares, vinculados a eventual convenção de arbitragem inserta no estatuto social da empresa<sup>63</sup>.

## 5.2. Regime de transparência

Partindo da premissa de que a transparência é uma das mais eficientes soluções para evitar a prática de ilícitos, a Lei nº 13.303/2016 pretende alargar e pormenorizar as obrigações correspondentes. É importante ressaltar que mesmo as estatais de pequeno porte estão sujeitas às obrigações de transparência descritas no artigo 8º, nos termos do §1º, do artigo 1º, da lei de 2016.

Em primeiro lugar, a Lei nº 13.303/2016 estende a todas as estatais as disposições da Lei das S/A e da CVM sobre escrituração e

---

<sup>63</sup> Ver, em maiores detalhes: TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 588-591. A respeito da arbitrabilidade de conflitos societários, ver: STJ, REsp 1.331.100/BA, 4ª Turma, Rel. Min. Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 17/12/2015, Data de Publicação: DJe 22/02/2016. Sobre a aplicabilidade da arbitragem a sociedades de economia mista, ver: STJ, REsp 606.345/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 17/05/2007, Data de Publicação: DJ 08/06/2007.

demonstrações financeiras<sup>64</sup>, inclusive no que diz respeito à obrigatoriedade de auditoria independente por auditor devidamente registrado (art. 7º). Assim, mesmo as estatais que adotem o modelo das sociedades anônimas fechadas ou mesmo outros tipos societários (no caso das empresas públicas) estarão submetidas ao regime de demonstrações financeiras típico das sociedades abertas.

Outra importante inovação, como já se viu, foi a exigência da chamada *carta anual*<sup>65</sup> (art. 8º, inciso I), documento subscrito pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução dos objetivos de políticas públicas da estatal, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a sua criação, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos.

Dessa maneira, procura a lei restringir e controlar a discricionariedade dos gestores, impondo-lhes que, anualmente, demonstrem as políticas que estão perseguindo, em que medida tais políticas são compatíveis com o interesse público que justificou a criação da estatal, que recursos estão sendo utilizados para esses fins e quais os impactos econômico-financeiros disso. Observa-se, mais uma vez, a preocupação de se assegurar um alinhamento entre a busca do interesse público que justificou a criação da estatal com seus propósitos lucrativos, considerando que essa dicotomia faz parte necessariamente do interesse social das estatais.

Além disso, o regime de transparência envolve várias outras obrigações importantes:

---

<sup>64</sup> Na Lei das S/A, artigos 176 e 177. Dentre as Instruções Normativas aplicáveis, podem ser citadas as de números: 457/2007; 346/2000; 249/96; 57/86; 53/86; e, sobre a escrituração de valores mobiliários, 543/2013.

<sup>65</sup> André Guskow Cardoso (Op. cit., p. 102), ao discorrer sobre o instituto, comenta que sua exigência constitui inovação relevante: “Ao exigir que os compromissos para o atingimento dos objetivos de políticas públicas, os recursos a serem empregados e os impactos econômico-financeiros sejam expostos de forma clara e objetiva na carta a ser subscrita pelos membros do Conselho de Administração, obtém-se a concretização de informações e dados que usualmente foram tratados de forma implícita ou com justificativas imprecisas e difusas”.



(i) *política de divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes*, de acordo com a legislação<sup>66</sup> e as melhores práticas de governança corporativa, a fim de possibilitar acesso aos aspectos fundamentais das estatais, dentre os quais atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários de administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração (art. 8º, incisos III e IV). Tais informações deverão estar consolidadas na *carta anual de governança corporativa*, a qual deverá ser amplamente divulgada (inciso VIII);

(ii) *elaboração da política de distribuição de dividendos à luz do interesse público que justificou a sua criação* (art. 8º, inciso V), o que é mais um passo importante para assegurar o alinhamento entre a finalidade lucrativa e a consecução do interesse público que justificou a criação da estatal, inclusive para o fim de evitar que o interesse dos acionistas ao lucro seja preterido de forma injustificada ou abusiva;

(iii) *divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional* (inciso VI). Para assegurar ainda maior transparência à forma como a estatal persegue o interesse público que justifica a sua existência, exige-se explicação em destaque nas demonstrações financeiras, a fim de facilitar a identificação e o controle;

(iv) *elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas*, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e

---

<sup>66</sup> Destaca-se, aqui, a Instrução CVM n 358/2002, referente à divulgação de fato relevante e ao regime de responsabilidade aplicável a tal instrumento.

comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração (inciso VII). A finalidade de tal regra é evitar relações espúrias, favorecimentos indevidos e conflitos de interesses;

(v) *divulgação anual do relatório integrado ou de sustentabilidade*, já que a própria Lei nº 13.303/2016 determina tais compromissos ao tratar da função social das estatais (§2º do artigo 27).

Todas essas medidas visam assegurar, por meio da transparência, o necessário equilíbrio entre o propósito lucrativo da atividade e o interesse público que justificou a sua criação. Trata-se, portanto, de mecanismo fundamental para o controle do atendimento da função social das estatais e da adstrição ao objeto social, bem como do alinhamento a que se refere o já mencionado §1º, do artigo 8º, da Lei.

É importante destacar especialmente a parte final do artigo 8º, inciso III, em que se exige a divulgação da política de remuneração da administração, e do artigo 12 que, como já mencionado, exige a divulgação de toda forma de remuneração dos administradores<sup>67</sup>. Apesar de a Lei nº 13.303/2016 não exigir a divulgação individualizada, seu decreto regulamentador assim o faz no artigo 19, inciso I, que impõe a divulgação de toda e qualquer forma de remuneração dos administradores e conselheiros fiscais “de forma detalhada e individual”.

Tem-se, aí, grande diferença em relação às companhias privadas, em relação às quais não há normas com igual extensão e mesmo a instrução da CVM que tratava publicidade da política de

---

<sup>67</sup> A transparência quanto à remuneração dos administradores pode ser vista igualmente como uma decorrência igualmente do dever de lealdade, na medida em que permite o controle contra eventuais excessos. Ver, nesse sentido: FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 349.

remuneração foi objeto de impugnação judicial e teve sua eficácia suspensa<sup>68</sup>.

Está superado, portanto, o entendimento anterior segundo o qual somente estatais que não atuassem em regime de concorrência seriam obrigadas a divulgar na internet a remuneração de seus administradores, tal como previsto na Portaria Interministerial nº 233/2012, que regulamentou a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)<sup>69</sup>. Com o advento do Decreto nº 8.945/2016, a obrigação de divulgação individualizada da remuneração dos administradores e conselheiros fiscais alcança todas as estatais federais.

Por fim, destaca-se que tais normas de transparência são tão importantes que a lei fez questão de estendê-las a todas as estatais, inclusive as de pequeno porte (art. 1º, §1º). Para facilitar o controle social sobre a sua eficácia, a lei também determinou, no §4º do artigo 8º, que todos os documentos e informações por ela exigidos devem ser divulgados na internet de forma permanente e cumulativa.

O Decreto nº 8.945/2016 ainda é claro ao exigir a ampla divulgação dos Relatórios Anuais de Auditoria Interna – RAINT (art. 13, inciso X), bem como a divulgação na internet das demonstrações financeiras das estatais (parágrafo único do artigo 12).

---

<sup>68</sup> A Instrução nº 480/2009 obriga as companhias de capital aberto a divulgarem “a política ou prática de remuneração do Conselho de Administração, da diretoria estatutária e não estatutária, do Conselho Fiscal, dos comitês estatutários e dos comitês de auditoria, de risco, financeiro e de remuneração”, especificando inclusive a composição da remuneração. Questionada judicialmente, a norma foi suspensa por decisão proferida no âmbito do Processo nº 2010.51.01.002888-5, em 17 de Maio de 2013. A CVM recorreu da decisão e o recurso encontra-se *sub judice* no TRF da 2ª Região (8ª Turma Especializada, Apelação cível nº 0002888-21.2010.4.02.5101, Rel. Des. Guilherme Diefenthaler).

<sup>69</sup> “Art. 6º As empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União que não atuam em regime de concorrência, não sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, deverão disponibilizar as informações de seus empregados e administradores em seus sítios na Internet, não sendo necessária a publicação no Portal da Transparência de que trata o §1º do art. 1º”.

### 5.3. Regime de gestão de riscos e controle interno

O artigo 9º exige que as estatais adotem “regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno” que abranjam (i) controle interno da ação dos administradores e empregados (inciso I); (ii) controle de cumprimento de obrigações e gestão do risco (inciso II); e (iii) Auditoria Interna e Comitê de auditoria Estatutário (inciso III).

Além disso, o §1º exige que a lei tenha e divulgue o seu programa de *compliance*<sup>70</sup>, estruturado no chamado “Código de Conduta e Integridade”. Nesse sentido, vale notar que o respeito a princípios da integridade nas estatais já era em grande medida incentivado pela Controladoria-Geral da União, cuja publicação a respeito traz importantes diretrizes sobre ética corporativa e *compliance*<sup>71</sup>.

Nos termos do §1º do artigo 9º, o Código de Conduta e Integridade das estatais deve dispor obrigatoriamente sobre:

- (i) *base ética e a filosofia da companhia*, ou seja, seus princípios, valores e missão, bem como orientações para prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;
- (ii) *estrutura organizacional para assegurar efetividade ao programa de compliance*, o que envolve (ii.i) instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código

---

<sup>70</sup> “Compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade” (FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: FRAZÃO, Ana. *Constituição, Empresa e Mercado* [livro eletrônico]. Brasília: FD/UnB, 2017a). Trata-se, segundo Ulrich Sieber (Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. Homenaje a Klaus Tiedemann. *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*. Lima: Fondo, 2001. p. 205-246), de “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada” capazes de fornecer diretrizes adequadas à estrutura interna das empresas para que ilícitos sejam prevenidos de maneira mais adequada, muitas vezes antes de projetarem seus efeitos.

<sup>71</sup> CGU. *Guia de implantação de programa de integridade nas empresas estatais*: orientações para a gestão de integridade nas empresas estatais federais. Brasília: CGU, 2015.

de Conduta e Integridade (inciso II); (ii.ii.) implementação do canal de denúncias contra descumprimentos do programa (inciso III) e o respectivo mecanismo de proteção para as pessoas que dele se utilizem (inciso IV); (ii.iii.) sanções aplicáveis aos casos de descumprimento (inciso V); e (ii.iv.) previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre o Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores e sobre a política de gestão de riscos a administradores (inciso VI).

Pontos importantes são a necessidade do comprometimento da alta administração<sup>72</sup>, bem como a necessidade de atualização constante do Código de Conduta e Integridade, nos termos do artigo 12, inciso II. Aliás, o regime de *compliance* e o de governança corporativa, em razão da sua proximidade, devem estar sujeitos a disciplinas e atualizações harmônicas e coerentes.

Por fim, embora a lei seja omissa, é inequívoco que, pelo fato de as estatais estarem igualmente sujeitas às disposições da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011), devem também obedecer aos requisitos de *compliance* antitruste<sup>73</sup>.

#### 5.4. Regime organizativo

A lei também avança na questão organizativa, uma vez que a organização é vista como fundamental para assegurar a eficácia das normas de transparência e de *compliance*. Dessa maneira, há grande

---

<sup>72</sup> É por essa razão que tanto a lei (art. 9º, §§ 2º a 4º) como o decreto (arts. 16 e 17) vinculam o programa de *compliance* aos altos órgãos e autoridades ali referidos.

<sup>73</sup> “Com efeito, a Lei Antitruste brasileira admite que os esforços para a prevenção do ilícito sejam utilizados como atenuantes. Embora não haja regra explícita nesse sentido, é a interpretação que o CADE tem dado à questão a partir do artigo 45, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, segundo o qual a boa-fé do infrator pode ser um critério de dosimetria da pena. Recentemente o CADE editou o guia de *compliance* no qual são descritos os requisitos para a estruturação de um programa robusto e seus principais impactos sobre as penalidades administrativas, tanto na dosimetria, quanto no incentivo à adesão a programas de leniência, por exemplo” (FRAZÃO, Op. cit., 2017a, p. 19).

interpenetração entre todos esses regimes e especialmente com o último.

#### 5.4.1. Órgãos obrigatórios

De acordo com a Lei nº 13.303/2016, toda estatal deve ter obrigatoriamente os seguintes órgãos:

- (i) *Conselho de Administração*, órgão administrativo mais importante<sup>74</sup>, a que cabe discutir, aprovar, implementar e monitorar os regimes de governança corporativa, transparência e *compliance* das estatais (art. 18, incisos I e II). Dentre as suas importantes competências, encontra-se a de promover, sob pena de responsabilidade dos seus membros por omissão, análise de atendimento das metas e resultados na execução do plano de negócios e da estratégia de longo prazo, devendo publicar suas conclusões e informá-las ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal ou às Câmaras Municipais e aos respectivos Tribunais de Contas, quando houver (art. 23, §2º). No caso específico do *compliance*, a lei exige que o estatuto contemple a possibilidade de que a área correspondente se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações que envolvam sérias suspeitas sobre o diretor-presidente ou quando este se furtar à obrigação de adotar as medidas necessárias (art. 9º, §4º);
- (ii) *Comitê de Auditoria Estatutário* (arts. 9º, III, 13, V e 24), órgão auxiliar do Conselho de Administração, com as competências descritas no §1º do artigo 24, dentre as quais se destaca a função relevante de supervisionar as atividades desenvolvidas na área de controle interno, integridade e

---

<sup>74</sup> Como já se esclareceu, o Decreto nº 8.945/2016 tornou o Conselho de Administração dispensável para subsidiárias de capital fechado.

gestão de risco, devendo as atas de suas reuniões ser divulgadas (art. 24, §4º);

(iii) *Comitê Estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e avaliação de membros para a composição do Conselho de Administração e Conselho Fiscal*, auxiliando o controlador nas referidas indicações (art. 10). A lei também exige a divulgação das atas de reuniões do comitê, a fim de se verificar o cumprimento, pelos membros indicados, dos requisitos definidos na política de indicação (art. 10, parágrafo único)<sup>75</sup>;

(iv) *Conselho Fiscal*, que exercerá suas atribuições de modo permanente, nos termos do artigo 13, inciso IV, da Lei nº 13.303/2016, diferentemente do que ocorre no regime geral das sociedades anônimas, em que o Conselho Fiscal pode ser permanente ou periódico<sup>76</sup>. As funções tradicionais do órgão estão arroladas no artigo 163 da Lei das S/A e se referem sobretudo ao controle dos atos dos administradores, emissão de opinião sobre relatórios, análise de documentos contábeis, e fiscalização da tomada de providências necessárias à proteção dos interesses da companhia.

---

<sup>75</sup> Vale também notar que, conforme notado pela Justiça Federal do Distrito Federal no âmbito da Ação Civil Pública nº 52685-42.2016.4.01.3400 (8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Data de Julgamento: 10.01.2017), o Decreto nº 8.945/2016 teria extrapolado seu poder regulamentar pelo fato de atribuir ao comitê de elegibilidade a competência de verificar a conformidade do processo de indicação não apenas dos membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal (como dispõe o artigo 10 da Lei nº 13.303/2016), mas também aos *administradores* em geral, expressão que abarca tanto membros do Conselho de Administração quanto da Diretoria.

<sup>76</sup> Importa notar que o Conselho Fiscal, na forma do artigo 240 da Lei das S/A, sempre foi permanente nas sociedades de economia mista, o que agora se estende também às empresas públicas. Acrescenta-se, ainda, que o prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal das estatais poderá ser de até dois anos, permitida dupla e consecutiva recondução, ao passo que no regime geral das sociedades anônimas a gestão é exercida da assembleia geral que elegeu seus membros até a assembleia geral seguinte. Ver, nesse sentido: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 441-455; WONTOBA, Bruno Gressler. O Conselho Fiscal nas empresas estatais, de acordo com a Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 242-244.

A lei menciona também a chamada *auditoria interna*, embora não esclareça se se trata necessariamente de órgão ou apenas de função obrigatória. De qualquer forma, a referida auditoria está vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário, sendo responsável pela aferição da adequação do controle interno, da efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e da confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras (art. 9º, §3º). Observa-se, portanto, que a auditoria interna tem grande protagonismo para assegurar tanto o regime de *compliance*, como o regime de transparência.

Sobre o Comitê de Auditoria Estatutário, destaca-se que tal órgão já era regulado pela Instrução CVM nº 308/99, norma que se aplica aos Comitês das estatais em tudo aquilo que a Lei nº 13.303/2016 silenciou, inclusive no que toca à sua composição. Na forma do artigo 24, §7º da Lei das Estatais, o órgão dispõe de autonomia operacional e dotação orçamentária. Tendo em vista a competência do comitê para elaborar seu próprio regimento interno, o IBGC sugere, em seu Guia<sup>77</sup> especificamente destinado ao tema, que as atribuições do órgão constem do estatuto da empresa e de seu regimento.

Descrita a estrutura orgânica obrigatória das estatais, é fácil verificar que ela reflete claramente a importância que a Lei nº 13.303/2016 confere à área de *compliance*, determinando que esta seja vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto prever as atribuições da área e assegurar os mecanismos que lhe assegurem atuação independente. Assim, reforça-se o comprometimento da alta administração, por meio do seu diretor-presidente e diretor estatutário, com o cumprimento dos programas de *compliance*, sem prejuízo das

---

<sup>77</sup> IBGC. *Guia de orientação para melhores práticas de comitês de auditoria*. São Paulo: IBGC, 2009.



competências diretas do próprio Conselho de Administração (art. 9º, §4º)

A Lei das Estatais também exige que a lei autorizadora da estatal disponha sobre as diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia, em especial sobre: (i) o limite mínimo de 7 membros e máximo de 11 membros para o Conselho de Administração (art. 13, inciso I); (ii) requisitos específicos para o exercício do cargo de diretor, observado o limite mínimo de 3 diretores (inciso II); (iii) avaliação anual de desempenho, individual e coletiva, de administradores e membros de comitês de acordo com requisitos de legalidade, eficácia, contribuição econômica, dentre outros (inciso III); (iv) constituição e funcionamento do Conselho Fiscal, que exercerá suas atribuições de modo permanente (inciso IV); (v) constituição e funcionamento do Comitê de Auditoria Estatutário; (vi) prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração e diretores, que será unificado e não superior a 2 anos, admitidas no máximo 3 reconduções consecutivas; e (vii) prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal não superior a 2 anos, permitidas duas reconduções consecutivas (inciso VIII)<sup>78</sup>.

No que diz respeito ao Conselho de Administração, a lei determina que o Conselho seja composto por no mínimo 25% de membros independentes ou por pelo menos um caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários (art. 22), descrevendo minuciosamente, no §1º do artigo 22, as características do conselheiro independente<sup>79</sup>. A lei

---

<sup>78</sup> O inciso VII do artigo 13 da Lei nº 13.303/2016 foi vetado pelo Presidente da República, sendo seu texto original: “VII - vedação à acumulação de cargos de diretor ou de diretor-presidente e de membro do Conselho de Administração pela mesma pessoa, mesmo que interinamente;”. As razões para o veto são as seguintes: “O dispositivo representa uma vedação inadequada do ponto de vista da gestão eficiente, já que o papel principal do Conselho de Administração, a teor do art. 142, inciso I, da Lei nº 6.404, de 1976, é exatamente supervisionar as atividades da empresa”.

<sup>79</sup> Conselheiro independente, segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC, *Guia de orientação jurídica de conselheiros de administração e diretores*. São Paulo: IBGC, 2012, p. 15), “é aquele que não possui vínculo presente ou passado com a organização e/ou seu grupo de controle, não sofrendo, portanto, influência significativa de grupos de interesses”. A nomeação de conselheiros

ainda assegura a participação, no Conselho de Administração, de representantes dos empregados e de acionistas minoritários (art. 19), nos termos dos seus parágrafos.

Adicione-se que a lei também veda a participação remunerada de membros da administração pública direta ou indireta em mais de dois conselhos de administração ou fiscal de qualquer estatal ou de suas subsidiárias (art. 20). Os conselheiros independentes, para além dessa vedação, não podem ter qualquer vínculos com outras estatais (art. 22, §1º, inciso I).

Ainda merece registro o fato de que o Decreto nº 8.945/2016, além de disciplinar e pormenorizar as questões orgânicas já previstas na lei, normatizou o que chamou de *Comitê de Elegibilidade* (arts. 21 a 23), que é precisamente o órgão a que a lei se refere no artigo 10. O Decreto também segregou as funções de Presidente do Conselho de Administração e presidente da empresa (art. 24, VIII).<sup>80</sup>

#### **5.4.2. Requisitos para a assunção de cargos nos órgãos das estatais**

Grande inovação da Lei nº 13.303/2016 foi a de prever requisitos objetivos para a assunção de cargos de administrador,

---

independentes é de fundamental importância para o controle das atividades da companhia e o seu fortalecimento no que diz respeito à transparência e proteção dos investidores, prática ainda pouco comum no Brasil. A respeito do tema, Bernard S. Black (Strengthening Brazil's Securities Market. *Revista de direito mercantil, econômico e financeiro*. v. 39, n. 120, pp. 41-55, out./dez. 2000) diagnostica que, além de ser pouco comum o emprego de conselheiros independentes nas companhias brasileiras, os já existentes muitas vezes têm sua independência posta em dúvida. A figura do conselheiro independente é obrigatória nas empresas listadas no Novo Mercado, que traz uma série de especificações para que se verifique sua independência. A lei nº 13.303/2016 traz requisitos bastante similares àqueles previstos para o Novo Mercado, com a diferença de que a nova lei estende ao terceiro grau a vedação de parentesco com administradores da companhia – o que no Novo Mercado alcança apenas o segundo o grau – e também veda que os conselheiros independentes tenham parentesco com chefes do Poder Executivo e seus Secretários ou Ministros.

<sup>80</sup> Foi vetado artigo da lei que apresentava restrição ainda mais extensa, na medida em que o diretor-presidente não poderia ser nem membro do Conselho de Administração. Pelo decreto, o diretor-presidente pode ser membro do Conselho de Administração, ainda que não possa ser presidente deste.

assim considerados os ocupantes do Conselho de Administração ou da diretoria (art. 16, parágrafo único). Para evitar indicações meramente políticas, além da reputação ilibada, a lei exige que o notório conhecimento e a experiência profissional sejam identificados por meio dos requisitos objetivos do artigo 17, admitindo-se a flexibilização em favor de empregados do quadro que ingressaram por concurso desde que atendidas as exigências ali previstas<sup>81</sup>.

Não bastassem os requisitos de experiência profissional exigidos pelo inciso I, a lei também exige formação acadêmica compatível com o cargo (inciso II) e não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90 (inciso III).

Tão importantes quanto os requisitos necessários para a assunção dos cargos são as vedações previstas pelo §2º do artigo 17, que, na intenção de evitar o direcionamento político das estatais, impede que diversas pessoas assumam cargos de administração, a fim de evitar o conflito de interesses<sup>82</sup>. Não obstante a amplitude do rol, o §3º ainda determina que a vedação prevista no inciso I abrange igualmente parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas ali mencionadas.

---

<sup>81</sup> O art. 17, §5º, possibilita que os requisitos previstos no inciso I possam ser dispensados em caso de indicação de empregado que ingressou por concurso público, tenha mais de dez anos de trabalho efetivo e já tenha ocupado cargo de gestão superior.

<sup>82</sup> Sobre o conflito de interesses, ver: FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 299-309. Conforme sintetiza Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. Notas sobre conflitos de interesses na administração de sociedade anônima. *Revista jurídica luso-brasileira*. v.1, n. 2, pp. 529-546, 2015. pp. 534-537), o conflito de interesses concerne ao direito quando envolve situações de egoísmo puro, isto é, de interesses pessoais de determinado sujeito que prevaleceriam sobre o interesse social da empresa. Por essas razões, a lei societária dispõe de mecanismos destinados a tutelar conflitos de interesses, sendo a inelegibilidade – como ocorre com o referido rol do §2º do artigo 17 da Lei nº 13.303/2016 – medida excepcional, cabível em situações nas quais a relação do administrador com a sociedade seja “tão importante que o administrador teria que se abster de votar em praticamente todas as oportunidades em que fosse chamado a exercer seu voto”. Questão controversa sobre o conflito de interesses, mesmo no âmbito da CVM, é a que diz respeito a sua natureza formal ou material, sendo que na primeira a situação conflitante se verifica *ex ante*, previamente ao exercício do direito de voto, e na segunda o conflito é decorrência do exercício do direito de voto e, por isso, somente se verificaria *ex post* (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 301).

A lei também criou vários requisitos para a assunção de outros cargos não propriamente administrativos, como os pertencentes aos Comitês de Auditoria Estatutário e o Conselho Fiscal (arts. 25 e 26). O Decreto nº 8.945/2016 é claro no sentido de que os membros do Comitê de Auditoria observarão as mesmas vedações que cabem aos membros do Conselho de Administração e, ainda, deverão demonstrar experiência profissional ou formação acadêmica<sup>83</sup> compatível com o cargo, preferencialmente em contabilidade, auditoria ou no ramo de atuação da empresa, sendo que no mínimo um dos membros do Comitê deverá ter “experiência profissional reconhecida em assuntos de contabilidade societária”. Note-se que o decreto, diferentemente do que faz a lei quando descreve as exigências referentes à experiência profissional dos administradores (art. 17), não estabelece qualquer parâmetro objetivo para verificar-se a adequação da formação e experiência profissional dos membros do Comitê de Auditoria Estatutário.

Muito embora a Lei nº 13.303/2016 disponha que o Comitê se reporta diretamente ao Conselho de Administração, não há no diploma qualquer previsão relativa à forma de indicação ou destituição de seus membros. O decreto, assim, deixou expresso que o Comitê será eleito e destituído pelo Conselho de Administração, sendo que a destituição ocorrerá mediante o voto justificado de sua maioria absoluta (art. 39, *caput* e §10). Acrescente-se, ainda, que o decreto limitou o mandato de seus membros a dois ou três anos, não coincidente entre os membros, sendo permitida uma única reeleição (art. 39, §9º).

No que toca ao chamado Comitê de Elegibilidade, disciplinado pelo Decreto nº 8.945/2016, as regras para a composição estão previstas no §3º do artigo 21.

---

<sup>83</sup> Segundo o decreto, no requisito da formação acadêmica exige-se curso de graduação ou pós-graduação reconhecido pelo Ministério da Educação nas áreas de contabilidade, auditoria ou no setor de atuação da estatal (art. 39, §5º).

## **6. Deveres gerais e responsabilidade de controladores, administradores e membros de órgãos das estatais**

Além das regras específicas já mencionadas na seção anterior, a Lei das Estatais também trata de aspectos gerais dos deveres e responsabilidades de controladores, administradores e membros dos demais órgãos como se passará a demonstrar.

### **6.1. Deveres e responsabilidades do controlador**

Nos termos da Lei das S/A, a obrigação principal do controlador é exercer o seu poder no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou a sua criação, nos termos e de acordo com as balizas da função social das estatais, tal como já se viu anteriormente. É importante destacar que, no caso das empresas estatais, o controlador, por ser ente público, exerce necessariamente função – e não direito subjetivo – em todas as suas atribuições, inclusive o direito de voto<sup>84</sup>.

Além disso, os controladores estão sujeitos aos deveres gerais de lealdade e diligência, por força da Lei das S/A<sup>85</sup>, aos deveres específicos previstos no regime societário descrito na seção anterior e também a uma série de obrigações adicionais que a lei prevê em seu artigo 14:

- (i) fazer constar do Código de Ética e Integridade a vedação da divulgação, sem autorização pelo órgão competente, de informação que possa causar impacto na cotação dos títulos da estatal ou em suas relações com o mercado ou contratantes (inciso I);

---

<sup>84</sup> Nas companhias privadas, entende-se que o controlador exerce direito subjetivo, podendo exercer seus poderes com vista à realização dos seus interesses pessoais, desde que compatíveis com o interesse social. Ver FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 286-291.

<sup>85</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 334-354.

- (ii) preservar a independência do Conselho de Administração (inciso II);
- (iii) observar a política de indicação na escolha dos administradores e membros do Conselho Fiscal (inciso III), nos termos da competência do Comitê Estatutário (art. 10).

O artigo 15 ainda deixa claro que o acionista controlador responde por abuso de poder, remetendo à disciplina geral da Lei das S/A, com o que deixa clara a natureza subjetiva da responsabilidade<sup>86</sup>. No que toca à ação de responsabilidade, pode ser ela proposta pela sociedade, pelo terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, independentemente da autorização da assembleia-geral<sup>87</sup>. Além das infrações aos artigos 116 e 117, da Lei das S/A – hipóteses tradicionais de abuso de poder de controle –, podem ser consideradas infrações do controlador a violação reprovável de todas as regras específicas previstas na Lei nº 13.303/2016 que causem danos à estatal, aos seus acionistas ou a terceiros<sup>88</sup>. Cria-se também um prazo mais dilatado para a ação de seis anos, nos termos do artigo 15, §2º.

---

<sup>86</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 270-276.

<sup>87</sup> Ao contrário da Lei das S/A, a Lei das Estatais não faz distinção entre quando o acionista age em nome próprio diante de dano direto sofrido por ele, quando sempre terá legitimidade ativa, e quando age como substituto processual da companhia, diante de dano direto sofrido por esta, quando a sua legitimidade está condicionada aos requisitos descritos na lei. De toda sorte, até em razão da incidência supletiva da Lei das S/A, seria importante aplicar à hipótese o seu art. 159, § 4º, segundo o qual, inexistindo a autorização da assembleia, apenas acionistas que titularizam pelo menos 5% do capital social poderiam propor a ação.

<sup>88</sup> Vale lembrar, aqui, da diferença entre a pretensão indenizatória por danos sofridos direta e imediatamente por acionistas ou terceiros em razão da conduta ilícita dos gestores e, de outro lado, por danos mediatos ou reflexos, “causados diretamente à sociedade e ao patrimônio social e só indiretamente aos acionistas e terceiros”. No primeiro caso, referente ao dano direto, a ação indenizatória poderá ser manejada por acionistas ou terceiros, ao passo que na hipótese de dano indireto aos acionistas somente a própria sociedade terá legitimidade ativa, estabelecendo-se distinção importante para que se evite o *bis in idem* (FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 364-365).

## 6.2. Deveres e responsabilidades dos administradores

A Lei nº 13.303/2016 cria deveres adicionais para os administradores, mantendo todos os deveres já exigidos pela Lei das S/A, nos termos do seu artigo 16.

Nos termos do arcabouço normativo da Lei das S/A, o dever fundamental dos administradores é o de agir em nome da companhia<sup>89</sup>. Esse dever maior pode ser desdobrado nos deveres de lealdade e diligência, que, apesar das distinções, têm várias áreas de interpenetração<sup>90</sup>.

Vale lembrar que a própria vedação ao conflito de interesses é consequência necessária do dever de agir no interesse da companhia, e, portanto, do dever de lealdade, na medida em que ocorre justamente quando o interesse da companhia é preterido em prol de outros interesses ou, no dizer de Dominique Schmidt<sup>91</sup>, quando o gestor exerce seus poderes violando o interesse comum, seja para satisfazer interesse pessoal exterior à sociedade, seja para se conceder vantagem indevida<sup>92</sup>.

Já no que diz respeito ao dever de diligência, durante muito tempo ele esteve relacionado ao dever de agir informado que, como sintetiza Maddalena Rabitti<sup>93</sup>, constitui o seu conteúdo mínimo.

---

<sup>89</sup> “Já os administradores são órgãos da companhia e, como tal, não podem agir em proveito próprio, até porque não exercem propriamente direitos subjetivos, mas verdadeiras competências ou funções, já que todos os seus poderes lhes são dados para o atendimento de interesses outros que não os seus próprios. Acresce que, como órgãos, agem diante de terceiros vinculando a companhia”. (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 252).

<sup>90</sup> A respeito do princípio fiduciário (Lei das S/A, art. 154, §1º), segundo o qual o administrador deve agir no interesse da companhia bem como os acionistas, vale notar que “Tal norma, que é consequência inarredável do dever de lealdade, encontra paralelo em vários países, tendo um duplo desdobramento: além de deixar claro que os administradores não podem praticar diferenciações arbitrárias entre os acionistas, ressalta que apenas o interesse da companhia deverá orientar os atos de gestão, princípio que se conecta diretamente com os deveres de diligência e de lealdade” (FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 292).

<sup>91</sup> SCHMIDT, Op. cit, p. 31.

<sup>92</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 299.

<sup>93</sup> RABITTI, Maddalena. *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*: Contributo allo studio dell'illecito civile. Milão: Giuffrè, 2004, p. 144.

Nesse sentido, a *business judgement rule*, consubstanciada na presunção de que a ação dos administradores ocorre no melhor interesse da companhia e na ideia de que o mérito de suas decisões é insuscetível de alteração judicial, constitui consequência das dificuldades de se avaliar o cumprimento *ex post* do dever de diligência<sup>94</sup>. Vale lembrar que a própria CVM já reconheceu – ainda antes da edição da Lei nº 13.303/2016 – a incidência do âmbito de proteção da *business judgement rule* sobre as decisões de estatais<sup>95</sup>.

Entretanto, a Lei nº 13.303/2016 acolhe uma versão ampliada do dever de diligência, já que este passa a estar relacionado a pelo menos três importantes aspectos:

(i) *perícia e atualização de conhecimentos por parte do administrador*, aspecto que é discutível em relação às companhias privadas<sup>96</sup> e envolve o dever de atualização anual sobre legislação societária e mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, Lei anticorrupção e demais temas relacionados às atividades da estatal (§4º do artigo 17).

(ii) *deveres relacionados à organização, transparência e governança corporativa*, a fim de implementar todos os regimes já tratados anteriormente, merecendo destaque a circunstância de caber ao Conselho de Administração, nos

---

<sup>94</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 392.

<sup>95</sup> CVM, PAS nº 2013/6635, Relatora: Diretora Luciana Dias, Data de julgamento: 25.05.2015.

<sup>96</sup> Ver: FRAZÃO, Op. cit., 2011, p. 356. Segundo Galgano (Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia. Padova: Cedam, 1984, v. VII, pp. 267-268), a diligência requerida para a administração de uma sociedade por ação é aquela normal e ordinária, opinião que é compartilhada por Sánchez Calero (*Los administradores en las sociedades de capital*. Navarra: Civitas, 2005, p. 173), segundo o qual o dever de diligência não está associado à exigência de *expertise*. Apesar de reconhecer que o tema é controverso, Maria Elisabete Ramos (*Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anônimas perante os credores sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 95) conclui que, embora a perícia não seja necessária, exige-se do administrador ao menos a aptidão para avaliar que necessita da ajuda de um profissional especializado. Todavia, com base na experiência do direito europeu, Mônica Cossu (Op. cit., pp. 236-237) sustenta que a diligência profissional requer certa dose de perícia, opinião que é compartilhada por Bianchi (*Gli amministratori di società di capitali*. Padova: Cedam, 2006, pp. 587-588) e Maddalena Rabitti (Op. cit., p. 150).



termos do §2º do artigo 23, o controle anual do plano de negócios e da estratégia de longo prazo, devendo publicar suas conclusões e informá-las ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas respectivo. O dever de diligência está ligado, portanto, à questão da transparência e publicidade, já que tais informações são consideradas relevantes para efeitos do artigo 8º, inciso III, devendo preferencialmente constarem da carta anual a que se refere o artigo 8º, inciso I. Acresce que as informações relevantes das estatais devem ser publicadas igualmente na internet (art. 8º, §4º), a fim de que haja o controle social. Assim, é igualmente inequívoco que os planos de negócios e as estratégias de longo prazo devem ser amplamente divulgadas.

(iii) *dever de cumprimento das metas assumidas*, valendo lembrar que, nos termos do artigo 23, “É condição para investidura em cargo de diretoria da empresa pública e da sociedade de economia mista a assunção de compromisso com metas e resultados específicos a serem alcançados, que deverá ser aprovado pelo Conselho de Administração, a quem incumbe fiscalizar seu cumprimento”. Por outro lado, já se viu, que nos termos do §2º do referido artigo, o Conselho de Administração responde, mesmo por omissão, por falhas na supervisão do atendimento de metas e resultados da execução do plano de negócios e estratégia de longo prazo<sup>97</sup>.

Tais pontos precisam ser destacados porque, pelo menos nas companhias privadas, o dever de diligência tem como núcleo básico o dever de agir bem informado, sendo visto essencialmente como uma obrigação de meio e não de fim<sup>98</sup>. Entretanto, nos termos da Lei das Estatais, o dever de diligência passa a estar também atrelado ao cumprimento de metas e resultados específicos desde a data da

---

<sup>97</sup> Nesse sentido, ver: FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp.345-350; 366-369.

<sup>98</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 358-360.

investidura no cargo, obrigação que é renovada periodicamente, nos termos do artigo 23, §1º.

Por fim, importa notar a cláusula geral de responsabilidade civil dos administradores contida no artigo 158 da Lei das S/A, que permite a responsabilização do gestor quando proceder “dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo” ou “com violação da lei ou estatuto”. Com isso, a lei reforça a natureza subjetiva da responsabilidade dos administradores, corroborando a noção advinda do dever de diligência segundo a qual o gestor adota o padrão do comerciante consciencioso e ordenado, conduta que se relaciona prioritariamente ao dever geral de respeito e prevenção do perigo<sup>99</sup>.

### **6.3. Deveres e responsabilidades dos membros do Conselho Fiscal e do Conselho de Auditoria Estatutário**

Informa o artigo 26 da Lei nº 13.303/2016 que aos Conselhos Fiscais das empresas públicas e sociedades de economia mista aplicam-se as disposições da Lei das S/A, com as já referidas ressalvas do §1º sobre sua composição e, ainda, com a exigência de que tal órgão seja instituído em caráter permanente (art. 13, inciso IV).

Vale ressaltar que o regime de responsabilidade dos membros do Conselho Fiscal é semelhante ao dos administradores, diante do artigo 26 da Lei nº 13.303/2016<sup>100</sup>, que determina a aplicação da Lei das S/A à questão. Vale ressaltar que, na reforma de 2001, a Lei das S/A adicionou ao diploma o abuso no exercício da função de conselheiro fiscal, que segundo o artigo 165, §1º, deverá agir no interesse da companhia, sendo considerados abusivos os atos

---

<sup>99</sup> FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 352-353.

<sup>100</sup> “Além das normas previstas nesta Lei, aplicam-se aos membros do Conselho Fiscal da empresa pública e da sociedade de economia mista as disposições previstas na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativas a seus poderes, deveres e responsabilidades, a requisitos e impedimentos para investidura e a remuneração, além de outras disposições estabelecidas na referida Lei.”

destinados a causar dano a companhia e aos seus acionistas ou administradores, ou de obter vantagem indevida.

Note-se que, na forma do artigo 165 da Lei das S/A, os membros do Conselho Fiscal equiparam-se aos administradores para efeitos de direitos e responsabilidades, respondendo “pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto”.

Por fim, quanto ao Comitê de Auditoria Estatutário, a lei não esclareceu o regime de responsabilidade dos membros, na medida em que não são considerados administradores nos termos do parágrafo único do artigo 16. Entretanto, segundo o Guia do IBGC, o Comitê de Auditoria Estatutário se enquadraria no artigo 160 da Lei das S/A, segundo o qual “As normas desta Seção aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores”.

Dessa maneira, os membros do Comitê estão sujeitos, ao menos no que couber, aos deveres e responsabilidades constantes da Seção IV da Lei das S/A, a exemplo dos deveres de diligência, de lealdade e de informação.

## **7. Considerações finais**

A Lei nº 13.303/2016 é certamente importante iniciativa para imprimir às estatais, bem como às suas subsidiárias e empresas nas quais investem, padrões de governança que permitam que, de um lado, se exerça o necessário controle sobre os recursos públicos ali investidos e, de outro, se legitime a ação do poder público à luz dos requisitos constitucionais de exploração de atividade econômica pelo Estado.

A interpretação do referido diploma deve ser conduzida pela premissa básica de que o interesse público a ser perseguido pelas estatais não é a noção geral de bem comum que fundamenta o regime jurídico administrativo, mas sim o interesse público

específico que motivou a criação daquela estatal. A noção de interesse público geral não pode, pois, servir de pretexto para justificar a ação de controladores e administradores de estatais.

Como foi possível perceber ao longo do presente estudo, o regime das empresas estatais constante da Lei nº 13.303/2016 é minucioso e abrangente, mas acaba não inovando substancialmente na essência da gestão de tais entes, traduzidas no objeto social e no interesse social. Com efeito, várias de suas disposições reiteram parâmetros normativos gerais que já existiam em razão da Constituição e da própria Lei das S/A, motivo pelo qual, em que pese a utilidade dos critérios mais claros e pormenorizados traçados pela Lei nº 13.303/2016, não houve alteração significativa em relação ao fundamento crucial da atividade das estatais: a necessária conciliação entre o interesse público específico e a finalidade lucrativa.

Por mais que a Lei das Estatais tenha feito muitos avanços para assegurar a adequada gestão das estatais, especialmente por meio de obrigações pormenorizadas nas áreas de governança, transparência, publicidade e controle, isso pouco adiantará sem que a ela seja dada a devida eficácia. Tal missão envolve um árduo e longo trabalho, a ser executado por seus gestores e também pelos órgãos de controle e pela própria sociedade.

Acresce que, pesar dos inúmeros aspectos positivos, a Lei das Estatais acabou criando um sistema pesado, complicado e burocrático de governança, o que aumenta consideravelmente a complexidade da gestão das estatais e, conseqüentemente, pode dificultar o seu *enforcement* e controle<sup>101</sup>. Por outro lado, especialmente no que diz respeito à prevenção das práticas de corrupção, não se pode esquecer que apenas por meio de redesenho

---

<sup>101</sup> Sobre a necessidade de que a regulação jurídica dos mercados seja simples, até para possibilitar o controle social, ver ZINGALES, Luigi. *A capitalism for the people*. Recapturing the lost genius of American prosperity. New York: Basic Books, 2014.

estrutural das relações entre estado e sociedade, tal objetivo poderá ser alcançado<sup>102</sup>.

Tais pontos são ora realçados para que não se coloquem indevidas expectativas sobre a Lei nº 13.303/2016, adotando a crença ilusória, tão comum em nosso país, de que todas as mazelas relativas às estatais serão resolvidas com a nova lei. A nova lei é apenas o primeiro passo de um longo caminho que, se não percorrido adequadamente, não levará a nenhuma mudança estrutural e significativa.

## Referências

BIANCHI, Giorgio. *Gli amministratori di società di capitali*. Padova: Cedam, 2006.

BLACK, Bernard S. Strengthening Brazil's Securities Market. *Revista de direito mercantil, econômico e financeiro*. v. 39, n. 120, pp. 41-55, out./dez. 2000

CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CGU. *Guia de implantação de programa de integridade nas empresas estatais: orientações para a gestão de integridade nas empresas estatais federais*. Brasília: CGU, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Notas sobre conflitos de interesses na administração de sociedade anônima. *Revista jurídica luso-brasileira*. v.1, n. 2, pp. 529-546, 2015.

COSSU, Monica. *Società aperte e interesse sociale*. Torino: G. Giappichelli, 2006.

CRETELLA JR., José Cretella. *Empresa pública*. São Paulo: Bushatsky, 1974.

---

<sup>102</sup> Nesse sentido, ver ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*. v. 136, pp. 1-33, 1979.

FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: FRAZÃO, Ana. *Constituição, Empresa e Mercado* [livro eletrônico]. Brasília: FD/UnB, 2017a.

\_\_\_\_\_. O que esperar da Lei nº 13.303/2016? O novo diploma realmente resolverá o problema da gestão das estatais? Jota. 1º fev. 2017b. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/>>

\_\_\_\_\_. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana. *Constituição, Empresa e Mercado* [livro eletrônico]. Brasília: FD/UnB, 2017.

GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Padova: Cedam, 1984.

IBGC, *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015.

IBGC, *Guia de orientação jurídica de conselheiros de administração e diretores*. São Paulo: IBGC, 2012.

IBGC. *Guia de orientação para melhores práticas de comitês de auditoria*. São Paulo: IBGC, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2008.

- LAZZARINI, Sérgio G.; MUSACCHIO, Aldo; PARGENDLER, Mariana. O Estado como acionista: desafios para a governança corporativa no Brasil. In: FONTES FILHO, Joaquim Rubens; LEAL, Ricardo Pereira Câmara. *O futuro da governança corporativa: desafios e novas fronteiras*. São Paulo: IBGC, 2013.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas. *Revista de direito público da economia*. v. 13, n. 49, pp. 79-94, jan./mar. 2015.
- MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos valores mobiliários*. São Paulo: FGV, 2015.
- MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio. *Reinventando o capitalismo de estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015
- OLIVEIRA, Fernão Justen; MAIA, Fernanda Caroline. O Conselho de Administração nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PARENTE, Norma. Principais inovações introduzidas pela Lei nº 10.303, de 31 de Outubro de 2001, à Lei de Sociedades por Ações. In: LOBO, Jorge. *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da lei nº 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de direito administrativo*. v. 32, pp. 1-15, 1953, pp. 11-15
- PINTO JR., Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- RABITTI, Maddalena. *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: Contributo allo studio dell'illecito civile*. Milão: Giuffrè, 2004.
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anônimas perante os credores sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*. Navarra: Civitas, 2005.
- SCHIRATO, Vitor. *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SCHMIDT, Dominique. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*. Paris: Joly, 2004
- SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. Homenaje a Klaus Tiedemann. *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*. Lima: Fondo, 2001.
- STONE, Christopher D. Public interests representation: economic and social policy inside the enterprise. In: HOPT, Klaus J.; TEUBNER, Gunther. *Corporate governance and director's liabilities*. Legal, economic and sociological analyses on corporate social responsibility. Berlin/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1985
- TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 22, n. 51, pp. 29-32, jul./set. 1983.
- TONIN, Mayara Gasparotto. Função social das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



- VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1, n.2, pp. 429-441, 1945.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- WALD, Arnoldo. As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. *Revista de Informação Legislativa*. v. 14, n. 54, pp. 99-114, abr./jun. 1977.
- WONTROBA, Bruno Gressler. O Conselho Fiscal nas empresas estatais, de acordo com a Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ZINGALES, Luigi. *A capitalism for the people*. Recapturing the lost genius of American prosperity. New York: Basic Books, 2014.



# Empresas e computação pervasiva oportunidades e desafios<sup>1</sup>

*Carlos Alberto Molinaro*<sup>2</sup>

*Regina Linden Ruaro*<sup>3</sup>

The idea that each corporation can be a feudal monarchy and yet behave in its corporate action like a democratic citizen concerned for the world we live in is one of the great absurdities of our time.<sup>4</sup>

**Kim Stanley Robinson**

## 1. Tecnologia e concentração de poder

O aumento acelerado das inovações tecnológicas e a sua integração na produção e serviços criaram condições sem precedentes para os decisores político-econômicos. Esses incluem: (a) ser capaz de ver o que está acontecendo através do desenvolvimento e análise de

---

Texto desenvolvido no cenário do III CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL DA PUCRS: “15 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: Empresa, Contratos e Sociedades”, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, com o apoio financeiro da Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS).

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

<sup>3</sup> Doutora em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

<sup>4</sup> A ideia de que cada corporação pode ser uma monarquia feudal e ainda se comportar em sua ação corporativa como um cidadão democrático preocupado com o mundo em que vivemos é um dos grandes absurdos do nosso tempo (Robinson, Kim Stanley. *Antarctica: A Novel*. New York: Random House Publishing Group, 2010).

informações estatísticas; e (b) uma análise política, econômica e social para propor e implementar políticas apropriadas que levem ao crescimento e às máximas de prosperidade.

Embora muitos estudos demonstrem que o rápido investimento em Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) tem sido e ainda é responsável pelo dramático aumento das taxas de produtividade, este fenômeno não deve ser presumido como resultado de um aumento exógeno de inovação e potencial do sector das TIC.

Grande parte desta inovação tem sido e ainda é devido ao ambiente da concorrência econômica ativa nos mercados internacionais menos regulamentados e mais abertos, o que permite a entrada de empresários com ideias inovadoras, especialmente ligadas a operadores eficientes. Dentro desse ambiente, a demanda por inovação criada (quase permanentemente) em TIC e, ao mesmo tempo, induz inovações no uso dessas novas tecnologias. Assim, uma política correta deve apontar para a existência de condições adequadas de gestação no sector das TIC e toda a economia no contexto da concorrência, bem como, em especial, a correção de eventuais falhas no mercado<sup>5</sup>.

No entanto, surgem alguns problemas; algumas questões resultam, principalmente quando baseamos os mecanismos de inovação e o caráter da tecnociência como democrático ou oligárquico, até o ponto em que os cidadãos podem exercer controle sobre seu conteúdo. Se aceitarmos a premissa de que a tecnociência não é neutra nem independente, e que a sua natureza decisivamente determinada pelas relações de poder decorrentes do quadro jurídico existente e entrelaçada com este paradigma social dominante, podemos supor que a tecnociência não é democrática. O alto grau de

---

<sup>5</sup> Cf., Stehr (2005), afirmando que um novo campo de atividade política está emergindo nas sociedades democráticas e modernas, visando a regulação do desenvolvimento e da utilização de novos conhecimentos científicos e técnicos. O foco é sobre as novas tecnologias desenvolvidas ao longo dos últimos 40 anos, que incluem o tubo de ensaio de concepção humana, a clonagem reprodutiva, alimentos geneticamente modificados, engenharia genética, etc. Controvérsias e debates públicos sobre o uso desses novos pontos de conhecimento científico e técnico para a necessidade de encontrar maneiras de controlar e regular o seu uso imediato em uma tentativa de antecipar as consequências com os fatos.

concentração de poder que caracteriza a sociedade atual implica um controle oligarca sobre a tecnociência, cujo conteúdo, por sua vez, reflete as relações de poder atuais e o paradigma social dominante.

A concentração de riqueza de alguns que controlam o processo para uma economia de mercado foi o resultado inevitável da busca do lucro, maximizando a eficiência econômica e definiu o tamanho do mercado em cada momento, uma vez que, como numerosos estudos sugerem (Kauffman & Kumar, 2007; Glenn et al., 2010), existe uma correlação robusta e encorajadora entre a eficácia industrial e a concentração de mercado.

Aparentemente, nós temos uma indicação aqui que a busca do lucro por aqueles que controlam a economia de mercado conduz à força. Na fase inicial de comercialização, a concentração do poder econômico foi o resultado da produção em massa. A concentração do processo produtivo em unidades de produção cotadas garantiu as chamadas economias de escala e, também, a eficiência econômica.

Hoje vemos um fenômeno oposto. Agora, empresas capitalistas, para sobreviver à concorrência, em uma economia de mercado internacionalizada são obrigadas a produzir quantidades menores de produtos com especificações de alta qualidade, eliminando assim economias de escala de sua posição na dinâmica central de competição (Langlois, 2007; Lall, 2005; Chandler, 2004).

As chamadas “economias de escopo” são produzidas; por conseguinte, a concentração do poder econômico coincide hoje com um processo paralelo de desmassificação da produção e da diversificação, que é coerente com as demandas da sociedade moderna pós-industrial e tecnológica. No entanto, esta desconcentração na produção, embora afetando a dimensão da fábrica e o número de postos de trabalho, não tem qualquer efeito sobre a amplitude das concentrações de poder econômico a nível empresarial. Aqui é evidente, por exemplo, que as 500 maiores multinacionais controlam agora dois terços do comércio mundial; e

todas essas empresas (exceto algumas asiáticas) têm sua matriz no Norte (tomando "Norte" no sentido econômico, e não geográfico)<sup>6</sup>.

A concentração do poder econômico não é, de fato, um fenômeno novo. Em qualquer sociedade hierárquica, a concentração da riqueza sempre acompanhou a concentração do poder político e militar nas mãos de poucos, geralmente justificados por um sistema de normas sociais baseadas na religião (Benevides & Dali, 1989).

O novo elemento na economia do crescimento é o fato de que hoje a reprodução do próprio sistema social, e o poder de poucos para controlá-lo, depende fundamentalmente da realização do objetivo de desenvolvimento, que por sua vez se justifica pelo progresso da identificação, desenvolvimento e bem-estar. Portanto, as funções do crescimento econômico, não apenas como um objetivo social e econômico fundamental, mas também como um meio essencial para reproduzir as estruturas de distribuição desigual do poder econômico e político que caracterizam a sociedade hierárquica moderna, como bem como um elemento central da ideologia que o sustenta.

A Comunidade hierárquica tomou uma nova forma com o surgimento da economia de mercado no Ocidente e a economia planejada no Oriente.

Nesta nova forma, a elite retira sua força não só, como antes, pela concentração de políticos, militares e empresários, mas principalmente pela intensidade do poder econômico. A atual concentração de poder econômico, político e social nas mãos dos poucos que controlam a economia não é apenas um fenômeno cultural que pode ser explicado pelos valores estabelecidos pela revolução industrial. Na verdade, a concentração de poder é o

---

<sup>6</sup> Para aprofundamento, ver o trabalho clássico de Lang & Hines (1993), o novo protecionismo: proteger o futuro contra o comércio livre, onde os autores questionam os benefícios do comércio livre, argumentando que: longe de promover a prosperidade para todos os interessados, o comércio livre serve apenas uma estreita gama de interesses, especialmente para grandes empresas. Os autores dizem que as consequências das atuais provisões aumentarão o fosso entre os ricos e os pobres, bem como induzir a aceleração da destruição do ambiente global. Eles sugerem que, em vez de acordos comerciais, a autossuficiência regional deve enfatizar, assim como o montante global do comércio deve reduzir.

resultado inevitável de um processo histórico que começou com a prevalência de estruturas sociais hierárquicas e a ideologia implícita da dominação do homem sobre o homem, e especialmente da natureza, culminando nos últimos dois séculos, com o desenvolvimento da economia de mercado, e seu ramo, a economia de crescimento (Foley & Michl, 1999; Foley & Model, 2003; Dennison, 2016).

Economia de mercado/crescimento e concentração de poder econômico são dois lados da mesma moeda. Este fato demonstra que nem o nível de poder econômico nem as implicações ecológicas da economia de crescimento podem ser negligenciados no cenário do atual quadro institucional da economia de mercado/crescimento-internacionalizado. Por outro lado, no entanto, o aumento da concentração do poder econômico leva à conclusão de que a ideia de desenvolvimento não significa, na maioria dos casos, uma melhoria da qualidade do bem-estar através do crescimento, uma vez que o desenvolvimento e o crescimento são entidades várias que podem coincidir<sup>7</sup>.

Praticamente todas as grandes empresas, mesmo aquelas de setores antigos, como maquinário e agricultura, tornaram-se digitais em certa medida. Mas em muitas empresas, os esforços estão muito aquém do seu potencial.

As iniciativas digitais surgiram em todos os lugares e as unidades de negócios competem pelo mesmo talento digital. Indaga-se: o conceito de uma “estrutura organizacional” ainda faz sentido? Ou deveríamos nos mudar para equipes auto-organizadas e sem gerente? Devemos acabar com a ideia de carreiras e fidelidade dos funcionários para atrair talentos “millennials”<sup>8</sup> para “tour of

---

<sup>7</sup> Sobre o tema, cf., Gwartney et al (1999); Acemoglu, (2008); Haller (2012); Aghion (2016).

<sup>8</sup> *Millennials* (também conhecidos como Geração Y) como denominado o corte demográfico geracional que segue imediatamente a Geração X. Inexistem datas precisas relativamente ao início ou término dessa geração; demógrafos utilizam como ponto de partida o início dos anos 80 como anos de nascimento e a metade dos anos 90 até o início dos anos 2000 como o fim.

duty” (?).<sup>9</sup> Nós realmente precisamos de especialistas em casa, ou devemos fazer tudo através de parceiros no ecossistema?

Embora o digital claramente provoque mudanças, a maioria das organizações não precisa fazer movimentos tão drásticos. Os elementos fundamentais de um modelo operacional eficaz permanecem tão importantes como sempre.

## 2. Repensando o modelo operacional

O que faz com que a mudança para ofertas, canais e operações digitais mais robustas seja tão complicada é o estresse que ela coloca nos modelos operacionais das empresas de linha antiga. Muitas novas atividades e capacidades - desde análises avançadas e prototipagem rápida até segurança cibernética e gerenciamento de parcerias externas - precisarão ser desenvolvidas e localizadas em algum lugar da organização. Quem assume a responsabilidade por essas atividades, quem decide os níveis de investimento para cada um e como eles vão trabalhar são questões importantes do modelo operacional (Rogers, 2016).

Ao abordar essas escolhas, as empresas geralmente começam a perceber que seus processos herdados não se movem com rapidez suficiente para acompanhar as mudanças nas demandas e no comportamento dos clientes, que são moldados pelas interações digitais em outras partes de suas vidas. A velocidade de decisão também pode ser muito lenta, porque está ligada a ciclos orçamentários. As empresas podem achar difícil alavancar as

---

<sup>9</sup> O “*tour of duty*” revela um novo modelo de organizar relações de trabalho, na verdade “alianças de trabalho”. Nesse contexto, um turno de dever (serviço) representa um compromisso do empregador e empregado para uma missão específica de duração finita. Vemos essa abordagem como uma maneira de incorporar algumas das vantagens do emprego formal (permanente) e a agência livre (por conta própria). Como emprego permanente, o o turno do dever permite que empregadores e empregados construam confiança e investimento mútuo; como a livre agência (o trabalho por conta própria), preserva a flexibilidade que tanto os empregadores quanto os funcionários precisam para se adaptar a um mundo em rápida transformação. Para aprofundamento ver o excelente trabalho de Reid Hoffman, Ben Casnocha e Chris Yeh, *The Alliance: Managing Talent in the Networked Age* (Boston: Harvard Business Review Press, 2014).



inovações digitais além dos pequenos projetos. E certos tipos de talentos digitais se tornaram muito difíceis de encontrar e contratar.

As empresas líderes percebem que fazer a transição para o digital 2.0, 3.0 ou até mesmo 4.0, exige examinar e ajustar sistematicamente cada elemento de seu modelo operacional – o esquema de como os recursos são organizados e operados para realizar o trabalho crítico. O modelo operacional engloba decisões sobre a forma e o tamanho do negócio, onde traçar os limites para cada linha de negócios e função, como as pessoas trabalham juntas dentro e através desses limites, como o centro corporativo agregará valor às unidades de negócios e que normas e comportamentos devem ser encorajados. Isso implica escolhas em cinco áreas:

- **Estrutura:** que envolve o desenho de limites apropriados para linhas de negócios e funções e a definição de centros de especialização e outras unidades de coordenação.
- **Encargos:** que descrevem os papéis e responsabilidades das principais entidades organizacionais, incluindo a propriedade das declarações de lucros e perdas e um claro papel de valor agregado para o centro corporativo.
- **Governança:** que se refere a fóruns executivos e processos de gestão que geram decisões de alta qualidade sobre prioridades estratégicas, bem como orçamentos e incentivos para alinhar o comportamento.
- **Competências:** que se referem a como a empresa combina pessoas, processos e tecnologia de maneira repetitiva para entregar os resultados desejados.
- **Modelos de trabalho:** que descrevem as normas culturais esperadas para como as pessoas colaboram, especialmente através das fronteiras entre funções ou equipes. Os executivos devem considerar como cada área mudará, à medida que a intensidade digital da organização aumenta.

### 3. Estrutura: Quando devemos integrar o digital?

Na maioria das grandes empresas, com exceção daquelas que começaram como nativos digitais ou em setores como a mídia digital que entrou em estágio inicial, ainda vemos mais unidades digitais separadas ou semi-integradas, do que o digital, sendo totalmente incorporado ao “*mainstream*” da organização. As empresas geralmente iniciavam projetos digitais em pequena escala e inicialmente os mantinham ao lado. Agora, algumas dessas iniciativas evoluíram ou expandiram para um ponto em que podem estar prontas para se integrarem a outras unidades.

Nenhuma estrutura única funciona melhor para todas as empresas. Algumas empresas divulgam processos digitais em todas as organizações desde o início. Outros criaram uma unidade autônoma primeiro para colocá-la em funcionamento. Um meio termo que cria um centro digital de excelência enquanto também constrói algumas capacidades digitais em unidades de negócios ou funções pode ser apropriado para outras empresas (Rogers, 2016, p. 217). Para determinar qual estrutura atende às circunstâncias, os executivos devem considerar várias dimensões:

- **O nível de interrupção enfrentado pelo negócio.** As empresas que enfrentam um alto grau de interrupção tendem a reagir com demasiada lentidão se confiam esforços digitais às unidades de negócios existentes.
- **O nível de maturidade digital.** Quanto mais cedo uma empresa estiver em sua evolução, maior a probabilidade de precisar de um pouco de separação e autonomia para o digital. As habilidades necessárias geralmente são diferentes em termos digitais, por isso, ao trazer novos talentos, como especialistas em ciência de dados, é melhor agrupá-los inicialmente em um grupo centralizado. Empresas mais maduras digitalmente, em contraste, geralmente têm operações digitais mais integradas. Por exemplo, os

varejistas que anos atrás lançaram unidades digitais separadas, cada uma com seu próprio estoque, sortimento e site, começaram a envolver essas unidades de volta no negócio principal.

- **A abertura da cultura para mudança.** Uma cultura relativamente aberta pode mais facilmente buscar uma abordagem integrada. Empresas com uma cultura mais resistente ou lenta provavelmente se sairão melhor com uma unidade separada ou pelo menos uma unidade central complementando as unidades de negócios para garantir o progresso.

No entanto, é importante lembrar que mesmo unidades digitais separadas devem vincular-se às prioridades das unidades de negócios e funções. As unidades de negócios podem ter seus próprios recursos digitais, mas uma entidade separada poderia ajudar a coordenar as unidades, ou as unidades de negócios poderiam buscar orientação especializada do grupo digital sobre quais deveriam ser suas prioridades digitais. Sem uma conexão com as unidades de negócios, uma entidade digital separada corre o risco de criar provas empolgantes de conceito que nunca são movidas para o próximo estágio.

Estruturas podem mudar rapidamente. Para a maioria das empresas, ter algum foco dedicado por meio de uma unidade digital separada ou semi-integrada faz sentido desde o início – mas provavelmente não no longo prazo. Um bom grupo digital poderia até mesmo tornar-se desnecessário, uma vez que sua missão seja cumprida e todas as funções e empresas integrem o digital em suas atividades. As empresas devem verificar periodicamente se precisam de uma função de diretor executivo digital ou se essas funções serão melhor integradas em funções de diretor executivo de informações ou de diretor de tecnologia existente.

#### **4. Responsabilidades: quem toma decisões?**

Com a maioria das atividades digitais exigindo o envolvimento de várias funções ou unidades diferentes, há um prêmio sobre o “software” de responsabilizações fortes, em vez do “hardware” das linhas de relatório. No varejo, por exemplo, as unidades de loja, merchandising, planejamento e marketing devem trabalhar com a unidade de e-commerce para garantir que os estoques online e off-line sejam totalmente integrados. A digital também pode alterar os direitos de decisão e o papel do centro corporativo, que pode assumir atividades que antes eram feitas de maneira distribuída. Em outros casos, no entanto, o digital pode movimentar as atividades na direção oposta, possibilitando mais descentralização, dentro dos guardacorpos, do que era possível no passado.

As maneiras pelas quais um diretor executivo digital (ou diretor executivo de informações ou de diretor de tecnologia) assumirá a responsabilidade pelas decisões podem variar amplamente entre as organizações. Em quase todos os casos, esse executivo desempenha um papel na definição da visão digital e no controle das atividades digitais em toda a empresa. Algumas empresas que desejam mudar rapidamente dão ao diretor executivo digital um papel mais proeminente em algumas áreas críticas, como o financiamento – decisões sobre se/e quanto investir. Se essas decisões forem deixadas para as unidades de negócios, uma empresa provavelmente obterá investimentos de subescala. Algumas decisões, no entanto, exigirão que o diretor executivo digital defina o tom e estique a organização (Muller, 2018).

Orquestrar e orientar várias ações digitais de maneira eficaz em toda a organização pode exigir ajustes na governança. Um conselho digital composto por chefes de unidades de negócios e chefes funcionais-chave pode servir como um fórum para debate e consenso. Um conselho ou órgão similar também pode resolver questões de como e quanto pagar por inovações digitais. Expandir o arsenal digital implica inevitavelmente identificar quais são os novos

recursos a empresa necessita, e quais recursos existentes exigem uma atualização. As principais questões que as empresas enfrentam aqui são como obter essas capacidades e construí-las internamente (Muller, 2018).

Eventualmente, as empresas precisam reciclar os funcionários existentes, como quando seus papéis ainda exigem muitas das habilidades existentes, mas agora precisam adicionar novas variantes digitais. Por exemplo, uma empresa de serviços alimentícios que vende para um hospital terá que entender as prioridades do gerente de instalações, os processos físicos nas cafeterias e as preferências dos hóspedes-pacientes, que, claro, são habilidades relevantes mesmo antes das variantes digitais; agora eles também precisam aprender quais ferramentas digitais estão disponíveis para aliviar pontos problemáticos e melhorar a seleção de itens nas prateleiras. Somente o conhecimento coletivo dos funcionários pode desenvolver uma proposta integrada que o gerente de instalações valorize. Nesse caso, treinar as ferramentas e abordagens específicas e fazer com que os funcionários usem as ferramentas imediatamente, é mais eficaz do que as longas sessões em sala de aula. Em outras situações, as empresas terão que explorar novos grupos. Contratar é uma opção, mas tem seus próprios desafios, e é por isso que as empresas industriais costumam localizar seus centros digitais próximos dos polos de tecnologia e inovação, e não em centros industriais. Muitas vezes, as grandes empresas adquirem participação em *start-ups* como meio de obter acesso em equipes altamente especializadas.

Finalmente, muitas empresas optam por desenvolver capacidades através de parcerias. Eles se abrem para um ecossistema externo de especialistas digitais, a fim de tirar proveito da experiência e dos investimentos de outras empresas em ativos (como infraestrutura de nuvem ou mecanismos de análise), que são difíceis de construir internamente. A parceria visa reduzir os custos de desenvolvimento dos construtores de máquinas, disponibilizando soluções e serviços desenvolvidos centralmente. É claro que

trabalhar com um grupo de parceiros externos pode ser um desafio para empresas que talvez não tenham um histórico de colaboração forte, mesmo entre as unidades internas.

## **5. Configurações de trabalho**

Empresas que superam as dimensões econômicas dizem que novas formas de trabalho são o elemento mais importante de seu sucesso em empreendimentos digitais. Formas de trabalho devem suportar tempos de ciclo mais rápidos para projetos, maior conectividade entre diferentes funções e unidades e mais envolvimento externo com clientes e parceiros (Scholz, 2017). Como qualquer novo empreendimento, a experiência supera a teoria, por isso é fundamental envolver rapidamente as equipes em projetos digitais reais. Coloque as pessoas em situações em que possam projetar, manipular e testar recursos digitais, seja usando um robô em um processo de fabricação ou distribuindo dispositivos portáteis em uma recepção do hotel. As equipes aprenderão e avançarão para o lançamento da versão 2.0, 3.0 e assim por diante - ao mesmo tempo em que criarão um círculo mais amplo de crenças digitais.

Envolver os chefes de unidades de negócios desde o início ajudará a garantir um patrocínio forte para um processo acelerado. Para um novo sistema digital de rastreamento de estoque, por exemplo, que substituísse a entrada manual de sacolas de uma mercadoria, as equipes operacionais do armazém podem ter muitas ideias para melhorar o sistema. Os gerentes preocupados com os custos, antes de recusarem a pagar por um scanner de mão de alta qualidade, devem pensar na melhoria do processo que o equipamento proporcionaria (Scholz, 2017). A empresa que aprender que o envolvimento de um chefe de uma unidade de negócios desde o início, para que ele possa socializar a iniciativa com a equipe operacional, ajuda a detalhar os detalhes operacionais com mais rapidez e eficiência.

Mudar para novos métodos ágeis, e não apenas no desenvolvimento de software, pode acelerar o processo de pensar e comportar-se de maneira diferente. Um bom lugar para incorporar primeiro é no desenvolvimento de produtos digitais, em que obter feedback rapidamente é essencial e em mercados em que os concorrentes claramente causam interrupções. Equipes ágeis multifuncionais realizam uma série de produtos de ciclo mínimo e viabilidade mínima, cada um testado com clientes (incluindo clientes internos) e, em seguida, aprimorado de forma incremental.

Mais tarde, uma empresa pode colocar em campo um conjunto de equipes que ajudam a unir as equipes inovadoras àquelas que terão que executar inovações em campo. O aumento implacável da tecnologia digital nas expectativas dos clientes e nas operações dos concorrentes não acarreta atrasos para as empresas que ficam para trás ou para os líderes que buscam manter sua vantagem. E a força do modelo operacional de uma empresa determina sucesso ou fracasso.

A inovação digital acontece tão rapidamente que a capacidade da organização de formular, implementar e ampliar uma estratégia tornou-se mais importante do que a estratégia exata escolhida em um único ponto no tempo. Assim, enquanto algumas manchetes podem anunciar o fim da organização, o conceito do modelo operacional persiste como um guia útil para os executivos fazerem investimentos digitais inteligentes.

## **6. Empresas e Internet das Coisas**

Recentemente, o número de objetos conectados à internet se tornou maior que a população global. Computação onipresente está a caminho: microcomputadores e sensores em breve serão elementos padrão da sociedade. Ao incorporar sensores em itens que cercam as pessoas, os dados são coletados, enviados e analisados, tudo isso sem a necessidade de interação humana (Ravulavaru, 2018).

A Internet das Coisas (IoT pelo acrônimo em inglês: *Internet of Things*) é uma extensão da internet para objetos do mundo físico. Como um exemplo simples, um relógio conectado ao “*mainstream*” monitora os batimentos cardíacos e envia dados para um smartphone que, por sua vez, fornece relatórios diários. A IoT é um exemplo de tecnologia de ponta. Embora esteja se tornando amplamente disponível, ainda não está pronto para uso generalizado e eficiente. O software e o hardware em seu núcleo ainda são altamente não confiáveis e encontram problemas de compatibilidade.

## 7. Progresso dos Transistores Disruptivos

Nas últimas décadas, a *Lei de Moore* foi a referência para o progresso da tecnologia de computação. Hoje em dia, no entanto, o *status-quo* foi desafiado: a computação disruptiva e a educação dedicada podem ser os principais impulsionadores da ampla adoção da IoT. Graças aos componentes de computação, os custos de produção caíram e os dispositivos de IoT se tornaram mais acessíveis, levando a um aumento quase exponencial de objetos conectados.

Essa tendência continuará subindo a um ritmo constante. No entanto, uma mudança completa de paradigma está ocorrendo em relação aos impulsionadores da melhoria de potência/preço dos transistores e chips. A *Lei de Moore* se refere à duplicação do poder de computação a cada dois anos a um preço estável. Embora esse argumento possa parecer persuasivo e confiável, existe uma falha potencial nessa premissa. Embora isso possa ser verdade até agora, em 2016, 51 anos depois de Gordon Moore ter pronunciado sua lei, ele afirmou que “os transistores podem ser reduzidos ainda mais, mas agora estão ficando mais caros”. Moore, no entanto, reconhece a si mesmo ao dizer: “não pode durar para sempre”. Existe, de fato, uma barreira física fundamental: o limite da miniaturização dos



transistores é o tamanho de um átomo, e a sociedade está se aproximando desse estágio<sup>10</sup>.

A inovação disruptiva parece mais promissora ao fornecer um novo ímpeto para criar tecnologia mais barata e melhor. O que vem a seguir pode ser mais excitante. Tecnologias radicalmente diferentes, como os chips 3D e ADN ou a computação quântica, são soluções futuras potenciais que estão atualmente no centro das atenções dos laboratórios de pesquisa e desenvolvimento.

Essas soluções inovadoras reduzirão o custo de produção da IoT. A origem dessa nova tecnologia virá de um capital humano especializado no campo da IoT. Por exemplo, entre muitos outros, é a recente inauguração de um Mestrado em *Smart Cities and Urban Analytics* na *University College of London*<sup>11</sup>. Formar uma geração de engenheiros de um novo tipo satisfará a próxima fome em inovação.

## 8. Um gerenciamento de energia revolucionário

A IoT interagindo com o consumo de energia pode ser uma tecnologia revolucionária na forma como a energia é gerenciada. Como exemplo, o Google conseguiu reduzir o consumo de energia de seus data centers em 15% de um dia para o outro, graças à combinação de Machine Learning (Inteligência Artificial) e coleta de dados (Internet of Things). O dinheiro economizado no resfriamento de seus centros de dados financiará as ambições de crescimento da empresa e, portanto, criará valor econômico<sup>12</sup>. Alphabet, Facebook, Apple, Microsoft e outros grandes players de tecnologia estão apostando na IoT para se tornarem pioneiros em tecnologia de eficiência energética, assim como fabricantes de

---

<sup>10</sup> Cf., Schaller, Bob. The Origin, Nature, and Implications of "MOORE'S LAW" – The Benchmark of Progress in Semiconductor Electronics. September 26, 1996. In: <http://jimgray.azurewebsites.net/moore-law.html>. (link permanente).

<sup>11</sup> Cf., <https://www.ucl.ac.uk/prospective-students/graduate/taught-degrees/smart-cities-urban-analytics-msc>. Curso com início marcado para o mês de setembro de 2018.

<sup>12</sup> Cf., <https://environment.google/projects/machine-learning/> (link permanente).

automóveis estão se convertendo em motores elétricos pelo mesmo motivo (Ravulavaru, 2018).

Assim, embora a IoT ofereça conveniência modesta para as residências por enquanto, isso implica em uma melhoria econômica promissora para o setor, graças, por exemplo, às soluções energéticas otimizadas emergentes. As aplicações industriais são numerosas: os objetos conectados podem melhorar a segurança, o feedback, reduzir o tempo de resposta dentro da organização, substituir o trabalho humano e auxiliar os processos de P & D. Existe uma infinidade de outras possibilidades: em geral, a IoT aumenta drasticamente a produtividade.

## **9. Padrões Abertos**

No entanto, para ter um impacto econômico ideal, a parte de dispositivos da IoT terá que operar corretamente. Para tanto, os dispositivos devem poder se comunicar e, portanto, serem compatíveis entre si. A compatibilidade de dispositivos dentro de uma rede é chamada de interoperabilidade. O intercâmbio gratuito e ilimitado de informações é o benefício econômico da interoperabilidade. Contudo, haverá uma luta complexa antes que tal desafio tecnológico seja alcançado.

O surgimento da IoT significa uma importância cada vez maior dos padrões abertos. Na verdade, estamos prestes a testemunhar uma era em que os lares em breve terão de dez a cem vezes o número atual de dispositivos conectados.

Logicamente, alguns apontam a necessidade urgente do federalismo em plataformas de nuvem para aproveitar os benefícios da interoperabilidade. De fato, se os dispositivos não são interoperáveis em um mercado, o resultado pode levar os usuários a ficarem presos nos serviços de um provedor dominante. Isso levaria a um monopólio, uma forma de falha de mercado. Nesse caso, a IoT estaria servindo em grande parte aos interesses econômicos das empresas oligopolistas, levando a uma alta nos preços dos produtos

fabricados através de margens extremamente altas, uma situação de mercado semelhante à dos smartphones. A Apple é um exemplo de uma empresa que acabou por ser um monopólio no mercado de TI, controlando padrões fechados (Ravulavaru, 2018).

A maioria das famílias dos países desenvolvidos está prestes a contabilizar centenas de milhares de objetos conectados que serão fabricados por diferentes corporações. Garantir uma perfeita portabilidade de dados entre essa diversidade de objetos é um desafio real. Assim, é crucial que os fabricantes de TI encontrem um meio-termo cedendo direitos de propriedade intelectual para incorporar as Coisas da Internet em um único software operacional. No caso contrário, a IoT continuará sendo um potencial econômico inexplorado, reproduzindo a atual falha do mercado de TI, ilustrada pelo controle que a Apple e a Microsoft têm sobre os padrões.

## **10. Evitando Falhas no Mercado**

Com isso em mente, os formuladores de políticas devem garantir que a IoT seja operacional e inofensiva para que ela atenda à aceitação pública e, portanto, se torne amplamente economicamente viável. Por meio do suporte de privacidade, segurança e interoperabilidade, os formuladores de políticas devem tornar a IoT confiável para criar condições ideais para um mercado eficiente.

Em primeiro lugar, há preocupações com a privacidade quanto à legitimidade da coleta e uso de dados pessoais. De fato, computação onipresente também significa um risco sempre presente quando se trata de roubo de dados. A Europa é líder e pioneira na criação de governança para a IoT. Ele agrupa diferentes partes interessadas para permitir a sinergia. A título ilustrativo, os Estados-Membros foram convidados pela Comissão Europeia a encontrar um consenso sobre o respeito da privacidade dos utilizadores da Internet das coisas de um modo “legal, ético, social e politicamente aceitável”.

Em segundo lugar, há preocupações de segurança sobre a proteção de dados de intrusos indesejados. Famílias e mercados industriais, respectivamente, temem o vazamento de dados pessoais e profissionais. Foi apontado que o vazamento de dados devido à falta de soluções de segurança e privacidade é a principal fonte de rejeição da IoT. Se for julgado negativamente em termos gerais, caso aconteça por ignorância ou descuido, a internet das coisas pode ser prejudicada mesmo antes de sair do portão. Isso levaria, conseqüentemente, a um impacto econômico positivo menor do que o esperado. Para resolver este problema, o Grupo Europeu de Pesquisa sobre a Internet das Coisas (IERC pelo acrônimo em inglês; *European Research Cluster on the Internet of Things*) foi criado para permitir uma implantação segura, segura e que preserva a privacidade da IoT na Europa<sup>13</sup>.

Em terceiro lugar, os decisores políticos estão agora a tomar o bastão, pois eles estão mais capacitados para realizar tal tarefa. Os legisladores apoiam ou, por vezes, impõem interoperabilidade para evitar falhas de mercado. O apoio à interoperabilidade dos legisladores pode acontecer fornecendo fundos; a UE "está a investir 192 milhões de euros em investigação e inovação da IoT de 2014 a 2017" (Comissão Europeia, 2016)<sup>14</sup>. Mas os formuladores de políticas também podem impor isso. A Microsoft foi processada pela Comissão Europeia porque estava desenvolvendo sistemas não interoperáveis de propósito, abusando dessa posição monopolista. Nos últimos meses, o Google e a Apple foram processados pelos mesmos motivos.

O sucesso da IoT dependerá do surgimento de um ecossistema eficiente, que definitivamente não será um resultado natural da oferta e da demanda. Conseqüentemente, a IoT precisa ser enquadrada pelos formuladores de políticas pelo menos durante seus primeiros anos instáveis. Os decisores políticos têm a responsabilidade de garantir que a privacidade, a segurança e a

---

<sup>13</sup> Cf., <http://www.internet-of-things-research.eu/> (link permanente)

<sup>14</sup> Cf., <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/research-innovation-iot> (link permanente).

interoperabilidade se tornem marcas de qualidade da IoT. Caso contrário, seu potencial econômico permanecerá inexplorado.

Resumindo, a IoT está a caminho de fornecer otimização onipresente. A possibilidade de incorporar sensores ao redor do mundo é infinita. Eles fornecerão dados perspicazes sobre a perspectiva global. O progresso dos computadores e os engenheiros dedicados estão na raiz da revolução em curso. O caminho à frente ainda é longo e difícil - uma combinação de falhas de mercado seguidas por soluções corporativas reativas e proposições apropriadas dos formuladores de políticas é o caminho para aproveitar plenamente o potencial econômico da IoT. É, no entanto, altamente recomendável não desenvolver a IoT de maneira precipitada. Seja um estado, um indivíduo ou uma empresa, qualquer parte interessada poderia causar danos potenciais através do uso distorcido da IoT. As principais prioridades dos corpos diretivos devem ser o surgimento de padrões e cuidar das preocupações de privacidade e segurança (Ravulavaru, 2018).

## **11. Observações finais**

Carros inteligentes que dirigem e estacionam. Sistemas de varejo que observam onde os compradores permanecem. Termostatos domésticos que detectam a chegada do proprietário e aumentam o calor. De certa forma, o futuro já está aqui: cada uma dessas aplicações já está em funcionamento, uma parte da Internet das Coisas. O que está mudando rapidamente é a universalidade deles, a integração e a comunicação entre sistemas como esses para criar um novo paradigma de computação pervasiva.

Quais empresas fornecerão o hardware, software e serviços que tornam esses cenários extensos e reais? Se o passado é um indicador, elas podem não ser as mesmas empresas que os fornecem hoje. Nós vemos a computação difundida como uma grande mudança arquitetônica. Como nos turnos anteriores, esperamos ver o quadro de líderes embaralhado. Os vencedores em computação difundida

desenvolverão soluções repetíveis e de alto valor na interseção entre mobilidade, análise e computação em nuvem, criando novas fontes de valor a partir da explosão de dados que nos rodeia.

Algumas indústrias já estão usando computação pervasiva em escala. As empresas de serviços públicos estão investindo significativamente em redes inteligentes, medidores inteligentes e termostatos inteligentes, incentivados por reguladores e habilitados por padrões estabelecidos. Na área da saúde, por outro lado, as preocupações com a privacidade e a fragmentação da indústria criam barreiras para liberar novo valor das soluções de computação difusas.

Tal como acontece com outras mudanças arquitetônicas, esperamos que as primeiras soluções abrangentes sejam projetadas para indústrias específicas. Esse enfoque permitirá que desenvolvedores e designers trabalhem dentro de uma estrutura limitada de requisitos para resolver os problemas complexos de associação e gerenciamento em várias camadas e milhares de dispositivos. Muitos componentes já existem, mas o custo e a complexidade de integrá-los em uma solução completa ainda são caros. As empresas que podem criar ofertas acessíveis de ponta a ponta facilitarão o investimento de outras pessoas na próxima onda de computação. Com o tempo, veremos plataformas surgindo dentro de setores, seguidas de soluções entre segmentos.

À medida que essas plataformas surgirem, as empresas que criarem soluções de computação difundidas precisarão superar vários obstáculos. Nas camadas de infraestrutura e banco de dados, eles precisarão aprender como gerenciar a interação de milhões de sensores e encontrar maneiras de coletar e analisar de maneira econômica os enormes volumes de dados não estruturados que produzem. Em desenvolvimento, novas plataformas voltadas especificamente para aplicativos máquina-a-máquina, como Salesforce<sup>15</sup> e Predix da GE<sup>16</sup>, estão apenas começando a crescer.

---

<sup>15</sup> Cf., <https://www.salesforce.com> (link permanente).

<sup>16</sup> Cf., <https://www.ge.com/digital/predix-platform-foundation-digital-industrial-applications> (link permante).

Todas essas questões levarão a discussões ricas à medida que os executivos seniores planejam suas estratégias de computação difusas. Entre as perguntas que deveriam estar fazendo:

- Onde está o valor: em hardware (servidores avançados, novos chips), em software e serviços ou nos próprios dados?
- Quais soluções atenderão às necessidades do cliente e oferecerão argumentos convincentes para investimento?
- Qual vai reduzir custos, gerar receita e menor risco?
- Quais capacidades e ativos precisamos desenvolver e fornecer essas soluções?
- Com quem devemos nos associar, para cima ou para baixo na pilha?
- Quais padrões devemos seguir?
- Quais são os riscos de não agir?

Os próximos três a cinco anos serão críticos à medida que a computação difundida se move para o “mainstream” e o número de dispositivos conectados e aplicativos relacionados dispara. Executivos em todos os setores, mas especialmente nos setores de tecnologia que permitirão essa mudança, devem se concentrar em responder às questões críticas hoje que os posicionarão para a liderança amanhã.

## **Referências:**

ACEMOGLU, Daron. Introduction to Modern Economic Growth. Princeton N.J.: Princeton University Press, 2008.

AGHION, Philippe. Some “Schumpeterian” Thoughts on Growth and Development. Paper. Worldbank.Org. May 2016. Available in: <http://zip.net/bjtspC> (accessed 12/09/2016).

CHANDLER, Jr., Alfred D. Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism. 7th Impressão. Cambridge/MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

- DENNISON, Tracy K.; OGILVIE, Sheilagh. Institutions, Demography, and Economic Growth. *The Journal of Economic History*, Vol. 76, No. 1 (March 2016). Available online in: <http://zip.net/bqttp2> (accessed 12/09/2016).
- FOLEY, Duncan K.; MICHL, Thomas R. *Growth and Distribution*. Cambridge/MA: Harvard University Press, 1999.
- FOLEY, Duncan K.; MODEL, Leo. *Unholy Trinity: Labor, Capital and Land in the New Economy*. New York: Routledge, 2003
- GLENN, Ellison; GLAESER, Edward; KERR, William. What Causes Industry Agglomeration? Evidence from Coagglomeration Patterns. *American Economic Review*, 2010, 100(3): 1195-1213. Available online in: <http://zip.net/bptsoW> (accessed 23/04/2015).
- GWARTNEY, James, LAWSON, Robert, & HOLCOMBE, Randall. Economic freedom and the environment for economic growth. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1999, 4, 643-663. Available in: <http://zip.net/bdtsTM> (accessed 12/02/2014).
- HALLER, Alina-Petronela. Concepts of Economic Growth and Development. Challenges of Crisis and of Knowledge. *Economy Transdisciplinary Cognition*. Vol. 15, Issue 1/2012 p.66-71. Available in: <http://zip.net/bwtrVG> (acesso em 12/02/2014).
- HOFFMAN, Reid; CASNOCHA, Ben e YEH, Chris, *The Alliance: Managing Talent in the Networked Age*. Boston: Harvard Business Review Press, 2014.
- KAUFFMAN, Robert; KUMAR, Ajay, *The New Economic Geography of IT Industries: The Impacts of the Internet on their Market Linkages and Agglomeration*. ICIS 2007 Proceedings. Paper 37. Available in: <http://aisel.aisnet.org/icis2007/37> (accessed 11/03/2011).
- LALL, Sanjaya. Rethinking industrial strategy: The role of the state in the face of globalization. In Gallagher, K. (ed.), *Putting development first: The importance of policy space in the WTO and IFIs*. London and New York: ZED Books, 2005, pp. 33-68.
- LANG, Tim; HINES, Colin. *The New Protectionism: Protecting the Future Against Free Trade*. London: Earthscan, 1993.
- LANGLOIS, Richard N. *The Dynamics of Industrial Capitalism: Schumpeter, Chandler, and the New Economy*. London: Routledge, 2007.



MULLER, Runter. The CEO of Technology: Lead, Reimagine, and Reinvent to Drive Growth and Create Value in Unprecedented Times.

RAVULAVARU, Arvind. Enterprise Internet of Things Handbook: Build end-to-end IoT solutions using popular IoT platforms. Birmingham: Packt Publishing Ltd, 2018.

ROBINSON, Kim Stanley. Antarctica: A Novel. New York: Random House Publishing Group, 2010. New Jersey: John Wiley & Sons, 2018.

ROGERS, David. The Digital Transformation Playbook: Rethink Your Business for the Digital Age. New York: Columbia University Press, 2016.

SCHALLER, Bob. The Origin, Nature, and Implications of “MOORE'S LAW” – The Benchmark of Progress in Semiconductor Electronics. September 26, 1996. In: [http://jimgray.azurewebsites.net/moore\\_law.html](http://jimgray.azurewebsites.net/moore_law.html). (link permanente)

SCHOLZ, Trebor. Uberworked and Underpaid: How Workers Are Disrupting the Digital Economy. New Jersey: John Wiley & Sons, 2017.

STEHR, Nico. Knowledge Politics: Governing the Consequences of Science and Technology. Paradigm Publishers, 2005.

## **Endereços de Internet**

<http://www.internet-of-things-research.eu/>

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/research-innovation-iot>

<https://environment.google/projects/machine-learning/>

<https://www.ge.com/digital/predix-platform-foundation-digital-industrial-applications>

<https://www.salesforce.com>

<https://www.ucl.ac.uk/prospective-students/graduate/taught-degrees/smart-cities-urban-analytics-msc>



# A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado

*Fabio Ulhoa Coelho*<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Pode-se situar em 1955 o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tomando-se o marco referencial da apresentação, por Rolf Serick, de sua tese para a obtenção do título de *Privatdozent*, na Universidade de Tübingen <sup>(2)</sup>. No Brasil, nos últimos trinta anos, é imensurável a quantidade de julgados que invocam esta teoria, para imputar aos sócios responsabilidade pelo pagamento de obrigação da sociedade empresária. Na Justiça do Trabalho, por exemplo, pode-se dizer que em todas as execuções direcionadas contra sociedades, os juízes invocam a desconsideração da autonomia patrimonial, para, sem maiores indagações, determinar a penhora de bens do patrimônio dos sócios. Ignoram-se, na significativa maioria destas decisões

---

• Reprodução do artigo publicado na “Revista de Direito Brasileira”, vol. 16, n. 7, em 2017. Acessível em <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3107/2821>

1 Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: societário, contratual, direito da concorrência, falência e recuperação de empresas. Advogado e parecerista.

2 A pesquisa foi desenvolvida no semestre de inverno de 1952/1953, e a primeira edição da tese publicada em março de 1955 (*Rechtsform und Realität juristischer Personen*. 2ª edição. Tübingen: Mohr, 1980, *Vorwort*).

judiciais, os pressupostos da teoria da desconsideração. Abstrai-se, em última análise, o caráter verdadeiramente excepcional do afastamento da personalidade jurídica da sociedade, tornando regra geral o que deveria ser criteriosamente episódico.

Só para se estabelecer um termo de comparação, em dois países nórdicos (Suécia e Finlândia), a desconsideração da personalidade jurídica era considerada uma simples teoria doutrinária, sem repercussão judicial (“*law in books*”), até dezembro de 2014 e março de 2015, respectivamente. Quer dizer, nessas jurisdições, a primeira decisão judicial desconsiderando a autonomia patrimonial de sociedades, segundo a *Durchgriffslehre*, demorou mais de meio século. Em todas as oportunidades anteriores em que havia sido invocada, a teoria teve a aplicação negada. O primeiro julgamento a acolhê-la, tanto na justiça sueca como na finlandesa, apegou-se estritamente aos pressupostos da artificialidade da constituição da sociedade, reforçando o caráter excepcional e episódico da superação da autonomia patrimonial<sup>(3)</sup>.

Imagine-se, então, um investidor global comparando dois ambientes possíveis de negócios para decidir onde aportar investimentos – o Brasil e um destes países nórdicos. Ao considerar o quesito segurança jurídica, certamente notará uma enorme diferença. Aqui, nas últimas três décadas, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido largamente aplicada sem critério, equivalendo sua compreensão pelos juízes, em muitos casos, à despersonalização mesmo das sociedades empresárias, ou seja, à completa ineficácia do instrumento de segregação de riscos esperada do instituto da pessoa jurídica. Lá, bastou uma única decisão (em mais de 50 anos de teoria) para, malgrado sua consistência técnica e manifesta natureza excepcional, advogados se preocuparem com os riscos a que estaria exposta a limitação da responsabilidade dos acionistas.

---

<sup>3</sup> Cfr. Märten Knuts e Thomas Kolster. *Supreme Courts in the nordics pierce the corporate veil – is the limited liability of the shareholders at risk?* Em “Business Law International”. London: International Bar Association, vol. 17(3), pgs. 253/258.

Na economia globalizada, os países competem pelos investidores globais, valendo-se, entre outros instrumentos, de seu direito comercial. Se ele, enquanto conjunto de normas de proteção do investimento privado, não inspira segurança, é natural que, neste quesito, outras jurisdições acabem se mostrando mais atraentes, pelo menos aos investimentos conservadores. Na agenda de desenvolvimento brasileira, por isso, não é possível desconsiderar-se a questão do aumento da segurança jurídica do direito comercial como um dos meios de atração de investimentos.

Mas, afinal, o que é *segurança jurídica*?

A segurança jurídica é talvez o menos estudado dos imperativos <sup>(4)</sup>. Como ocorre com alguma frequência na argumentação jurídica, os operadores do direito mais intuem que raciocinam, ao afirmarem que determinada solução (no âmbito jurisdicional ou legislativo) gera insegurança jurídica. Se instados a maiores digressões, não progridem, em razão da inexistência de um conceito assentado. Construí-lo ou pelo menos fixar as bases para sua formulação é, portanto, passo necessário a qualquer reflexão mais consistente sobre as soluções legais e judiciais passíveis de

---

<sup>4</sup> No rigor da técnica, a segurança jurídica não pode ser categorizada como “princípio”, a exemplo da proporcionalidade ou da dignidade da pessoa humana. Sendo princípio uma espécie de norma, é indisputável que há decisões judiciais que não o aplicam. As normas são, por definição, aplicáveis nas situações fáticas a que se reportam e *necessariamente* não aplicáveis nas demais. Para algo ser uma norma jurídica, é necessário que se possa visualizar um sem-número de situações fáticas em que ela é inaplicável. O que sempre estiver presente na aplicação do direito é algo diverso de norma e, portanto, não pode ser um princípio. É assente que, na sociedade democrática dos nossos tempos, segurança jurídica, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana devem acompanhar *sempre* qualquer aplicação do direito. Seria um despropósito admitir-se a pertinência de decisões inseguras, desproporcionais ou indignas para o ser humano. Logo, não se trata de princípio, mas de atributo diverso do direito. Como denominá-lo? Os autores dedicados ao tema, embora ressaltando a natureza meramente semântica da discussão, propõem alternativas diversas. Robert Alexy vale-se da expressão “máxima” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pgs. 116/118). Humberto Ávila denomina a categoria de “postulado normativo aplicativo” (*Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, pgs. 156/158.). Virgílio Afonso da Silva classifica a proporcionalidade como “regra”, por não identificar nela as características próprias das normas principiológicas (*Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pgs. 167/168). Para André Ramos Tavares, um “critério” (*Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 708). Minha preferência é por “imperativo”.

melhorar nosso ambiente de negócios. Afinal, não raramente argumentações antagônicas sustentam que a mesma solução gera e não gera segurança jurídica, sendo impossível lograr-se a superação do impasse enquanto inexistir conceito sedimentado acerca de cujo objeto divergem os argumentos.

A complexidade em torno do imperativo é grande. Abordado pelo ângulo da *sensação* de segurança, por exemplo, a discussão poderia acabar se enraizando até mesmo em questões de fundo psicológico. Assim, para avançar no tratamento do tema, duas premissas devem ser adotadas. De um lado, é preciso descartar, à partida, a noção repetitiva e infundada (verdadeiro *clichê*) da unidade do direito, reconhecendo-se sua pluralidade. Em consequência, cada ramo jurídico ou, no máximo, cada grupo de ramos próximos, terá seu próprio conceito de segurança jurídica <sup>(5)</sup>. Se para o direito comercial, como pretendo sustentar, o cerne se encontra na efetividade da alocação de riscos, para segmentos como o tributário <sup>(6)</sup>, constitucional <sup>(7)</sup>, administrativo <sup>(8)</sup>, a mesma

---

<sup>5</sup> A presente reflexão parte, portanto, de premissa bastante diversa da adotada pelo estudo mais alentado sobre a segurança jurídica na literatura nacional, de autoria de Humberto Ávila, para quem é possível construir-se um conceito de segurança jurídica para todos os ramos do direito, em torno das noções de confiabilidade, inteligibilidade e previsibilidade (*Teoria da segurança jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014).

<sup>6</sup> Em obra coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, que registra o 41º Simpósio Nacional de Direito Tributário (*Segurança jurídica em matéria tributária*. Porto Alegre: Lex Magister – CEU-IICS, 2016), indagou-se a vários tributaristas, qual seria “o conceito de segurança jurídica em matéria tributária”. Nas respostas, o núcleo do conceito é buscado na legalidade formal (pg. 35), nos atributos do enunciado normativo (pgs. 71 e 148), proteção de expectativas de confiança legítima (pgs. 86 e 119), neutralização de surpresas (pg. 103), necessidade de estabilidade (pgs. 127 e 200), regularidade estrutural e funcional (pg. 179), entre outros. A seu turno, Roque Carrazza associa segurança jurídica à tipicidade fechada, exclusivismo, vinculação do lançamento à lei, interpretação estrita da lei, igualdade, confiança na lei fiscal, boa-fé do contribuinte e livre acesso ao Judiciário (*Curso de direito constitucional tributário*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pgs. 413/439).

<sup>7</sup> Gilmar Mendes problematiza a segurança jurídica em vista da “revisão radical de determinados modelos jurídicos ou adoção de novos sistemas ou modelos” (*Curso de direito constitucional*. Em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 487). André Ramos Tavares considera central à segurança jurídica o “direito à estabilidade mínima da ordem jurídica” (*Obra citada*, pg. 758).

<sup>8</sup> Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari elegem os vetores da certeza e estabilidade (*Processo administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, pg. 116). Sílvio Luis Ferreira da Rocha menciona

abordagem se revelaria infrutífera. Se cogitarmos de ramos como família ou penal, ademais, resultará ainda mais pertinente a singularidade da efetividade da alocação dos riscos como núcleo do imperativo apenas para alguns poucos ramos jurídicos, entre os quais o direito comercial. De outro, impõe-se recortar o objeto, para tornar operacional o conceito. E dois recortes têm cabimento: a segurança jurídica deve ser reduzida inicialmente à previsibilidade das decisões judiciais; e, em seguida, à efetividade da alocação dos riscos. O objetivo é conferir racionalidade às discussões em torno do potencial lesivo à segurança jurídica associado a certa solução: que os favoráveis mostrem como ela viabilizaria que os riscos sejam suportados por quem os assumir; e que os contrários contrargumentem apontando como a mesma solução pouparia quem assumiu o risco de o suportar e, conseqüentemente, sua desalocação. Sem esta concretude, o debate continuará estéril.

Este artigo tem o objetivo de contribuir para o esclarecimento das bases teóricas de sustentação do conceito de segurança jurídica no direito comercial, entendido este como o ramo do direito concernente à proteção jurídica do investimento privado. Além desta breve introdução, numerada como primeira, ele se desdobra em três outras seções. A segunda seção realiza um corte inicial no objeto, reduzindo a segurança jurídica à previsibilidade das decisões judiciais. A terceira faz novo corte, para examinar o tema da assunção dos riscos, derivada da lei ou do contrato. Procura, ademais, aprofundar o exame da desalocação de riscos, por meio de três figuras do direito comercial: grupo de sociedades, garantia à primeira demanda e contratos de colaboração. Uma (também breve) conclusão se encontra na quarta seção.

## 2. Previsibilidade das decisões judiciais

O primeiro corte no objeto, para a construção do conceito de segurança jurídica, reduz esta à previsibilidade das decisões judiciais. A relação é direta: quanto mais previsíveis forem as decisões judiciais, mais seguro é o ambiente de negócios. Se a interpretação imediata das normas gerais e abstratas costuma ser confirmada na quase totalidade das decisões judiciais, os agentes econômicos podem orientar suas decisões em função de cenários construídos a partir destas normas, porque eles tendem a antecipar o que acontecerá com alto grau de acerto. A fidelidade e eficácia dos cenários e os acertos dos cálculos dos agentes econômicos dependem da generalizada confirmação pelos juízes da interpretação imediata das normas do direito positivo.

Em suma, no ambiente de negócios em que a interpretação imediata das normas jurídicas é geralmente confirmada pelos juízes, há elevado nível de previsibilidade das decisões judiciais e, em decorrência, segurança jurídica. Se, no entanto, esta confirmação generalizada da interpretação imediata das normas gerais e abstratas não se verifica, o ambiente de negócios não tem segurança jurídica porque a imprevisibilidade das decisões judiciais nega aos agentes econômicos os instrumentos confiáveis para orientar suas decisões. Estas são tomadas, pode-se dizer, mais ou menos "no escuro".

Antes de avançar, cabe chamar a atenção a dois aspectos deste corte, até aqui empreendido. Refiro-me à qualificação da interpretação a confirmar como "imediata" e à da confirmação como "generalizada". Estes adjetivos precisam ser explicados.

Em relação à interpretação, pode-se distinguir, de um lado, a resultante da leitura atenta e técnica do dispositivo em que se encontra a norma jurídica, sem maiores digressões ou contextualizações. É a interpretação imediata porque, numa imagem, nada se imiscui entre o dispositivo e o sentido que ele denota a uma pessoa esclarecida e até mesmo à generalidade dos profissionais do direito. De outro lado, estão interpretações da



mesma norma jurídica que vão além do dispositivo para encontrarem sentidos diversos do resultante da leitura atenta e técnica. Elas não são imediatas, mas, ao contrário, mediatizadas por argumentos mais ou menos complexos. Resultam de processos argumentativos como a exegese conforme a constituição, hermenêutica sistemática, ponderação em torno de princípios, por vezes implícitos, colmatação de lacunas e mesmo o questionamento da constitucionalidade, ou seja, interpretações que buscam elementos em outros repertórios do direito para sustentar que a norma em vigor não é a que a maioria das pessoas e profissionais consegue ler no dispositivo, mas diversa.

A imprevisibilidade das decisões judiciais decorre da profusão, em juízo, das interpretações mediatizadas, isto é, da não confirmação pelo Poder Judiciário daquilo que as normas gerais e abstratas sugerem ser o direito vigente. Ativismo judicial e mesmo a mera atuação deliberadamente criativa de alguns magistrados interessados em "deixarem sua marca" são alguns dos fatores responsáveis pelo exponencial impulso a essa profusão perniciosa ao ambiente de negócios.

Em relação à generalidade da confirmação cabe ressaltar que o ambiente de negócios com segurança jurídica não depende da absoluta previsibilidade das decisões judiciais, de resto impossível. Na verdade, seria ilusório e irreal pretender antecipar, com 100% de certeza, o resultado das demandas judiciais. Em outros termos, há sempre uma margem tolerável de imprevisibilidade com a qual devem se conformar os agentes econômicos. Empresários devem sempre computar em seus cálculos uma (pequena) probabilidade de uma ou outra decisão afastar-se da direção apontada pelas normas gerais e abstratas. Insegurança jurídica passa a existir quando esta "imprevisibilidade previsível" deixa de ser marginal e se espalha a ponto de comprometer cálculos conservadores.

Deste modo, segurança jurídica se encontra no ambiente de negócios em que a generalidade das decisões judiciais (mas não todas) confirma a interpretação imediata das normas gerais e

abstratas, isto é a não mediatizada por argumentos mais ou menos complexos que fundamentam sentidos não resultantes da leitura atenta e técnica do dispositivo.

Feitas estas precisões conceituais, retome-se a questão da relevância da previsibilidade das decisões judiciais na orientação das decisões pelos agentes econômicos. Centre-se num dos agentes, o empresário; e numa de suas decisões mais importantes, a precificação dos produtos ou serviços que oferece ao mercado. Como as decisões, num ambiente de negócios marcado pela insegurança jurídica, é tomada mais ou menos “no escuro”, o empresário terá que adotar certas cautelas. Isto é, ele precisará ter uma prudência a mais, do que teria caso estivesse operando num ambiente diverso, com segurança jurídica.

Afinal, o empresário precisa se precaver para a hipótese de ter a receita reduzida (em razão de liberação do outro contratante de uma obrigação contratada, total ou parcialmente), ou os custos majorados (com a imputação de obrigações que ele não suspeitava ter), por conta de decisão judicial que confira à lei interpretação diversa da imediata. O modo de o empresário se acautelar frente a estas variáveis (que podem consumir toda a margem de lucros ou mesmo levá-lo à quebra) consiste elevar os preços de seus produtos ou serviços. Em termos mais técnicos, o empresário irá acrescentar aos seus preços uma taxa de risco associada à imprevisibilidade das decisões judiciais.

Em geral, ao empresário é relativamente indiferente a extensão da obrigação imposta pela lei. Projetará cenários e fará cálculos a partir dela, na expectativa de que nada lhe será subtraído na receita ou acrescentado aos custos além do previsto nas normas gerais e abstratas.

Se, por exemplo, o direito positivo obriga o representado a elevados pagamentos em favor dos representantes comerciais, no caso de rescisão do contrato de representação, mas nada estatui em relação ao colaborador na venda direta, o empresário faz seus cálculos e decide pelo modelo de escoamento de mercadorias mais

interessante para ele. Se lhe parecer que poderá vender seus bens mais baratos (com mais competitividade, portanto) adotando o modelo de venda direta, irá preferi-la à representação comercial. O que verdadeiramente prejudica o investimento é o Judiciário, anos após estes cálculos, por meio de uma interpretação mediatizada da lei, decidir que o colaborador na venda direta titula os mesmos direitos do representante comercial. O empresário justamente indignado protesta (em vão): por que não foi "avisado" disto antes? Teria feito outras contas, considerado este custo, optado pela representação comercial ou, se mantivesse a opção da venda direta, teria praticado preço mais alto e preservado a sua margem de lucro.

Note-se que não cabe exigir do empresário outra prática senão a de embutir em seus preços a taxa de risco associada à imprevisibilidade das decisões judiciais. Administra mal a empresa aquele que, num ambiente de negócios caracterizado por certo risco, deixa de considerá-lo na precificação dos produtos ou serviços por ela fornecidos. Se o grau tolerável de imprevisibilidade previsível foi ultrapassado, os administradores das empresas atuantes no correspondente ambiente de negócios só cumprem seu dever legal de diligência (LSA, art. 153; CC, art. 1.011), se praticarem esta taxa de risco.

A taxa de risco associada à imprevisibilidade das decisões judiciais aumenta os preços dos produtos e serviços, penalizando os consumidores. A competição empresarial não serve de freios a este aumento porque, estando todos os empresários expostos ao mesmo risco, é inevitável sua ampla generalização nas práticas empresariais.

Encerro este item anotando que decisões judiciais imprevisíveis não são sempre indesejadas. Pelo contrário, a evolução do direito faz-se também a partir de decisões que não confirmam a interpretação imediata da norma geral e abstrata. Evoluções como a do reconhecimento da constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, são frutos de desconirmações desta natureza. Por isso, a construção do conceito de segurança jurídica no âmbito do direito comercial reclama mais

um recorte. Ver a segurança jurídica como alto grau de previsibilidade das decisões judiciais é pertinente, mas mantém a discussão ainda num plano excessivamente abstrato. Para diminuir o grau de abstração, deve-se distinguir o conteúdo específico das decisões judiciais imprevisíveis que põe em risco a segurança jurídica do ambiente de negócios.

### **3. Insegurança jurídica como desalocação de riscos**

Desalocação ocorre quando um empresário suporta risco que não assumiu, simultaneamente à liberação, pelo juiz, de outro empresário de suportar risco que havia assumido. São duas faces indissociáveis da mesma equação. Não é possível poupar um empresário de qualquer risco assumido sem necessária e concomitantemente o transferir a outro, que não o assumira.

A assunção de risco pode decorrer da lei ou de contrato. Sempre que alguém se torna empresário ou um empresário inicia nova empresa, inevitavelmente chama para si determinados riscos. Não há atividade empresarial certamente fadada ao sucesso. Por mais engenhoso, prudente e competente que seja o empresário, sua atividade pode simplesmente não dar certo. Por vezes, até mesmo sem explicação racional. Os potenciais adquirentes ou consumidores apenas não se interessam pelo produto ou serviço oferecido pelo empresário. Deste modo, a simples decisão de tornar-se empresário ou iniciar nova empresa corresponde à de assumir riscos. O fundamento desta assunção é *legal*, porque não há nenhum contrato especificamente relacionado à hipótese. Por outro lado, há os riscos assumidos em decorrência de negócios jurídicos (declarações em títulos de crédito, em atos societários ou em contratos). Aqui o fundamento pode ser chamado de *contratual*, identificando-se de modo específico uma declaração de vontade em torno da assunção do risco.

Note-se que o risco empresarial é sempre uma decorrência da vontade de quem o assume. Mesmo nos decorrentes da lei, o sujeito

que assume o risco irá suportá-lo porque quer ser empresário, porque deseja lucrar com os frutos da empresa e se empenha consciente e decisivamente para viabilizá-la e desenvolvê-la. Há riscos que assumimos sem vontade (vários dos relacionados à saúde, por exemplo); mas ninguém pode alegar que, por alguma razão, tinha sido forçado a assumir riscos empresariais. Isto não existe, juridicamente falando.

Para o direito comercial, segurança jurídica é a efetivação judicial da alocação, legal ou contratual, dos riscos. Quando se pode, de modo geral, nutrir a racional expectativa de que o Poder Judiciário irá efetivar a alocação dos riscos, segundo o prescrito na lei ou previsto nos contratos, esta previsibilidade das decisões judiciais torna o ambiente de negócios juridicamente seguro.

### **3.1. Personalidade jurídica própria das sociedades integrantes de grupo**

As sociedades integrantes de grupo, mesmo que *de direito*, conservam sua personalidade jurídica própria e seus patrimônios autônomos (LSA, art. 266, *in fine*). Em razão desta regra, quem concede crédito a sociedade integrante de grupo pode considerar apenas o *risco-sociedade*, não precisando avaliar o *risco-grupo* (excluem-se deste padrão as instituições financeiras, pelas razões que logo mais se esclarecem). Sendo cada sociedade integrante de grupo uma pessoa jurídica com autonomia patrimonial, decorre desta alocação legal de riscos que se a sociedade devedora for solvente, seus credores não podem ser prejudicados pela eventual insolvência de uma ou mesmo de todas as demais sociedades do mesmo grupo.

Evidentemente, quando a lei assegura a autonomia patrimonial de cada sociedade integrante do grupo, tal mecanismo de alocação de riscos possibilita o barateamento do crédito, sempre que o *risco-sociedade* for menor que o *risco-grupo*. Esta, aliás, tende a ser a hipótese mais corriqueira, com a criação de subsidiárias

dedicadas a atividades econômicas ou mesmo empreendimentos específicos.

A avaliação centrada no *risco-sociedade* não é admissível para as instituições financeiras desde 2000, em decorrência de umas medidas de saneamento das instituições financeiras adotadas no governo FHC. De acordo com as regras vigentes, sobre a avaliação de risco de operações de crédito bancário para fins de provisionamento <sup>(9)</sup>, a autonomia patrimonial das sociedades integrantes de grupo é desconsiderada. O regulamento baixado pelo CMN estabelece que, *em geral*, todas as operações de crédito do banco com as sociedades de um mesmo grupo econômico devem ser classificadas no nível da operação “*que apresentar maior risco*”. É aberta a possibilidade de excepcionalmente isolar-se determinada operação, para classificá-la em consideração de sua natureza e finalidades, características das garantias e valor, mas não em função especificamente da pessoa jurídica mutuária (Res. BACEN n. 2.682/99, art. 3º). Em outros termos, no mais das vezes, a boa e regular administração bancária não pode considerar, na concessão de crédito a sociedade integrante de grupo, o *risco-sociedade*, mas deve levar em conta somente o *risco-grupo*.

---

<sup>9</sup> De acordo com Jorge Katsumi Niyama e Amaro L. Oliveira Gomes, “a constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa representa, em qualquer empresa, uma estimativa de perda provável dos créditos, em atendimento aos princípios fundamentais de contabilidade, em especial ao da realização da receita e confrontação com a despesa e ao da prudência ou conservadorismo. Ocorre que, nos bancos e demais instituições financeiras, sua constituição apresenta características específicas que obrigam esses estabelecimentos a adotarem procedimentos diferenciados em relação aos praticados pelas demais empresas (comerciais, industriais ou de prestação de serviços), principalmente em função das seguintes razões: (a) o ativo a ser provisionado representa um crédito a receber decorrente, usualmente, de empréstimo, ou seja, a ‘matéria prima’ utilizada por essas entidades é o próprio dinheiro; (b) o ativo objeto de provisionamento, normalmente, é recebido em diversas parcelas, diferentemente de uma duplicata a receber, e representa parcela significativa, quando comparado com o patrimônio líquido, à medida que os bancos operam com captação de recursos de terceiros. Considerando que o principal ‘produto’ à venda pelos bancos e demais instituições financeiras é sua imagem perante o público (credibilidade e reputação) e que, para honrar seus compromissos com os depositantes, é necessário que seus ativos sejam tempestivamente realizáveis em caixa, o dimensionamento adequado da referida provisão, que permita, entre outros aspectos, avaliar o nível de risco, é de extrema importância para os diversos usuários da informação contábil (entre eles, certamente, os depositantes)” (*Contabilidade de instituições financeiras*. São Paulo: Atlas, 2000, pgs. 75/76).

As consolidações substanciais que se multiplicam nas recuperações judiciais requeridas por sociedades do mesmo grupo, em litisconsórcio ativo, quando referendadas pelo Poder Judiciário na apreciação de recursos de credores insatisfeitos com a deliberação da assembleia, acabam por generalizar o conceito de que também para as empresas não-financeiras, o mais adequado, sob o ponto de vista da boa e regular administração da concessão de crédito, é a completa irrelevância do *risco-sociedade*, devendo se levar em conta sempre o *risco-grupo*.

Verifica-se a desalocação do risco, porque se o empresário não financeiro for guiar suas avaliações a partir do que dispõe o art. 266 da LSA, racionalmente tenderá a isolar a sociedade a quem concede crédito do restante do seu grupo. Tal isolamento é racional até mesmo como meio de baratear o crédito, já que serão bem menos abrangentes as pesquisas e tratativas na negociação deste. Quando for surpreendido com a desconsideração da personalidade jurídica própria da sociedade devedora, num processo de recuperação judicial do grupo, por exemplo, o empresário estará suportando um risco potencialmente maior do que o assumido. Já os credores das demais sociedades do grupo, estarão sendo em parte poupado do risco que assumiram, ao também o avaliarem a partir do art. 266 da LSA.

### **3.2. Garantia bancária à primeira demanda**

As garantias bancárias à primeira demanda disseminaram-se no comércio internacional, no contexto da crise do petróleo de 1973, e, já há tempos, têm sido largamente aproveitadas nas demais relações interempresariais internas. Consistem no que se convencionou chamar de garantia autônoma. Trata-se de declaração, feita normalmente por instituição financeira ou seguradora (garante), de que pagará, como principal devedor, dentro de determinado limite, quantia devida por um empresário (garantido) a outro (favorecido). Denomina-se autônoma esta

garantia porque, ao contrário da fiança, não é negócio jurídico acessório. Deste modo, na garantia autônoma, o garante não pode recusar o pagamento ao favorecido, alegando exceções eventualmente titularizadas pelo garantido <sup>(10)</sup>.

Em razão de sua autonomia, de não ser acessória de outro negócio jurídico, a garantia autônoma confere maior segurança e celeridade ao crédito derivado de relação interempresarial <sup>(11)</sup>. O favorecido demanda o pagamento do garante, que deve realizá-lo de pronto, sem maiores perquirições. Em estando o valor demandado pelo favorecido dentro do limite da declaração, o garante realiza o pagamento e depois, em regresso, cobra do garantido. Este, mesmo que eventualmente tenha alguma razão para questionar a obrigação, não pode se recusar a pagar ao garante. Deve pagá-lo e, posteriormente, promover a ação cabível contra o favorecido, para ser indenizado, caso seja consistente a razão que alega possuir contrariamente à existência da obrigação.

O mecanismo associado à garantia autônoma é, então, esquematicamente, o seguinte: (a) o garante, assim que solicitado pelo favorecido, paga o valor demandado, podendo recusar o

---

<sup>10</sup> De acordo com a definição de Monica Jardim: “A garantia autônoma, igualmente conhecida por garantia pura, incondicional, abstrata, independente, ou por garantia (bancária) automática, à primeira solicitação, à primeira interpretação ou de pagamento imediato, trata-se de um tipo de garantia que, na fórmula mais comum, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada, ao beneficiário da garantia, logo que este prove o incumprimento de determinado contrato por parte do terceiro (contrato autônomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autônomo de garantia automática ou ‘à primeira solicitação’), mas abdicando desde logo, em ambos os casos, a opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante” (*A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002 pg. 13). Conferir, também, Vasco Soares da Veiga: “caracterizam-se [as garantias bancárias autônomas] por o banco dever pagar logo que o pagamento lhe é exigido pelo beneficiário, que se limita a comunicar o incumprimento da obrigação (principal) do mandante, pelo que o banco não pode formular quaisquer objeções” (*Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1994, pg. 263).

<sup>11</sup> No dizer autorizado de Arnoldo Wald: “a existência da obrigação autônoma e abstrata exigível à primeira demanda aumenta a segurança do credor em virtude da ruptura da relação da causalidade entre a garantia e o contrato garantido, destacando-se e isolando-a das demais relações jurídicas que constituem a sua razão de ser” (*A garantia à primeira demanda no direito comparado*. Em “Revista de Direito Mercantil” vol. 66. São Paulo: RT, abril-junho 1987, pg. 6).



pagamento se ultrapassado o valor da garantia; (b) o garantido, assim que solicitado pelo garante, reembolsa o montante despendido por este; (c) se o garantido tem alguma exceção a opor ao favorecido, cabe a ele promover a ação judicial, provando o que alega, para ser indenizado. Este mecanismo não é prejudicial ao garantido. Ao concordar com a outorga de garantia autônoma, concordou também em se submeter a esta sistemática de solução de potenciais conflitos de interesses.

Instrumento de reforço do cumprimento de obrigações contratuais entre empresários, de grande eficiência, a garantia autônoma foi instituído disciplinado legalmente por poucos países (os hoje inexistentes Tchecoslováquia, República Democrática da Alemanha e Iugoslávia <sup>(12)</sup>). Representa, assim, no mundo todo, um contrato atípico. O direito brasileiro, que reconhece expressamente a validade e eficácia dos contratos atípicos (CC, art. 425), alberga a garantia autônoma. Embora não abundem estudos doutrinários, nem precedentes jurisprudenciais, não há dúvidas de que se trata de negócio jurídico plenamente admissível pela nossa ordem jurídica.

Nas jurisprudências alemã, portuguesa e italiana, encontram-se decisões que liberaram o banco garante de proceder ao pagamento em alguns casos especialíssimos. Assim, apenas se dispõe de elementos consistentes comprobatórios de fraude do beneficiário ou mesmo do pagamento já ter sido feito pelo garantido, o banco pode se recusar a pagar o beneficiário. Mas, em respeito ao contratado pelas partes, não se admite a suspensão da garantia a pedido do garantido. Afinal, a essência deste contrato atípico está na impossibilidade de o garante recusar o pagamento da garantia em virtude de exceções eventualmente tituladas pelo garantido. Se um juiz determinasse a suspensão da garantia, a pedido deste, estaria negando eficácia à vontade declarada pelas partes, ao contratarem a garantia autônoma <sup>(13)</sup>.

---

<sup>12</sup> Monica Jardim, *obra citada*, pgs. 20/21.

<sup>13</sup> Discutindo a suspensão da garantia autônoma por ordens judiciais, Hermes Marcelo Huck anota: “uma garantia efetivamente autônoma deve sobreviver à eventual nulidade, resilição ou extinção do

Em razão desta sua marca fundamental, a garantia autônoma não se confunde com a fiança civil. Esta última é garantia acessória, de modo que, uma vez invalidada a obrigação principal, ela deixa de subsistir irremediavelmente. Na garantia autônoma, ao contrário, mesmo no caso de invalidação da obrigação garantida, remanesce a do garante<sup>14</sup>. Por isso, quando a fiança bancária prevê a cláusula à primeira solicitação, ou equivalente, o banco não pode ser impedido de cumprir sua obrigação de fiador, em razão de solicitação do afiançado. Trata-se exatamente da situação que este negócio jurídico pretende evitar, para maior segurança das relações entre os empresários. Diferentemente de uma fiança outorgada em função de obrigação civil, a bancária com a cláusula à primeira solicitação tem um único objetivo: o de estabelecer o pronto pagamento de um valor a um dos contratantes pelo banco. Se porventura houver alguma exceção arguível pelo afiançado, isto é questão a ser decidida, posteriormente, em ação judicial entre ele e o empresário garantido. Ao contratarem a concessão de uma fiança bancária,

---

contrato que pretenda garantir. A mera discussão da possibilidade de se atingir a garantia com a nulidade da obrigação dita principal, por si só já macularia seu conceito de perfeita autonomia. Essa independência da garantia em relação ao contrato ou obrigação-base caracteriza a autonomia da garantia oferecida” (*Garantia à primeira solicitação no comércio internacional*. Em “Revista de Direito Mercantil”, vol. 84. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 1991, pg. 10).

<sup>14</sup> Segundo Monica Jardim: “traduzindo-se o conteúdo da fiança no cumprimento da obrigação do devedor principal, a acessoriedade é sua característica inevitável. Acessoriedade que significa que a existência, a validade e o conteúdo da obrigação principal condicionam a existência, a validade e o conteúdo da obrigação de fiança, no sentido de que, se a primeira se extingue, a segunda também se extingue, se a primeira é inválida, a segunda também o é, e de que o conteúdo desta não pode ser mais amplo que o da primeira. Em síntese, a obrigação do fiador, enquanto acessória, encontra-se face à do afiançado – a principal – numa relação de dependência ou subordinação. [...] Através da garantia autônoma, o garante, tal como o fiador, assegura a verificação de um certo resultado (v.g. o cumprimento pontual e correto da obrigação do devedor), responsabilizando-se pelo risco da não produção desse resultado. Por isso, a garantia autônoma, tal como a fiança, é uma garantia especial pessoal de cumprimento das obrigações. Mas, a responsabilidade assumida pelo garante é diferente da assumida pelo fiador; enquanto que a responsabilidade do fiador é acessória, em tudo igual à do devedor, a responsabilidade do garante é própria e autônoma, em tudo distinta da do devedor. Não se pode confundir aquilo que o garante assegura com a sua obrigação, com aquilo a que o garante se obriga. O garante não se obriga a cumprir a obrigação do devedor” (*obra citada*, pgs. 175 e 179/181).

empresários declaram concordar com este mecanismo de garantia, que é bem diversa da fiança civil <sup>(15)</sup>.

A garantia à primeira solicitação, como se pode perceber, é um mecanismo de alocação contratual de riscos. O devedor garantido concorda em chamar para si o risco de pagar em regresso ao banco garante, mesmo entendendo ter razões substanciais para não se considerar devedor. Assumiu o risco de ter que fazer este pagamento, ainda que indevido, cabendo-lhe, em seguida, demandar o credor para discutir a existência ou extensão da obrigação.

Quando o Poder Judiciário determina ao banco que suspenda o adimplemento da garantia à primeira solicitação, a pedido do devedor garantido, isto acarreta insegurança jurídica <sup>(16)</sup>. Note-se que, mesmo havendo razões que *prima facie* apontem para a inexistência da obrigação, segundo alega o devedor garantido, não é o caso de o Poder Judiciário suspender a execução da garantia à primeira solicitação, porque isso implica poupar um agente econômico do risco que deliberadamente assumiu, desalocando-o mediante transferência a outro agente econômico que deliberadamente não o assumiu. Somente em situações excepcionais, como visto, em que é comprovada liminar e cabalmente a fraude na requisição de pagamento feita pelo garante, é que se admite a intervenção do juiz. Ela, contudo, faz-se não para desalocar o risco, mas somente para impedir a concretização de uma

---

<sup>15</sup> “O pagamento da garantia bancária, quando realizada com a cláusula ‘à primeira solicitação’ (*first demand*), independe de prévia consulta ao garantido. Deve ser feito em atendimento a simples pedido do titular da garantia. [...] o banco não pode negar o pagamento, já que a garantia foi dada com a cláusula ‘à primeira solicitação’; também o cliente garantido não poderá negar-se a pagar o banco em regresso, tendo em vista as obrigações que assume ao contratar a garantia bancária, mas o titular responderá perante o garantido por exercício abusivo de direito, devendo indenizá-lo pelos prejuízos decorrentes da execução irregular da garantia bancária” (Meu *Curso de direito comercial*, 17ª edição. São Paulo: RT, 2016, vol. 3, pg. 144/145).

<sup>16</sup> Cfr. Maria Cristina Varalla Mendes e Caio Farah Rodriguez. *Notas sobre a alocação de riscos e garantias contratuais*. Em *Fundamentos e Princípios dos contratos empresariais*. Coordenador Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva-FGV, 2007, pgs. 407/708.

fraude. Afinal, neste caso, o risco restaria desalocado caso a garantia fosse fraudulentamente executada.

Não é preciso insistir que o credor, ao exigir a garantia à primeira solicitação, e, com isso, transferir ao devedor integralmente o risco de ter que pagar o devido e depois ir a juízo discutir a obrigação, precificou esta alocação, tornando o crédito concedido mais barato. A intervenção constante do Poder Judiciário desalocando os riscos por meio da ineficácia da cláusula à primeira solicitação acaba encarecendo o crédito. E, novamente, será o consumidor a arcar com este encarecimento, que, mais cedo ou mais tarde, é embutido nos preços dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo.

### 3.3. Contratos de colaboração empresarial

Nos contratos de colaboração empresarial, o elemento nuclear se encontra na obrigação que um dos empresários contratantes assume, de *criar*, *ampliar* ou *consolidar* mercado para o produto ou serviço fornecido pelo outro. Este é o *fornecedor*, aquele, o *colaborador*. Trata-se de uma das modalidades contratuais visando a organização ou racionalização da cadeia de escoamento de mercadorias (distribuição, franquia, representação comercial etc) fabricadas ou comercializadas pelo fornecedor (distribuído, franqueador, representado etc) e que chegarão aos adquirentes ou consumidores graças à intermediação ou aproximação do colaborador (distribuidor, franqueado, representante etc) <sup>(17)</sup>. A diferença entre a colaboração empresarial e outros contratos também relacionados ao escoamento de mercadorias reside nesta obrigação assumida pelo colaborador. No fornecimento, por exemplo, o revendedor não a assume, embora lhe seja altamente interessante contribuir para a criação, ampliação ou consolidação do mercado do produto que revende, porque isso lhe trará

---

<sup>17</sup> Cfr. meu Curso... citado, pgs. 103/106.

naturalmente mais vendas <sup>(18)</sup>. A diferença, ressaltado, é que, nos contratos de colaboração, os investimentos do colaborador para criar, ampliar ou consolidar mercado para o produto fornecido são feitos para fins de cumprir uma obrigação contratada; no fornecimento, e em outros contratos de escoamento de mercadorias não classificáveis como *de colaboração*, eventuais investimentos do revendedor não decorrem do cumprimento de nenhuma obrigação contratada com o vendedor.

Esta diferença mostra sua relevância quando o contrato é extinto. Enquanto no fornecimento, nenhuma indenização é devida ao revendedor, pelos investimentos que eventualmente tiver feito, sendo risco exclusivo dele ter, ou não, oportunidade para recuperá-los, nos contratos de colaboração, é racional que o colaborador tenha acesso a meios, legais ou contratuais, de recuperação dos investimentos feitos. A propósito, em dois contratos de colaboração (a representação comercial e a concessão mercantil para a comercialização de veículos automotores terrestres), a lei assegura, na resolução ou rescisão do contrato, determinadas prestações do fornecedor ao colaborador, com o objetivo de compensá-lo pela perda da oportunidade de continuar explorando o mercado que ajudou a criar, ampliar ou consolidar. Nos demais contratos de colaboração (distribuição, franquia, concessão atípica etc), se não quiser amargar perdas certas, o colaborador deve contratar um prazo mínimo de duração do vínculo contratual, que lhe permita recuperar os investimentos. Se errar neste ponto da negociação, não

---

<sup>18</sup> “No fornecimento, uma das partes se obriga a vender e a outra a comprar a coisa objeto de contrato, como em qualquer outra compra e venda. A nota particular do fornecimento é a prévia definição, pelo acordo de vontade dos contratantes, de uma ou mais condições de negócio. [...] A função do contrato de fornecimento é *estabilizar* determinados aspectos da relação negocial, poupando as partes de renegociações periódicas sobre eles e possibilitando o cálculo empresarial relativamente ao suprimento de insumos (para o comprador) ou garantia de demanda (para o vendedor). Não há nenhuma condição negocial da compra e venda que se encontre forçosamente em todo fornecimento; ao contrário, as condições negociais estabilizadas variam de contrato para contrato porque dependem apenas dos interesses convergentes dos contratantes. Assim, o fornecimento pode ser celebrado por prazo determinado ou indeterminado, com ou sem exclusividade, definindo ou não preço, procedimentos, periodicidade, quantidade e demais condições” (meu *Curso... citado*, pg. 84).

terá direito a nenhuma indenização em razão do fim do contrato; em outros termos, assumira risco demasiado grande e haverá de suportá-lo.

Um problema crucial para a devida alocação de riscos, e a consequente segurança jurídica no campo do direito comercial, surge em torno do art. 473, parágrafo único, do Código Civil. Trata-se de disposição geral da lei civil, em virtude do qual o contratante que houver feito investimentos de vulto está protegido pela postergação dos efeitos da rescisão unilateral, por prazo “compatível com o vulto e a natureza dos investimentos”. O objetivo da norma é compatibilizar o direito do contratante à dissolução do contrato por vontade unilateral, sempre que admissível pela lei ou contrato, mas impedindo que ele redunde em prejuízos de monta à outra parte <sup>(19)</sup>. Na doutrina, os exemplos de incidência do dispositivo são construídos a partir de contratos de direito civil, assim o comodato e a corretagem de imóveis <sup>(20)</sup>, mas a interpretação imediata deste infeliz dispositivo sugere sua aplicação também aos contratos empresariais.

A adequada alocação de riscos contratuais, diante do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, pressupõe especial cautela dos empresários, na negociação de contratos de colaboração, visando neutralizar o desequilíbrio que o direito vigente pode ocasionar. Interpretações consistentes da norma apontam para seu caráter supletivo e até mesmo para a inaplicabilidade aos contratos

---

<sup>19</sup> Para Ruy Rosado de Aguiar Jr., “são dois os interesses em jogo. Se, de um lado, as partes devem conservar a sua liberdade de dar por findo um negócio sem prazo determinado, e ultimar essa pendência o mais rapidamente possível, de outro, impende considerar que a extinção da relação pode significar, além do fim da fonte exclusiva de renda do cocontratante, ainda a interrupção mais ou menos abrupta dos negócios que está a realizar com terceiros. A boa-fé e o princípio da função social do contrato fornecerão sólidos subsídios para a solução adequada a cada caso, a fim de salvaguardar os interesses de ambas as partes. Sendo uma fonte constante de litígios, é conveniente que as partes incluam no contrato dispositivos regulando a hipótese de extinção por vontade unilateral, estabelecendo previamente e de comum acordo uma solução equitativa” (*Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2011, vol. VI, tomo II, pg. 365)

<sup>20</sup> Cfr., Ruy Rosado de Aguiar Jr. (*obra e local citados*), Paulo Nader (*Curso de direito civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro; GEN-Forense, 2012, vol. 3, pgs. 151/152) e Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 3, pg. 207).

empresariais, mas, como visto, por serem mediatizadas, elas não conseguem servir de parâmetro na aferição da previsibilidade das decisões judiciais.

#### **4. Conclusão: a importância da segurança jurídica do ambiente de negócios**

O aumento da segurança jurídica no ambiente de negócios brasileiro interessa, sobretudo, aos consumidores e trabalhadores (à “comunidade”, pode-se dizer de modo genérico) e apenas secundariamente aos empresários e investidores. Estes, como afirmado, são disputados pelos diversos países interessados no incremento de suas economias. Se não se sentem suficientemente seguros em determinada jurisdição, os investidores podem simplesmente redirecionar a atenção para outras, sem maiores dificuldades. Consumidores e trabalhadores, porém, no mais das vezes, consomem e trabalham onde residem, não sendo a mudança de país uma opção sempre disponível ou fácil.

Convém frisar que ambientes de negócios que inspiram menos segurança jurídica não estão, por isso, necessariamente fora do círculo de interesse dos investidores. Se assim fosse, aliás, seria até mesmo mais imediata a percepção da necessidade e urgência de o país se aparelhar para competir melhor pelos investidores. A questão, contudo, é bem mais complexa. A segurança jurídica é apenas de um dos vários quesitos levados em consideração, nos cálculos dos investidores que antecedem a decisão quanto ao destino do aporte. Ademais, há os investidores que estão à procura exatamente de ambientes de negócio *mais arriscados*; chamemo-los de “arrojados”, em contraposição àqueles que não estão dispostos a assumirem riscos excessivos, os “conservadores”.

Pois bem. Ambientes de negócio sem consistente segurança jurídica não atraem os investidores conservadores, mas podem se mostrar muito atraentes aos arrojados. Qual o problema, então, se, de um modo ou de outro, os investimentos chegam? O problema

está nas características próprias dos investimentos destinados a ambientes mais arriscados. Fórmula milenar, enraizada no comércio fenício, associa diretamente riscos e retornos esperados. Quem assume riscos maiores, não se contenta com retornos módicos. O investidor arrojado atraído por ambientes de negócio sem segurança jurídica praticará preços mais elevados, nos produtos ou serviços que oferece ao mercado. Mesmo os conservadores veem-se forçados a seguir esta lógica, para embutirem em seus preços uma taxa de risco associado à insegurança jurídica. Quer dizer, são os consumidores que, pagando mais caro por produtos e serviços, arcam com as consequências da insegurança jurídica.

Mas não só eles. Também os trabalhadores acabam penalizados. Ambientes de negócios mais arriscados atraem o interesse de uma quantidade menor de investidores. Os arrojados são poucos, quando comparados com os conservadores; e assim é em razão da *lei da oferta e demanda*. Os retornos mais elevados só podem ser obtidos por quem os busca em segmentos em que não há muita competição. Naquelas atividades em que vários empresários competem, a oferta elevada força os preços para baixo e afasta os arrojados. Quer dizer, ambientes de negócio com insegurança jurídica comportam menos postos de trabalho, em prejuízo do nível dos salários e demais interesses dos trabalhadores.

Na economia globalizada, em que os investidores têm o mundo todo para investir, portanto, é à coletividade que interessa fundamentalmente a melhoria do ambiente de negócios, com o incremento do grau de segurança jurídica que o direito comercial inspira. Quando assegura a alocação de risco legal ou contratualmente definida, nas relações empresariais, é inevitável: o Judiciário protege a própria comunidade.



## Referência

- AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2011, vol. VI, tomo II.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 17ª edição. São Paulo: RT, 2016, vol. 3.
- FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto (*Direito Civil Brasileiro*). 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 3.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Garantia à primeira solicitação no comércio internacional*. Em “Revista de Direito Mercantil”, vol. 84. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 1991, pg. 10.
- JARDIM, Monica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002.
- KNUTS, Mårten e KOLSTER, Thomas. *Supreme Courts in the nordics pierce the corporate veil – is the limited liability of the shareholders at risk?* Em “Business Law International”. London: International Bar Association, vol. 17(3), pgs. 253/258.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Segurança jurídica em matéria tributária*. Porto Alegre: Lex Magister – CEU-IICS, 2016.

- MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. Em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Maria Cristina Varalla e RODRIGUEZ, Caio Farah. *Notas sobre a alocação de riscos e garantias contratuais*. Em *Fundamentos e Princípios dos contratos empresariais*. Coordenador Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva-FGV, 2007.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro; GEN-Forense, 2012, vol. 3.
- NIYAMA, Jorge Katsumi e GOMES, Amaro L. Oliveira. *Contabilidade de instituições financeiras*. São Paulo: Atlas, 2000.
- ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SERIK, Rolf. *Rechtsform und Realität juristischer Personen*. 2ª edição. Tübingen: Mohr, 1980.
- SILVA, Virgílio Afonso da *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VEIGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1994.
- WALD, Arnoldo. *A garantia à primeira demanda no direito comparado*. Em “Revista de Direito Mercantil” vol. 66. São Paulo: RT, abril-junho 1987.

# Responsabilidade civil ambiental da empresa: releitura dos elementos tradicionais da responsabilidade civil

*José Fernando Simão<sup>1</sup>*

## I – Introdução

O estudo da responsabilidade civil tem passado por profundas transformações neste início de Século XXI.

Se é verdade que em termos didáticos a responsabilidade civil é o dever que incumbe a certa pessoa de reparar o dano decorrente de ato próprio, ou ato de pessoa ou fato da coisa que dela dependa, é verdade também que os clássicos elementos da responsabilidade civil desenhados pela doutrina no Século XIX e consolidados e depurados no Século XX, estão agora sendo revisitados.

Os quatro elementos normalmente trazidos como essenciais para que surja o dever de indenizar (conduta, culpa<sup>2</sup>, nexo causal e dano) passam por um momento de reflexão tendo em vista o alto

---

<sup>1</sup> Livre-docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado e autor de obras jurídicas.

<sup>2</sup> Não se ignora o fato de a culpa, como elemento da responsabilidade civil, não ser unanimidade entre os doutrinadores. Contudo, desde a máxima de Ulpiano *in lege aquilia et levissima culpa venit* a culpa dá o tom e é regra no sistema reparatório. Segundo a lei Aquilia, a mais leve das culpas obriga. (Digesto Livro IX, Título II, frag. 44, Hulo, Pandectas, p. 34)

grau e avanço tecnológico que, além de bem-estar, é fonte de danos nunca antes imaginados e de proporções inéditas.

## 1. A culpa.

A partir dos estudos de Raymond Saleilles, ainda no Século XIX, o elemento **culpa** passou a coexistir com o elemento risco para fundamentar o dever de indenizar. Assim, em situações determinadas pela lei, em um primeiro momento a culpa permanecia como fundamento do dever de indenizar, mas era presumida de maneira absoluta (*iuris et de iure*). Posteriormente, a culpa deixa de ser fundamento à reparação civil.

No Brasil, o famoso Decreto 2681 de 1912, que cuidava dos danos causados pelas estradas de ferro, assim dispunha em seu artigo 17:

“Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas succederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corporal.

A culpa será sempre presumida, só se admittindo em contrario alguma das seguintes provas:

1ª, caso fortuito ou força maior;

2ª, culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

Assim, excetuadas as hipóteses de rompimento de nexo causal (culpa exclusiva da vítima e força maior) a culpa da estrada de ferro era presumida e não poderia esta alegar sua prudência ou diligência.

## 2. O dano.

Também com relação aos danos causados pelos empregados e prepostos no exercício de suas funções, a responsabilidade passou a ser por culpa presumida de maneira absoluta segundo orientação do STF em sua Súmula 314: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Em ambos os casos, com o passar dos anos, o transportador de pessoas e bens nas relações de consumo passou a responder objetivamente (art. 12 do CDC), assim como o empregador, por força do artigo 933 do Código Civil.

Quanto ao dano, após o grande desenvolvimento teórico do dano extrapatrimonial nas suas modalidades moral (confira-se a obra pioneira no Brasil de Carlos Alberto Bittar<sup>3</sup>) e estético (confira-se a obra pioneira no Brasil de Teresa Ancona Lopez<sup>4</sup>) este que, de início, deveria ser provado pela vítima não só quanto à existência (*an debeat*), mas também quanto à extensão (*quantum debeat*), passou a ser presumido de maneira absoluta em situações em que as máximas de experiência assim indicavam.

Enquanto o dano moral tradicional, ligado à dor e ao sofrimento, historicamente dispensavam a prova, por se tratar do *pretium doloris* (precisam os pais provar a dor que sentem com a perda de um filho no acidente aéreo? Precisa a vítima provar a dor que sofreu ao ficar cega em um acidente de carro?), o dano moral decorrente de afronta a direitos da personalidade tomou o mesmo caminho. Não se exige prova de dano nas hipóteses de negatização do nome do devedor no cadastro de mal pagadores (SERASA, SPC), exceção feita à negatização indevida quando preexiste uma dívida<sup>5</sup>.

Da mesma forma, presume-se o dano moral quando há apresentação ao banco do cheque pré-datado (tecnicamente pós-datado) em data diversa daquela avençada pelas partes.<sup>6</sup>

O dano material segue a orientação clássica devendo ser provado por quem o alega, salvo nas hipóteses de inversão do ônus da prova.<sup>7</sup> Contudo, podem as partes pré-fixar o dano por meio da cláusula penal, hipótese em que a prova será desnecessária. Deve-se

---

<sup>3</sup> *Reparação civil por danos morais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>4</sup> *O dano estético: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>5</sup> Súmula 385 do STJ. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

<sup>6</sup> Súmula 370 do STJ. Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.

<sup>7</sup> A carga probatória dinâmica.

esclarecer que o dano que pode ser objeto de cláusula penal é o decorrente do inadimplemento do contrato. Na hipótese do ilícito extracontratual, a prova do dano será imprescindível.

### 3. O nexos causal.

O nexos causal é o elemento de ligação, verdadeiro elo entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima. É o que informa ser a conduta do agente a causa e o dano seu efeito. O nexos é historicamente fenomênico, comprovável pelos elementos da natureza. A doutrina, atualmente, admite um nexos legal em que a lei atribui o dano a certa conduta do agente. De naturalístico passaria a legal.

Fato é que, em hipótese de concausalidade, várias teorias foram criadas para determinar a existência ou não de nexos causal. Assim, as teorias da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), da causalidade adequada e do dano direto e imediato buscam estabelecer a relação ente conduta e dano.

Ainda, quando o nexos não é de fácil comprovação, pois o dano foi causado pelo membro de um determinado grupo, admite-se o chamado nexos presumido. Todos os membros do grupo respondem solidariamente pelos danos causados perante a vítima e, no momento do regresso, cabe a prova do nexos real, ou seja, daquele que efetivamente causou o dano. Essa hipótese de verifica nos chamados “rachas automobilísticos” em que um dos participantes causa um dano, mas não se sabe qual deles. Pela teoria do nexos presumido, todos arcam com a indenização. Pretende-se quebrar o pacto de silêncio que se forma entre aqueles que participavam do racha<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> “APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - FATO DE TERCEIRO - INAFSTABILIDADE DA RESPONSABILIDADE DO CAUSADOR DIRETO DO DANO - TEORIA DO NEXO DE CAUSALIDADE ADEQUADA - DISPUTA DE "RACHA" - PRESENÇA DE ÁLCOOL NO SANGUE DO CONDUTOR - CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL E MORAL - NEXO CAUSAL PRESENTE - PENSÃO MENSAL DEVIDA - REDUÇÃO LABORAL DA VÍTIMA NOTÓRIA - RECURSO DESPROVIDO. ‘Motoristas que, em disputa de corrida ('racha') na via pública, vem a provocar acidente com terceiro veículo que nela trafegue, são co-responsáveis solidários pela reparação do dano que vierem a causar, ainda que apenas um deles seja o seu causador direto’ (Des.

Também a doutrina francesa criou e a jurisprudência acolheu a ideia de um risco integral para certas hipóteses de responsabilidade objetiva. Assim, em situações excepcionalíssimas, o nexo causal não seria necessário para surgir o dever de indenizar.

Indenizar sem que o dano tenha por causal fenomênica ou legal a conduta do agente é algo que fere a lógica básica do sistema pela qual a responsabilidade pressupõe conduta. Por essa teoria, ainda que haja culpa exclusiva da vítima ou força maior, alguém paga a conta, alguém responde pelo dano.

No sistema brasileiro, a doutrina afirma que em duas hipóteses temos essa responsabilidade de indenizar a vítima mesmo sem nexo: danos nucleares e danos ambientais.

A partir dessas premissas de revisitação dos elementos da responsabilidade civil, analisamos agora a questão em matéria ambiental.

## **II - Os elementos da responsabilidade civil em matéria ambiental - sua desnecessidade.**

A partir do ponto de vista exclusivo dos ambientalistas, parte-se da premissa de que o meio ambiente é um bem transgeracional, ou seja, que pertencem não só aqueles que hoje vivem no planeta, mas a todas as gerações futuras.

Assim, para eles, a responsabilidade civil prescinde praticamente de todos os seus elementos, ampliando-se o tradicional conceito de indenização.

Quando se fala em indenizar em matéria ambiental, a expressão deve ser alargada. Conforme ensina Ana Maria Nusdeo, “a evolução da doutrina do Direito Ambiental consolidou que a preferência deve ser pela reparação *in natura*, ficando a pecuniária como última opção (...). A primeira alternativa diante de um dano

---

Gaspar Rubik)” (TJSC, Apelação 257970 SC 2004.025797-0, 3ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 20/04/2006).

ambiental é a 'restauração *in situ*', sendo tomado por sentido do termo a definição contida no art. 4º, XIV da Lei 9.985/2000, no seguinte sentido: 'restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original'.<sup>9</sup>

## 1. Desnecessidade de conduta lícita ou ilícita.

A doutrina ambientalista começa suas lições dispensando qualquer conduta para que surja o dever de reparar o dano ambiental.

Segundo Edis Milaré, “no Direito brasileiro, (...) a responsabilidade pelo dano ambiental não é típica, independe de ofensa a *standard* legal ou regulamentar específico”<sup>10</sup>.

A ilicitude da conduta também não interessa em matéria de dano ambiental. É por isso que “resta descartada a necessidade para fins reparatórios de que a lesão ao meio ambiente resulte de atividade ilícita. Em outras palavras, mesmo em caso de licitude da atividade desenvolvida tem-se o dever de indenizar caso se verifiquem os pressupostos da responsabilidade civil em matéria ambiental. A responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral confere maior efetividade ao princípio do *alterum non laedere*, porquanto não é dado lesar outrem em qualquer circunstância”<sup>11</sup>.

Segundo Maria Helena Diniz:

“A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente é objetiva, bastando a comprovação do nexo de causalidade<sup>12</sup> entre o ato do lesante e o dano provocado ao meio ambiente natural e cultural,

---

<sup>9</sup> Nusdeo, Ana Maria de Oliveira. *Direito ambiental & economia*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 86.

<sup>10</sup> Milaré, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 339.

<sup>11</sup> Barroso, Lucas Abreu. A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86. Ainda: Braga Netto, Felipe; Farias, Cristiano Chaves de; Rosenthal, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 881.

<sup>12</sup> Não é o que pensam os ambientalistas.



sendo irrelevante a aferição do culpado poluidor ou da licitude ou ilicitude do seu ato<sup>13</sup>."

A teoria da desnecessidade de conduta, levada às últimas consequências, é chocante. O proprietário que preserva a mata nativa, a fauna e a flora, mantendo as características nativas, vê sua propriedade queimar em razão de um raio. Nada fez, nada faz, pois o raio não tem qualquer relação com sua atividade profissional. Teria ele que reflorestar a área destruída? Pela teoria adotada, a resposta é afirmativa, mesmo inexistindo conduta do proprietário. O valor transgeracional derruba o elemento básico de qual conceito de responsabilidade: arcar com as consequências de minha conduta.

## **2. Desnecessidade de culpa e de nexo causal.**

Da mesma forma, é pacífica a orientação da doutrina quanto à desnecessidade de nexos de causalidade. A Lei 6.938/81 em seu parágrafo 14, §1º dispõe:

“§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

Note-se que a locução “independentemente da existência de culpa” para o direito civil clássico apenas indica que a responsabilidade é objetiva. Desta locução, que é idêntica à contida no artigo 12 do CDC, não se infere risco integral.

---

<sup>13</sup> Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Fui Geraldo Camargo Viana*, Nery, Rosa Maria de Andrade; Donnini, Rogério (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 391.

Contudo, conforme explica Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade por dano ao meio ambiental se apoia, no tocante ao risco, na teoria do risco integral:

“Extrai-se do texto constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) que essa responsabilidade é fundada no risco integral, conforme sustentado por Nélson Nery Jr. (*Justitia* 126/76). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei, a maior parte dos casos de poluição ambiental, como a destruição da fauna e da flora causada por carga tóxica de navios avariados em tempestades marítimas; rompimento de oleoduto em circunstâncias absolutamente imprevisíveis, poluindo lagoas, baías, praias e mar; contaminação de estradas e rios, atingindo vários municípios, provocada por acidentes imponderáveis de grandes veículos transportadores de material poluente e assim por diante”<sup>14</sup>.

Ainda, sobre a teoria do risco integral, esclarece o autor:

“Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do *risco integral*, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”<sup>15</sup>.

Pela doutrina, a atividade lícita pode gerar o dever de indenizar. Se o proprietário de uma fábrica que utiliza solventes, em razão de um terremoto, ver o produto derramado no solo ou rio, pela teoria do risco integral estará obrigado a indenizar as vítimas e recompor o meio ambiente. Note-se que a força maior é imputada àquele que desenvolve uma atividade, mesmo que esta não implique riscos.

---

<sup>14</sup> Programa de responsabilidade civil, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 136.

<sup>15</sup> Programa de responsabilidade civil, 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 130/131.

Como afirma Patricia Iglesias, “há nexos causais nas hipóteses de risco criado, no abuso do direito de propriedade, nos atos lícitos e ilícitos que causam danos ao meio ambiente, bem como na omissão do titular do bem socioambiental em minimizar os efeitos dos danos causados até mesmo por caso fortuito ou por força maior”<sup>16</sup>.

De todo exposto, para o direito ambiental, basta existir um dano para que alguém seja responsável por arcar com a indenização ou sua reparação *in natura*. Chega-se à conclusão de que, em matéria ambiental, o proprietário ou aquele que exerce uma atividade que pode gerar danos ambientais constitui, assim, um verdadeiro segurador. Dano surge, indenização paga. Com a impossibilidade de se invocar as excludentes de caso fortuito ou força maior e como o meio ambiente não poderá causar dano a si próprio (culpa exclusiva da vítima), chega-se à conclusão de que, qualquer que seja a atividade da empresa, sendo ela lícita ou ilícita, sendo ela naturalmente poluente ou não, caso surja o dano, a empresa por ele deve responder.

Há, ainda, um agravante que merece ser lembrado. No caso de dano ambiental, há a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica com base na teoria menor. Basta que haja óbice à reparação, independentemente de abuso ou fraude, para os bens dos sócios ou administradores respondam pelas dívidas. Assim dispõe o artigo 4º da Lei 9605/98:

“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

A teoria maior, adotada pelo Código Civil em seu artigo 50, exige a prova do abuso de personalidade por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. É uma teoria que dificulta a desconsideração, pois, por óbvio, a desconsideração deve ser

---

<sup>16</sup> *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexo causal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 177.

excepcional. A lei ambiental, seguindo a ideia de proteção de um bem transgeracional é voraz: basta que a personalidade seja obstáculo ao ressarcimento de prejuízos.

### **III – Os elementos da responsabilidade civil em matéria ambiental – decisões relevantes.**

#### **1. Incêndio em Santos e a morte de peixes<sup>17</sup>.**

##### **1.1 Os fatos**

Em 2 de abril de 2015, reservatórios de combustíveis da empresa Ultracargo, no bairro de Alemoa (Santos) sofreu incêndio de grandes proporções, que durou 9 dias. Diversos pescadores ingressaram com ação indenizatória em face das empresas do grupo. De acordo com notícias<sup>18</sup>, para conter o incêndio, foi necessário o trabalho de mais de 200 bombeiros e brigadistas, que usaram mais de 5 bilhões de litros de água e todo estoque do País de Líquido Gerador de Espuma (LGE), produto aplicado no combate às chamas.

---

<sup>17</sup> “Cerceamento de defesa – causa madura para julgamento – desnecessidade da produção de outras provas (CPC, art. 370, parágrafo único) nulidade da sentença - alegação de carência de fundamentação - a concisão do mm. juiz na prolação da sentença não se confunde com falta de motivação, consoante farta e conhecida jurisprudência dos nossos tribunais responsabilidade civil – incêndio ocorrido em terminal explorado pelas rés com impacto no meio ambiente – alegação pela autora de que sofreu prejuízos advindos do comprometimento da pesca artesanal e resultantes do incêndio – não demonstrado o nexo causal entre o fato e as consequências para a atividade exercida pelo autor – região de há muito comprometida para a pesca artesanal – possibilidade de exercer o ofício em outros pontos do estuário - indevida a indenização de danos materiais e morais - precedentes – sentença mantida - recurso desprovido”. TJSP, Ap. 1034169-37.2015.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito, rel. Des. Theodureto Camargo, j. 25/04/2018

<sup>18</sup> <http://www.diariodolitoral.com.br/santos/incendio-da-ultracargo-na-alemoa-completa-um-ano/81882/>, acesso em 17/05/2018.

## 1.2. A solução do TJ/SP e o caso análogo decidido pelo STJ.

A controvérsia decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>19</sup> versa sobre pescador que ajuizou ação de indenização de danos materiais e morais em face de duas empresas que exploravam terminal marítimo no Porto de Santos, alegando que teriam sido causadoras de incêndio e que, em razão dele, muitos peixes morreram e, por isso, perdeu ganhos com suas atividades. O pedido de indenização foi julgado improcedente.

Apesar de o acórdão do TJSP reconhecer a responsabilidade objetiva no direito ambiental (art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981), ele afirma que não há nexo causal na hipótese. O acórdão aponta que o parecer técnico apresentado não indica que os danos ambientais do incêndio teriam repercutido na pesca artesanal.

Note-se que, na realidade, quando se afirma que os danos não repercutiram na pesca artesanal, pela técnica, o julgado está afirmando que, para o autor da demanda, **dano não houve**.

O julgado afirma que a prova do nexo cabia ao autor, e que ele não se desincumbiu de tal ônus, destacando que “é cediço que a área atingida de há muito se degradara para esta finalidade por causa do fluxo de embarcações, irregularidade da ocupação e comprometimento do mangue”.

Além de alegar ausência de demonstração de nexo causal, o acórdão afirma que existem outros locais em que o pescador poderia realizar pesca artesanal. Esse argumento, por si, não se justifica. Se dano houvesse, o pescador não seria obrigado a pescar em lugar diverso para mitigá-lo.

Há outros casos em que o mesmo Tribunal tratou de ação indenizatória de pescadores em razão do mesmo evento e negou existência de responsabilidade das empresas: TJSP, Ap. 1000670-28.2016.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Silvério

---

<sup>19</sup> TJSP, Ap. 1034169-37.2015.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Theodureto Camargo, j. 25/04/2018

da Silva, j. 23/11/2016; TJSP, Ap. 1017588-78.2014.8.26.0562, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Álvaro Passos j. 25/11/2015.

Em 2014, em situação análoga, o STJ decidiu de maneira diferente. Concedeu danos morais a pescadores que ficaram sem exercer sua profissão em razão de acidente ambiental. No caso, afirmaram os ministros que “para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação”<sup>20</sup>

O STJ aceitou, como prova do dano, o fato de o autor ser pescador profissional.

Apesar de todo o raciocínio quanto aonexo causal, o acórdão de 2018 do TJ/SP sobre o acidente de Santos entendeu que: “assim, ainda que ocorrido o evento, ainda que patentes as consequências trágicas, ainda que condenável a atuação dos responsáveis, **se não houver dano específico contra o reclamante, não há obrigação de indenizar**. Pois bem, embora os autores tivessem comprovado sua inscrição específica perante o Ministério da Pesca, não comprovaram quais seus ganhos e se continuavam a exercer a atividade para a qual estavam inscritos. Mais: também não comprovaram que eles, especificamente, sofreram perdas a partir das consequências do incêndio”.

Em decorrência do mesmo acidente, o TJ/SP decidiu que “embora evidente o dano ambiental, não houve indícios de que os autores tivessem sido diretamente atingidos”<sup>21</sup>.

Em suma, em recentes acórdãos do TJSP, ficou assentado que, ausente a prova do dano, não havia razão para se responsabilizar as

---

<sup>20</sup> Resp. nº 1.354.536/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 26/03/2014.

<sup>21</sup> Apelação n. 1031942-74.2015.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Mônica de Carvalho, j. 20/04/2018.

empresas que atuavam no porto de Santos. Para o STJ, em análise de situação análoga, coube indenização por dano moral presumido.

## **2. O incêndio no Guarujá e a fumaça tóxica.**

### **2.1 Os fatos.**

Em 14 de janeiro de 2016, ocorreu incêndio de grandes proporções no Terminal Portuário Privado, alfandegado da empresa Localfrio, no Guarujá. O Corpo de Bombeiros, a Defesa Civil do Estado e a empresa confirmaram o vazamento de um composto do cloro e moradores do Distrito Vicente de Carvalho alegaram ter passado mal após os bairros terem sido tomados pela fumaça tóxica<sup>22</sup>. Em razão disso, diversos moradores da região ingressaram com ação indenizatória em face da empresa.

### **2.2. A solução do TJ/SP.**

Novamente, as decisões do TJ/SP foram pela improcedência em razão da ausência de comprovação do dano.

A leitura das ementas deixa clara a razão da improcedência.

“Incêndio de grandes proporções que ocasionou vazamento de gases tóxicos, com danos ambientais e à saúde do autor. Ausência da comprovação de necessidade de atendimento médico, em decorrência do acidente, ou de danos à saúde do autor. Ônus da prova que lhe competia. Art. 373, I, do CPC”.<sup>23</sup>

“Inexistência de demonstração da forma que o acidente teria afetado negativamente a vida da autora (art. 373, I, CPC). Autora

---

<sup>22</sup> <http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/porto&mar/incendio-atinge-patio-de-cargas-do-terminal-da-localfrio/?cHash=9cb8495b5bffe2a3cc4dof32ab1d25fc>, acesso em 17/05/2018.

<sup>23</sup> Ap. 1000556-05.2017.8.26.0223, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, j. 16/05/2018.

não comprovou haver necessitado de socorro médico, tampouco que se encontrava naquela localidade na ocasião do acidente. Demonstração da adoção das providências necessárias por parte da ré. Falta de prova do dano e do nexa causal que inviabiliza a fixação de indenização. Recurso improvido”.<sup>24</sup>

“Emissão de gases tóxicos prejudiciais ao meio-ambiente e à saúde dos moradores da cidade. Danos efetivos à autora não demonstrados. Mero aborrecimento. Indenização indevida.”<sup>25</sup>

### **3. Explosão do navio Vicuña<sup>26</sup>.**

#### **3.1 Os fatos**

A pescadora ingressou com ação de indenização por danos morais contra Borden Química Indústria e Comércio Ltda., Dynea Brasil S.A. e Synteko Produtos Químicos S.A. (“Empresas”) em razão de ter sido temporariamente privada de exercer sua profissão de pescadora, devido à explosão do navio Vicuña (de bandeira chilena) em 15/11/2004, no Porto de Paranaguá.

As Empresas eram adquirentes da carga transportada pelo navio no momento da explosão, razão pela qual a pescadora buscou indenização contra elas, considerando-as solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes do acidente, que resultou a contaminação ambiental (por óleo e metanol) e, conseqüentemente, a proibição da pesca Baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba.

#### **3.2 A solução do STJ**

A ementa assim dispõe:

---

<sup>24</sup> Ap. 1000252-06.2017.8.26.0223, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. James Siano, j. 16/05/2018.

<sup>25</sup> Ap. 1000029-53.2017.8.26.0223, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 08/05/2018.

<sup>26</sup> Resp. 1.596.081/PR, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. 25/10/2017.



“As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência denexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado)”.

A fundamentação do julgado é a ausência de nexo causal. Curiosamente, o julgado assim afirma: "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade 'o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar'. (...) Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador. No caso, inexistente nexo de causalidade entre os danos ambientais (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação”.

A decisão causa alguma estranheza. Fala-se em risco integral como elemento aglutinante, mas depois se afirma inexistir nexo no caso concreto.

O argumento da autora era o seguinte: "toda e qualquer pessoa que indiretamente contribuir para causar degradação ambiental, em decorrência de sua atividade desenvolvida ou do produto advindo de sua atividade deverá arcar com os danos que provocar" (e-STJ fl. 1.558) e que por isso as empresas adquirentes da carga poluente que era transportada pelo Navio Vicuña são responsáveis indiretas pelo ocorrido, sendo desinfluyente para tal conclusão o fato de o acidente ter ocorrido antes de ter havido a

tradição da mercadoria bem como de a modalidade de transporte contratada (CFR) ter seus custos de operação a cargo da vendedora do material transportado, e não das adquirentes”.

No caso concreto a questão era interessante, pois à luz do direito civil, as rés, na qualidade de adquirentes da mercadoria (metanol), sequer eram proprietárias, pois a tradição<sup>27</sup> não havia ocorrido e sequer ocorreu (com grande parte do produto), pois o navio pegou fogo e parte substancial da carga se perdeu.

A decisão acaba por confundir conduta comissiva ou omissiva das rés, adquirentes do metanol, e nexos de causalidade.

O interessante da teoria do risco integral é justamente a desnecessidade de prova do nexo causal. Assim, quando se lê em decisões que “a responsabilidade ambiental é objetiva, **bastando a comprovação do nexo causal**. Em outras palavras, o dever de reparação independe de culpa do agente e se aplica a todos que direta ou indiretamente teriam responsabilidade pela atividade causadora de degradação ambiental”, toda a lógica da teoria cai por terra.

Na realidade, há confusão conceitual entre conduta em nexo. As empresas rés não tinham praticado qualquer ação ou omissão para justificar sua responsabilidade. A aquisição do metanol não tem relação com a explosão e os danos dela decorrentes. Note-se que a conduta única existente no evento danoso era o transporte. A conduta “comprar metanol” não faz parte do ciclo danoso e não gera explosão, logo, falta conduta por parte das rés.

A fundamentação do STJ pela qual “não está configurado o nexo de causalidade apto a vincular o resultado danoso alegadamente suportado pela ora recorrente (danos morais resultantes do empecilho temporário ao desempenho de sua atividade profissional) à conduta efetivamente perpetrada pelas ora recorridas, consistente na simples aquisição pretérita da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña no momento de sua explosão e que, por isso, acabou

---

<sup>27</sup> Pelo contrato firmou-se a cláusula CIF – Cost, insurance and freight. Por ela, a tradição se dá com a efetiva entrega ao comprador. A cláusula FOB (free on board) gera a transmissão da propriedade.

contribuindo para a contaminação ambiental” deve ser compreendida como ausência de conduta e não denexo.

Inexiste nexo porque inexiste conduta. Se alguém comprar o carro que está no pátio da concessionária e, antes de retirá-lo, o carro explode, o comprador não responde porque não participa nem por ação, nem por omissão, do evento danoso.

De certa maneira, o tribunal de origem (TJPR) reconhece exatamente a ausência de conduta das rés: “os danos gerados pelo transporte de produtos antes da entrega ao comprador não constituem risco inerente à atividade comercial desenvolvida pelas rés (fabricação e comercialização de produtos químicos) se limitam àqueles decorrentes do armazenamento e da comercialização dos produtos por ela fabricados. Ou seja, suas atividades comerciais tornam-se potencialmente lesivas no momento em que armazenam e manipulam estes produtos para comercializar e não quando simplesmente adquirem suas matérias-primas”.

#### **IV – Nota conclusiva**

Com a culpa completamente afastada, por lei, da responsabilidade civil da empresa por danos ambientais, restam os três elementos ensejadores do dever de indenizar: conduta, nexo causal e dano.

Efetivamente, o argumento derradeiro para não se conceder indenização por danos ambientais causados por empresas é a inexistência do dano. Em regra, exige-se que a vítima faça prova do dano.

Ainda, há grande confusão entre conduta e nexo causal por conta da chamada teoria do risco integral. A teoria do risco integral existe exatamente para determinar a reparação do dano ainda que ausente o nexo causal. Serve ela para que, diante do caso fortuito ou da força maior, e mesmo diante de culpa exclusiva da vítima, o dever de indenizar se mantenha hígido.

Logo, a inexistência de nexos passa a ser irrelevante. O que se percebe é que, não existindo conduta, não se pode responsabilizar alguém pelo dano. É uma questão de lógica. O agente (de conduta comissiva ou omissiva) pode responder sem nexos causal (nos casos de aplicação da teoria do risco integral), mas, se conduta não há, ele deixa de ser agente.

É por essa razão que quem compra produto inflamável não responde por explosão do navio. O comprador não participou de maneira alguma do evento danoso. Falta a ele conduta.

Essa solução se adequa com perfeição à responsabilidade civil. Ainda que o nexos seja irrelevante em matéria ambiental, a conduta relativa ao evento danoso deve ter ocorrido, sob pena de se responsabilizar a empresa pelo simples fato de existir.

## Referências

Barroso, Lucas Abreu. A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Bittar, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Braga Netto, Felipe; Farias, Cristiano Chaves de; Rosenthal, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, 2<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

Diniz, Maria Helena. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Fui Geraldo Camargo Viana*, Nery, Rosa Maria de Andrade; Donnini, Rogério (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Filho, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Iglesias, Patrícia. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexos causal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Lopez, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Milaré, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Nusdeo, Ana Maria de Oliveira. *Direito ambiental & economia*. Curitiba: Juruá, 2018.

## **Julgados**

### **STJ**

Resp. nº 1.354.536/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 26/03/2014.

Resp. 1.596.081/PR, rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. 25/10/2017.

## **Tribunais de Justiça**

TJSC, Ap. 257970 SC 2004.025797-0, 3ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 20/04/2006.

TJSP, Ap. 1034169-37.2015.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Theodureto Camargo, j. 25/04/2018.

TJSP, Ap. 1000670-28.2016.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Silvério da Silva, j. 23/11/2016.

TJSP, Ap. 1017588-78.2014.8.26.0562, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Álvaro Passos j. 25/11/2015.

TJSP, Apelação n. 1031942-74.2015.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Mônica de Carvalho, j. 20/04/2018.

TJSP, Apelação n. 1000556-05.2017.8.26.0223, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, j. 16/05/2018.

TJSP, Apelação n. 1000252-06.2017.8.26.0223, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. James Siano, j. 16/05/2018.

TJSP, Apelação n. 1000029-53.2017.8.26.0223, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 08/05/2018.



## A capacidade do empresário e o novo estatuto da pessoa com deficiência<sup>1</sup>

*Joyceane Bezerra de Menezes\**

*Unie Caminha\*\**

### Introdução

O objetivo deste artigo é analisar as repercussões do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei no.13.146/2015, no âmbito do direito empresarial, notadamente quanto à capacidade do sujeito com deficiência intelectual ou psíquica para o exercício da empresa, seja na condição de empresário, seja na condição de administrador. A considerar a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), tratado internacional ratificado pelo Brasil por meio dos Decretos no.186/2008 e NO.6.949/2009,<sup>2</sup> a pessoa com

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 8, p. 411-442, 2017.

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza, na Disciplina de Direitos de Personalidade. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. Editora da *Pensar*, *Revista de Ciência Jurídica da Universidade de Fortaleza*.

\*\* Professora Titular do Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza e Adjunta da Universidade de Fortaleza. Advogada em Fortaleza.

<sup>2</sup> A respeito do rito de aprovação e ratificação da Convenção no Brasil, importante é a leitura do artigo de Valério Mazzuoli (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 30 do art. 50 da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*. A.41., no.167, jul/set/2005, p.103. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 02/julho/2015).

deficiência tem igual capacidade comparativamente às demais. Por meio dos princípios da inclusão e não discriminação, a deficiência não pode constituir óbice à integral participação da pessoa em todas as instâncias da vida social, econômica, cultural e política, de sorte a lhes permitir uma vida independente (art.19). Nessa esteira, além dos direitos de personalidade (a exemplo dos arts.5<sup>o</sup>, 10, 11, 14, 17, 18), de constituição de família e do planejamento familiar (art.23), do trabalho e emprego (art.27), do exercício da cidadania pela participação na vida política (art.29), a pessoa com deficiência também tem direito ao crédito e ao exercício da atividade empresarial em igualdade de condições com os demais. Como se pode depreender da leitura de diversos artigos, incluindo-se, o art.12, item 5,<sup>3</sup> a pessoa com deficiência possui o direito de controlar seus bens e finanças e, conseqüentemente, de se portar como as demais no que toca a sua vida patrimonial.

No tocante à atividade empresarial o EPD abre diversas portas para a participação da pessoa com deficiência psíquica e intelectual, na medida em que estabelece, por exemplo, que é finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego, promover a garantir condições de acesso e permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho (art.35, caput). Em seguida, no parágrafo único do mesmo artigo, determina que os programas de estímulo ao empreendedorismo, incluindo-se o cooperativismo e o associativismo, prevejam a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de créditos, se assim for necessário.

Coube ainda ao EPD, alterar a Lei [nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012](#), para acrescentar o art. 12-B, que impõe a reserva de 10% (dez por cento) das vagas de serviço de táxi para condutores com deficiência, exigindo destes que o carro seja de sua propriedade e

---

<sup>3</sup> 5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.



que esteja adaptado às suas necessidades, nos termos da legislação vigente.

Toda essa abertura franqueada à pessoa com deficiência provocou a inquietação de muitos juristas, notadamente os comercialistas que agora questionam sobre a possibilidade de um sujeito marcado por uma limitação grave na seara psíquica e intelectual vir a funcionar como empresário. Teria essa pessoa uma aptidão real para a prática dos atos jurídicos pertinentes e, conseqüentemente, a plena capacidade civil para tanto?

A resposta perpassa uma análise sobre o regime das incapacidades e nesse aspecto, a premissa aplicada pelas normas já citadas é a de que a deficiência não pode mais ser usada como um critério que, direta ou indiretamente, possa operar a modulação da capacidade da pessoa. O discernimento, ou seja, a capacidade natural de querer e compreender os efeitos jurídicos de um determinado ato é que deve ser o critério balizador da sua capacidade de exercício. Foi isso o que propuseram a CDPD e o EPD – impedir que a deficiência venha a ser usada como elemento justificador da mitigação ou negação da capacidade civil.

Por outro lado, o exercício de atividade empresária implica a assunção de responsabilidades diante de um número por vezes indefinido de pessoas – naturais ou jurídicas. O conceito mais moderno de empresa (feixe de contratos ou contratos coligados) nos ensina que as relações empresariais (internas e externas) espalham seus efeitos para além de seus sócios, empregados, consumidores ou fornecedores, para um grupo de interesses bem maior: o mercado.

Assim, a tutela da empresa, do cumprimento de seus contratos interligados, acaba por significar a tutela dos interesses de todo o mercado e, por conseguinte, de toda a sociedade. Os termos e a medida em que as pessoas com alguma limitação intelectual ou psíquica estariam aptas para assumir e responder por tais responsabilidades é o tema intrincado ao qual se dedica este trabalho.

Dito isto, para analisar as possibilidades da pessoa com deficiência, especialmente aquela de cunho psíquico e intelectual, para exercer atividade empresária ou participar como sócia de sociedade empresaria, o trabalho será dividido em três partes: a primeira trata do empresário e a sua capacidade; a segunda, sobre as modificações operadas no regime das incapacidades pelo EPD e, da capacidade da pessoa com deficiência para o exercício da empresa.

## **1. O empresário e a sua capacidade**

A capacidade para ser empresário sempre foi regulada no ordenamento jurídico brasileiro de maneira relativamente estável, desde o Código Comercial de 1850. Com efeito, segundo o Código Comercial do Império, em seu artigo 1º:

Art. 1 - Podem comerciar no Brasil

1 - Todas as pessoas que, na conformidade das leis deste Império, se acharem na livre administração de suas pessoas e bens, e não forem expressamente proibidas neste Código.

2 - Os menores legitimamente emancipados.

3 - Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis.

4 - As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito) anos, com autorização de seus maridos para poderem comerciar em seu próprio nome, provada por escritura pública. As que se acharem separadas da coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não precisam da sua autorização.

Os menores, os filhos-famílias e as mulheres casadas devem inscrever os títulos da sua habilitação civil, antes de principiarem a comerciar, no Registro do Comércio do respectivo distrito.

Determinava que os atos de comércio (ou a empresa, como se designa atualmente), podiam ser exercidos pelos agentes capazes de atos da vida civil que não fossem impedidos de comerciar por determinação legal. Com o advento do Código Civil de 1916 e as disposições específicas sobre a capacidade civil, subsiste apenas o requisito constante no inciso 1, do art.10. do Código Comercial. Na síntese de Bulgarelli:

Em relação à capacidade, já vimos que o Código Comercial exige que as pessoas estejam na 'livre administração de suas pessoas e bens', e, portanto, que tenham capacidade jurídica. Esta é regulada atualmente pelo Código Civil, não obstante o Código Comercial se refira a disposições que então se encontravam em leis vigentes, principalmente as Ordenações. Com o advento posterior do Código Civil, é este quem regula a capacidade jurídica.<sup>4</sup>

Não existia, como atualmente não existe, uma regulação especial da capacidade do empresário. É “no Código Civil e não no Código Comercial, que estão as normas reguladoras da capacidade ou incapacidade para a prática de atos jurídicos, a cuja categoria pertencem os atos de comércio”.<sup>5</sup>

A despeito disso, o Código Civil de 2002 trouxe o Livro II, intitulado “Do Direito de Empresa”, dedicando o segundo capítulo à capacidade do empresário (art.972 – art. 980). Em conformidade com as regras gerais, estabelece que “podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos” (art.972). Tal disposição institui

---

<sup>4</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 1988, p.89.

<sup>5</sup> BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense. 1975, p. 121.

uma espécie de capacidade especial para o empresário que congrega a capacidade civil e a ausência de impedimento. Portanto,

a capacidade que se trata – e agora consagrada em lei –, não é a capacidade civil, mas uma capacidade especial, para o exercício da empresa, que diz respeito às condições necessárias ao agente para o exercício da atividade de empresário em caráter profissional. Essa capacidade é atingida com o preenchimento dessas duas exigências legais: (i) capacidade civil plena e (ii) ausência de impedimento legal.<sup>6</sup>

A capacidade empresarial abrange a capacidade civil e ainda traz outros requisitos ligados a impedimentos específicos, que não são requisitos de capacidade, e sim, impedimentos como se analisa adiante. Aquele que, estando legalmente impedido de exercer atividade empresarial, assim o fizer, responderá pelos atos praticados e obrigações contraídas, além das eventuais sanções, inclusive de natureza criminal.

Não é vedado à pessoa civilmente incapaz, desde que representada ou assistida, continuar a atividade empresária que exercia enquanto capaz, no caso de incapacidade superveniente; ou exercida pelo autor da herança, no caso em que for herdeiro ou legatário de estabelecimento comercial. Nesses casos, todavia, há necessidade de autorização judicial, cujo escopo é o de proteger o incapaz dos riscos inerentes à atividade empresarial. Antes de conceder a autorização, o juiz deverá avaliar a sua conveniência, examinando todas as variáveis pertinentes ao caso.

Ainda com o intuito de proteger o incapaz que eventualmente vier a exercer empresa, o Código Civil determina (art.974, § 2º) que os bens que este possuía, ao tempo da sucessão ou da decretação de sua curatela, não ficarão sujeitos ao resultado da empresa, se forem estranhos ao acervo desta, devendo tais fatos constar do alvará que conceder aquela autorização.

---

<sup>6</sup> GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Direito da Empresa*. Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 4a ed. Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

Reitere-se que as limitações ao exercício de empresa por incapaz têm a finalidade de proteger o patrimônio do próprio incapaz e de terceiros que com ele contratem no exercício da atividade comercial.

Ponto relevante a se ressaltar diz respeito à diferença entre empresário e sócios de sociedade empresária. É comum, em linguagem corriqueira, que se refira ao sócio de uma sociedade empresária como empresário. Mas o empresário (ou seja, aquele que exerce a empresa) é apenas o empresário individual ou a sociedade empresária. A pessoa jurídica que exerce atividade tem personalidade própria e distinta de seus sócios, e é aquela, e não esses, que devem ser considerados os empresários.

A mera aquisição de participação societária, sem a prática de atos de administração, não constitui exercício de empresa, e, portanto, seria permitida a qualquer pessoa impedida ou considerada civilmente incapaz, desde que assistida ou representada. Logo, o incapaz ou impedido de comerciar poderá participar de sociedades, sendo-lhe vedado o exercício da atividade de administração.

Porém, mesmo em relação às sociedades, deve-se considerar o regime de responsabilidade de cada tipo a fim de se definir a possibilidade de pessoas que não estejam no exercício da capacidade plena participarem de sua composição. Isso por que, no caso das sociedades com responsabilidade ilimitada, os sócios respondem, mesmo que subsidiariamente, pelas dívidas sociais, e solidariamente entre si. O posicionamento tradicional da doutrina sempre foi o de que menores e outros incapazes poderiam participar apenas de sociedades anônimas e de limitadas, exigindo-se a integralização do capital no caso dessas últimas.

Nos regimes societários anteriores, disciplinados pelo Decreto 3708/19 e Decreto 2627/40 que regulavam as sociedades por quotas de responsabilidade limitada e sociedades por ações, respectivamente, nada se dizia acerca da possibilidade de menores, púberes ou impúberes, subscreverem as quotas ou ações. Mas a

doutrina já entendia, sob a regência dessa legislação silente, que seria possível a subscrição de ações integralizadas de sociedades anônimas, tendo em vista o tipo de responsabilidade atribuído aos acionistas de ações integralizadas, pois a responsabilidade do sócio é limitada ao valor de emissão de suas ações. Assim, uma vez integralizadas as ações, finda-se a responsabilidade patrimonial do acionista diante dos demais, da sociedade, e até mesmo de terceiros no curso regular dos negócios. Nesse sentido, cite-se Egberto Lacerda Teixeira:

Nem o Decreto no. 3.708, de 1919, nem a lei das sociedades anônimas (Decreto 2.627, de 1940) enfrentam a questão da subscrição de ações e quotas por menores. Admitem os tratadistas, e a prática o confirma, a possibilidade de menores, púberes e impúberes, subscreverem ações integralizadas de sociedades anônimas. Dada a responsabilidade limitada dos acionistas ao montante de suas ações, nenhum encargo, para o futuro, estará assumindo o menor que realizar, integralmente, no ato da subscrição, o valor das ações subscritas. Tratar-se-á, então, de mero emprego de capital, compreendido nos poderes normais de administração conferidos aos pais e tutores.<sup>7</sup>

A exemplo de João Eunápio Borges,<sup>8</sup> houve argumentos em defesa da participação de menores como quotistas de sociedades limitadas, desde de que o capital estivesse integralizado e que fossem assistidos ou representados por seus pais ou responsáveis. Egberto Lacerda Teixeira<sup>9</sup>, por sua vez, opunha-se a participação de menores em sociedades limitadas, argumentando a circunstância de eventual aumento de capital, que, caso não fosse integralizado imediatamente, poderia gerar insegurança para incapaz.

---

<sup>7</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. Atualizadores: Sullas Tozzini e Renato Berger. São Paulo: Quartie Latin, 2006, pp. 45-6.

<sup>8</sup> BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

<sup>9</sup> Op. Cit. p. 47.

Ainda que os comercialistas clássicos não mencionassem outros tipos de incapacidade civil que não aquele pautado no critério da idade, entende-se que aos demais que fosse assim considerados poderia ser aplicados os mesmos argumentos.

Atualmente, admite-se a inclusão de pessoa incapaz no quadro societário da sociedade empresária desde que, cumulativamente, seja representado ou assistido (conforme a incapacidade seja absoluta ou relativa), não venha a exercer atividades de administração e o capital social esteja integralizado.<sup>10</sup>

A esse respeito, o parágrafo terceiro do artigo 974 do Código Civil de 2012, incluído em 2011 pela Lei 12.399, determina que

Art.974 (...)

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos: (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

II – o capital social deve ser totalmente integralizado; (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais. (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

Esse dispositivo foi alvo de muitas críticas, basicamente por dois motivos. O primeiro, por não excepcionar as sociedades por ações da obrigação de integralização do capital social, o que não faz

---

<sup>10</sup> Note-se que, apesar de esta disposição ter também o intuito de proteger o patrimônio do sócio incapaz, ela é inócua com relação às sociedades de responsabilidade ilimitada, uma vez que, nesse caso, o fato de o capital social estar integralizado não elide a responsabilidade subsidiária do sócio por responsabilidades da sociedade. A disposição, de fato, só se mostra efetiva com relação às sociedades limitadas ou anônimas.

sentido vez que a responsabilidade do acionista independe da integralização, sendo, em qualquer caso, limitada ao valor de emissão das ações subscritas. De modo a corrigir essa omissão, Enunciado da V Jornada de Direito Civil 467 trouxe, corretamente, essa disposição:

Enunciado 467. Art. 974, § 3º. A exigência de integralização do capital social prevista no art. 974, § 3º, não se aplica à participação de incapazes em sociedades anônimas e em sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada nas quais a integralização do capital social não influa na proteção do incapaz.

O segundo motivo é ainda mais preocupante, trata-se do fato de não haver restrição a participação dos incapazes em sociedades de responsabilidade ilimitada, como nas sociedades em nome coletivo. Nessas, mesmo com o capital integralizado, os sócios respondem pelas obrigações sociais de maneira subsidiária em relação à sociedade, e solidária entre si.

Com relação a esse problema, o Enunciado não se manifesta, e Alfredo Assis Gonçalves pontua

Em verdade esse Enunciado foi até tímido, poderia ter indo além para asseverar que a indigitada regra, interpretada à luz do conjunto de normas que buscam a proteção do patrimônio do incapaz, da doutrina e da jurisprudência construídas ao longo de quase um século, não como se aplicada para estabelecer condição à participação do incapaz em sociedades por ações ou para lhe conferir ingresso em sociedades nas quais sua responsabilidade sempre será solidária e ilimitada pelo cumprimento das obrigações sociais, esteja ou não integralizado o capital social.<sup>11</sup>

Não se tratou, ainda, de eventual desconsideração da personalidade jurídica, que, eventualmente, poderia atingir o patrimônio dos sócios. Apesar de a legislação estabelecer condições específicas para a extensão de obrigações das pessoas jurídicas a

---

<sup>11</sup> - Op. Cit. p. 105



seus sócios, nota-se que o instituto é banalizado cada vez mais, especialmente no âmbito da Justiça do Trabalho que atribui responsabilidades por dívidas da sociedade até àqueles sócios que não participam da administração da sociedade.

Não se pretende aqui aprofundar o estudo sobre a desconsideração, mas apenas chamar a atenção para o fato de que o exercício da atividade empresarial envolve riscos e que esse fato deve ser levado em conta quanto o empresário é pessoa que necessita de tutela especial.

### **1.1 Capacidade e proibição para ser empresário**

Para além das exigências pertinentes à capacidade civil, o Direito Comercial ainda enumera as hipóteses nas quais a pessoa (apesar de capaz) não pode exercer atividades comerciais – tratam-se dos impedimentos à atividade comercial. Como ensina Bugarelli,<sup>12</sup> o “impedido de comerciar não é incapaz, decorrendo a proibição de outros motivos.” Os impedidos, na verdade, o são por determinação legal específica, em situações ligadas à prática de crimes ou ao exercício de cargos ou funções incompatíveis com a prática comercial por, em tese, gerar conflito de interesses.

Com efeito, afirma Darcy Arruda Miranda Junior<sup>13</sup> que

De forma alguma devemos confundir a incapacidade com a incompatibilidade ou proibição. Incapacidade é a falta de aptidão de um indivíduo para o exercício de direitos que é titular. O proibido não é incapaz. Ao contrário. Os atos praticados pelos incapazes serão nulos ou anuláveis; os executados pelos proibidos de comerciar serão válidos. Entretanto, os proibidos ficam sujeitos a sanções especiais.

O Código Comercial de 1850 determinava:

---

<sup>12</sup> - Op. Cit. p. 108.

<sup>13</sup> - MIRANDA JUNIOR, Darcy Arruda. Curso de Direito Comercial. Volume I. Parte Geral. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1974. P. 141.

Art. 2 - São proibidos de comerciar:

1 - os presidentes e os comandantes de armas das províncias, os magistrados vitalícios, os juizes municipais e os de órfãos, e oficiais de Fazenda, dentro dos distritos em que exercerem as suas funções;

2 - os oficiais militares de 1 linha de mar e terra, salvo se forem reformados, e os dos corpos policiais;

3 - as corporações de mão-morta, os clérigos e os regulares;

4 - os falidos, enquanto não forem legalmente reabilitados.

Art. 3 - Na proibição do artigo antecedente não se compreende a faculdade de dar dinheiro a juro ou a prêmio, contanto que as pessoas nele mencionadas não façam do exercício desta faculdade profissão habitual de comércio; nem a de ser acionista em qualquer companhia mercantil, uma vez que não tomem parte na gerência administrativa da mesma companhia.

Atualmente, as determinações sobre as limitações e proibições ao exercício da atividade empresarial estão consignadas em leis e regulamentos esparsos, tratando o Código Civil apenas de determinar, em seu artigo 972, que “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”.

Para Fonseca,<sup>14</sup> esse modelo é mais adequado porque os impedimentos podem ser revistos à medida em que as necessidades do mercado se modificarem. Os impedimentos determinados na atual legislação decorrem de motivos diversos, ligados ao exercício de outras atividades consideradas incompatíveis com a atividade empresária, prática de crimes ligados ao mercado e ainda condições pessoais.

---

<sup>14</sup> FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da, SZTAJN, Rachel. Código Civil Comentado. Vol. XI, Artigos 887 a 926 e 966 a 1.195. Direito da Empresa. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

Hoje, são legalmente impedidos de exercer atividade empresarial os funcionários públicos (CF, art. 54, II, a, e Lei 8.112/90, art. 117, X); os condenados por crime falimentar, condenadas a pena que vede o acesso a cargos públicos, prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, sistema financeiro, normas de defesa da concorrência, relações de consumo, fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação (CC art. 1011 e Lei 6.404/86 art. 147, §10; os falidos, enquanto não reabilitados; (Lei 11.101/05 art. 102); estrangeiro portador de visto temporário (Lei 8.015/80, art. 99.)

Importante pontuar que, assim como anteriormente explicitado para a capacidade, as proibições dizem respeito ao empresário individual e aos administradores de sociedades empresárias, não se aplicando aos sócios que não exercem funções de administradores.

## **1.2. Capacidade e responsabilidade patrimonial**

Conforme exposto nos itens anteriores, o exercício da atividade empresarial sofre restrições de duas naturezas: a primeira diz respeito à capacidade civil do agente e a segunda aos impedimentos relativos à prática de delitos e situações consideradas incompatíveis com o comércio. Afastadas tais restrições, diz-se que o sujeito terá a capacidade especial para comerciar.

Enquanto as restrições relativas à capacidade do agente têm o escopo de proteger o patrimônio do incapaz e o próprio mercado, que preza pela estabilidade dos atos e negócios praticados pelo empresário, aquelas restrições advindas de impedimento dizem respeito às sanções por condutas que ferem a ética empresarial ou à incompatibilidade de determinadas atividades com o comércio. Importam, a este trabalho, apenas as primeiras, vez que seriam as que, em princípio, se aplicariam às pessoas com deficiência intelectual ou psíquica.

As restrições ao exercício da empresa relativas à capacidade do empresário e do administrador da sociedade empresária mais visam à segurança e tutela do incapaz e de seu patrimônio, embora também visem resguardar a estabilidade das relações do mercado. Conforme dispõe Borges, “Essa incapacidade, que não interessa somente ao incapaz, mas à coletividade em geral, pode ser alegada por qualquer interessado ou decretada *ex officio*.”<sup>15</sup>

Se se admite que o exercício da empresa interessa a uma comunidade bem mais extensa que o conjunto dos sócios e se considerarmos que, segundo alguns doutrinadores admitem, atende até a uma “função social”, deve-se também admitir que esse tipo organização mereça uma tutela especial.

A insegurança com relação à validade ou eficácia de atos praticados no exercício da empresa traz instabilidade jurídica às relações econômicas, e, por conseguinte, aumenta os custos de transação. São esses custos aqueles relativos à falta de informação adequada, prospecção, investigação, elaboração de instrumentos e garantia de sua observância e ainda, eventual execução desses contratos. Os custos de transação são responsáveis, em grande medida, pela ineficiência de um determinado mercado, prejudicando a todos que nele interagem, quer por escassez de bens ou por elevação de preços.<sup>16</sup>

Apesar de os custos de transação poderem ser observados em qualquer tipo de negócio jurídico, tornam-se críticos em negócios envolvendo empresários, vez que praticam sua atividade de maneira reiterada e profissional, abarcando maior número de pessoas que os negócios isolados praticados por particulares.

Eis o problema enfrentado no presente artigo: seria o novo Estatuto da pessoa com deficiência um elemento de insegurança nas relações empresariais? Teria o EPD expandido a capacidade de

---

<sup>15</sup> BORGES, op. cit. p. 123.

<sup>16</sup> A esse respeito, conf. COASE, Ronald. *The firm, the market and the Law*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1990.

exercício para os atos existenciais e patrimoniais, admitindo o exercício da empresa pela pessoa com deficiência intelectual ou psíquica? É o que se passa a analisar.

## **2 O advento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei Brasileira de inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei no.13.146/2015 e o impacto no regime das incapacidades**

Coube à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência estabelecer o marco da inclusão da pessoa com deficiência, notadamente, aquela associada à limitação psíquica e/ou intelectual, nas diversas arenas da vida política, civil e, inclusive, empresarial, como já referimos. Aquele que, historicamente, esteve excluído de muitos modelos de relações jurídicas, porque tantas vezes se viu excluído da vida comunitária, agora tem o reconhecimento de plenos direitos, inclusive, o *status* da capacidade civil, em igualdade com as demais pessoas qualificadas pela *normalidade*.

Mas o papel da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) promulgada pela Organização das Nações Unidas em 2007 e ratificada pelo Brasil em 2008, por meio do Decreto n.186,<sup>17</sup> não foi o de, por alquimia, conferir sanidade ou discernimento pleno àqueles que não os tem. No bojo de uma política de inclusão, quis reconhecer direitos de igualdade às pessoas com deficiência, afetadas por limitações naturais físicas, sensoriais, intelectuais e psíquicas, reservando-lhes um aparato protetivo

---

<sup>17</sup> Em virtude de haver sido aprovada com o quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, conforme instrui o art.5º. §3º., da Constituição Federal, a CDPD logrou alcançar a hierarquia de norma constitucional. Mesmo assim, por excesso de cautela o Presidente da República fez questão de promulga-la por meio do Decreto Presidencial no.6.949/2009, para obedecer o rito de ratificação dos tratados em geral e eliminar qualquer divergência teórica quanto à adequação do procedimento ratificatório. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 30 do art. 50 da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*. A.41., no.167, jul/set/2005, p.103. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 02/julho/2015.

condizente com a plataforma de direitos humanos que não as condena à condição de mero objeto de proteção. Ao tempo que em que visa promover a vida independente procura conciliar os instrumentos de proteção adequados e necessários.

Provocou uma revolução copernicana, instaurando o modelo protetivo firmado na autonomia e no apoio que também foi aplicado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD também nomeado Lei Brasileira de Inclusão - LBI (Lei no.13.146, de 05 de janeiro de 2015). Em conjunto, reconhecem direitos iguais às pessoas e preveem um sistema de apoio que será tanto mais amplo, quanto mais intensa for a necessidade de cada um. Rompe com a estrutura jurídica do direito protetivo tradicional, firmado na substituição de vontades e que posicionava a pessoa como mero objeto de proteção, pois procura reconhecer os espaços mínimos de autonomia, quando existentes.

Embora a alteração do regime civilista das incapacidades tenha sido realizada pela CDPD (art.12), foi o EPD que provocou fortes debates entre os civilistas<sup>18</sup> e a irresignação dos comercialistas, em geral. As principais críticas se dirigem às mudanças operadas no regime das incapacidades, sem desconsiderar as oposições direcionadas à nova curatela e ao recém criado instituto da tomada de decisão apoiada.

Tanto a CDPD quanto o EPD reconhecem a autonomia da pessoa para, em igualdade de condições com as demais, conduzir sua vida de modo independente. Seja relacionada à limitação de ordem física, psíquica ou intelectual, a deficiência não pode funcionar como óbice à inclusão e à igualdade. Portanto, na medida em que a pessoa com deficiência mantiver a capacidade natural de conduzir suas próprias decisões, possuindo o discernimento

---

<sup>18</sup> Para o civilista Paulo Lobo a CDPD e o EPD trouxeram um importante avanço legal, determinando, expressamente, a supressão da deficiência como critério para a incapacidade absoluta. *Com avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em 22 de março de 2016.

necessário para querer e compreender todos os seus efeitos de suas escolhas, gozará de capacidade civil para realizá-las. Para facilitar o exercício dessa capacidade poderá, inclusive, recorrer à tomada de decisão apoiada, por meio da qual não sofrerá restrição a sua capacidade mas terá o apoio que necessitar por parte dos instituídos apoiadores.

Nada se opõe à capacidade da pessoa com deficiência física, mas tem sido difícil aceitar que a pessoa com deficiência psíquica e intelectual possa ser considerada plenamente capaz para os atos da vida civil. Essa dificuldade pode ter origem longínqua, no ideal de dignidade humana que lastreou o Estado moderno e foi construído sob um modelo de ser humano ilustrado e delineado por um conjunto de características estéticas e éticas que remetiam a um padrão de perfeição.<sup>19</sup> O protótipo do agente apto a participar do discurso moral por sua capacidade de raciocinar, sentir e de se comunicar, manifestando as competências indispensáveis ao desempenho de seu papel social não inclui o “louco”.<sup>20</sup> A eles, qualificados como incapazes, estenderia-se essa dignidade pelo fato de pertencem à família humana.<sup>21</sup>

Em virtude de uma limitação intelectual ou psíquica duradoura, muitas pessoas qualificadas como deficientes foram totalmente excluídas dos processos sociais e reduzidas à condição de mero objeto de proteção. À mesma condição também foram lançadas aquelas outras que, no curso da vida, adquiriram limitações semelhantes em virtude de algum tipo de acidente ou

---

19 PECES-BARBA, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Col. Cuadernos Bartolomé de las casas. Num. 26. Dykinson: Madrid, 2003, p.28-55.

20 ROIG, Rafael de Asis. Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In CAMBOY CERVEJA, Ignacio. *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*. España: Dikinson, 2008, p. 32-33.

21 “Aquellos que no tuvieron esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de la dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerar-los como merecedores de dicha atribución.” RÓIG, Rafael de Asis. Op.cit., p.35-36.

demência precoce.<sup>22</sup> Consideradas como “pessoas sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil”, eram interditas e perdiam a capacidade civil de exercício, o que repercutia negativa e diretamente na possibilidade do livre desenvolvimento de sua personalidade.

Luigi Ferrajoli<sup>23</sup> é categórico ao denunciar o caráter discriminatório do *status* capacidade civil que sempre foi usado como um instrumento de exclusão, barreira de acesso aos direitos fundamentais, especialmente à igualdade.

Ainda que a lei permitisse a alternativa da interdição parcial, na qual o curador funcionava como assistente do curatelado interdito, na maior parte dos casos, os juízes aplicavam a medida mais extrema consistente na interdição total. Ao curador era dado o poder de representação do curatelado que implicava na completa substituição de vontade deste, quando da prática dos atos da vida civil.<sup>24</sup> Representando o “incapaz”, o curador agiria segundo a sua

---

<sup>22</sup> Relatório da Organização Mundial de Saúde estima que há cerca de 35,5 milhões de pessoas com demência em todo mundo. Estima-se que este número será duplicado a cada 20 anos, chegando a 65,7 milhões em 2030 e a 115,4 milhões em 2050 segundo dados fornecidos pelo Relatório de 2012 da Organização Mundial da Saúde (OMS) realizado juntamente com a associação Internacional de Doença de Alzheimer (ADI). Conforme este relatório, a cada 4 segundos, um novo caso de demência é detectado no mundo e a previsão é de que em 2050, haverá um novo caso a cada segundo. Disponível em: <[http://www.institutoalzheimerbrasil.org.br/demencias-detahes-Instituto\\_Alzheimer\\_Brasil/33/entendendo\\_a\\_doenca\\_de\\_alzheimer\\_da\\_atraves\\_de\\_estudos\\_realizados\\_com\\_populacoes\\_epidemiologia\\_](http://www.institutoalzheimerbrasil.org.br/demencias-detahes-Instituto_Alzheimer_Brasil/33/entendendo_a_doenca_de_alzheimer_da_atraves_de_estudos_realizados_com_populacoes_epidemiologia_)>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

<sup>23</sup> Ferrajoli denuncia que a cidadania e a capacidade civil tem sido os status que ainda limitam a igualdade das pessoas humanas. Segundo ele, “estas clases de sujetos han sido identificadas por los status determinados por la identidad de ‘persona’ y/o de ‘ciudadano’ y/o ‘capaz de obrar’ que, como sabemos, en la historia han sido objeto de las más variadas limitaciones y discriminaciones. Personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar, en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos) de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en droits fondamentaux. Prueba de ello es el hecho de que sus presupuestos pueden - y han sido historicamente - más o menos extensos: restringidísimos en el pasado, cuando por sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad se excluía de ellos a la mayor parte de las personas físicas, se han ido ampliado progresivamente aunque sin llegar a alcanzar todavía, ni siquiera en la actualidad, al menos por lo que se refiere a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, una extension universal que comprenda a todos los seres humanos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009, p.22).

<sup>24</sup> Relatório produzido a partir de audiência pública promovida pela Câmara dos Deputados, no Seminário “Há banalização nos atos de interdição no Brasil”, registra que a medida tem sido utilizada reiteradamente, especialmente em razão das exigências do Instituto Nacional da Seguridade Social para a concessão do



própria vontade mas em nome do curatelado e obrigando a este fosse na seara patrimonial, fosse na seara existencial, indistintamente.

Embora a medida mais extrema pudesse se justificar na necessidade de resguardar os interesses patrimoniais da pessoa sob curatela, a representação por substituição de vontade seria alternativa prejudicial ao exercício e ao gozo de certos direitos fundamentais. Tais direitos, por sua natureza personalíssima, não permitem a separação entre capacidade de exercício e capacidade de gozo, como no exemplo do casamento, do planejamento familiar, da liberdade de crença e culto, da disposição do próprio corpo, dentre outros.

Além disso, os tradicionais processos de interdição não permitiam a análise pormenorizada das vicissitudes circundantes à história de cada pessoa. Observava-se a deficiência enquanto patologia e não o sujeito, a pessoa de carne<sup>25</sup> cujos interesses estavam em discussão. Desconsiderava-se que, independentemente do diagnóstico, o conjunto de fatores pessoais e de experiências externas poderiam interferir substancialmente para o modo como a pessoa responderia às suas limitações psíquicas e/ou intelectuais. Fatores como gênero, idade, *status* socioeconômico, apoio familiar, educação, sexualidade, preferências, etnia e herança cultural podem interferir de tal modo no desenvolvimento de competências e habilidades de cada um que o diagnóstico, por si, pode não constituir

---

benefício assistencial previsto na LOAS – Lei no.8.742, de 07 de dezembro de 1993. Segundo o relatório, até pessoa que sofre de epilepsia foi submetida a interdição total. Disponível em: < <http://www.crprj.org.br/publicacoes/relatorios/interdicao-judicial.pdf>>. Acesso em 23 de março de 2016.

<sup>25</sup> Faz-se uso da expressão usada por Stéfano Rodotà, quando passa a criticar a qualificação abstrata da categoria do direito civil moderno – sujeito de direito e sustenta a importância de se considerar a pessoa singularmente considerada. “Se produce, pues, la transición del individuo a la persona, del sujeto de derecho al sujeto de carne que permite dar progresiva relevancia al destino de socialización de la persona y al destino de naturaliza de su organismo.” (*In El derecho a tener derecho*. Madrid: Editorial Trota, 2014, p.143-144).

um dado suficiente para aferir o grau de discernimento ou o tipo de apoio de que a pessoa necessita.<sup>26</sup>

Por meio desses novos direitos, a pessoa com deficiência deverá ser considerada em sua inteireza. Não será definida pela deficiência! Caso a caso, é de se perscrutar sobre os espaços de sua autonomia.

## 2.1 Da capacidade civil das pessoas com deficiência

Coube à Convenção afirmar que todas as pessoas com deficiência - intelectual, psíquica, física ou sensorial, possuem capacidade legal, em igualdade de condições com as demais (art.12),<sup>27</sup> determinando, com isso, que a deficiência não pode mais ser utilizada como um critério para restringir essa capacidade. A despeito da confusão que se possa estabelecer, as expressões *capacidade legal* e *capacidade jurídica* são sinônimas, conforme se

---

<sup>26</sup> Organização Mundial da Saúde. *Relatório mundial sobre a deficiência produzido em 2011*. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70670/9/WHO\\_NMH\\_VIP\\_11.01\\_por.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70670/9/WHO_NMH_VIP_11.01_por.pdf)>. Acesso em 02 de julho de 2016.

<sup>27</sup> Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

extraí do relatório intitulado “*Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*”, elaborado pelo Comitê sobre os direitos da pessoas com deficiência da Organização das Nações Unidas.<sup>28</sup>

A locução *capacidade legal* também é usada pelo BGB Alemão para designar o que, no Brasil, nomeia-se como capacidade jurídica, abrangendo a capacidade de gozo e a capacidade de exercício.<sup>29</sup>

De um modo mais específico, o Comitê da ONU dispôs que devem ser abolidas todas as práticas cujos efeitos vierem a violar o artigo 12, a fim de que as pessoas com deficiência possam recobrar a sua plena capacidade jurídica.

*El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.*

---

<sup>28</sup> ONU. CRPD/C/11/4. ítem 8. El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. La capacidad jurídica les ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.)

<sup>29</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Pensar, revista de ciências jurídicas. Vol.21, No.2, Vol. 21, n.2, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5619/pdf>. Acesso em 04/05/2017. >

Seguindo essa *ratio*, o EPD revogou parcialmente os artigos 3º. e 4º. do Código Civil tocante ao regime das incapacidades, suprimindo toda referência que os dispositivos faziam à deficiência psíquica ou intelectual como critério incapacitante. A redação original do 3º. do Código Civil, fazia menção expressa à “enfermidade ou deficiência mental” (inciso II) como critério qualificador da incapacidade absoluta. De igual modo, art. 4º. dispunha que as pessoas com deficiência mental que tivessem o discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento completo seriam consideradas entre os relativamente incapazes. *In verbis*:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por **enfermidade ou deficiência mental**, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por **deficiência mental**, tenham o discernimento reduzido;

III - **os excepcionais**, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Ainda que ambos os artigos associassem a deficiência<sup>30</sup> à ausência, à redução ou à incompletude do discernimento para

---

<sup>30</sup> Os dispositivos sequer mencionavam deficiência. Faziam uso de termos ainda mais estigmatizantes e, inclusive, incorretos sob a perspectiva da medicina. Enfermidade e doença mental não são termos

qualificação da incapacidade absoluta ou relativa (art.3º., inciso II e art. 4º., incisos II e III) faziam referência à deficiência em si, ressaltando o viés discriminatório. Mantinham a deficiência como uma espécie de causa da ausência de discernimento. Desconsiderava-se que, a despeito da deficiência, a pessoa poderia ostentar alguma capacidade para exercer os atos da vida civil.

Mesmo quando a premissa seria a da presunção da capacidade, a deficiência autorizava o caminho contrário, pondo sob suspeita a qualidade da vontade do sujeito para a prática dos atos da vida civil, inclusive, aqueles de natureza existencial.

Cumprido, portanto, insistir que não é a deficiência, em si, que retira da pessoa o direito de praticar os atos da vida civil, mas a eventual ausência do discernimento, da capacidade de querer e de entender os efeitos da sua escolha. Há pessoas com deficiência que tem o discernimento preservado para poucos ou muitos atos; enquanto há outras que, não possuem qualquer deficiência física, psíquica, intelectual ou sensorial e, mesmo assim, não tem discernimento, como na hipótese descrita no art.3º., III. Não podem sequer manifestar a sua vontade, em virtude de uma causa permanente ou transitória – nessa condição estariam aqueles que estão em estado de coma, sofrem grave estágio de Alzheimer, sequelas severas de AVCs, paralisia cerebral etc.

Ao cabo e ao fim, o que importa ao direito para a prática dos atos jurídicos válidos é a escoreta vontade manifesta mediante a compreensão do que se escolhe e de seus efeitos.

Para articular viabilizar a aplicação do art.12 da CDPD, a Lei no.13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) atribuiu nova redação aos artigos 3º. e 4º. do Código Civil Brasileiro. *In verbis*:

---

adequados para dizer sobre as hipóteses em que a pessoa tem limitação psíquica. Sobre a necessidade de quebrar padrões discriminatórios e estigmatizantes, Agustina Palacios defende que a deficiência seja compreendida como um aspecto da diversidade humana e não como doença ou enfermidade que já induz à concepção de anormalidade.

Art. 3<sup>o</sup> São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4<sup>o</sup> São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Entre os absolutamente incapazes restaram apenas as pessoas menores de dezesseis anos. Nisso o EPD pecou – por excesso de cuidado! Deixou de considerar absolutamente incapaz aquela pessoa completamente faltosa de discernimento, sem qualquer capacidade de entendimento ou de manifestação de um querer e transpôs para o rol dos relativamente incapazes, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade (art.4<sup>o</sup>, III). Nesse ponto, merece ser retificado, pois aquele que não tem condições de manifestar a sua vontade por estar em coma, por exemplo, não pode praticar quaisquer atos da vida civil, assim como a pessoa que não dispõe de nenhum discernimento.<sup>31</sup>

Tramita projeto de lei no Congresso Nacional (PLS no.757/2015), cuja versão substitutiva, propõe nova alteração ao art. 3<sup>o</sup>. do Código Civil para incluir, entre os absolutamente incapazes,<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Sobre a análise do PLS no.757, indica-se a leitura do parecer elaborado por Joyceane B Menezes. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei no.13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: < [https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%2012%20|%20Abr-Jun%202017&category\\_id=185&arquivo=](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%2012%20|%20Abr-Jun%202017&category_id=185&arquivo=) >. Acesso em: 01/08/2017.

<sup>32</sup> Observa-se que incisos do art. 30., renovados pelo PLS seguem com numeração distinta do que se via no Código Civil originariamente e após a sua alteração pelo EPD. Isso se fez em face da vedação legal de se aproveitar o número de dispositivo revogado (Lei Complementar no.95/1998, art. 12, inciso III, alínea c).

“os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial”; e, “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”<sup>33</sup>

Uma vez que a alteração proposta a esse dispositivo não utiliza a deficiência como critério incapacitante, mantém-se a lógica da CDPD, resolvendo um problema estrutural causado pelo EPD que seria restringir a incapacidade absoluta apenas àqueles menores de 16 anos. Sabe-se que há pessoas totalmente desprovidas de discernimento, independentemente de sofrerem ou não impedimentos de natureza física, psíquica e/ou intelectual. Comprovada essa condição por meio do devido processo legal, serão qualificadas apenas como relativamente incapazes, segundo a atual redação do art.4º. do Código Civil. Consequentemente, não terão a proteção jurídica oriunda da nulidade dos negócios jurídicos que vierem a perpetrar e da imprescritibilidade, conforme arts. 166, inciso I e art.198, inciso I do Código Civil, respectivamente, restritas às pessoas absolutamente incapazes.

Mas como garantir a plena capacidade civil, quando a pessoa não possui a correspondente capacidade natural para querer e entender os efeitos de uma escolha?

Voltando à pergunta formulada no final do tópico 1.2., a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica poderá praticar atos de comércio como sócio administrador ou empresário?

A resposta à indagação deve considerar três situações, para que possa considerar toda a trama proposta pelo EPD: a da pessoa com deficiência intelectual ou psíquica que não está sob curatela; a

---

<sup>33</sup> PLS no.757, “Art. 2º Dê-se aos arts. 3º, 4º, 1.548, 1.767, 1.777 e 1.783-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

IV – os menores de dezesseis anos;

V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;

VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.” (NR)

da pessoa sob curatela e a da pessoa cujos atos estão sob o plano de apoio da *tomada de decisão apoiada*.

### **3 A capacidade da pessoa com deficiência intelectual e psíquica para o exercício da empresa**

A pessoa com deficiência que conserva a sua capacidade civil, se não incorrer nos eventuais impedimentos para o exercício do comércio, pode sim comerciar, na medida em que pode exercer os atos da vida civil em igualdade com as demais. Até quando a limitação que caracteriza a sua deficiência incidir no âmbito intelectual e/ou psíquico terá autonomia para o exercício do comércio. A deficiência em si não retira da pessoa a sua capacidade. Poderá exercer, por si, os atos de natureza patrimonial e existencial sempre que preservar o discernimento.

Todavia, deve-se sempre considerar que enquanto os atos e negócios da vida civil tendem a produzir entre as partes, aqueles praticados pelo empresário têm efeitos para além das esferas destas. Tanto por serem praticados com habitualidade e profissionalidade, como por se esperar, do empresário, um grau de conhecimento e discernimento maior em sua empresa que um não empresário teria. Assim, o critério deve ser cuidadoso e incluir de maneira inequívoca, a responsabilidade patrimonial em conjunto com a liberdade de empreender.

Levando isso em consideração, além do critério da idade, é o discernimento<sup>34</sup> e não a deficiência que deve modular a

---

<sup>34</sup> De modo conclusivo, Rose Vencelau Meireles afirma “De fato, o discernimento é critério imprescindível, inclusive na definição da incapacidade. Para a autora, até mesmo a vontade da pessoa incapaz, quando manifesta com o devido discernimento deve ser eficaz (in *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.129-130). Nessa mesma direção segue o Enunciado no.138 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal que já ressaltou a importância do discernimento para a concretização de situações existenciais, orientando a interpretação do art.3º, do Código Civil nos seguintes termos: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art.3l. é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”



capacidade.<sup>35</sup> E qualquer mitigação da capacidade não se pode fazer por estimativa mas por meio do devido processo legal de instituição da curatela, na qual se estabeleçam o âmbito de atuação do curador em apoio ao curatelado.<sup>36</sup>

Se a pessoa com deficiência psíquica e intelectual sofre limitações graves deve ser devidamente apoiada, cabendo à família e aos demais legitimados a promoção do processo de curatela.

Cumprido lembrar que a CDPD e o EPD não vieram a lume para prejudicar a pessoa mas para viabilizar a sua inclusão e otimizar os mecanismos de apoio e salvaguardas. Em sendo assim, é de se esperar que, no exercício da sua autonomia, os atos da vida civil que possam vir a praticar sejam aqueles para os quais ostentem o necessário discernimento. Por outro lado, o negócio jurídico celebrado por agente que, sem a hígida vontade e não está sob curatela poderá sofrer impacto no âmbito de sua validade. Ao cabo e ao fim, a pessoa com deficiência não poderá ficar sem qualquer proteção haja vista todo o aparato protetivo das normas acima citadas.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> “A ratio da CDPD e do EPD “visa romper com a ideia de que a pessoa com deficiência tem valor inferior às demais e de que a capacidade jurídica é critério para conquistar a titularidade de direitos fundamentais.” (MENEZES, Joyceane B. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In MENEZES, Joyceane B. Direito das pessoas com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p.522.

<sup>36</sup> “Enquanto medida protetiva extraordinária, a curatela somente pode ser deflagrada quando realmente for imprescindível à proteção da pessoa com deficiência, devendo ser sempre proporcional às suas necessidades e às suas circunstâncias, pelo período de tempo mais curto possível (art.84 e parágrafos primeiro a terceiro, Lei no.13.146/2015). A sentença que a institui deverá informar as razões e motivações de sua aplicação e preservar os interesses do curatelado, fixando com rigor os limites da curatela” (MENEZES, op. cit., p.528).

<sup>37</sup> “PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE DE GENITOR. FILHO INVÁLIDO. TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ARTIGOS 22 E 23 DA LEI Nº 8.906/1994. 1. Embora a redação do art. 3º do Código Civil tenha sido alterada pela Lei 13.146/2015 (‘Estatuto da Pessoa com Deficiência’), para definir como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 anos, e o inciso I do art. 198 do Código Civil disponha que a prescrição não corre contra os incapazes de que trata o art. 3º, a vulnerabilidade do indivíduo portador de deficiência psíquica ou intelectual não pode jamais ser desconsiderada pelo ordenamento jurídico, ou seja, o Direito não pode fechar os olhos à falta de determinação de alguns indivíduos e tratá-los como se tivessem plena capacidade de interagir em sociedade em condições de igualdade. Assim, uma interpretação constitucional do texto do Estatuto deve colocar a salvo de qualquer prejudicialidade o portador de deficiência psíquica ou intelectual que, de fato, não disponha

Explica-se: o novo sistema de proteção à pessoa com deficiência fomenta a sua inclusão social e comunitária, além de uma vida independente, mas a *ratio* protetiva ainda persiste. A pessoa deve ser incluída mas não abandonada. Independente mas não sozinho!

Na hipótese em que, marcada por uma deficiência grave que lhe rouba o discernimento e a razão, estando sem o apoio institucional da família ou dos que lhes são próximos, poderá ser vítima do abuso de terceiros. Se vier a perpetrar negócios civis sem o correspondente discernimento ou incorrer em erro, dolo ou coação, caberá uma ulterior ação de nulidade ou anulatória.

Entende-se a possibilidade das nulidades virtuais, cabíveis para além das hipóteses textualmente previstas na legislação. Seguindo o pensamento de Orlando Gomes,<sup>38</sup> “vezes há em que a nulidade do ato não está na prevista no texto da lei, mas

---

de discernimento, sob pena de ferir de morte o pressuposto de igualdade nele previsto, dando o mesmo tratamento para os desiguais. 2. Sob pena de inconstitucionalidade, o ‘Estatuto da Pessoa com Deficiência’ deve ser lido sistemicamente enquanto norma protetiva. As pessoas com deficiência que tem discernimento para a prática de atos da vida civil não devem mais ser tratados como incapazes, estando, inclusive, aptos para ingressar no mercado de trabalho, casar etc. Os portadores de enfermidade ou doença mental que não têm o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil persistem sendo considerados incapazes, sobretudo no que concerne à manutenção e indisponibilidade (imprescritibilidade) dos seus direitos. 3. *In casu*, tendo restado comprovado que a parte autora não possui discernimento para a prática dos atos da vida civil, deve ser rigorosamente protegida pelo ordenamento jurídico, não podendo ser prejudicada pela fluência de prazo prescricional ou decadencial. 4. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão. 5. Preenchidos os requisitos legais, faz jus a parte autora ao restabelecimento do benefício de pensão por morte do genitor. 6. Dispõem os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.906/94, respectivamente, que “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência” e “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Vale dizer, os honorários fixados judicialmente não pertencem à parte vitoriosa na demanda, pois, com a vigência do novo Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994), tal verba passou a constituir direito do advogado - sua remuneração pelos serviços prestados em Juízo. Precedentes jurisprudenciais.” (TRF da 4ª Região, Quinta Turma, Apelação nº 5017423-95.2013.404-7108, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 28/03/2017).

[Ver a decisao do juiz que toca a protecao das pessoas - trabalho regis](#)

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 367.

simplesmente subentendida”. É certo que, como adverte o próprio autor, esse tipo de nulidade não é de fácil determinação, haja vista a ausência do critério de ordem geral que permita reconhecer os casos nos quais a lei teria a intenção de sancionar a transgressão representada pelo próprio ato negocial, com a pena da nulidade.

Mesmo assim, é de se considerar a moderna concepção de validade do negócio jurídico que não se subsume na abordagem da vontade individual, e que a ideia nulidade também não reflete mais uma mera sanção ao agente que insistiu na prática do ato. Tal qual o regime das incapacidades, a validade dos negócios jurídicos está sujeita ao aspecto funcional de proteção da pessoa conforme a doutrina já vinha se posicionando.<sup>39</sup> Esse aspecto funcional não pode desconsiderar o viés personalista que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana instaurou no âmbito das relações públicas e privadas, apondo a tutela da pessoa como um valor constitucional.<sup>40</sup>

Disso resulta que, conquanto os atos jurídicos (sentido amplo) praticados pela pessoa com deficiência sejam, a princípio, válidos, podem ser declarados nulos.<sup>41</sup> A despeito da lei não a considerar

---

<sup>39</sup> “No negócio jurídico há, pois, a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico. Uma vontade orientada no sentido de uma finalidade jurídica, em respeito à qual atribui efeito ao negócio, e em razão de que se diz que aquele efeito decorre diretamente da vontade. Mas não somente os efeitos previstos ou limitados pela vontade, pois que, muitas vezes, as consequências vão além da previsão do agente”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria geral do direito civil*, Vol.I. São Paulo: Forense, 2007, p.480). No mesmo sentido, Pietro Perlingieri dispõe que o desafio do civilista é investigar o fundamento e a extensão dos institutos, buscando informar o seu perfil funcional (*Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.591).

<sup>40</sup> “Todos esses exemplos demonstram que o fundamento último da invalidade negocial em decorrência da incapacidade do agente volta-se funcionalmente à protecção da própria vulnerabilidade da pessoa”. (SOUZA, Eduardo Nunes de e SILVA, Rodrigo da Guia. *Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária protecção do vulnerável*. In MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p.290)

<sup>41</sup> “Assentadas tais premissas (rectius: advertencies), ao se investigar a validade de certo negócio jurídico praticado por pessoa com deficiência psíquica e intelectual, não sera possível restringir o processo de interpretação-qualificação do direito ao ultrapassado modelo subsuntivo. Caso assim se procedesse, a interpretação literal dos dispositivos pertinentes (arts.30. e 40. c/c arts.166,I e 171, I, todos do Código Civil)

absolutamente incapaz, é possível que o negócio jurídico firmado por esta pessoa seja nulo se praticado sem o necessário discernimento e em oposição aos seus próprios interesses, consubstanciando-se, ao final, como uma ato ofensivo ao que dispõe a unidade da ordem jurídica.<sup>42</sup> Lembre-se que a nulidade exprime uma valoração negativa do contrato seja por sua falha estrutural, seja pelo dano social que provoca em virtude de sua ilicitude.<sup>43</sup> Nesta última hipótese, a nulidade derivaria da incompatibilidade do ato aos valores do ordenamento, mormente, aqueles veiculados por normas de direito constitucional como o são as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.<sup>44</sup>

Por outro lado e, seguindo o mesmo raciocínio, é possível também que um negócio que a princípio se reputaria inválido, possa

---

poderia levar a uma conclusão tão simplista quanto perigosa: todo e qualquer efeito negocial seria reputado válido independentemente da averiguação da específica vulnerabilidade da pessoa humana e dos valores mercedores de tutela no caso concreto.” (SOUZA, Eduardo Nunes de e SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção do vulnerável. In MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p.303).

<sup>42</sup> “De fato, como proposto na perspectiva funcional ora esposada, a causa de invalidade em decorrência de um vício no ato (neste caso, a incapacidade) consiste simplesmente em um indicador de análise valorativa prévia, feita pelo legislador sobre os potenciais efeitos do ato. Nada impede que os interesses concretamente envolvidos autorizem a modulação da invalidade que decorreria da incapacidade – e, em se tratando se negócio (o incapaz) , essa protectao há de ser um dos valores decisivos para determinar e e em que medida a modulação deve ocorrer.” (SOUZA, Eduardo Nunes de e SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção do vulnerável. In MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p.289). A nulidade em virtude da incapacidade é uma proteção de um tipo de vulnerabilidade.

<sup>43</sup> BDINE Junior, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.31.

<sup>44</sup> Na explicação de Souza e Silva, “em material de invalidade dos atos jurídicos, a necessidade de uma análise funcional e dinamica implica que a valoração dos efeitos concretamente produzidos por certos atos (em princípio) inválidos possa justificar um tratamento diferenciado em relação ao abstrato regime previsto para a nulidade ou a anulabilidade negocial, à luz de um juízo de merecimento de tutela dos valores e interesses concretamente envolvidos” (SOUZA, Eduardo Nunes de e SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção do vulnerável. In MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p.282).

ser reputado válido pelo julgador, “desde que reste demonstrado, a partir do juízo de merecimento de tutela dos interesses envolvidos, que a alteração das regras gerais de invalidade conduzirá a uma maior compatibilidade com a axiologia do sistema”.<sup>45</sup>

Na hipótese em que a pessoa com deficiência não possui o discernimento necessário, a rede informal de apoio que, em geral, é desenvolvida pelos familiares e pelos que lhes são mais próximos, deverá provocar a aplicação dos mecanismos institucionais de apoio, notadamente, o da curatela. A sentença que definir a curatela, informará os atos nos quais a pessoa está adstrita a assistência (e até mesmo representação) do curador.

Sob curatela não poderá praticar sozinho os atos que estiverem sujeitos à medida. De acordo com o EPD, a curatela recai sobre os atos patrimoniais e negociais em geral (art.85), mas caberá ao juiz o dever de talhar o apoio curatelar aos estreitos campos da necessidade do curatelado, aproveitando, tanto quanto possível, a sua autonomia para exercer, por si, os atos que lhe digam respeito (art.84, parágrafo terceiro). Nessa toada, a sentença deveria informar os tipos específicos de atos que o curatelado não poderia praticar sem a assistência ou representação do curador, reportando-se ou não aos atos de comércio.

As decisões que tem fixado a curatela, porém, não tem sido detalhadas no que concerne aos poderes do curador, dispondo, em geral, que recairão sobre atos patrimoniais.<sup>46</sup> Nesse caso, sendo a

---

<sup>45</sup> SOUZA e SILVA, op. cit., p.284.

<sup>46</sup> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - CURATELA - INTERDITANDO COM GRAVES PROBLEMAS PSIQUIÁTRICOS - AUSÊNCIA DE PLENA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DOS ATOS DA VIDA CIVIL - CASO CONCRETO - LAUDO PERICIAL E ESTUDO SOCIAL - RECURSO PROVIDO.

- A curatela possui a finalidade de propiciar a representação legal e a administração de bens de sujeitos incapazes de praticar os atos do cotidiano, protegendo, assim, os interesses daqueles que se encontram em situação de incapacidade na gestão de sua própria vida.

- Embora a pessoa com deficiência tenha assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos da Lei 13.146/2015, uma vez demonstrado, por meio de laudo pericial e estudo social, o comprometimento na gestão da própria vida civil do interditando, cabível a decretação de interdição.

atividade empresarial marcada por atos de natureza patrimonial, não poderia o curatelado exercer, por si, a atividade empresarial. Caso a pessoa curatelada venha a celebrar atos desse jaez, serão marcados pela invalidade, podendo ser objeto de anulação (art.171, CC). Rosenvald<sup>47</sup> ressalta o prejuízo que o novo sistema operou quando não permite mais a nulidade textual do ato praticado sem a presença do curador. Revolvemos aos argumentos acima, para sustentar que persiste a possibilidade de nulidade, ainda que virtual, conforme excelente construção argumentativa de Souza e Silva.<sup>48</sup>

Na hipótese em que a pessoa estiver sob tomada de decisão apoiada a também não sofrerá restrição alguma a sua capacidade.<sup>49</sup> Poderá, portanto praticar todos os atos da vida civil, inclusive, para exercer a atividade empresária. Pela justa razão de ser plenamente capaz, responde pelos efeitos dos seus próprios atos.

A tomada de decisão apoiada constitui um plano de apoio judicialmente homologado no qual a pessoa vulnerável em virtude de uma deficiência mas ainda capaz, requer sejam nomeados dois ou mais apoiadores de sua confiança para oferecer-lhe o suporte necessário nos termos que requer. Exercerão esses, na síntese de Rosenvald,<sup>43</sup> os deveres de proteção, cooperação e de informação;

---

- Nessa hipótese, consoante reza o art. 85, do Estatuto do Deficiente, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. (TJMG. Apelação Cível no. 1.0427.13.001117-9/001. Relator: Des.(a) Wilson Benevides. Data do julgamento: 25/04/2017)

<sup>47</sup> ROSENVALD, Nelson. Curatela. In *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, 731.

<sup>48</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de e SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção do vulnerável. In MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016).

<sup>49</sup> Sobre o tema, indica o seguinte texto: MENEZES, Joyceane B. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*. Volume 9 – Jul /Set 2016. Disponível em: [https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%209%20|%20Jul-Set%202016&category\\_id=147&arquivo=data/revista/volume9/rbdcivil\\_vol\\_9\\_00\\_completo.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%209%20|%20Jul-Set%202016&category_id=147&arquivo=data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_00_completo.pdf). Acesso em 02/08/2017.

estarão sujeitos à responsabilidade civil subjetiva perante o apoiado e ao dever de prestação de contas.

Ante a omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre

decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. Portanto, se o termo de acordo constar apoio para o exercício da atividade empresária, o apoiado terá o suporte dos apoiadores nessa seara.

O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio.<sup>50</sup> Mas o suporte não consiste em representação ou assistência.

A atuação dos apoiadores em nada resvala na validade dos atos perante terceiros. Sua relação jurídica é estabelecida apenas com o apoiado e nos termos do que foi homologado judicialmente. Sua responsabilidade é subjetiva e perante o apoiado.

Na hipótese em que tais apoiadores entenderem que o ato a ser firmado pelo apoiado é prejudicial aos seus interesses, informarão tal fato ao juiz que decidirá (art.1.783-A, § 6º).<sup>51</sup> Nesse espaço é que o negócio jurídico a ser celebrado poderá sofrer alguma interrupção.

---

<sup>50</sup> MENEZES, Joyceane B. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*. Volume 9 - Jul /Set 2016. Disponível em: [https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2009%20|%20Jul-Set%202016&category\\_id=147&arquivo=data/revista/volume9/rbdcivil\\_vol\\_9\\_00\\_completo.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2009%20|%20Jul-Set%202016&category_id=147&arquivo=data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_00_completo.pdf). Acesso em 02/08/2017.

<sup>51</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrument de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no. 13.146/2015). In *Revista Brasileira de Direito Civil*. Volume 9. Jul / Set 2016. Disponível em: [https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil\\_vol\\_9\\_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf). Acesso em: 08/08/2017.

Embora o art.1.783-A disponha que terceiro que contrata com a pessoa apoiada possa requerer a assinatura dos apoiadores, estes poderão assim fazê-lo mas isso não implica a manifestação de uma representação ou assistência. Tanto que a ausência dessa assinatura não trará impacto à validade do ato. O máximo que tal assinatura garante é que adiante o apoiador não se apresente ao juiz para informar que o negócio jurídico implica prejuízo ao apoiado.

## **Conclusão**

Do exposto se conclui que o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência procura promover a inclusão da pessoa com deficiência intelectual e psíquica em todos os espaços da vida social, política e econômica. Previu expressamente o direito ao exercício de atividades patrimoniais, o acesso ao crédito e o exercício de certas atividades consideradas empresariais, inclusive. Em termos gerais, como se lhes assegura a capacidade civil em igualdade com os demais, também lhe permite a prática dos atos de empresa.

Em se tratando de uma pessoa cuja limitação intelectual e/ou psíquica seja mais grave, espera-se que os legitimados possam propor judicialmente a aplicação da curatela, medida mais extrema de apoio que oferecerá suporte ao exercício da capacidade civil por meio da representação ou assistência. Se a família for omissa, inexistir ou os seus membros sejam incapazes, qualquer pessoa poderá notícia ao Ministério Público para que este proponha a ação.

Na hipótese em que, marcada por uma deficiência grave que lhe rouba o discernimento e a razão, estiver sem o apoio institucional da família ou dos que lhes são próximos, poderá ser vítima do abuso de terceiros. Vindo a perpetrar negócios civis sem o correspondente discernimento ou a incorrer em erro, dolo ou coação, caberá uma ulterior ação de nulidade ou anulação.

Sustenta-se a aplicação das nulidades virtuais, cabíveis para além das hipóteses textualmente previstas na legislação, embora tais espécies de invalidade não sejam facilmente alcançadas nos tribunais.



As relações comerciais desenvolvem-se à medida em que se oferece condições de segurança jurídica aos seus agentes, sendo a atividade empresária especulativa por natureza. O empresário, ao contrário de um empregado, por exemplo, ao lançar-se ao mercado, tem que ter em mente que, pelo fato de iniciar, junto com a empresa, uma rede de negócios interligados, acaba por estender os efeitos de seu sucesso ou fracasso por toda uma cadeia produtiva, respondendo por eventuais prejuízos quando cabível. É, portanto, atividade iminentemente, de risco.

Assim, conclui-se que a reforma no sistema de capacidades levada a cabo pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência finda por trazer um novo desafio para o mercado: acomodar a pessoa com deficiência, sem prejudicar a segurança das relações comerciais. Por outro lado, a inclusão das pessoas com deficiência no mundo empresarial deve ser admitida com cautela, tendo em vista que a responsabilidade patrimonial envolvida. Sugere-se, portanto, especial zelo dos seus interlocutores contratuais para que, mediante a aplicação da boa fé objetiva, possam zelar pela integridade do negócio jurídico, atinando para eventual hipervulnerabilidade daquele com quem vier a tratar.

## Referências

- BDINE Junior, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.31.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense. 1975.
- BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 1988.
- COASE, Ronald. *The firm, the market and the Law*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da, SZTAJN, Rachel. Código Civil Comentado. Vol. XI, Artigos 887 a 926 e 966 a 1.195. *Direito da Empresa*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da Empresa*. Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 4a ed. Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em 22 de março de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 30 do art. 50 da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*. A.41., no.167, jul/set/2005, p.103. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 02/julho/2015.

MENEZES, Joyceane B. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In MENEZES, Joyceane B. *Direito das pessoas com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane B. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no. 13.146/2015). In *Revista Brasileira de Direito Civil*. Volume 9. Jul / Set 2016. Disponível em: [https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil\\_vol\\_9\\_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf). Acesso em: 08/08/2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*. Vol. 21, n.2, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5619/pdf>. Acesso em 04/05/2017.

- MIRANDA JUNIOR, Darcy Arruda. Curso de Direito Comercial. Volume I. Parte Geral. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1974. P. 141.
- PECES-BARBA, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Col. Cuadernos Bartolomé de las casas. Num. 26. Dykinson: Madrid, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. Teoria geral do direito civil, Vol.I. São Paulo: Forense, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stéfano. *El derecho a tener derecho*. Madrid: Editorial Trota, 2014.
- ROIG, Rafael de Asis. Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In CAMBOY CERVEJA, Ignacio. *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*. España: Dikinson, 2008.
- ROSENVALD, Nelson. Curatela. In *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.
- SOUZA, Eduardo Nunes de e SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção do vulnerável. In MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Atualizadores: Sullas Tozzini e Renato Berger. São Paulo: Quartier Latin, 2006.



# O conceito de empresa do artigo 966 do Código Civil e sua inaplicabilidade no direito brasileiro

*Juliana Krueger Pela\**

## I. Introdução.

No início da vigência do Código Civil de 2002, diversos estudos dedicaram-se a interpretar o artigo 966 do Código Civil<sup>1</sup> e procuraram desvendar o conceito de empresário que passou então a ser adotado pelo Direito Brasileiro<sup>2</sup>. Decorridos mais de 15 anos da entrada em vigor do Código, o conceito de empresário não se tornou menos enigmático, persistindo as mesmas dificuldades originais para sua interpretação<sup>3</sup>.

---

\* Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Advogada em São Paulo.

<sup>1</sup> “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

<sup>2</sup> Confira-se, exemplificativamente: Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil Brasileiro. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n.128, p. 7-14, out./dez. 2002; Salomão Filho, Calixto. A “fattispecie” empresário no Código Civil de 2002. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n. 144, p. 7-15, out/dez 2006; Sztajn, Rachel. Teoria jurídica da empresa. Atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 109-126.

<sup>3</sup> A principal delas diz respeito à interpretação do “elemento de empresa” e da identificação dos critérios que seriam necessários para caracterizá-lo. Sobre o tema: Gonçalves Neto, Alfredo de Assis.

Parece, contudo, que essas dificuldades interpretativas não comprometem o funcionamento do sistema, nem a aplicação do Direito Comercial, cuja autonomia e função permaneceram reconhecidamente intactas mesmo após a unificação do direito das obrigações<sup>4</sup>.

Para confirmar essa impressão, basta verificar que litígios relativos à qualificação de empresário e à aplicação concreta do artigo 966 do Código Civil são raros no Brasil. Os poucos casos em que esses temas aparecem<sup>5</sup> são aqueles sobre admissibilidade da recuperação e falência, aplicáveis – por força da própria lei<sup>6</sup> – apenas ao empresário.

Ocorre que, mesmo nesses casos, a qualificação de empresário nem sempre é submetida a uma análise substancial ou material (presença ou ausência dos requisitos do artigo 966), mas meramente à comprovação de prévio registro na Junta Comercial competente. O próprio registro, na forma como realizado no Brasil, é auto declaratório: as Juntas Comerciais limitam-se a verificar aspectos formais e não fazem um crivo sobre a natureza da atividade a ser desempenhada, se empresarial (inserida no caput do artigo

---

Sociedade para o exercício de trabalho intelectual. In: Adamek, Marcelo von. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneo*. São Paulo, Malheiros: 2011. p. 41-50.

<sup>4</sup> Com entrada em vigor do Código Civil muito se discutiu sobre a permanência do Direito Comercial como um ramo autônomo e com funções próprias e distintas do Direito Civil. Essa discussão, que acompanha o Direito Comercial desde seu nascimento, já está superada. Sobre essa evolução e superação, confira-se: Forgioni, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>5</sup> Foi o que ocorreu nos seguintes casos: Agravo de Instrumento nº 2062908-35.2018.8.26.0000, Rel. Hamid Bdine, TJ-SP, j. 04.07.18, que tratava de produtor rural; Agravo de Instrumento nº 2028287-46.2017.8.26.0000, Rel. Carlos Dias Mota, TJ-SP, j. 09.08.17, também sobre atividade rural; Apelação nº 990.10.092657-8, Rel. Romeu Ricupero, TJ-SP, j. 04.05.2010, relativo a uma escola; Apelação Cível com Revisão n. 450.293.4/8-00, Rel. Manoel Pereira Calças, TJ-SP, j. 09.08.2006, relativo à Santa Casa de Misericórdia; Apelação Cível com Revisão n.º 360.281.4/2-00, Rel. Manoel Pereira Calças, TJ-SP, j. 24.08.2005, sobre diagnósticos médicos. Cumpre ressaltar que o Código Civil tem regra própria para o produtor rural (art. 971), o que traz uma particularidade a esses casos.

<sup>6</sup> Art. 1º da Lei 11.101/05: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”

966) ou não empresária (profissão intelectual). Os cartórios “civis” de pessoas jurídicas igualmente não realizam essa verificação.

Dessa forma, entendo que o artigo 966 do Código Civil – além de trazer inúmeras dificuldades interpretativas – não tem aplicação prática em nosso sistema jurídico. O Direito Comercial tem por objeto a disciplina da atividade econômica em geral, sem exclusões ou limitações, e é necessário que o conceito de empresa seja suficientemente abrangente e adequado a essa incidência.

## II. As dificuldades interpretativas do artigo 966 do Código Civil.

O artigo 966 do Código Civil brasileiro procurou reproduzir, no Brasil, o conceito de empresário enunciado pelo Código Civil italiano de 1942. Essa reprodução, além de ter sido feita de forma imperfeita e parcial<sup>7</sup>, não é aderente à realidade econômica – e jurídica – de 2018.

O artigo 966 tem como premissa a necessidade de distinguir as atividades desempenhadas por profissionais intelectuais (que no Código Civil italiano são, na verdade, os profissionais liberais) das demais atividades econômicas desenvolvidas em mercado. Note que, pelo *caput* do artigo 966, seriam empresários todos os agentes econômicos que desempenham profissionalmente atividade em mercado. O conceito jurídico de empresário equivaleria, pelo *caput*, ao conceito econômico de empresário. Mas o parágrafo único limita a incidência do *caput* e promove uma exclusão da “empresalidade”: os profissionais intelectuais.

Ascarelli explica a razão dessa exclusão: ela decorre de uma “valoração social diferente” das atividades intelectuais, que se preocupam com outros valores (e não apenas o lucro), como a verdade (no caso das ciências) e a beleza (no caso das artes)<sup>8</sup>. É essa

---

<sup>7</sup> Sztajn, Rachel. O que se perdeu na tradução. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, n. 153/154, p. 7-15, jan-jul 2010.

<sup>8</sup> Ascarelli, Tulio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão A. N. França. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, n. 132, p. 203-215, out/dez 2003, p. 207.

valoração que justifica a cisão entre o “exercício profissional de atividades econômicas organizadas para circulação de bens e serviços”, prevista no caput do artigo 966 para caracterizar o empresário, e “o exercício de profissões intelectuais”, excluído da qualificação de empresário pelo parágrafo único (salvo – o que não é nada óbvio – se elemento de empresa).

Pergunto: essa “valoração social diversa” perdura até hoje? Parece-me claramente que não. E é justamente essa inadequação entre a realidade (dos mercados de 2018) e a letra da lei (feita para refletir uma valoração social da década de 40 na Itália) que traz tantos ruídos e dificuldades à determinação de um sentido para esse artigo.

As artes e as ciências estão inegavelmente reificadas, mercantilizadas e integradas a um sistema de mercado. Exemplos não faltam: autores de obras literárias, pintores, compositores, cientistas, arquitetos e inclusive advogados. Todos esses profissionais desempenham profissionalmente atividade econômica organizada em mercado e não há, hoje<sup>9</sup>, razão para diferenciar sua atuação da de outros agentes econômicos<sup>10</sup>. A “valoração diversa” já não é reconhecida, não emana da realidade socioeconômica<sup>11-12</sup>.

---

<sup>9</sup> E talvez nem mesmo tenha havido, como procurei refletir em: *Rembrandt e o direito privado*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 110, 2015, p. 319-327.

<sup>10</sup> Com isso não se quer dizer que não estejam sujeitos a padrões éticos e de conduta próprios, diferentes daqueles a que estão sujeitos os demais agentes econômicos. Trata-se de padrões que costumam ser definidos nas associações e conselhos de profissionais liberais.

<sup>11</sup> Tanto é assim que a distinção entre direito de autor e propriedade industrial, construída por séculos em bases semelhantes, também tem sido atualmente questionada. Segundo a explicação tradicional, o direito de autor recai sobre obras literárias, artísticas e científicas. Seriam obras relacionadas à estética e à verdade, produzidas independentemente da remuneração do autor, já que emanam de sua personalidade e decorrem de um impulso criativo inato e irrefreável. O direito da propriedade industrial, por sua vez, protegeria apenas as criações técnicas, destinadas a produção ou oferta de produtos em massa no mercado. Diversos exemplos desafiam essa dicotomia, hoje já qualificada como artificial: design de produtos, software, licenciamento de direitos autorais.

<sup>12</sup> O próprio Código Civil, ao disciplinar as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada – EIRELL, parece considerar atividade empresarial a exploração de direitos autorais e de imagem, esfumando a própria distinção feita pelo parágrafo único do artigo 966. Confira-se: “Art. 980-A. § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de



É por isso que ao ensinar essa matéria invariavelmente surgem, por parte dos alunos, pertinentes perguntas – e sérios inconformismos – sobre o caráter não empresarial das cooperativas, das sociedades de médicos, advogados, arquitetos, auditores, contadores e consultores em geral. Sem mencionar as associações, que podem desempenhar atividade “empresarial”, e os chamados “negócios sociais” e “empresas B” (casos em que a própria nomenclatura já revela o paradoxo).

Essas perguntas me levaram a uma outra, cuja resposta me instigou a elaborar esse artigo (situação que revela que a função da professora é também e sempre aprender com seus alunos e alunas, não apenas ensinar): como é aplicado o conceito de empresa do artigo 966 no Direito Brasileiro? Qual a relevância prática da distinção entre empresário e não empresário, além da previsão na Lei de Recuperações e Falências?

### **III. Relevância prática e aplicação do conceito de empresa do artigo 966**

A Constituição Federal, em seu artigo 170, disciplina a ordem econômica trazendo fundamentos e princípios para o desempenho de toda e qualquer atividade econômica no Brasil, não apenas daquelas qualificadas pelo Código Civil como empresariais. Há, portanto, tratamento constitucional unificado para as atividades econômicas.

O Código do Consumidor enuncia um conceito amplo de fornecedor e lista as atividades produtivas, dentre elas a prestação de serviços<sup>13</sup>. Por outro lado, considera consumidor simplesmente o

---

autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.”

<sup>13</sup> “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

destinatário final dos bens. Para fins de incidência do Código do Consumidor, o conceito do artigo 966 não tem relevância. O que por vezes se discute é se o agente econômico poderia ser consumidor. Ainda assim, para resolver essa questão não se utilizam os critérios do artigo 966 do Código Civil, mas sim a qualidade de bem de produção, a vulnerabilidade, a busca pelo lucro<sup>14</sup>.

A Lei Concorrencial (Lei 12.529/11) utiliza, em diversos artigos, o termo empresa para se referir ao sujeito que exerce atividade econômica. Confira-se, por exemplo, seu artigo 32: “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.” Não seria razoável interpretar – e assim definitivamente não se interpreta – que os profissionais intelectuais, por não se qualificarem como empresa, estariam isentos dessa responsabilidade. Também nesse campo o artigo 966 não é critério para interpretação da lei.

A Consolidação das Leis do Trabalho considera empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. E equipara a empregador “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos”. Note que a premissa implícita da CLT é a mesma do Código Civil (a rigor do Código Civil italiano): os profissionais liberais não são empresa, por isso precisam ser equiparados a empregador. A semelhança não é casual: a Consolidação das Leis de Trabalho brasileira foi promulgada em 1943, um ano depois da entrada em vigor do Código Civil italiano, e recebeu também inegável influência do Direito italiano. Nas normas trabalhistas, portanto, a dicotomia do artigo 966 do Código Civil (empresário-não empresário) encontra um par (empregador – empregador por equiparação). Mas isso não significa que o conceito

---

<sup>14</sup> Vide Recurso Especial n. 1.195.642 – RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, que faz referência à interpretação consolidada no Superior Tribunal de Justiça.

previsto no artigo 966 tenha particular aplicação no Direito do Trabalho.

O Direito Tributário igualmente não atribui relevância à qualificação de um sujeito como empresário ou não empresário, nos termos do Código Civil. Em relação aos profissionais intelectuais, há consequências tributárias diferentes (forma de incidência do Imposto sobre Serviços<sup>15</sup>) se a sociedade é uniprofissional ou multiprofissional. Não se discute se a atividade desempenhada se insere dentre aquelas listadas no parágrafo único do artigo 966, mas sim se a sociedade é formada unicamente por profissionais de mesma especialidade, inscritos no mesmo Conselho de Classe<sup>16</sup>. Igualmente, para fins de responsabilidade tributária do adquirente de estabelecimento, prevista no artigo 133 do Código Tributário Nacional, é indiferente – por força da própria redação do artigo – se se trata de estabelecimento de profissional intelectual ou de empresário<sup>17</sup>.

As próprias regras que regem o trespasse do estabelecimento empresarial – previstas no artigo 1.142 e seguintes do Código Civil – são aplicadas sem que se verifique se o estabelecimento alienado é

---

<sup>15</sup> Conforme art. 9º, parágrafo 3º, do Decreto 406/68, recepcionado pela Constituição Federal nos termos da Súmula 663 do Supremo Tribunal Federal: “§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.”

<sup>16</sup> Cabe ressaltar que, apesar de a regra legal não fazer distinção, há decisões judiciais que afastam a tributação diferenciada das sociedades uniprofissionais por considerarem que referida sociedade assumiu caráter empresarial. Em caso sobre a PriceWaterhouseCoopers, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mesclando os dois requisitos (uniprofissionalidade e desempenho de atividade intelectual): “tem-se que o ponto fulcral demarcador da diferenciação para efeito do pagamento do ISS sob a forma fixa ou variável – com base no faturamento, é o fato de não restar evidenciado o elemento empresarial da sociedade, mas, ao reverso, estar devidamente comprovado, o caráter unipessoal da prestação do serviço, conforme disposto no parágrafo único, do art. 966, do Código Civil”. (Reexame Necessário nº 0064929-16.2008.8.26.0114, TJ-SP, Rel. Roberto Martins de Sousa, j. 11.06.2015).

<sup>17</sup> “Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: (...)”

propriamente empresarial (i.e., explorado por empresário) segundo o artigo 966 do Código Civil<sup>18-19</sup>.

Da mesma forma, o direito à ação renovatória de contrato de locação – que era tradicionalmente indicado como uma prerrogativa exclusiva dos comerciantes – é atribuído de forma indistinta a empresários e a profissionais intelectuais, não tendo a superveniente entrada em vigor do artigo 966 provocado qualquer alteração na interpretação dos artigos 51, caput e parágrafo 4º, da Lei 8.245/91<sup>20-21</sup>.

A específica força probante dos livros comerciais, outra consequência que na vigência do Código Comercial de 1850 costumava ser identificada como decorrência do regime do comerciante<sup>22</sup>, não tem respeitado a dicotomia do artigo 966 do Código Civil. Embora tenha sido prevista no Código Civil (art. 226) e no vigente Código de Processo Civil (arts. 417 a 420), a força

---

<sup>18</sup> Confira-se: Apelação nº 1017523-39.2016.8.26.0554, TJ-SP, Rel. Alexandre Marcondes, j. 29.06.18 (referente a trespasse de estabelecimento de prestação de serviços educacionais). Há decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que tratam da competência da vara empresarial especializada em casos de trespasse. Essas decisões, porém, não discutem se o objeto da atividade é empresarial conforme o artigo 966, muitas vezes limitando-se a seguir a nomenclatura adotada no contrato a ser analisado (se “contrato de trespasse ou compra e venda de estabelecimento empresarial). Por exemplo: Apelação nº 1014276-39.2016.8.26.0008, TJ-SP, Rel. Piva Rodrigues, j. 14.08.18.

<sup>19</sup> A discussão, presente em casos de apuração de haveres, diz respeito à existência de fundo de comércio em sociedades que desempenhem atividades intelectuais. Nesses casos, contudo, o que se discute não é a incidência do artigo 966, mas a composição do patrimônio da sociedade. Por todos, vide: Recurso Especial n. 958.116-PR, Rel. Min. Raul Araújo, j. 22.05.2012.

<sup>20</sup> “Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: (...). § 4º O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.”

<sup>21</sup> O seguinte trecho de acórdão do TJ-SP, embora diga respeito a prestação de serviços em geral e não a profissões intelectuais, é bastante ilustrativo: “Desse modo, o termo comércio inserto no artigo 51 da Lei nº 8.245/51, não tem mais relevância para obstar a legitimidade do pleito de renovação da locação não residencial, porque o Código Civil de 2002 que introduziu na Parte Especial - Livro II, o Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195), revogou a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, tornando despicendo o debate da exploração de estacionamento de veículos compreender prestação de serviços ao invés de atividade comercial.” (Agravo de Instrumento nº 1032354- 0/8, TJ-SP, Rel. Julio Vidal, j. 28.03.2006). Não foram encontrados acórdãos que decidissem pelo não cabimento da ação renovatória em razão do desempenho de profissão intelectual.

<sup>22</sup> Mello Franco, Vera Helena de. *Direito Empresarial I*. 3ª. ed. 2009, pp. 73-74.

probante dos livros empresariais é pouco aplicada nos tribunais brasileiros e, quando aplicada, não há referência ao artigo 966<sup>23</sup>.

A disciplina dos contratos empresariais também não se reconduz à contraposição entre empresários e profissionais intelectuais. Com a unificação do direito das obrigações pelo Código Civil de 2002 – e a conseqüente revogação do Código Comercial de 1850 que atribuía tratamento especial aos contratos comerciais – a doutrina brasileira passou a investigar se, em relação aos contratos empresariais, os dispositivos do Código seriam interpretados de forma especial, consentânea com a função desses contratos. Para tanto, foi necessário identificar os elementos que caracterizam um contrato como empresarial. O interessante é que o artigo 966 não foi utilizado como critério. Considerando os elementos identificados pela doutrina (profissionalidade, escopo de lucro)<sup>24</sup>, um contrato entre profissionais intelectuais pode estar regido pelos princípios que informam um contrato empresarial e ser interpretado como um contrato empresarial. Isso porque o relevante é a função desempenhada pela relação contratual e não a incidência fria e direta do artigo 966<sup>25</sup>.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que o conceito de empresa do artigo 966 – e por conseqüência de não empresário de seu parágrafo único – somente tem utilidade para a admissibilidade da recuperação judicial e da falência. Ainda assim, essa utilidade é relativa, já que os órgãos competentes para o registro de atividades como empresariais (Juntas Comerciais) ou não empresariais (Registros Cíveis de Pessoas Jurídicas) não fazem uma verificação

---

<sup>23</sup> Na pesquisa jurisprudencial aqui empreendida (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça), não foi encontrado nenhum caso sobre o afastamento dos artigos 416 e seguintes do Código de Processo Civil por não se tratar de empresário nos termos do artigo 966.

<sup>24</sup> Forgioni, Paula Andrea. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>25</sup> Tal análise foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos casos, ao qualificar o contrato como empresarial pela função por ele desempenhada e não pela recondução das partes ao artigo 966 do Código Civil. Exemplificativamente: REsp 1409849/PR, STJ, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.04.16; REsp 936741/GO, STJ, Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 03.11.2011.

criterosa da natureza da atividade e de sua pertinência ao caput ou ao parágrafo único do artigo 966.

E mesmo que essa verificação fosse feita, ou passe a ser feita *a posteriori* pelo juízo da recuperação ou da falência, questiono se seria realmente justificável – atualmente – afastar os profissionais intelectuais da recuperação e da falência como formas de solução para crises<sup>26-27</sup>. Parece-me que a manutenção da recuperação e falência como “privilégios” exclusivos dos empresários apenas reproduz e faz perdurar elementos da origem medieval do Direito Comercial, que não necessariamente se relacionam à realidade dos mercados no século XXI. Não haveria, ademais, a meu ver, desvantagens na unificação também do instituto da insolvência<sup>28</sup>.

#### IV. Necessidade de revisão.

Nesse sentido, defendo que cabe a revisão do artigo 966 e do conceito de empresa no Direito Brasileiro, de forma a unificar o tratamento para os agentes econômicos que atuam em mercado, como o fez a Constituição Federal ao disciplinar a ordem econômica.

\*\*\*

---

<sup>26</sup> Conforme demonstra Cássio Cavalli, a empresa em sentido econômico (e não jurídico) é que tem relevância para o direito concursal: A teoria da empresa na recuperação judicial. In: Sheila C. Neder Cerezetti; Emanuelle Urbano Maffioletti. (Org.). Dez anos da Lei n. 11.101/2005: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 197-234.

<sup>27</sup> O Projeto de Lei para alterar a Lei de Recuperações e Falências, em trâmite no Congresso Nacional (PL 10.220 de 10.05.2018) infelizmente perde a valiosa oportunidade de reformar o artigo 1º da Lei e promover o tratamento unificado para empresários e não empresários. Apesar disso, dentre os apensos ao projeto, consta o PL 4593/2016, que prevê a extensão da falência e da recuperação às sociedades simples, associações e cooperativas.

<sup>28</sup> Essa posição foi defendida por Rubens Requião, inclusive com apoio em tratadistas como Waldemar Ferreira e Carvalho de Mendonça, nas diversas edições do volume 1 de seu *Curso de Direito Comercial*. Na 32ª ed., 2013, o trecho consta da página 48 e ss.

## **Algumas implicações jurídicas do macrossistema empresarial no processo de desenvolvimento econômico<sup>1</sup>**

*Oksandro Gonçalves* <sup>2</sup>

### **1. Introdução**

A empresa é uma realidade complexa que congrega interesses de ordem privada e pública, não se limitando ao aspecto do mero interesse individual, mas que afeta toda coletividade.

Ela se apresenta como um importante instrumento de organização de fatores de produção, os quais são ordenados e administrados com vistas à produção de lucro.

Entretanto, é indiscutível o fato de que a empresa é um dos mais importantes fenômenos do mundo contemporâneo, respondendo por uma parcela substancial da circulação de riquezas na sociedade.

Assim, no presente trabalho será abordado o papel da macroempresa no processo de construção do desenvolvimento econômico, o qual está estruturado em três partes. Na primeira será

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado em: Desenvolvimento e sustentabilidade - desafios e perspectivas: anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. 1ed. Curitiba: Editora Ithala, 2015. In: Oksandro Gonçalves; Daniel Wunder Hachem; Ana Cláudia Santano. (Org.)

<sup>2</sup> Pós-doutorado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Prof. do Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: oksandro@oksandro.adv.br.

definida a noção de macroempresa, seu caráter transnacional e o impacto que provoca em âmbito mundial.

O segundo tópico do texto aborda o papel do Estado e do Direito, o surgimento de uma nova *lex mercatoria* e a formação de um pluralismo jurídico que remete a novas formas de manifestação da jurisdição.

No terceiro tópico, item 4, é tratado o tema da empresa Estado em contraposição ao Estado empresa, enfrentando-se o problema da posição adotada segundo uma determinada premissa de governo que pode levar a empresarialização do Estado.

## **2. A macroempresa: seu caráter transnacional (ou anacional)**

O grande fluxo econômico, financeiro e comercial em uma economia globalizada gera conexões e relações de interdependência que dão origem a corporações transnacionais que nada mais são do que complexas estruturas empresariais, de grande capacidade de gestão e de adaptação às demandas cambiantes dos mercados.<sup>3</sup>

Esclareça-se que a empresa transnacional não se confunde com a chamada multinacional. Esta, embora atue globalmente através de múltiplos centros de atividade, com relativa independência de um centro hierárquico possui uma rígida, compacta, centralizada e ultrapassada organização que não permite a tomada de decisões rápidas em face de um mercado global. A transnacional, porém, atua em todos os locais e possui uma grande capacidade de controle administrativo, de fatores de produção com perfeita integração entre as unidades de produção, distribuição e comercialização; articula-se numa grande gama de técnicas produtivas que lhe permitem atuar e adaptar-se de forma mais ágil

---

<sup>3</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Globalización y Constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. El derecho de una democracia cosmopolita acfs n. 36 (2002), p. 151-171.



às exigências que o mercado globalizado exige, essa articulação é resumida através do binômio custo/benefício.

JULIOS-CAMPUZANO leciona:

“El nuevo modelo organizativo que representa la corporación transnacional está dotado de una estructura ágil, flexible y operativa que le permite actuar con prontitud y dinamismo en la toma de decisiones, una estructura que carece de una concreta ubicación espacial: la corporación transnacional está en todas partes, allí donde la racionalidad del cálculo coste/beneficio aconseje su presencia. Frente a la rígida, compacta, centralizada y monolítica organización jerárquica de la empresa multinacional, estrictamente definida en cuanto a funciones y cometidos y diseñada para posibilitar un control férreo de la cúspide ejecutiva en los procesos decisivos, la corporación transnacional se presenta como una red extraordinariamente flexible en su estructura interna y esta dotada de un alto grado de autonomía de los cuadros dirigentes locales en los procesos de toma de decisiones. Esto le permite operar con rapidez en un proceso de adaptación continua a las demandas de un mercado que cambia incesantemente.”<sup>4</sup>

Assim, a empresa transnacional, ou a macroempresa, está capacitada a produzir em qualquer local do mundo ou, ainda, mudar rapidamente de local em razão de benefícios que lhe são ofertados. Tais benefícios estão geralmente ligados à redução de custos de produção e conseqüente aumento da lucratividade. Em tais condições, o Estado passa a editar normas, não tanto em função de necessidade imediata da economia, mas em função da necessidade de atrair essas empresas, pois elas representam investimentos e a geração de empregos:

“Las empresas transnacionales depositan sus medios de producción en aquellos lugares donde sea más factible lograr una

---

<sup>4</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Globalización y Constitucionalismo: una lectura en clave cospopolita*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. El derecho de una democracia cospopolita acfs n. 36 (2002), p. 151-171.

mayor cota de ganancias (lo cual implica como contrapartida menores costes para los inversores). Los Estados se ven obligados a realizar “programas de ajustes estructurales” en su sistema legal, de manera que sea posible atraer capital extranjero a la par de mantener el ya captado. Junto al aumento anual del PIB, uno de los problemas más acuciantes para los distintos gobiernos se cifra en la creación de puestos de trabajo.”<sup>5</sup>

O problema, em especial quanto aos postos de trabalho, diz respeito à forma de atuação das macroempresas que se vêem atraídas pelos baixos salários e normas trabalhistas mais flexíveis o que permite, ao final de cada exercício, enviar maiores dividendos aos seus acionistas. HIRST e THOMPSON tratam do tema apresentando duas visões opostas: uma pessimista e outra otimista:

“Os entusiastas prognosticam crescimento rápido em uma parte substancial do mundo desenvolvido, no Leste e Sudeste Asiático e, possivelmente, na América Latina. Altas taxas de crescimento sustentado transformarão a cota de produção e de comércio mundial originada nos principais países em desenvolvimento, como a China, Índia, Indonésia e Coréia do Sul. [...] O aumento de renda do Terceiro Mundo e o crescimento do comércio mundial ajudará a sustentar o nível de emprego e a produção do Primeiro Mundo”.

[...]

Os pessimistas prevêem que a mobilidade do capital e o livre comércio provocarão uma transferência regular de investimento dos países industriais ricos de salários altos para os países em desenvolvimento de salários baixos (Willians *et al.*, 1995). [...]. Os governos autoritários e as legislações de trabalho repressivas manterão baixos os salários no Terceiro Mundo, enquanto o investimento público em educação produzirá força de trabalho qualificada, mas barata. A maior parte do Terceiro Mundo não seguirá a trilha do Japão pós-1945, mas serão países de baixos salários, orientados para a exportação em uma economia global

---

<sup>5</sup> MOLINA, Juan Jesús Mora. *Globalización y beneficio económico: la dialéctica jánica de los derechos fundamentales*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, ACFS n. 35, 2001, p. 83-97.

aberta. As empresas transnacionais usarão essa produção baseada em salários baixos para penetrar nos mercados internos dos países ricos, mesmo quando a produção e o número de empregos nos últimos estagnar ou declinar.”<sup>6</sup>

E continuam:

“O caso pessimista em relação aos efeitos malignos da globalização depende fundamentalmente da isca dos salários baixos para as corporações transnacionais e de suas capacidade de mobilizar capital para ir atrás deles.”<sup>7</sup>

Esse diferencial ‘competitivo’ dos países em desenvolvimento ou de baixos salários, paradoxalmente, não traz benefícios a longo prazo, porque essas tarefas perdidas não geram uma melhoria sensível na produtividade para esses países:

“A perda de tarefas para países é muito menos significativa na geração de desemprego estrutural nos países avançados do que o processo contínuo de melhoria constante da produtividade tanto na indústria quanto nos serviços na maior parte desses países”.<sup>8</sup>

Impossível não reconhecer que a empresa, na sua visão moderna, além das dimensões econômicas e jurídicas já sobejamente conhecidas, tem uma dimensão política, a qual envolve igualmente aspectos éticos. A dimensão política torna-se evidente, quando assumem maior importância que o próprio governo instalado democraticamente. A esse respeito destaca-se:

“Que la corporación transnacional es uno de los principales actores de la escena global esta ya lejos de toda duda, pues son cuantiosos los

---

<sup>6</sup> HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. *Atraso econômico e prosperidade futura: as economias em desenvolvimento e a globalização*. In *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Tradução Wanda Caldeira Brant. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998. Coleção zero à esquerda, p. 153/185.

<sup>7</sup> Idem, p. 177.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 181.

ejemplos de corporaciones transnacionales cuyo peso específico a nivel mundial es mayor que el de muchos Estados. Y podemos facilmente intuir que desde las inaccesibles e incontroables estructuras de poder de las corporaciones transnacionales se adoptan multitud de acuerdos que limite fácticamente la capacidad de decisión de los ciudadanos de los países afectados. Pero lo que resulta especialmente lacerante no es ya que los comerciales o financieras, sino que, en muchas ocasiones, las decisiones son adoptadas por una tupida red de intereses inidentificables y por coaliciones eventuales que se forjan al abrigo de los vertiginosos y cambiantes movimientos de la economía global; con lo cual florecen multitud de prácticas y acuerdos que oprimen a los Estados sin que éstos dispongan de un interlocutor con el cual discutir, negociar, transigir o consensuar medidas alternativas que permitan ampliar el horizonte de gobernabilidad sistémica. Esta compleja urdimbre jurídica informal distorsiona gravemente los procesos de producción normativa formales de los Estados u de los foros internacionales en los que éstos están representados y configura un panorama plural de producción jurídica en el que, de una u otra forma, las normas y acuerdos de las corporaciones transnacionales condicionan el margen de gobernabilidad de los Estados.”<sup>9</sup>

A crescente internacionalização faz com que algumas empresas adotem posturas globais de relacionamento, como se fossem verdadeiros estados políticos. Há, sem dúvida, uma crescente transposição de poderes e obrigações notoriamente estatais para a empresa, a qual passa, então, a substituir o Estado em determinadas funções.

Uma das vantagens da empresa em relação à figura tradicional do Estado é poder partir para a conquista do mercado sem atentar às fronteiras geopolíticas criadas e sem a declaração de guerra.

No entanto, há um lado pernicioso que também precisa ser estudado. Por conta dos seus interesses, ligados ao lucro

---

<sup>9</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Globalización y Constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. El derecho de una democracia cosmopolita acfs n. 36 (2002), p. 151-171.

essencialmente, podem ser atingidas algumas garantias fundamentais previstas constitucionalmente. Além disso, os Estados tradicionais abdicam, muitas vezes, da arrecadação de impostos para permitir a instalação da empresa em seu território. Ao se instalar, a empresa imprime à sociedade local suas condicionantes. A coletividade, por seu turno, condiciona-se porque vê, na macroempresa, a criação de empregos, a creche para os filhos dos empregados, etc., benefícios que deveriam ser fornecidos pelo Estado. Aliem-se, ainda, os benefícios secundários da instalação da empresa como, por exemplo, o aumento da renda naquela localidade, o implemento do consumo etc.

Assim, conclui-se que a empresa se internacionalizou sem qualquer tipo de barreira, servindo como verdadeira representante dos países que estão limitados, pelas barreiras geográficas e regras rígidas de relacionamento, à circunscrição territorial.

Ainda quanto à macroempresa, é possível observar que o sistema tradicional de exploração pela produção e venda de bens de consumo para outros países, que era objeto de complexa logística, tornou-se muito mais simples. De fato, a macroempresa passou a instalar suas fábricas mais proximamente dos centros consumidores, e suas redes de distribuição aumentaram de forma a atingir o mercado global. Destacando-se, neste ponto, a máxima de Bill Gates: “pense localmente, atue globalmente”.

A máxima de Bill Gates tem representado bem a idéia do capitalismo atual, cujo principal herói é a empresa. Com ela foi possível promover a internacionalização dos processos produtivos, permitindo que a macroempresa trace estratégias de atuação global, voltadas para os mercados relevantes locais. Como leciona MOLINA:

“La dicotomía “global-local” se metamorfosea en unidad indisoluble, puesto que para no padecer el aislamiento internacional, los gabinetes locales deben saber interpretar y obedecer los signos de los mercados casi – cuando no – en tiempo real. Por ello, los gobiernos transnacionalmente planificados apuntan las modificaciones que cada mercado nacional debe

emprender para su imperecedera modernización. Esto es, la regionalización de la economía no la exime de su transnacionalización a resultas de la internacionalización de los procesos productivos.”<sup>10</sup>

Com isso, não é mais oportunizado a um país fechar-se e ficar alheio ao fenômeno empresarial, sob pena de sofrer graves prejuízos.

Aqui tem-se um paradoxo a ser analisado. A colaboração do Estado com as pretensões dos agentes econômicos tem como contrapartida a dinamização da economia, crescimento e surgimento de empregos que não sejam necessariamente aqueles de primeira linha. O que se busca, geralmente, é mão-de-obra barata, que se refletirá num custo menor. Entretanto, essa colaboração implica abdicar em parte de algumas conquistas como, por exemplo, de natureza trabalhista. O paradoxo reside justamente no fato de que, se não houver essa colaboração do Estado, não será possível promover-se, em longo prazo, a inversão, ou seja, a prevalência equilibrada dos direitos trabalhistas em detrimento dos interesses empresariais em qualquer situação.

### **3. O papel do Estado e do Direito: a *lex mercatoria* e o pluralismo jurídico**

O Estado Social é seriamente afetado pela concepção do atual sistema capitalista calcado na macroempresa transnacional.

As conseqüências mais danosas são sentidas nos países em desenvolvimento que estão mais sujeitos à ingerência dos organismos paraestatais que dominam a cena mundial.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> MOLINA, Juan Jesús Mora. *Globalización y beneficio económico: la dialéctica jánica de los derechos fundamentales*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, acfs n. 35, 2001, p. 83-97.

<sup>11</sup> Existem agentes paraestatais incumbidos de regular as relações emergentes desta nova fase mundial podendo destacar-se: o FMI, a OMC, a OCDE, o BIRD e o BERD. Sobre o tema recomenda-se: MOLINA, Juan Jesús Mora. *Globalización y beneficio económico: la dialéctica jánica de los derechos fundamentales*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico

Com efeito, as macroempresas buscam garantir-se em relação às incertezas do próprio mercado em que atuam, com o intuito de maximizar o lucro. Assim, os hábeis e organizados se sobrepõem aos fracos e desestruturados, surgindo um poder econômico privado para rivalizar com o poder do Estado, conduzindo, por sua vez, a novas formas de juridicização.

Para compreender essa nova fase do Estado e do Direito, é preciso lembrar alguns fatos históricos. Após a Primeira Guerra Mundial, tem-se uma nova ordem que levou a verificação de que o Estado precisava apresentar novas respostas ao fenômeno econômico e social, com instrumentos mais aptos a produzir os resultados buscados naquele momento de reconstrução. Para tanto, deveria o Estado intervir na economia, deixando de lado a crença do liberalismo de que havia uma ordem natural na direção da economia.

A própria concepção de empresa foi atingida e modificou-se para adequar-se a nova realidade, evoluindo do atomismo para uma forte concentração e, conseqüentemente, à macroempresa porque era preciso “fortalecer a posição de cada empresa” e para que isso se concretizasse permitiu-se a “concentração”.<sup>12</sup>

Surge, neste momento, gigantescas corporações, capazes de atuar em qualquer lugar do globo, além de possuírem faturamento muitas vezes superior ao PIB de países pequenos ou médios.

Implementou-se, em razão deste fenômeno, o aspecto controlador do Estado como fruto de uma reação à tomada de papéis pela empresa, destacando-se as figuras da agência reguladora, as regras de antitruste e concorrência, e outros mecanismos que prevêm um mínimo de regras de conduta às macroempresas em suas relações.

---

internacional y derechos fundamentales, acfs n. 35, 2001, p. 83-97. Cumprir lembrar que existe atualmente, em matéria trabalhista, também um órgão paraestatal que não foi anteriormente mencionado: a OIT.

<sup>12</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

Do mesmo modo que se busca atualmente conter os abusos decorrentes da formação da macroempresa, impedindo que sufoque o mercado, busca-se dar guarida a essa nova ordem econômica, mas salvaguardando o mercado. Surge um poder econômico privado que elimina as empresas menos competitivas e de outro avilta os trabalhadores, questões que outrora haviam sido tratadas por Marx, Engels e que constituíram o cerne da doutrina social da Igreja.<sup>13</sup> A necessidade de equilibrar essas duas forças conflitantes, o Estado e a empresa, opondo, de um lado o poder econômico privado, que salvaguarda os interesses individuais ou de um grupo e, de outro, o poder estatal que salvaguarda os interesses da coletividade origina um novo paradoxo: ao mesmo tempo em que se deve proteger a livre iniciativa e a concorrência tem-se que proteger os valores sociais do cidadão.

As intervenções estatais na economia, neste momento histórico, são feitas através da apresentação de políticas públicas genéricas que devem orientar a macroempresa na busca do lucro:

“O fracasso do liberalismo de forma atomista e a evolução para a concentração de empresas, levaram a uma situação de relacionamento de massas, a exigir a interferência de um intermediário a influir no direcionamento e condução da economia. O padrão de um capitalismo competitivo a nível de empresas veio trazer, nos inícios do século XX, o aparecimento de novos tipos de organização da vida econômica.

A concentração de empresas colocou nas mãos da iniciativa privada um forte poder para direcionar a economia. Mas, quando se fala em política econômica, dá-se ênfase à atuação do Estado na condução da economia.”<sup>14</sup>

Essa postura do Estado está ligada, também, ao seu crescente afastamento da atividade econômica direta. No Brasil, está previsto no art. 173 da Constituição Federal, que a exploração direta de

---

<sup>13</sup> A propósito a encíclica *Rerum Novarum*.

<sup>14</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24.



atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária à segurança nacional ou for relevante para o interesse coletivo.

Com isso, veda-se, ao menos em parte, a possibilidade de o Estado agir como empresário, afastando a empresa da exploração direta de qualquer atividade econômica. Já na Constituição de 1967 havia previsão de atuação supletiva do Estado na iniciativa privada, sob o mote de que os desafios que deveriam ser enfrentados eram muito difíceis de serem superados através da empresa. A partir da Constituição de 1988 invoca-se raciocínio diametralmente oposto, ou seja, a ineficiência do Estado na condução da atividade econômica fez com que esta fosse repassada para a iniciativa privada, naqueles setores onde antes havia o monopólio estatal ou dirigismo. Ficou reservado ao Estado outro papel, o de agente normativo, regulador dessa atividade econômica restando-lhe as funções de fiscalizar, incentivar e planejar.<sup>15</sup>

Tais modificações afetaram concepções jurídicas tradicionais, a começar por uma profunda revisão da teoria das fontes do direito. A lei deixa de ser fonte do Direito quando se trata de fenômenos de grande mutação, como a economia.<sup>16</sup> Surge uma nova fonte criadora do Direito: o mercado. MOLINA dissecou essa nova questão:

“La alianza entre Estado y economía transnacional conlleva un conjunto de alteraciones del marco jurídico del primero. El legislador actúa como reclamo para el mercado y éste se convierte en auténtica “fuente del derecho”. Colaborar con las pretensiones de los agentes económicos comporta como contrapartida la dinamización de la economía, estableciendo así condiciones optimistas para la inversión. No obstante, la expresión “mercado global” no parece del todo exacta, dado que la plasmación de dicha entelequia se realiza en lo local y/o regional (pero sobremanera en lo local, erigiéndose lo global como pura abstracción). Los mercados, al no ser homogéneos, no se constituyen en globales;

---

<sup>15</sup> Idem, p. 139.

<sup>16</sup> Sobre o tema: G. Burdeau: *Le déclin de la loi*, Arch. de Philosophie du Droit, n. 8, p. 35-37.

sólo es global la idea de “mercado”. En consecuencia, si los gobiernos desean contar con recursos y las empresas con pingues beneficios, ambos han de negociar sobre la esfera de lo local, de modo que ésta sea lo más atractiva posible para los negocios y financieros ya de economía de bienes y servicios de acuerdo a las condiciones específicas de cada Estado.”<sup>17</sup>

Uma das principais conseqüências das regras de mercado como fontes do direito está na superação do princípio da generalidade da lei. Atribui-se o caráter de generalidade como característica fundamental da lei, porque, fruto do racionalismo iluminista, concebia-se que dessa forma o cidadão estaria protegido contra o poder absoluto do soberano legislador e do próprio Estado.

Ainda, esse princípio tinha como principal objetivo a proteção do cidadão e foi acolhido pela maioria dos Estados em suas constituições, cabendo destacar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Na nova ordem global a norma deixa de ser geral e abstrata e passa a ser concreta e individualizada, atendendo principalmente ao fenômeno econômico, muito volátil e instável, a exigir essa nova forma de atuação estatal.<sup>18</sup>

Acrescentem-se, ainda, os contratos-tipo, as condições gerais dos contratos de fornecimento, os contratos trilaterais (Governo, Empresa e Sindicatos), que são fontes não estatais de edição de normas reguladoras do fenômeno econômico<sup>19</sup> e cujo traço marcante é a presença da figura da empresa. A esse respeito, ressalta-se a lição de BOBBIO que, ao tratar do tema, referindo-se especificamente a Itália, acaba fornecendo elementos para se

---

<sup>17</sup> MOLINA, Juan Jesús Mora. *Globalización y beneficio económico: la dialéctica jánica de los derechos fundamentales*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, acfs n. 35, 2001, p. 83-97.

<sup>18</sup> Um exemplo é a Lei n. 4595, de 1964, que trata do Sistema Financeiro Nacional, e que concede ao Banco Central do Brasil poderes para editar portarias, circulares e resoluções que estão mais em conformidade com as modificações sempre rápidas do fenômeno econômico.

<sup>19</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. ..., p. 28.

compreender o que acontece atualmente em grande parte dos países, em especial quanto aos acordos de natureza trabalhista firmados entre Empresa e Sindicatos, tendo o Estado (Governo) apenas como garantidor uma vez que os “centros de poder se multiplicam”.<sup>20</sup>

Nesse contexto, a própria norma de regulação, vinculada às políticas públicas, forja-se não no mecanismo tradicional da sanção, que passa a ser premial, ou seja, se a empresa aderir àquela política do Estado será premiada com algum tipo de subsídio fiscal, por exemplo:

“Ao estabelecer metas econômicas a serem atingidas, não pode o legislador pretender assegurar o seu cumprimento através da imposição de sanções penais, sem correr o risco grave do descumprimento e da impunibilidade. A coercibilidade econômica se rege por parâmetros bem diferentes. O Estado, para atingir seus objetivos promocionais, para levar as empresas a aderirem ao plano e aos programas por ele propostos, se vale de uma técnica nova para garantir o cumprimento da lei. As metas econômicas fixadas pelo Estado são mais eficazmente alcançadas através da imposição de sanções premiaias. Aquelas empresas que aderem aos objetivos estabelecidos pelo Governo são premiadas com a concessão de subsídios fiscais, de empréstimos favorecidos, etc. A coercibilidade econômica se manifesta também através de punições de caráter moral, como restrições ao “bom nome”, ou inclusões em “listas negras””.<sup>21</sup>

Essa forma de pensar o Direito implica, necessariamente, o abandono da divisão tradicional entre Direito Público e Privado, e é justamente a figura da empresa que funciona como elemento definitivo para desagregar essa idéia, arraigada do pensamento jurídico. Com efeito, o Estado de um lado passa a ditar uma política econômica que fornece parâmetros mínimos para a salvaguarda da

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª edição, 1999, p.202.

<sup>21</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. ..., p.30.

comunidade e, de outro, garante a livre iniciativa e a concorrência. O Estado deixa de editar normas de proteção e repressão e passa, também, a editar normas promocionais.<sup>22</sup>

Desse modo busca o Estado não somente limitar, mas também coordenar as grandes empresas de modo a permitir que atuem livremente segundo os parâmetros mínimos para a sobrevivência da comunidade e do mercado:

“Pode-se, entretanto, prevalecer a função institucional, como função de organização da atividade econômica. Em tempo de expansão das dimensões empresariais, a função institucional do ordenamento corresponde, em primeiro lugar, à exigência de limitar e coordenar o domínio das grandes unidades empresariais: o domínio que tende a exercer-se, concretamente, como autoritário, e portanto, de fato, como poder público.”<sup>23</sup>

O papel do Estado torna-se mais importante, nesse momento, porque atua de forma a promover a atividade econômica, mas com finalidade diversa daquela perseguida pela macroempresa, que é obter o maior lucro possível para satisfazer aos seus sócios ou acionistas, enquanto aquele deve buscar, em primeiro lugar, o bem da coletividade. Daí um novo princípio a agregar-se aos tradicionais princípios gerais do direito: o princípio da economicidade que “condiciona as escolhas do mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica” para que o “resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos.”<sup>24</sup>

Não é possível esquecer, nesse ponto, a Escola de Chicago e a análise econômica do Direito. O que se busca sustentar é que Estado está cada vez mais condicionado por imperativos da *lex mercatoria*. Como sustentado anteriormente, torna-se o mercado uma fonte

---

<sup>22</sup> Sobre o tema, ver por todos: BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura all'azione - Nuovi studi di teoria del diritto*.

<sup>23</sup> CHIARELLI, Giuseppe. *Diritto Pubblico e Diritto Privato nel Diritto dell'Economia*, in *Revista di Diritto dell'Economia*, 1967.

<sup>24</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. ..., p. 35.

material do Direito e, como este é uma expressão daquele, acaba influenciado de tal modo que a lei é concebida para produzir um resultado econômico permitindo, por exemplo, que uma grande empresa se instale num Estado gozando de benefícios de ordem fiscal que outras empresas, de menor porte, não gozam<sup>25</sup>. Não se nega, também, a crescente ou até imprescindibilidade de se proceder a uma análise conjunta de Direito e Economia.<sup>26</sup>

Pela Escola de Chicago, cujo maior expoente é Richard Posner, há uma absoluta dependência do Direito ao modo de produção capitalista, salientando, ainda, Pasukanis, a existência de um paralelismo de formação entre o pensamento jurídico e o pensamento econômico.<sup>27</sup>

Aqui se destaca o princípio da eficiência, ligado ao da economicidade:

“Ao implantar determinada política econômica, deve o Estado pautar-se pelo princípio da eficiência, que é inerente à atividade econômica. E, ao fazê-lo, deve o Estado observar três planos, ou seja, aquele em que ele próprio exerce uma atividade econômica, dentro do âmbito de permissão ou de imposição constitucional; aquele em que adota uma postura normativa da atividade econômica; e aquele em que estimula ou favorece ou planeja a atividade econômica. É óbvio que o mesmo princípio deverá informar a atividade das empresas, que, ao exercerem a atividade

---

<sup>25</sup> É notório o grande avanço industrial no Estado do Paraná no período de 1994 a 2002 quando foram instaladas grandes indústrias automobilísticas com incentivos fiscais. A lei foi editada com o objetivo de garantir que elas se instalassem no Estado produzindo os benefícios que supostamente justificariam essa concessão, por exemplo, empregos diretos e indiretos, incremento na economia local etc.

<sup>26</sup> A esse respeito destacamos o projeto mundial denominado “*Law, Economics and Organizations*” que originou no Brasil o projeto “Diálogos FEA & Largo de São Francisco” que, por sua vez, produziu interessante texto de onde se extrai: “A relação entre Direito e Economia, em processo de contínua interação, é vital para explicar a evolução de uma dada sociedade, fomentar o desenvolvimento econômico e social, reduzindo desigualdades e aumentando o bem-estar geral, buscando privilegiar os aspectos sociais bem como a eficiência econômica”. ZYLBERSTAJN, Décio [e outros]. *Relevância para transformação das instituições no Brasil contemporâneo*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, Ano XXI, vol. 126, abril-junho de 2002, São Paulo: Malheiros, 2002 p. 101.

<sup>27</sup> FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 19.

econômica, devem estar imbuídas da idéia de que o seu sucesso depende exatamente da eficiência das posturas adotadas.”<sup>28</sup>

Esse princípio foi apresentado por Posner de forma ainda mais abrangente, como menciona FONSECA:

“Segundo esse autor, a economia normativa dita a lei ao legislador, ao juiz e ao intérprete. Entende Posner que a economia não está destituída de uma escala de valores, impregnando-se dos valores fixados pela política, pela moral e pelo direito. O fundamento dessa escala de valores é a eficiência, pois o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações. Os instrumentos de que se serve nessa avaliação são as noções de preço, custo, custo das oportunidades, de gravitação dos recursos em direção a um uso mais vantajoso. Para POSNER a eficiência é a “utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo, através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens”.<sup>29</sup>

Em outras palavras, o Estado, quando edita normas legais, o faz mediante sua compatibilização com as regras de mercado, vinculando um determinado comportamento às exigências do momento.<sup>30</sup> Tanto isso é verdade que as noções tradicionais de Direito e Estado devem, atualmente, compatibilizar-se com uma nova e importante figura no tráfico comercial, que é a

---

<sup>28</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. ..., p. 36.

<sup>29</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. ..., p. 37.

<sup>30</sup> “O Direito, ao defrontar-se como fenômeno econômico ocorrente numa sociedade, não pode desconhecer esses diversos direcionamentos. O legislador, ao elaborar a norma jurídica, tem que levar na devida conta os quadros de atuação da economia. O Direito tem uma função direcionadora da economia, não se podendo aceitar a tese materialista do Direito como simples superestrutura. A norma jurídica deve criar o embasamento para o pleno desenvolvimento dos fatores da atividade econômica, podendo influir e direcionar a produção, a circulação, a repartição e o consumo. Mas ao fazê-lo, será necessário adequar-se aos modelos microeconômico e macroeconômico. O legislador elaborará um conjunto de normas apropriado para dirigir as relações microeconômicas e outro destinado a dirigir as relações macroeconômicas. As primeiras têm como elemento integrante a dispositividade, ao passo que as segundas se caracterizam pela sua vinculatividade.” FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. ..., p. 41.

macroempresa, onde predominam as regras referentes ao abuso do poder econômico, da concorrência e da competição pelo mercado.

Observa-se, ainda, que as relações envolvendo a macroempresa situem-se no plano da macroeconomia, e não da microeconomia, porque esta produz conseqüências jurídicas unicamente no plano inter-individual. Entretanto, as relações jurídicas que permeiam a figura da macroempresa extrapolam os limites interindividuais e passam a interessar a toda uma coletividade. É por isso que, como ressaltado anteriormente, referem-se às relações intersubjetivas no campo do direito concorrencial, conseqüentes do abuso do poder econômico, do aumento arbitrário dos lucros etc.

Aqui retoma-se e discute-se a influência da nova *lex mercatoria*. Trata-se de um ordenamento jurídico autônomo<sup>31</sup>, criado pelas partes envolvidas nas relações geralmente de natureza econômica, principalmente as de caráter internacional, que existe de forma independente do ordenamento jurídico estatal concebido tradicionalmente. Apresenta-se, portanto, como uma alternativa aos sistemas de solução de conflitos baseados nos direitos nacionais.

Apesar do seu caráter internacional<sup>32</sup>, dado o fenômeno da globalização que relativiza os conceitos tradicionais de Estado, soberania e nação, o que se verifica é a influência cada vez maior da *lex mercatoria* sobre o ordenamento jurídico dos Estados, os quais

---

<sup>31</sup> Como texto referencial acerca do reconhecimento da *lex mercatoria* como um ordenamento jurídico, ainda que faça ressalvas a esse respeito, destacamos: QUEIROZ, Everardo Nóbrega. *O princípio da boa-fé objetiva ou da razoabilidade como fundamento jurídico da lex mercatoria*. In Direito do Comércio Internacional. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.] São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 83-85.

<sup>32</sup> “A *Lex Mercatoria* é um ordenamento jurídico anacional constituído por normas aplicadas aos contratos e às arbitragens internacionais, derivadas da aplicação do princípio da razoabilidade ou da boa-fé objetiva aos usos do comércio internacional. As normas da *Lex Mercatoria* regem a comunidade internacional formada principalmente por empresas comerciais, empresas de transporte internacional, empresas de seguros, instituições financeiras e Estados que não intervêm no comércio internacional na qualidade de pessoas de direito público ou privado nacional.” QUEIROZ, Everardo Nóbrega. *O princípio da boa-fé objetiva ou da razoabilidade como fundamento jurídico da lex mercatoria*. In Direito do Comércio Internacional. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.] São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 80-81.

tratam de amoldar-se às regras, outrora apenas internacionais, para ingressar num determinado mercado.

Um exemplo dessa influência é a aceitação, cada vez maior em nosso País, da arbitragem que é reconhecida pelo Estado. A solução dada na sentença arbitral não segue necessariamente os preceitos legais que normalmente vinculariam uma ou outra macroempresa envolvida. Com efeito, a decisão pode ser tomada com base em princípios que regem, por exemplo, a Suíça e, ainda, assim, obter o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal. Apesar de a regra hipotética aplicada não existir no ordenamento jurídico brasileiro, chega-se à conclusão de que ela é razoável e de acordo com o princípio geral da boa-fé. Além disso, reconhece-se a importância dessas regras no contexto macroeconômico, visto que ela dá respaldo à macroempresa que contrata em solo nacional, mas fixa cláusula de arbitragem para solução de eventuais pendências contratuais segundo regras arbitrais de outro país.

Desse modo, a norma, que era antes anacional, passa a ser incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, sem que isso implique sua inconstitucionalidade. Sendo as fontes formais da *lex mercatoria* os costumes internacionais e a jurisprudência arbitral, conclui-se que os usos corporativos da macroempresa são de certa forma juridicizados e, assim, exercem influência sobre o Estado e o Direito.

Outros mecanismos utilizados no âmbito da *lex mercatoria* são as convenções internacionais. São leis-tipo, contratos de origem empresarial que, por sua vez, abrangem os contratos-tipo e as cláusulas gerais dos contratos. Tais mecanismos acabam por orientar as políticas macroeconômicas do Estado e, por derradeiro, influenciam o Direito, que acaba por editar regras para tratar desses temas concebidos não mais na generalidade da comunidade, mas na especificidade de uma relação macroempresarial que, por seus importantes reflexos na própria comunidade, acabam ensejando a necessária normatização. A lei, portanto, perde seu caráter geral e passa a regular situações específicas e com uma determinada finalidade, geralmente promocional.



Com isso, a macroempresa não concebe mais que ela possa contratar de outra forma e em outras condições que não aquelas cujos enunciados foram elaborados por sua associação, e a isso tem se submetido o Estado.

Como exemplo, citam-se as regras e usos uniformes em matéria de Crédito Documentário, as quais estabelecem diretrizes operacionais e jurídicas para sinalizar o comércio internacional, dirimindo dúvidas, obscuridades e combatendo a insegurança. Sobre o tema:

“Entre os principias documentos que contribuíram para a transformação dos usos comerciais de natureza contratual em normas dos usos comerciais de natureza contratual em normas de direito consuetudinário, Osman menciona as Regras e Usos Uniformes, relativos aos créditos documentários e as Regras internacionais para a interpretação dos termos comerciais (Incoterms) da Câmara de Comércio Internacional (C.C.I). O crédito documentário é um meio de garantia do financiamento das operações comerciais. A uniformização das regras de crédito documentário foi proposta pela C.C.I. em 1933. Para os defensores da *lex mercatoria*, as Regras e Usos Uniformes da C.C.I. constituem uma prova cabal da existência e da autonomia do ordenamento jurídico anacional da *lex mercatoria*.”<sup>33</sup>

Com isso, o Estado perde a exclusividade na edição de normas de conteúdo jurídico, criando, em paralelo, um direito corporativo:

“Lambert designou o conjunto de práticas que adquirem o caráter de normas jurídicas sob a expressão genérica de “direito corporativo”. As normas de direito corporativo originar-se-iam “(...) somente da força dos fatos econômicos, e sem nenhuma consagração de autoridades estatais territoriais. A existência de um direito privado, surgido espontaneamente a partir dos fatos econômicos “pela força das coisas”, comprova, segundo alguns

---

<sup>33</sup> QUEIROZ, Everardo Nóbrega. *O princípio da boa-fé objetiva ou da razoabilidade como fundamento jurídico da lex mercatoria*. In *Direito do Comércio Internacional*. AMARAL, JÚNIOR, Alberto do [coord.]. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 87.

autores, a doutrina da “dejuridicização” das normas do direito contemporâneo. Osman atribui aos organismos corporativos uma competência normativa que lhes permite editar usos, cuja aplicabilidade não está de forma alguma subordinada à aceitação expressa de seus destinatários. As normas de direito, procedentes dos contratos e dos usos comerciais, constituiriam, segundo ele, uma ordem jurídica espontânea. A necessidade se de atribuir competência aos organismos corporativos adviria do caráter especializado dos ramos de comércio considerados. Como exemplo dessa atribuição de competência, ele menciona o reconhecimento, pela Corte de Cassação francesa, da competência normativa do Banco da França para a edição de normas profissionais”.<sup>34</sup>

Essa contínua perda da competência exclusiva do Estado para a edição de normas de conteúdo jurídico decorre da necessidade cada vez maior de as macroempresas evitarem a ocorrência de grandes disparidades legislativas, administrativas e, principalmente, financeiras, que se tornem, de alguma forma, obstáculos à sua instalação e ao desenvolvimento de suas atividades.

Fixa-se a premissa de que a macroempresa tornou-se um importante sujeito no âmbito de múltiplas relações que interessam ao Direito (direito do trabalho, tributário, do consumidor, da concorrência etc), e também, que é importante figura da qual não pode um Estado prescindir para o implemento de suas trocas mercantis, com reflexos, por exemplo, no número de postos de trabalho criados, ou na arrecadação tributária, tem-se que o Estado passa a tolerar e agir conforme esses procedimentos instituídos pela macroempresa para com ela não conflitar. Tal fenômeno é chamado de “desidentificação do Estado e do Direito”, pois estes não detêm mais o primado na regulamentação do conjunto das relações jurídicas, especialmente daquelas que envolvem a macroempresa.

Como exemplo desse fenômeno tem-se a importância da jurisdicionalização dos procedimentos de solução de controvérsias da

---

<sup>34</sup> QUEIROZ, Everardo Nóbrega. *O princípio da boa-fé objetiva ou da razoabilidade como fundamento jurídico da lex mercatoria*. In *Direito do Comércio Internacional*. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.]. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 89.

OMC<sup>35</sup>. Segundo GATTEI, nada obstante as divergências doutrinárias existentes, algumas características comuns são atribuídas ao Direito como, por exemplo, de promover a estabilidade. Entretanto, são profundas as modificações verificadas, principalmente a desistência de se basear a definição de Direito num monopólio da força e controle social, passando-se a encará-lo como uma forma de linguagem social. O Direito se prestará à decidibilidade de conflitos pois, como linguagem, tem a função de diminuir as contingências do convívio social. Outra característica é a jurisdição, que seria o poder estatal de impor seu Direito aos casos concretos. Todavia, quanto a esta característica o que se verifica é que organismos paraestatais também possuem jurisdição aos quais podem ou não se submeter os Estados. O que se observa, entretanto, é que ou o Estado se submete ou poderá ficar alijado de certos investimentos porque a macroempresa se recusará a investir em local onde não há, para ela, segurança quanto aos procedimentos a serem adotados no âmbito das suas relações. Aqui, como se vê, ela não perquire acerca de interesses da comunidade, mas aos seus exclusivamente. O Estado, por seu lado, se manifestar a sua subordinação somente poderá negar-se ao cumprimento dessas orientações se denunciar formalmente o Tratado a que havia aderido.<sup>36</sup>

Essa forma de pluralismo jurídico já havia sido tratada em outras obras, das quais destacamos WOLKMER, o qual salientou que apesar do reconhecimento de que a produção legislativa e a aplicação da justiça sejam monopólio do Estado, verifica-se a existência de fontes alternativas de produção legislativa com maior espectro e vinculação do que a forma tradicional. É certo que o autor em questão enfocou o tema sob o aspecto dos marginalizados, reprimidos e injustiçados, o que não invalida a invocação de sua obra para sustentar, aqui, que além dessas outras figuras resumidamente

---

<sup>35</sup> GATTEI, Marília Machado. In *Direito do Comércio Internacional*. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.] São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 105-118.

<sup>36</sup> GATTEI, Marília Machado. In *Direito do Comércio Internacional*. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.] São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 106-110.

marginalizadas, a macroempresa também cria uma outra forma de pluralismo jurídico voltado à manutenção e implementação de suas condutas na perseguição do lucro.

Não se busca, de modo algum, criticar o autor em questão, mas aumentar o espectro de sua tese pluralística. Isso se dá porque o trabalho dele foi desenvolvido sob o aspecto da modernidade, enquanto o presente estudo já admite a transmodernidade, com suas novas variáveis.

No caso, é preciso reconhecer que o direito comercial é eminentemente histórico-cultural e, por isso, sujeito as influências que sofreu no curso de sua evolução.

Assim como a transmodernidade, a modernidade e a pós-modernidade são conceitos historiográficos. A primeira pode ser definida como um período histórico que sucedeu ao feudalismo, ou seja, estende-se desde o fim da Idade Média até a I Guerra Mundial.

A modernidade, assim, tem como características principais: a) no campo econômico: a consolidação do capitalismo, substituindo as formas medievais de produção; a estruturação racional da riqueza das nações; o fortalecimento das organizações de crédito. O seu momento culminante foi a revolução industrial e é no âmbito desta última que se desenvolve, ou que pelo menos se identificam alguns traços, da empresa tal como conhecida atualmente; b) no campo político: a consolidação do Estado Moderno: centralização do poder; a estruturação do exército nacional, território e soberania. Neste campo o seu ápice é o Estado Democrático de Direito; c) no campo filosófico suas características são: racionalismo x dogmatismo medieval, tendo como principal referencial o Iluminismo; d) no campo jurídico tem como característica: a consolidação da dogmática jurídica que é revelada de forma mais marcante através do movimento de codificação do Direito.

A pós-modernidade é o ciclo histórico que substitui a modernidade, tem início a partir dos anos 50, mais propriamente com o pós-guerra, desde o fim da II Guerra Mundial, até os anos 80,

quando começa a esboçar-se uma fase de transição, que é a época atual.

Tem como características: a) no campo econômico: o domínio da tecnologia aliado ao domínio da informação (a revolução industrial substituição do homem pela máquina, que precisa daquele para produzir, com a invenção dos computadores, a máquina passou a ser dirigida por outras máquinas), a grande empresa se apresenta como multinacional; b) no campo filosófico: o neo-positivismo, a filosofia da linguagem, predomínio das questões do conhecer sobre as questões do ser (da epistemologia e da lógica sobre a ontologia), a filosofia da ciência e a da linguagem e também a lógica prevalecem sobre a metafísica e a ética e a filosofia dos valores; c) no campo político: o agrupamento dos Estados em blocos regionais mas num mundo bipolar, com a Guerra Fria; d) no campo jurídico: o fortalecimento do constitucionalismo com a ampliação do espaço jurídico das pessoas: do sujeito individual construído pelo Iluminismo passa-se para o espaço social, o homem como titular de direitos trabalhistas, previdenciários e sociais e também como empresário.

Nesse contexto instaura-se o maior desenvolvimento da figura da empresa porque ela tornou-se a força motriz da sociedade pós-moderna.

Sua principal configuração, nesse momento, é a empresa multinacional que ultrapassa os limites geográficos de sua atuação e passa a atuar mundialmente, adquirindo maior força na medida em que sua importância cresce na sociedade em que se encontra inserida, de tal modo que pode pleitear e negociar senão em igualdade de condições com o próprio Estado, pelo menos com uma força maior que qualquer outra figura da pós-modernidade.

Finalmente, tem-se a transmodernidade que tem por objetivo melhor caracterizar os tempos atuais, em face de alguns fatores que a diferenciam da pós-modernidade.

Possui como características: a) no campo econômico: o domínio absoluto da informática em todos os campos do saber,

envolvendo especialmente as transações, bem como o fortalecimento de uma nova forma empresarial, que se afirma num espaço muito mais abrangente que as antigas multinacionais: trata-se das empresas transnacionais, expressão mais notável do fenómeno da globalização da economia. A própria globalização vem a ser uma característica essencial da transmodernidade; b) no campo filosófico: o predomínio de nova forma de racionalidade, de carácter instrumental, que estabelece um sentido mais tecnológico à conduta humana racionalmente orientada; isso aliado a outra noção, a idéia do fim da história (a vitória do capitalismo deixa a impressão de que nada mais existe no campo ideológico a ser criado pelo homem); c) no campo político: minimização da soberania e agrupamento de Estados em grandes organizações transnacionais, tipo União Européia, Mercosul e Alca; d) no campo jurídico: emergência do pluralismo transnacional.

Sobre a transmodernidade destaca-se:

“El texto que se presenta se refiere a las repercusiones de la transmodernidad, que sustituye a la postmodernidad, en el actual contexto histórico. Se caracteriza por la pérdida de los referentes históricos e ideológicos del ombre occidental. En un contexto dominado por la globalización, la revolución tecnológica de la información, la victoria del capitalismo neoliberal y la afirmación del fin de la historia, nuestras concepciones tradicionales acerca del derecho, el Estado, la justicia y el conocimiento jurídico mismo y el papel que juegan los operadores jurídicos deben ser repensados. En este proceso de reconsideración, las reglas jurídicas se convierten en reglas anacásticas y el orden jurídico se torna en un sistema que se autolegitima con base en su carácter intrínsecamente autopoietico. Además, el primitivo concepto de relaciones jurídicas y sus componentes se transforman, bajo la influencia de un nuevo tecnicismo, en un orden tecnojurídico; la jurisdicción se torna virtual y el Estado-nación se disuelve en un Nuevo Orden Mundial. Este Nuevo Orden Mundial, que está bajo el control de un superpoder económico y militar, es crecientemente dominado por compañías transnacionales y

organizaciones sociales que tienden a ocupar las esquinas normativas de la sociedad.”<sup>37</sup>

Sendo assim, o pluralismo jurídico, para a pesquisa que se desenvolve, admite que a macroempresa consegue, através do seu poder, tornar um importante centro de irradiação de um “direito” próprio, atento aos seus interesses e ideologia:

“..., sino que es un pluralismo transnacional, de carácter institucional, que se manifiesta em um *derecho* dimanado de centros diferenciados de poder y decisión, tales como las organizaciones Del tipo de la Unión Europea y el MERCOSUR, pero también empresas transnacionales, instituciones financieras mundiales, consultorios multinacionales de auditoria, asociaciones corporativas, ONG’s y los movimientos representativos de la comunidad internacional e, incluso, organizaciones marginales dedicadas al narcotráfico, al lenocinio y al comercio de niños, que invaden el espacio cibernético y crean su propia regulación normativa. Y también se asiste un pluralismo jurisdiccional que se consolida en justicias profesionales de conciliación y arbitraje, organizaciones de vigilancia empresarial, organismos internacionales de negociación y mediación y entidades transnacionales de normas técnicas.”<sup>38</sup>

Na mesma linha de idéias destacam-se as idéias de WOLKMER:

“Por mais ampla, forte e totalizadora que possa ser esta “regulamentação jurídica” da sociedade moderna por parte da ação monopolizadora do Estado, este não consegue erradicar e inviabilizar todo fenômeno de regulação informal proveniente de outros grupos sociais não estatais. Para além da oficialidade global dos aparelhos de

---

<sup>37</sup> COELHO, Luiz Fernando. *La transmodernidad del derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, ACFS n. 35, 2001, p. 151.

<sup>38</sup> COELHO, Luiz Fernando. *La transmodernidad del derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, ACFS n. 35, 2001, p. 159.

produção e distribuição da justiça estatal, subsiste, paralela, subjacente e concorrente, uma pluralidade de níveis autônomos e semi-autônomos de instâncias legislativas e jurisdicionais. Esses procedimentos societários não-estatais envolvendo a convenção de padrões normativos de conduta e a resolução consensual de conflitos, articulados informalmente por segmentos ou vontades individuais e coletivas, assumem características específicas de uma validade distinta, legítima e diferente, não menos verdadeira, podendo ser até mais justa e autêntica”.<sup>39</sup>

O mesmo autor cita como exemplo aplicável ao presente estudo as convenções coletivas de trabalho, que assumem validade equivalente ou até em maior grau que a própria norma de origem estatal, consideração que BOBBIO também já havia exposto<sup>40</sup>:

“Tendo por base, fundamentalmente, a presença de uma economia capitalista, de uma organização sindical de trabalhadores e de relações jurídicas laborais, surgem as “convenções coletivas de trabalho” como um acordo que cria, num primeiro momento, normas obrigatórias para os sujeitos coletivos envolvidos (organizações sindicais), dentro de certos limites mínimos (salário), estendendo-se, posteriormente, para outros campos da atividade produtiva, no que se refere às condições de trabalho e emprego. Esses acordos coletivos, com efeito normativo, que nascem de categorias profissionais e que não necessitam da interferência do Estado, fixam as condições de trabalho e salário entre as partes individualmente associadas num órgão representativo de classe. A convenção coletiva se afirma como um novo tipo de fonte institucionalizada, geradora de normas jurídicas advindas das relações sociais e materializadoras de uma autonomia privada coletiva “cuja particularidade consiste exatamente na representação de interesses que, superando a

---

<sup>39</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994, p. 256.

<sup>40</sup> “Não é segredo que decisões derivadas de um acordo estipulado pelos grandes sindicatos com as organizações patronais, e em relação ao qual o governo é simples mediador e garantia, têm maior peso sobre a vida do país do que grande parte das leis aprovadas pelo Parlamento.” BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª edição, 1999, p.202.



esfera dos indivíduos, não atingem se identificam com a esfera pública.

[...]

A crise de legalidade e a ineficácia das instituições político-jurídicas, no contexto de economias periféricas que têm seu capital submetido às imposições do Estado intervencionista em constante busca de legitimação, propiciam o clima favorável para a troca de benefícios e vantagens entre partes conflitantes com interesses opostos e que não conseguem encontrar uma resposta adequada aos canais institucionais. Daí a necessidade dos segmentos em confronto (governo x grupos corporativos, empresários x trabalhadores) buscarem um “acordo” coletivo extra-estatal, voluntarista, flexível e equidistante do *locus* de jurisdição oficial. A frequência e repercussão com que vêm ocorrendo na Sociedade brasileira (as “negociações” e os “acordos coletivos” entre a CUT e parcela significativa do empresariado nacional) comprovam a eficiência da utilização desses mecanismos informais de teor alternativo para materializar “negociações” ou “pactos” com maior rapidez, simplificação e com eficácia normativa.”<sup>41</sup>

Conclui-se que o Estado, em razão da sua ineficácia, deixa de constituir centro único irradiador de normas jurídicas, permitindo que a macroempresa, com todo o seu poderio econômico, possa articular-se em meio a comunidade em que se encontra inserida para, usufruindo desses mecanismos alternativos, efetivar a troca de benefícios e vantagens em prol da busca de lucro com maior relação custo/benefício. A *lex mercatoria* e a proliferação de mecanismos alternativos de criação de normas acabam por suprir o espaço deixado pelo Estado, o qual passa a ter função eminentemente de regulação, baseado em conceitos mínimos previstos constitucionalmente, tais como, a dignidade da pessoa humana e a função social da empresa entre outros.

---

<sup>41</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994, p. 263/264 e 285.

#### 4. A empresa Estado e o Estado empresa

A influência da macroempresa nesse novo contexto histórico-econômico, acaba por interferir na soberania dos Estados, tal como tradicionalmente a conhecemos. Trata-se de um processo lento, mas imutável, da soberania no plano interno como externo. No interno, porque o poder de fazer as leis já não é mais exclusivo do Estado e, no externo, sua figura de sujeito de direito internacional desvanece-se em razão da substituição pela macroempresa que atua sob o fenômeno da desterritorialização, que por sua vez decorre da globalização<sup>42</sup>.

A desterritorialização decorre, principalmente, do fenômeno da intensa comunicação e da *internet* que permitem a desintegração de todos os padrões tradicionais conhecidos, na medida em que se cria um espaço virtual onde todos possam circular livremente, sem a apresentação de qualquer credencial de cunho pessoal. A própria pessoa humana é reduzida a um código ou *nick name* através do qual pode circular por *sites* localizados nos mais longínquos países, sem se preocupar com o aspecto territorial. Esse espaço virtual não é regulado ou regulamentado pelo Estado valendo, aí, a lei do *software*. Se não ocorre uma perda do poder do Estado sobre o seu território há, no mínimo, uma diminuição dele.

IANNI trata do tema do seguinte modo:

---

<sup>42</sup> O termo globalização vem sendo utilizado como verdadeiro chavão e resposta para todas as mazelas da comunidade, a esse respeito: “Aliás, a globalização, um conceito fundamental ao presente estudo, tornou-se um termo emblemático e vazio, ou o que na linguagem comum denominaríamos de um “chavão”, praticamente desprovido de significado objetivo. Assim, ao contrário de considerar a globalização apenas como adjetivo argumentativo, este trabalho irá considera-lo a descaracterização dos aspectos nacionais das áreas políticas, econômicas e sociais dos Estados, minando, inclusive, sua habilidade de controle sobre fenômenos que ocorrem em seu território e desencadeando uma necessidade de encontrar soluções para tais problemas em escala global. Em outras palavras, será entendido como o fenômeno pelo qual parcelas do “território”escapam do poder estatal (uma das facetas do fenômeno da “desterritorialização” – tema bastante significativo da nova realidade enfrentada”. BARBOSA, Cláudio Roberto. *Informação e globalização*. In Direito do Comércio Internacional. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.] São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 37.

“A globalização tende a desenraizar as coisas, as gentes e as idéias. Sem prejuízo de suas origens, marcas de nascimento, determinações primordiais, adquirem algo de descolado, genérico, indiferente. Tudo tende a desenraizar-se: mercadoria, mercado, moeda, capital, empresa, agência, gerência, know-how, projeto, publicidade, tecnologia. A despeito das marcas originais, da ilusão da origem, tudo tende a deslocar-se além das fronteiras, línguas nacionais, hinos, bandeiras, tradições, heróis, santos, monumentos, ruínas. Aos poucos predomina o espaço global em tempo principalmente presente. [...] Assim, se desenvolve o novo e surpreendente processo de desterritorialização, uma característica essencial da sociedade global em formação. Formam-se estruturas de poder econômico, político, social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização nítida neste ou naquele lugar, região ou nação. Estão presentes em muitos lugares, nações, continentes, parecendo flutuar por sobre Estados e fronteiras, moedas e línguas, grupos e classes, movimentos sociais e partidos políticos”.<sup>43</sup>

É nesse contexto que a macroempresa torna-se verdadeira “empresa-Estado”, em razão da autonomia que adquire em relação à própria figura do Estado. Ela consegue movimentar-se globalmente com muito maior agilidade, por não respeitar as fronteiras geográficas, e também porque é um importante instrumento de circulação de riquezas. E a *internet* possibilita a ela atuar com grande liberdade.

Não somente a relativização da territorialidade, a própria soberania é atingida, especialmente no que concerne a jurisdição. Reduz-se o espaço entre o Direito Internacional Público e o Privado, pois o Direito passa a tratar não somente de conflitos entre Estados e organizações, mas também de conflitos interindividuais e empresariais, assim como reduz-se mais e mais a distância entre a legislação nacional e a internacional.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> IANNI, Octávio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1999, p. 93.

<sup>44</sup> BARBOSA, Cláudio Roberto. *Informação e globalização*. In Direito do Comércio Internacional. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.]. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 38.

A soberania é a única defesa que o Estado fraco possui em relação ao Estado mais forte, pois ser um Estado soberano é ter o *imperium* e o *dominium*<sup>45</sup>. Como sustenta FERRAZ JR, a soberania é poder, no plano interno, fazer valer suas determinações ainda que coativamente, enquanto que, no plano externo, ela corresponde à não-sujeição a determinações de outros centros normativos<sup>46</sup>. Mas na transmodernidade tem sido enfraquecida, como caminho para a completa dominação pela empresa transnacional de amplos espaços públicos.

Exemplo desse enfraquecimento é a cada vez mais evidente subordinação do Estado a figuras paraestatais, que impõem políticas que devem ser seguidas, sob pena de o Estado ficar alijado de investimentos internacionais e do desenvolvimento.<sup>47</sup> A respeito destaca-se MOLINA:

“Así pues, las consignas de los agentes transnacionales como el Fondo Monetário Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Internacional y Desarrollo de la Europa del Este (BERD) animan a la puesta en práctica de tales principios, condicionando tanto su asesoramiento como las ayudas económicas de emergencia al dictado de sus propuestas. Asimismo, se ha de mantener en lontananza el hecho de que tras esos gigantes se parapetan no únicamente los países del G-7 sino también poderosas multinacionales.”<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 187.

<sup>46</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 1988, p. 76.

<sup>47</sup> Como exemplo, é possível citar o Acordo de Marraqueche, instituindo a OMC, que incluiu um tratado de estabeleceu padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual, sob pena de sancionamento internacional. BARBOSA, Cláudio Roberto. *Informação e globalização*. In *Direito do Comércio Internacional*. AMARAL JÚNIOR, Alberto do [coord.] São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.

<sup>48</sup> MOLINA, Juan Jesús Mora. *Globalización y beneficio económico: la dialéctica jánica de los derechos fundamentales*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, acfs n. 35, 2001, p. 83-97.

Essa conjectura “empresa-Estado” é lícita, porque o modo tradicional de Estado, referenciado na pós-modernidade, já não mais existe. A cada dia formam-se agrupamentos de Estados baseados, fundamentalmente, na criação de mercados comuns. Aliás, a figura indefinida do mercado é o ambiente da macroempresa, e hoje se verifica uma grande preocupação na defesa dos interesses desse multifacetado mercado: mercado financeiro, mercado acionário, mercado energético etc.

O desenvolvimento dessa nova forma de Estado consolida-se também através da empresa transnacional ou macroempresa:

“Esse desarrollo, en interés del bloque de naciones lideradas por el poderío militar americano, apunta hacia una nueva forma de Estado que se consolida en la empresa transnacional, consu propia *lex mercatoria* y sus formas particulares de mediación, negociación y arbitraje, com millares e incluso millones de servidores extendidos por el mundo.”<sup>49</sup>

E conclui COELHO: “En resumen, el Estado del futuro es la empresa.”<sup>50</sup>

Partindo dessa premissa formam-se duas idéias: da empresa-Estado e do Estado-empresa.

Ultrapassada essa primeira ideia – “empresa-Estado” – passa-se à segunda.

Como a forma tradicional de Estado é questionada, este pode passar a pensar como empresa na busca de lucro, não lucro financeiro, mas lucro social, cultural e político, pois, se conseguir efetivar o seu propósito provavelmente haverá reeleição do grupo dominante.

---

<sup>49</sup> COELHO, Luiz Fernando. *La transmodernidad del derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, acfs n. 35, 2001, p. 159.

<sup>50</sup> COELHO, Luiz Fernando. *La transmodernidad del derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidade de Granada. Orden económico internacional y derechos fundamentales, acfs n. 35, 2001, p. 159.

Assim, o Estado passa a demitir para obter resultados positivos na gestão de seus recursos, e deixa de contratar em razão da economia que precisa ser feita. Passa a terceirizar as atividades para desvencilhar-se dos custos operacionais como, por exemplo, nas telecomunicações, energia, transportes. Essa terceirização dá-se através das privatizações mantendo o Estado um poder apenas regulamentar através das agências reguladoras.

Adotam-se atitudes tipicamente empresariais na condução da política estatal, ou seja, o Estado passa a orientar-se verdadeiramente como uma empresa. Esse Estado-empresa permite que as diversas comunidades criadas sejam atendidas, criando normas que atendem a interesses eminentemente finalísticos. Com efeito, os “cidadãos” deste novo Estado são em verdade “consumidores” da política ‘empresário- estatal’.

Assim, no seio desse tipo de Estado criam-se grupos micro-sociais, segmentos, classes especiais que são atendidas em seus anseios. A lei perde o aspecto da generalidade e passa para a especificidade, ou seja, é editada em função de uma determinada finalidade que, por sua vez, atenderá a um determinado grupo organizado.

E isso é perfeitamente possível. No sistema atual, a pluralidade de sujeitos, a complexidades das relações, o domínio avassalador da informática, a imposição do respeito aos direitos humanos permite defender o direito à diferença, no qual o princípio da igualdade é des-referenciado. E assim, ‘todos são iguais perante a lei’ é substituído pelo ‘todos são diferentes perante a lei’ e, portanto, tenho o direito de ser tratado diferentemente.

O Direito editado pelo Estado passa a ser uma ciência de especialidades onde a fluência sistêmica exige maior flexibilidade, mobilidade e fina distinção entre as variadas hipóteses verificadas. O próprio sistema é plural, mutável, complexo e des-referenciado, um verdadeiro paradoxo, pois o sistema sempre foi visto como um todo e não como algo plural.

## 5. Conclusão

Não é possível negar o importante papel da macroempresa sobre as estruturas estatais, manifestando-se sob as mais variadas formas, adentrando em aspectos outrora exclusivos do Estado, como a formação de sistemas normativos próprios, mercados comuns e mecanismos de solução de litígios na esfera privada.

Desse modo, o papel do Estado é rediscutido rumando para um reducionismo das suas funções que são privatizadas, restando-lhe o papel de regulador ou definidor de padrões mínimos de condutas referenciadas em expressões como dignidade da pessoa humana, ou função social da empresa, dentre outras.

Assim, não é demasiado exagero pensar em Estados-empresa ou empresas-Estado. O primeiro ocorre quando o Estado adota padrões empresariais de conduta e administração em que busca um tipo de lucro social para obter retornos eleitorais baseando-se na noção de eficiência. O segundo ocorre quando as empresas assumem o papel do Estado na promoção de direitos que incumbiriam originalmente àquele, ocupando um espaço originalmente público (emblemático é o caso da adoção de praças ou monumentos públicos por empresas que ganham o direito de expor suas marcas nesses locais) também se pautando na sua maior eficiência em relação às políticas desenvolvimentistas estatais.

É irrefutável a importância das macroempresas no processo de desenvolvimento, podendo ocupar um papel positivo ou negativo, a depender de condicionantes muito tênues ante o enfraquecimento do papel estatal de controle.

## 6. Referências

ABREU, José Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade – as empresas no direito*. Coimbra: Almedina, 1996,

AMARAL JÚNIOR, Alberto [coord.]. *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo modelo jurídico da empresa nacional e a reforma da lei de falências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 663, p. 252-254, jan. 1991.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979.

\_\_\_\_\_. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1983.

BARROS. Alice Monteiro de [coord.]. *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, 1997.

BOBBIO, Norberto *et. al.* *Dicionário de política*. Trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: UnB, 1986.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. *A teoria da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale 1. Diritto dell'impresa*. Torino: UTET.

CAMPUZANO, Afonso de Julios. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1-4. t. 1-2.



- CASTRO y BRAVO. Federico de. *La persona jurídica*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- CHIARELLI, Giuseppe. Diritto Pubblico e Diritto Privato nel Diritto dell'Economia, in *Revista di Diritto dell'Economia*, 1967.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1-2.
- \_\_\_\_\_. *O empresário e os direitos do consumidor*. O cálculo empresarial na interpretação do Código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COELHO. Luiz Fernando. *Introdução histórica à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Boiteaux, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 21, v. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.
- \_\_\_\_\_. A reforma da empresa. In: \_\_\_\_\_. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3-26.
- \_\_\_\_\_. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970.
- CORDEIRO. António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CORREIA, A. Ferrer. A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica. In: *Estudos vários de direito*. Coimbra, 1982. p. 547-562.
- CRISTIANO, Romano. *Sociedade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de [coord.]. *Estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, 1997. p. 400-425.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p.19.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 1988.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GHIGNONE, Luciano Taques [org.]. *Novo Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2002.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HIRST, Paul. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1999.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3. ed. atual. São Paulo: RT, 1997.

LOBO, Jorge. *Direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 795, p. 81-93, jan. 2002.

\_\_\_\_\_. A crise da empresa: a busca de soluções. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 668, p. 35-46, jun. 1991.

\_\_\_\_\_. Direito da crise econômica da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 109, p. 64-92, jan./mar. 1998.

- LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 1.
- MALLMANN, Márcia Lippert. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- MONTANARI, Massimo. *Impresa e responsabilità: sviluppo storico e disciplina positiva*. Milão: Giuffrè, 1990.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1972.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do [coord.]. *Comentários ao Código tributário nacional: Lei n. 5.172, de 25.10.66*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro. In *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 113, p. 136-147, jan./mar. 1999.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. A mediação do futuro e o futuro da mediação. In: CAMPUZANO, Afonso de Julios [org.]. *et al. O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 324-328, 1998.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PASTOR, Javier Viciano. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 1996.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, , 1972.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1973. v. 1.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANT'ANNA, Rubens. A falência da empresa: realidade contemporânea e perspectivas futuras. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 64, p. 37-46, out./dez. 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996.

UNIVERSIDAD DE GRANADA. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*. ACFS n. 36, 2002.

UNIVERSIDAD DE GRANADA. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*. ACFS n. 35, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

ZYLBERSTAJN, Décio [e outros]. *Relevância para transformação das instituições no Brasil contemporâneo*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, Ano XLI, vol. 126, abril-junho de 2002, São Paulo: Malheiros, 2002 p. 101.

## **Parte 3**

### **Sociedades**



## O menosprezado capital social<sup>1</sup>

*Alfredo de Assis Gonçalves Neto*<sup>2</sup>

### 1. Ambientação do tema

Capital social é uma grandeza contábil fixa e invariável, que representa o montante do patrimônio necessário ou útil para o exercício da atividade econômica inerente ao objeto social de uma sociedade simples ou empresária.

Toda sociedade, independentemente do tipo de que se revista, necessita de recursos para exercer a atividade que constitui seu objeto social. Esses recursos, em dinheiro ou em outra sorte de bens, corpóreos ou incorpóreos, são aportados pelos sócios e, exceção feita às cooperativas,<sup>3</sup> é assim que se forma o capital social. O aporte desses recursos confere aos sócios, em contrapartida, porções de participação (quotas) nesse capital.

Em outras palavras, o capital social é constituído pela somatória das contribuições que os sócios conferem à sociedade

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na “Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Ano I, n. 1. (Curitiba: Exclusiva, 2016, p. 287-307)

<sup>2</sup> Professor Titular de Direito Comercial e ex-diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Presidente da OAB-PR gestão 1995-1997. Sócio fundador da sociedade de advogados. Assis Gonçalves, Kloss Neto e Adv. Associados. Advogado (OAB-PR n. 3.948).

<sup>3</sup> A cooperativa, espécie de sociedade e associação, não vincula a participação dos cooperados ao capital social, mas às operações que nela ou por ela eles realizam. Por isso, as contribuições dos associados rendem juros e o direito de recebimento da devolução do valor de sua quota parte, em razão de seu desligamento. Daí permitir a lei a constituição de cooperativa sem capital ou de capital variável (CC, art. 1.094, inc. I).

para que ela possua o patrimônio necessário ou útil à realização os fins que motivaram sua criação.

Trata-se de um valor que representa as contribuições que os sócios obrigam-se a conferir à sociedade para formar o patrimônio dela, indicado no seu ato constitutivo. O fato de figurar no instrumento de constituição da sociedade significa que esse valor permanece imutável, portanto, se e enquanto tal ato não for modificado, se e enquanto os sócios não deliberarem fazer novos aportes para expandir o patrimônio social ou não resolverem retirar desse patrimônio recursos desnecessários para o desenvolvimento das atividades sociais.

Como em outra oportunidade me foi dado esclarecer, o capital social “representa a somatória dos valores em dinheiro das contribuições (em bens ou em dinheiro de contado) que os sócios trazem para formar o patrimônio da sociedade, seja no momento de sua constituição, seja em virtude de deliberações posteriores que o aumentem pelo ingresso de novos recursos ou que o reduzam, quer por perda significativa do mesmo patrimônio, quer por se revelar excessivo aos fins sociais. Não ocorrendo nenhuma deliberação social (ou seja, nenhuma manifestação de vontade da sociedade, pela pessoa de seus sócios) no sentido de alterar seu capital social (aumentar ou diminuir), ele permanecerá sempre estável, como referencial do patrimônio que os sócios reputaram dever possuir a sociedade para dar conta do objeto ajustado no contrato social.”<sup>4</sup>

Essas contribuições dos sócios não necessitam ser honradas instantaneamente, no momento da constituição da sociedade, pois é possível estarem representadas por obrigação diferida em prestações pecuniárias ou, quando for o caso, por obrigação de entrega futura de bens *in natura*. Para a formação do patrimônio da sociedade o que importa é cada sócio obrigar-se a realizar a sua contribuição, na forma e no tempo definidos pelo ato, contrato ou estatuto social. As

---

<sup>4</sup> Do autor, *Direito de Empresa – Comentários aos arts. 966 a 1.195 do Código Civil*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, n. 317, p. 377-378



contribuições que contêm promessa de cumprimento diferido no tempo inserem-se no patrimônio da sociedade mesmo antes de ser satisfeitas e se identificam como créditos que ela passa a ter contra os respectivos sócios. Assim, os sócios são contemplados, desde o início, com as respectivas parcelas do capital social a que se obrigaram a obter, mesmo antes de integralizá-las ou ainda que não as tenham pago ou prestado por inteiro.

Havendo sócio cuja contribuição consista, exclusivamente, em prestação de serviços (CC, art. 997, inc. V) – não permitida nas sociedades por ações e na sociedade limitada –, tal contribuição não é considerada para a formação do capital social, visto que não se desprende da pessoa do prestador e, portanto, não se materializa em um bem de valor econômico, corpóreo ou incorpóreo, suscetível de transmissão.

O capital social, por conseguinte, retrata o valor do patrimônio da sociedade no instante de sua criação. Ao figurar no ato constitutivo da sociedade expressa-se como uma simples cifra nele clausulada e, assim, insuscetível de variação. E nisso reside a grande diferença entre capital social e patrimônio social: este, diferentemente daquele, sofre oscilações para mais ou para menos com o desenvolver das atividades sociais consoante os ganhos e as perdas que possam ocorrer. Sendo assim, capital e patrimônio só têm o mesmo valor econômico no momento da constituição da sociedade.<sup>5</sup>

O capital social é, em suma, o valor referencial do patrimônio social e, desse modo, tem extrema relevância, por compor “a base da estrutura jurídica da sociedade.”<sup>6</sup>

É comum ver na doutrina e em alguns dispositivos legais a utilização do termo “**capital**” como sinônimo de “**patrimônio**”, mas é preciso estar atento para a distinção. Quando se fala em **capital**

---

<sup>5</sup> Não estou a considerar, aqui, a possibilidade de emissão de quotas ou ações com ágio, conquanto a parte que sobejar do valor do capital seja classificada como reserva de capital.

<sup>6</sup> GARRIGUES, Joaquín; e URÍA, Rodrigo. *Comentários a la ley de sociedades anónimas*. Tomo I. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1953, p. 211.

**efetivo** a referência deve ser compreendida como patrimônio da sociedade, sujeito a oscilações; já o **capital nominal** está a indicar o capital social, isto é, a cifra imutável que figura no ato constitutivo da sociedade, como resultante das contribuições dos sócios para a formação do capital social.<sup>7</sup>

## 2. Funções do capital social

Para que serve, então, o capital social? No ambiente interno da sociedade, sua função primordial é determinar a **performance financeira** dela. Quando o patrimônio líquido da sociedade supera o valor do capital social, os resultados de sua atividade são positivos e lucros são produzidos; quando fica inferior, há perdas, há atuação deficitária. Ao término de cada exercício social essa verificação é indispensável para que os sócios conheçam os resultados da atuação da sociedade e deliberem a respeito, seja para evitar o prejuízo acusado, seja para determinar a destinação dos lucros obtidos (distribuí-los aos sócios como dividendos, retê-los em reserva para maior solidez das operações societárias, alocá-los para um fim específico etc.). O capital social funciona, então, como um “moderador legal e contábil da vida social; orienta os resultados financeiros da sociedade ao término de cada exercício social.”<sup>8</sup>

Há, ainda, outra serventia *interna corporis* do capital social. Efetivamente, ele é, também, determinante dos **direitos políticos e patrimoniais** dos sócios (ou acionistas). Quer isso dizer que ele se presta para definir os centros de poder, as maiorias para as deliberações sociais e, em regra, o critério de participação de cada sócio nos resultados da sociedade. Essa é a segunda função do capital

---

<sup>7</sup> Como ressaltei a respeito, “nossa legislação, em algumas passagens, também emprega o vocábulo **capital** no sentido de **patrimônio**. Por isso, autores, como JOÃO EUNÁPIO BORGES (*Curso de direito comercial terrestre*, n. 394, p. 375), procuram fazer distinção entre **capital nominal** (capital social) e **capital efetivo** (patrimônio), o que parece correto, muito embora fosse preferível manter o significado próprio de cada vocábulo” (*Direito de empresa*, cit., n. 318, p. 378).

<sup>8</sup> Do autor, *Direito de empresa*, cit., n. 319, p. 378.

social. O fato de ser clausulada a distribuir lucros em proporção desigual à participação social dos sócios ou, no caso das sociedades por ações, a emissão desses títulos sem direito a voto, não deslustra essa assertiva porque ela pode ser redimensionada no estatuto ou contrato social, nos limites que a lei o permitir.

Há uma terceira função interna, que alguns autores atribuem ao capital social, qual seja a de **delimitar a responsabilidade dos sócios** quanto ao montante das contribuições que assumiram para sua formação. No entanto, só nas sociedades limitadas é que isso se dá. Nesse tipo societário, os sócios são obrigados conjuntamente a garantir o ingresso do valor global de todas contribuições destinadas à formação do patrimônio social (CC, arts. 1.052, 2<sup>a</sup>. parte, e 1.055, § 1<sup>o</sup>); por isso, além da responsabilidade que assume de realizar o valor de sua quota, o sócio responde solidariamente com os demais pela integralização do capital. Significa isso que, se algum sócio for inadimplente e não realizar o valor de sua contribuição, os demais a tanto estão solidariamente obrigados. Essa peculiaridade é própria da sociedade limitada e não se coloca em relação a nenhum dos demais tipos societários.

Por último, presta-se o capital social como indicativo de que a sociedade não distribuirá lucro aos sócios se, no exercício social considerado, o patrimônio líquido da sociedade não superar a sua cifra. Trata-se de uma função externa, de **garantia aos credores**, que tem sido enaltecida pela doutrina por ser aquela que sai do âmbito interno da sociedade para se projetar em relação a pessoas estranhas ao quadro social. É bem verdade que os credores têm no patrimônio da sociedade – e não no seu capital – a garantia de cumprimento das obrigações que ela assumiu perante eles. Daí apresentar-se o capital social como uma garantia indireta, vale dizer, como indicativo de que a sociedade possui um patrimônio de valor equivalente ao do capital social e de que não haverá distribuição de lucros enquanto seu patrimônio líquido estiver com valor a ele inferior. É o que está na lição de DOMINGUES, quando obtempera que “o capital social apenas poderá ser perspectivado enquanto garantia indireta ou de segundo

grau – na medida em que ‘bloqueia’ ou retém uma parte do patrimônio social – já que a garantia direta dos credores tem necessariamente que se reconduzir a bens concretos que constem do patrimônio social e não a uma mera cifra.”<sup>9</sup>

### 3. Princípios que orientam a realização dessas funções

Para preencher as funções acima indicadas, o capital social deve ser real, de modo a representar, efetivamente, o valor do patrimônio aportado pelos sócios à sociedade; além disso, deve assim permanecer (salvo se os sócios deliberarem alterá-lo mediante modificação do ato constitutivo da sociedade) ao longo das atividades sociais, para medir as oscilações do patrimônio social.

A doutrina identifica, aí, dois princípios inerentes à formação e à manutenção do capital social, que são o da **intangibilidade** e o da **efetividade**.

O primeiro determina a estabilidade do capital social para que permaneça como uma cifra imutável e se preste ao papel de referencial dos resultados da atividade econômica da sociedade na persecução do objeto social. Nessa linha de entendimento, o capital social só pode sofrer alteração, para mais ou para menos, quando a lei, o ato constitutivo ou os sócios o determinarem. Sua consagração legislativa está em alguns dispositivos do Código Civil, como o que estabelece a necessidade de ele integrar o conteúdo do ato constitutivo da sociedade (art. 997, inc. III), o que só permite sua alteração mediante alteração desse ato (art. 999) e o que pune sócios e administradores pela distribuição de lucros ilícitos (art. 1.009). Especificamente no que tange à sociedade limitada, há todo um capítulo para tratar da modificação do capital social (arts. 1.081), com condicionantes para seu aumento (art. 1.081) e para sua

---

<sup>9</sup> DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e patrimônio sociais, lucros e reservas. In: ABREU, J. m. Coutinho de. *Estudos de direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 142-143.

redução (art. 1.082).<sup>10</sup> No regramento das sociedades por ações (anônima e em comandita por ações), há uma profusão de normas orientadas por esse mesmo princípio (v. g., arts. 166-174).

O segundo desses princípios (da efetividade), impõe que o capital social guarde fidedignidade com a somatória em dinheiro do valor das contribuições que ingressam na sociedade para formação do patrimônio social. Na aplicação desse princípio tem-se, por exemplo, a previsão do art. 1.005 do Código Civil, que determina a responsabilidade pela evicção do sócio que transmitir domínio, posse ou uso de bens para a sociedade e, ainda, pela solvência do devedor, quando se tratar de transmissão de crédito. Em relação à sociedade limitada podem ser citadas a regra do art. 1.052 do mesmo Código, que prevê a responsabilidade solidária dos sócios pela integralização do capital, caso um ou alguns não satisfaçam essa obrigação relativamente às quotas que subscreveram, bem como a disposição do seu art. 1.053, parágrafo 1º, que impõe a responsabilidade de todos pela exata estimativa dos bens conferidos para a formação desse capital social. Relativamente às sociedades por ações, esse princípio se materializa pela exigência de avaliação dos bens destinados à formação do capital social (LSA, art. 8º), pela casuística do direito de retirada (v. g., art. 137) e de sua reversão (art. 137, § 3º), pelas normas que dispõem sobre a reserva legal (arts. 193), a reserva para contingências (art. 195) e assim por diante.

Dentre esses princípios deve figurar, igualmente, o da **suficiência** do capital social<sup>11</sup>, entendido no sentido de ser o capital social adequado para o exercício da atividade econômica que constitui o objeto social. Esse princípio, que poderia ser considerado

---

<sup>10</sup> Em relação às sociedades que possuem sócio com responsabilidade subsidiária e ilimitada pelo cumprimento das obrigações sociais, esses princípios são menos rígidos em razão de tal sócio ser uma espécie de garante da manutenção do cabedal social.

<sup>11</sup> Alguns autores, como HÜBERT Ivens H., denominam-no de princípio da congruência, “que deriva da concepção de que, além do patrimônio, também o capital social deve possuir uma correspondência com a atividade explorada pela sociedade” (*Sociedade empresária e capital social*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 75). No mesmo sentido, GEVAERD, Jair Lima. *Direito societário: teoria e prática da função*. Curitiba: Editora Gênese, 2001, v. 2, p. 327 e ss.)

implícito no da efetividade<sup>12</sup>, está a merecer destaque, visto que não lhe tem sido dada a devida atenção. Ele pode ser extraído da regra contida no art. 1.058 do Código Civil, que permite aos sócios evitar a liquidação da quota do sócio remisso, tomando-as para si ou as transferindo a terceiros, no art. 1.082, inc. II, do Código Civil, que faculta a redução do capital social, quando excessivo, e, bem assim, do disposto no art. 1.084, § 2º, que condiciona a eficácia dessa redução à não impugnação de credores. Outras tantas são as disposições que, a respeito, estão na Lei do Anonimato, dentre elas a do art. 137, § 3º, que prevê a possibilidade de reconsideração de uma deliberação tomada, se, em razão dela, o exercício do direito de recesso puser em risco a estabilidade financeira da empresa.

#### 4. Capital mínimo

No Brasil não vingou o capital mínimo para as sociedades que conferem limitação de responsabilidade a seus sócios, como se dá em outros países. Houve propostas para a adoção de capital mínimo na constituição das antes denominadas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, como forma de distanciá-las dos outros tipos societários com sócios ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais (sociedade em nome coletivo, em comandita simples e de capital e indústria), mas foram rejeitadas; dentre essas iniciativas, recorro a apresentada no II Simpósio sobre a Reforma da Legislação das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, realizado em setembro de 1971, na cidade de Porto Alegre, que previa a fixação de capital mínimo e máximo para o capital da sociedade, e outra de valor mínimo para as quotas sociais: a primeira foi rejeitada por unanimidade e a segunda por maioria dos participantes.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Ver, do autor, *Direito de Empresa*, cit., n. 320, p. 379-380.

<sup>13</sup> A matéria está publicada na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, n. 25, p. 114. - O Regulamento 2.157/2001 do Conselho da União Europeia ao dispor sobre a sociedade europeia, inseriu entre seus *consideranda* a

Há, entretanto, um patamar mínimo previsto para as sociedades que, independentemente do tipo de que se revistam, tenham por objeto algumas atividades que, em razão de sua natureza, submetem-se a alguma forma de controle estatal. É o caso, por exemplo, (i) das instituições financeiras e entidades a elas assemelhadas, cujo capital mínimo é fixado e revisto pelo Banco Central do Brasil a cada dois anos (Lei n. 4.595/1964, art. 4º, inc. XIII), (ii) das sociedades corretoras de valores, em patamar estatuído pelo Conselho Monetário Nacional (Lei 4.728/1965, art. 8º), (iii) das seguradoras e dos resseguradores, consoante o montante fixado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (Decreto-Lei n. 73/66, art. 32, inc. VI), (iv) das sociedades de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974, art. 6º, letra “b”), (v) das empresas destinadas à exploração dos serviços de vigilância e de transporte de valores (Lei n. 7.102/1983, art. 13) e (VI) das sociedades abertas, se a Comissão de Valores Imobiliários o exigir para registro de emissões (Lei 6.385/1976, art. 19, § 6º).

A ideia de estabelecer um capital mínimo em razão do tipo, de todo modo, era alimentada na constituição da sociedade limitada, não só para acentuar sua característica de tipo intermediário entre as sociedades de pessoas e de capital, como, também, para saneamento do seu uso, evitando-se, assim, a constituição de sociedades fantasmas e a limitação da responsabilidade do empresário individual. O argumento contrário, que vingou, era o de que, dada a quantidade de sociedades limitadas existentes, não haveria como impor que todas elas cumprissem uma exigência dessa magnitude, o que provocaria situações insolúveis e abalo na segurança jurídica, principalmente tendo em conta o grande número de pequenas sociedades que se veriam obrigadas a se transformar em um dos tipos societários de responsabilidade ilimitada por não possuírem recursos suficientes para tal ajuste.

---

recomendação de as leis dos países-membros darem-lhe “a forma de uma sociedade de capitais por ações e, para terem uma dimensão razoável, fixarem um capital mínimo que garanta que essas sociedades disponham de patrimônio suficiente.”

À falta de capital mínimo, campeiam no mercado sociedades fictícias, que mascaram a pluralidade de sócios, sociedades sem estrutura para cumprir as atividades sociais, sociedades que nascem endividadas por não possuírem patrimônio compatível com o que é necessário para o desenvolvimento das atividades sociais etc.

A Lei n. 12.441/2011, ao criar a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, deu boa contribuição para evitar parte dessas distorções. E, por ser novidade no direito nacional, estatuiu a obrigatoriedade de observância de um capital mínimo para sua constituição. Houve quem sustentasse “a inconstitucionalidade da regra do capital mínimo para a EIRELI, com base no princípio da isonomia e por se vincular ao salário mínimo; isso motivou a propositura, pelo Partido Popular Socialista (PPS), perante o STF, da ADIn n. 4.637, que questiona a fixação do teto em salário mínimo. A ação ainda não foi decidida, mas a tese não deve vingar, uma vez que o que a lei criou foi um mecanismo opcional para o exercício da atividade econômica, dentro dos critérios e nos limites que a lei estabelecer, consoante dispõe o art. 170, IX, da Constituição Federal.”<sup>14</sup> E a referência ao salário mínimo, por outro lado, não tem nada a ver com índices de atualização, visto que esse valor só é computado para determinar o capital mínimo no momento da constituição dessa empresa; mudando o valor do salário mínimo, não se altera o capital que o tomou por referência no momento de sua determinação.

## 5. Subcapitalização

Inexistindo regra de observância de capital mínimo para os tipos societários de responsabilidade limitada (sociedades limitadas e anônimas), é comum sua constituição com capital figurativo, retratando patrimônio exíguo e insuficiente para a realização da

---

<sup>14</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*, cit., n. 64, p. 137. Ver a respeito, também, NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *EIRELI - A tutela do patrimônio de afetação*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014, p. 197.



atividade que constitui o objeto social. Esse panorama é, aliás, mais comum que se poderia supor na maioria das empresas de pequeno e médio porte.

Para operar no mercado, a sociedade precisa de recursos adequados à realização de seus fins. E os modos de captá-los são, apenas, dois: mediante a contribuição dos sócios em subscrição de capital; ou por meio de cessões, locações ou mútuos (empréstimos, financiamentos e emissão de títulos, como debêntures e outros valores mobiliários). A primeira fonte denomina-se de **capital próprio**, porque os recursos são decorrentes do patrimônio da sociedade e, uma vez oriundos da contribuição dos sócios para a sua formação, não estão sujeitos à devolução nem são remunerados;<sup>15</sup> a outra fonte é constituída por **capital de terceiros** e implica endividamento da sociedade, visto que, ao recebê-los, deve remunerá-los e devolvê-los a seus titulares.

Sendo parcas as contribuições dos sócios, a sociedade toma dinheiro emprestado, celebra contratos de locação, de cessão de direitos etc. e, assim, já nasce endividada. Se a sociedade, no desenvolver de suas atividades, não consegue angariar resultados capazes de fazer frente a essas obrigações, o endividamento aumenta e chega ao ponto, muitas vezes, de determinar o fim do empreendimento. Isso também se dá quando há um aumento na dimensão dos negócios, a exigir mais recursos para acompanhá-lo. Não há proteção legal para impedir que situações como essas

---

<sup>15</sup> A Lei n. 9.249/1995 criou uma forma de remunerar as contribuições dos sócios, denominada de juros sobre capital próprio. No entanto, como já observara REQUIÃO, “essa previsão surgiu para compensar as companhias pelo aumento de seu custo fiscal, em razão da extinção da correção monetária” em suas demonstrações financeiras, advertindo o mestre, porém, que “a instituição de tais juros incidentes sobre capital próprio soa estranho se considerarmos as peculiaridades do direito societário e os conceitos, já clássicos, sobre a natureza jurídica do sócio e de seus aportes para a formação do capital social, e dos direitos derivados da participação na sociedade (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. II. 23<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, n. 439-A, p. 248-250). Por isso, “parece, à toda evidência, que esses juros têm a mesma natureza dos dividendos, já que só serão pagos se e quando houver lucro; são deduzidos do lucro e podem ser imputados no valor do dividendo obrigatório. A única diferença está em que a lei permite que esses ‘juros’ sejam abatidos, como despesa operacional, do imposto sobre a renda devido pela sociedade (Lei. 9.249/1995, art. 9<sup>o</sup>)” (do autor, *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 143, p. 254-255).

aconteçam; e isso é assim pela pouca atenção que o legislador deu ao princípio da suficiência na formação do capital social das sociedades, notadamente dos tipos que limitam a responsabilidade de seus sócios (sociedades limitadas e anônimas).

Dir-se-á que os credores sociais não iriam contratar com a sociedade sem exigir garantias, assim reais, como fidejussórias; com isso nasceria a responsabilidade pessoal dos sócios, se o tipo societário a excluísse – o que pode não ser sempre verdade. Além disso, essa constatação não abrange os casos em que os credores são os próprios sócios. De fato, muitas vezes os sócios preferem destinar poucos recursos para o capital social, porque eles se transferem para a sociedade e não retornam aos seus patrimônios, senão em situações pontuais (dissolução, amortização, retirada, exclusão etc.), para complementarem a insuficiência desse capital com empréstimos pessoais, que lhes serão devolvidos assim que a sociedade produzir resultados a tanto suficientes. Também é comum que administradores executivos, não sócios, apostem na performance financeira da sociedade e nela apliquem recursos pessoais para reavê-los com boa remuneração. A lei não proíbe essas alternativas e a sociedade fica a operar sem capital efetivo suficiente. Se as expectativas alvissareiras de bons lucros não se confirmarem, esses mútuos não serão pagos com a entrada da sociedade em estado de insolvência.

Na égide da Lei Falimentar anterior não havia qualquer previsão quanto ao tratamento dos mútuos de sócios ou administradores à sociedade insolvente. A lei vigente, possivelmente inspirada na reforma da lei italiana de 2004, trouxe um tímido refreio para o pagamento desses créditos, tratando-os como **créditos subordinados**, isto é, como créditos que só devem ser pagos após o pagamento de todos os demais créditos falimentares, inclusive das multas contratuais e penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas, aqui incluídas as de natureza tributária, e debêntures subordinadas (Lei 11.101/2005, art. 83, inc. VIII, letra “b”). Embora de redação lacônica, creio que a norma atinge os créditos com garantia

real, por não os ressaltar e porque, se assim não fosse, todos os empréstimos de sócios ou administradores não empregados para a sociedade seriam desse modo celebrados, jogando a classificação da ordem de seu pagamento para o segundo lugar da escala legal (mesma lei, art. 83, inc. II).

Esse é o único remédio que a lei brasileira estabeleceu para, de modo indireto, evitar a subcapitalização voluntária, ainda assim, no que respeita, tão somente, à tomada de empréstimos dos sócios ou administradores não empregados.

Nada é previsto quando a subcapitalização resulta de aumento das dimensões do empreendimento que constitui o objeto social ou à ampliação desse objeto sem ser acompanhada de um aumento proporcional do capital social.

## **Descapitalização**

Também deixou o legislador de prever solução para a **descapitalização**, que decorre de perdas extraordinárias verificadas no curso das atividades de sociedades já constituídas, como as advindas de fenômenos naturais (vendavais, alagamentos, incêndio etc.) ou de atos de terceiros (vícios ou defeitos na estrutura operacional ou nos produtos) ou, ainda, dos decorrentes do rompimento de suas relações com seus sócios (pagamento de haveres nos casos de retirada, exclusão ou falecimento) capazes de provocar a paralisação das atividades ou prejuízos vultuosos que comprometem a boa marcha dos negócios sociais.

Nossa legislação contempla as perdas extraordinárias como causas de redução do capital social, tanto das sociedades limitadas (CC, art. 1.082, I) quanto das companhias (LSA, art. 173), ainda assim, em caráter facultativo. Mas a redução do capital social pode não ser a solução se as atividades sociais dependem da recuperação do patrimônio social, vale dizer, precisam do patrimônio que antes existia. E, nesse caso, salvo iniciativa dos sócios (em contribuir com novos recursos), a sociedade ficará sem o capital efetivo necessário

para agir, conquanto a insuficiência do capital possa conduzir à sua dissolução, se daí resultar a inexecuibilidade do objeto social (CC, art. 1.034, inc. II). Mas a dissolução é matéria que diz respeito, exclusivamente, aos sócios, não aproveitando os credores, como terceiros estranhos ao quadro social.

Essas perdas abalam as atividades sociais e, se nenhuma providência for tomada, a sociedade terá sua dissolução decretada pela via falimentar, que causará perda de emprego, perda de mercado e reflexos na economia da região e, eventualmente, na economia nacional, com total desrespeito ao princípio da preservação da empresa.

Este escrito não visa à defesa da responsabilização de administradores ou sócios pela omissão quanto a providências que poderiam sanear a descapitalização, visto que só a análise de cada caso concreto poderia determinar uma eventual conduta culposa.

A proposta é, portanto, e exclusivamente, de evidenciar o fenômeno e seus efeitos, almejando que nosso legislativo supra essa lacuna, quando menos servindo-se dos modelos adotados por vários países europeus, como Alemanha, França, Portugal e Itália, que têm em sua legislação, na linha do disposto no art. 17 da Diretiva n. 2, do Conselho da Comunidade Europeia, de 13.12.1976, regra exigindo dos sócios a convocação de assembleia geral para examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada outra medida para resolver caso de perda grave do capital subscrito. Essa obrigação legal tornaria os sócios, aí sim, responsáveis por omissão quanto ao seu cumprimento.

## **Contrato de sociedade: a interpretação doutrinária e jurisprudencial do art. 981 do Código Civil**

*Giovani Ribeiro Rodrigues Alves<sup>1</sup>*

### **1. Introdução**

O Código Comercial de 1850 não trouxe uma definição acerca do que seria a sociedade. Mais adiante, o Código Civil de 1916 trouxe conceito genérico, de acordo com o qual “[c]elebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns” (art. 1363).

O vigente diploma codificado civilista, por sua vez, aprimorou a redação, disciplinando que “[c]elebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981).

A simples leitura do art. 981 ou do vetusto art. 1.363 não parece suficiente para responder o que verdadeiramente diferencia

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor de Direito Comercial do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Coordenador do LLM em Direito Empresarial Aplicado das Faculdades da Indústria. Professor das pós-graduações em direito empresarial da PUC/PR, UNICURITIBA e ABDCONST. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Email: [giovani@alveseribeiroadvogados.com.br](mailto:giovani@alveseribeiroadvogados.com.br). O autor agradece a colaboração do advogado Igor Andrei Bogdanow Abreu, Pós-Graduado no LLM em Direito Empresarial Aplicado das Faculdades da Indústria, na preparação e organização do material da pesquisa para elaboração do presente artigo.

um contrato de sociedade dos demais contratos. A constituição de uma pessoa jurídica que não se confunde com os seus sócios? A atividade ou objetivo da sociedade? A estrutura que ela apresenta? A forma de saída ou ingresso de sócio? A responsabilidade?

A sociedade tem notoriedade por sua organização, por sua função e pela confluência de vontades (ou da formação de vontade unipessoal), enquanto ente ou sujeito de direitos e obrigações distinto da(s) pessoa(s) do(s) sócio(s).

Embora o contrato seja a materialização mais corrente do ato constitutivo dessas sociedades, não se pode a ele aplicar indiscriminadamente as lições gerais e comezinhas dos *contratos*. Isso se deve em grande parte à ausência de prestações e contraprestações antagônicas das partes (todas elas convergem para a formação de patrimônio social comum) e à existência de somente um polo na sociedade, i.e., de um só corpo integrado por sócios que buscam um fim social comum — e cujo interesse direto é a realização desse desiderato. Tais elementos são centrais e expressos na teoria do contrato plurilateral.

A *affectio societatis* é, em versão bastante disseminada doutrinária e jurisprudencialmente, um critério relevante de diferenciação do contrato de sociedade, inclusive servindo de elemento central nas análises nestes quinze anos de vigência do Código Civil de 2002.

O objetivo do presente artigo é o de investigar a interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do art. 981 do Código Civil, buscando aquilatar quais são os elementos constitutivos ou caracterizadores de um contrato de sociedade, bem como diferenciá-lo dos outros tipos contratuais.

Esse desiderato implicará em também reconhecer qual é o papel da noção de *affectio societatis* na constituição ou caracterização de um contrato de sociedade, vez que atualmente se encontra no cerne das aplicações pelos Tribunais de Justiça.

A abordagem se faz importante não somente para fins acadêmicos de precisão terminológica, mas também para que se

tenha clareza na distinção entre contratos de sociedade e outras modalidades contratuais que por vezes se assemelham a eles. Ademais, é relevante contribuição na configuração da existência de sociedade em comum e na pertinência de se justificar a dissolução parcial de sociedades contratuais com base na alegada quebra da *affectio societatis*.

Não se buscará no artigo fazer um resgate das teorias contratualistas, anticontratualistas, institucionalistas do ato corporativo, do ato de fundação ou do ato de união. Tão somente se pretende analisar a interpretação que vem sendo dada ao art. 981 do Código Civil e se a hermenêutica é suficientemente clara e hígida. Para isso, metodologicamente, o artigo se valeu de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, especialmente de autores e tribunais brasileiros, já que o foco, repita-se, é a interpretação do nosso próprio Código Civil.

## **2. Da transição para o Código Civil de 2002 em matéria de direito societário**

Paulo Roberto Colombo Arnoldi exalta que com o Código Civil de 2002:

Procederam-se grandes atualizações com a criação das “sociedades simples” e a atualização da “sociedade de responsabilidade limitada”, que passaram a ter uma importância mais acentuada para todos os tipos de sociedade, desde a micro até a macro empresa.<sup>2</sup>

Para Fabio Ulhoa Coelho, o grande mérito do Código Civil de 2002 foi o de completar a fase de transição do direito privado brasileiro em direção à Teoria da Empresa. Segundo o autor, a sua vigência marcou a superação da teoria dos atos de comércio como

---

<sup>2</sup> ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. In: WALD, Arnaldo (Org.) **Direito empresarial**: teoria geral da empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 664. (Doutrinas Essenciais)

critério de delimitação do âmbito de incidência da disciplina jurídico-comercial.<sup>3</sup>

Ainda em relação a importantes contribuições, o Código de 2002 prestou grande contribuição ao melhorar a definição de sociedade que estava presente no revogado art. 1.363<sup>4</sup> do Código Civil de 1916, cujo texto, segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “era extremamente aberto e comportava qualquer ajuste entre pessoas com propósitos comuns, mesmo não lucrativos, o que fazia com que nele não se distinguissem as sociedades de outras figuras afins, como associações, participações associativas etc.”<sup>5</sup>

Não foram todos, no entanto, que elogiaram as modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002 no Direito Societário. Rubens Requião, já em 1975, criticava a força centrípeta que o projeto queria conferir à sociedade simples (sociedade-tronco ou sociedade-base<sup>6</sup>) na exegese societária:

O projeto dedica um capítulo inteiro à sociedade simples, a exemplo do que fizera o projeto de Código de Obrigações de 1965. Desde então temos combatido a introdução dessa nomenclatura em nosso Direito, pois representa ela nada mais do que a sociedade civil, servindo como base, como <<*abstractum*>> aos vários tipos de sociedades comerciais, a que ao projeto chama de <<sociedade empresária>>. Não nos parece esse o melhor sistema (...) Pelo sistema adotado, a todo o instante a doutrina e a jurisprudência seriam chamadas a opinar e decidir sobre quais os princípios das sociedades simples que lhe são específicos e quais os gerais, para sem aplicados aos outros tipos de sociedade. Seria mais conveniente que fosse mantido o regime atual [CC/1916] e

---

<sup>3</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa (sociedades). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

<sup>4</sup> Art. 1.363. CC/1916. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

<sup>5</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 145-146.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 145.



adotado pela maioria das codificações, estabelecendo-se os princípios gerais que presidem as sociedades.<sup>7</sup>

Concordamos que é assim — com essa lógica e maneira de pensar o Direito Societário — que o contrato de sociedade deve ser melhor entendido e contextualizado na realidade presente, principalmente no que diz respeito à constituição da sociedade. De certo modo, é grande a preocupação de obedecer-se a princípios de amplo espectro, mas também que o regime jurídico ao qual deva se encaixar a sociedade seja definido a partir de regras claras e mais específicas.

Essa evidência, de fato, tende a tornar o fenômeno societário muito mais rico e complexo, porque criar a sociedade em si, delimitar os direitos e obrigações a ela inerentes (e também aos sócios) e ainda coordenar todos os fatores de consecução do seu fim social — integralização das cotas, criação do patrimônio comum, regras de saída/ingresso de sócios — não é tarefa das mais fáceis e demanda orientação. Nessa medida, teria andado melhor o legislador se tivesse editado uma Lei Geral das Sociedades. Uma lei própria é sempre amigável à sistematicidade, à unicidade, à especialidade e sobretudo à operacionalidade dos institutos. O tratamento jurídico é mais detalhado e municiado, e, nesse caso particular, ainda traria os princípios gerais do Direito Societário.

Assim, em que pese tenha evoluído consideravelmente, o Direito Societário poderia ter logrado uma lei própria, perfeitamente complementada pelo Código Civil de 2002. Nada obstante, é louvável o seu avanço para o Direito de Empresa, muito mais adequado à dinâmica atual das sociedades do que as antigas disposições acerca do assunto.

Talvez como um processo de gradual progresso na disciplina do direito societário, caiba aos operadores do direito partir daquele

---

<sup>7</sup> REQUÍÃO, Rubens. Projeto de Código Civil: apreciação crítica sobre o livro II (da atividade negocial). In: WALD, Arnaldo (Org.) **Direito empresarial**: teoria geral da empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 698-699. (Doutrinas Essenciais).

que é o conceito mais basilar da disciplina: a sociedade. Isto se faz essencialmente necessário porque o art. 981 do Código Civil de 2002, em que pese mais aprimorado e técnico que as redações anteriores, ainda carece de interpretação mais profunda por parte da doutrina e da jurisprudência, especialmente para que sejam identificados os elementos essenciais e diferenciadores do contrato de sociedade.

### **3. A *affectio societatis* como elemento distintivo do contrato de sociedade – consagração doutrinária e jurisprudencial**

Em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>8</sup> analisou caso que envolveu uma cervejaria e uma grande companhia de bebidas, em que a primeira narrou que as partes celebraram mais de dez contratos entre si para a exploração de atividade econômica e que, com isso, em verdade haveria uma sociedade em comum entre os contratantes. Basicamente, o que a parte autora sustenta é que há um fim comum em todos os contratos que consiste no exercício de atividade econômica, com contribuições recíprocas em bens e/ou serviços por parte dos contratantes e o intento de proveito econômico ao final.

A Corte Paulista rejeitou o pedido da cervejaria, afirmando inexistir uma sociedade propriamente dita, mas, simplesmente, um conjunto de contratos voltados à atividade empresarial. Constou

---

<sup>8</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Autos de Apelação Cível n. 0062887-80.2001.8.26.0100. Rel. Piva Rodrigues. Julgado em 24 de abril de 2018. Ementa: APELAÇÃO. SOCIEDADE DE FATO. Ação que visava a declaração de inexistência de relação jurídica e restituição de valores dados em mútuo, além da indenização por inadimplemento contratual. Reconvenção que buscava atribuir à parte autora a culpa pela inexecução contratual e, por efeito, o dever de indenizar. Sentença de parcial procedência da ação principal e total improcedência da reconvenção. Irresignação da parte ré. Alegação de constituição de sociedade de fato entre as partes, que descaracterizaria a pretensão da autora. Preliminar de deserção parcial do recurso de apelação. Inocorrência. Taxa judiciária recolhida pelo teto da Lei Estadual. Mérito do recurso. Arranjo contratual que dá conta de operação de parceria empresarial, e não de sociedade de fato. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (art. 252 RITJSP). Recurso de apelação improvido.

como pressuposto da fundamentação do acórdão para sua conclusão<sup>9</sup>:

No caso em tela, portanto, o provimento do recurso em exame dependeria de prova documental capaz de sinalizar uma vontade específica das partes, não apenas de colaboração destinada a um fim comum, mas do chamado *affectio societatis*, ou seja, a intenção dos sócios de constituir uma sociedade com este fim.

Destarte, o Tribunal de Justiça de São Paulo tomou como pressuposto que a *affectio societatis* seria o elemento diferenciador entre um contrato de sociedade e outros instrumentos contratuais destinados a um fim comum. A inexistência de comprovação de tal elemento inviabilizaria a identificação de uma sociedade, a despeito da complexa e continuada relação travada entre os contratantes.

Tal pressuposto expresso pelo tribunal paulista tendo como cerne a *affectio societatis* também se fez presente em diversos acórdãos ao longo destes quinze anos de vigência do art. 981 do Código Civil. Centenas poderiam ser os exemplos, mencionando-se, apenas alguns deles para ilustrar o raciocínio, a partir de pequenos extratos de fundamentação de acórdãos dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina (o que poderia ser replicado para todos os Estados da Federação):

- TJRS: “Oportuno asseverar que o reconhecimento da sociedade entre os profissionais precitados depende da verificação da existência de *affectio societatis* entre aqueles”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Autos de Apelação Cível n. 0062887-80.2001.8.26.0100. Rel. Piva Rodrigues. Julgado em 24 de abril de 2018, página 7 do Acórdão.

<sup>10</sup> TJRS, Apelação Cível n. 70030565253, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 16 de dezembro de 2009. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADES. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM COBRANÇA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AFFECTIO SOCIETATIS DEMONSTRADA. DIVISÃO DOS HONORÁRIOS. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. NULIDADE DE SENTENÇA. PRELIMINAR AFASTADA.

- TJSC: “[a] affectio societatis caracteriza-se como um pressuposto essencial à existência da sociedade”<sup>11</sup>.

---

1. Não há falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, quando atendido o ordenamento jurídico vigente, que adotou o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do Juiz, pelo qual todas as decisões judiciais devem ser assentadas em razões jurídicas, cuja invalidade decorre da falta destas, consoante estabelecem os artigos 93, inc. IX, da Constituição Federal e 458 do Código de Processo Civil, o que inocorreu no presente feito.

Mérito recurso em exame

2. Compulsando os autos, é possível observar que Remi e Joaquim dividiam o mesmo escritório profissional, bem como atuavam em conjunto em diversas ações judiciais. Oportuno asseverar que o reconhecimento da sociedade entre os profissionais precitados depende da verificação da existência de affectio societatis entre aqueles.

3. De acordo com o conjunto probatório presente nestes autos, é inegável a intenção dos advogados em se associar e obter as vantagens decorrentes do desempenho em conjunto da advocacia. Deste modo, cumpre destacar que a existência da sociedade de fato entre o demandado e Remi é ponto incontroverso nos autos, a teor do que estabelece o art. 334, II, do CPC.

4. É de se presumir que as partes em comunhão de esforços constituíram a sociedade de fato com capital comum, devendo o patrimônio desta empresa ser partilhado de forma igualitária por ocasião da dissolução da referida sociedade despersonalizada, quando da apuração de seus haveres, a ser realizada em procedimento de liquidação de sentença por arbitramento, levando em conta as ações que atuaram em conjunto e o proveito econômico daí decorrente, além das despesas inerentes ao exercício desta atividade profissional.

5. Assim, em relação à dissolução da sociedade e, conseqüente, divisão dos haveres, oportuno referir que com a morte de Remi ocorreu a extinção da affectio societatis e do próprio vínculo societário, razão pela qual deverão ser apurados os valores devidos ao espólio, uma vez que evidente a contribuição do de cujus para a consecução dos honorários e demais rendimentos decorrentes do desempenho da advocacia.

6. Danos morais. Somente os fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para tanto, sob pena de banalizar este instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano.

7. É ônus processual da parte autora comprovar o prejuízo material sofrido e a sua extensão, a teor do estabelece o art. 333, I, do CPC.

8. Assim, não tendo a demandante logrado êxito em provar os prejuízos que teve e o que razoavelmente deixou de lucrar, conforme alude o art. 402, do CC, descabe o dever de indenizar. Impossibilidade jurídica de reparar dano hipotético no ordenamento jurídico pátrio.

Rejeitada a preliminar suscitada, à unanimidade e, no mérito, por maioria, dado parcial provimento ao apelo, vencido em parte o Revisor no que tange à compensação da verba honorária.

<sup>11</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2011.089035-5, Rel. Ricardo Fontes, julgado em 12/04/2012. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADES LIMITADAS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. Às ações de dissolução parcial caracteriza-se indispensável a inclusão no polo passivo dos sócios remanescentes e da própria sociedade; afinal, trata-se de típica hipótese de litisconsórcio necessário. In casu, todavia, mostra-se prescindível a introdução das sociedades em decorrência de certas peculiaridades: constituem-se empreendimentos nos quais cada sócio possui 50% (cinquenta por cento) das quotas e que são representados, segundos os respectivos estatutos, por ambos os sócios em conjunto. São entidades, dessa maneira, literalmente "meio a meio"; especificidade que, por si só, torna ineficaz a regra do art. 47 do CPC. GRUPO "DE

Além da compreensão dos tribunais de que a *affectio societatis* é um pressuposto para a existência da sociedade, a noção é invocada para se justificar a dissolução parcial de sociedades:

- TJRS: “[n]o caso concreto, é incontroverso o rompimento da *affectio societatis*, justificando-se a dissolução parcial da sociedade com o afastamento do autor e a consequente apuração e pagamento dos haveres”<sup>12</sup>.

---

FATO". INEXISTÊNCIA. MERA IGUALDADE DE SÓCIOS. Há grupo de sociedades de fato apenas entre empresas coligadas ou, ainda, entre controladora e controlada. Logo, é imprescindível à sua configuração a existência de um elo, uma dinâmica jurídica, uma dependência entre as empresas, o que não ocorre na hipótese sub judice. AFFECTIO SOCIETATIS. DESAPARECIMENTO. A *affectio societatis* caracteriza-se como um pressuposto essencial à existência da sociedade. Uma vez perdida a disposição unânime de esforço e de investimento, surgem conflitos de interesses e, via de consequência, desavenças que impedem o convívio entre os sócios e prejudicam o desenvolvimento da própria limitada. Se já não é mais possível, in casu, concluir por um interesse comum em formar e manter um empreendimento, justifica-se a dissolução parcial das sociedades, de acordo com a culpa ou o dolo dos litigantes, em se tratando de expulsão. CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES. GESTÃO IRREGULAR DE AMBOS OS SÓCIOS. ACIDENTE COM UM CICLISTA, QUE VEIO A FALECER. FATO QUE, ISOLADAMENTE, NÃO CARACTERIZA FALTA GRAVE, DIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AUTOR, PORÉM, QUE PRATICOU CONDUTAS COM GRAU DE REPROVABILIDADE MAIOR DO QUE AQUELAS COMETIDAS PELO RÉU. COAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS NA ASSINATURA DE DOCUMENTOS COM TEOR INVERDÍCO. AFASTAMENTO DO QUADRO EMPRESARIAL QUE SE PRESERVA. RECURSO DESPROVIDO..

<sup>12</sup> TJRS, Apelação Cível n. 0297803-96.2017.8.21.7000, Rel. Jorge André Pereira Gailhard, julgado em 29/11/2017. Ementa: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE CUMULADA COM PEDIDO DE APURAÇÃO DE HAVERES. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. MARCO INICIAL. PERÍCIA CONTÁBIL. DEVER DE APURAR A UNIVERSALIDADE DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA. FUNDO DE COMÉRCIO. OBSERVÂNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS HAVERES. SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

I. Na hipótese dos autos, é incontroverso o rompimento da *affectio societatis*, justificando-se a dissolução parcial da sociedade com o afastamento do autor e a consequente apuração e pagamento dos haveres.

II. De acordo com o art. 1.031, do Código Civil, quando a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota deve observar a situação patrimonial da sociedade na data da resolução. Assim, o marco inicial para a apuração dos haveres societários é a data da sua retirada de fato do corpo societário, o que foi observado no caso concreto, embora não tenha constado expressamente na sentença recorrida.

III. De outro lado, a apuração dos haveres do sócio retirante deve levar em consideração a universalidade do patrimônio da empresa, inclusive os bens corpóreos e incorpóreos. Ou seja, o chamado fundo de comércio ou estabelecimento comercial, definido no art. 1.142, do Código Civil, deve ser levado em conta na aferição dos valores eventualmente devidos a sócio excluído da sociedade.

- TJSC: “[a]ssim, denota-se que para a apuração dos haveres deve ser considerada a situação financeira da sociedade na data da resolução, o que, segundo entendimento assentado tanto pela doutrina, bem como pela jurisprudência, opera-se quando um dos sócios manifesta aos demais, sua vontade de retirada, visto que em tal ocasião resta evidente a quebra da *affectio societatis*.”<sup>13</sup>.

---

Contudo, a apuração dos haveres deve levar em consideração o fundo de comércio, e não apenas aplicar o percentual das quotas que o sócio retirante possui diretamente sobre o valor apurado a título de fundo de comércio, na medida em que devem ser considerados outros fatores, tais como o ativo, o passivo, os lucros e os prejuízos acumulados pela sociedade.

IV. Na hipótese dos autos, conforme a perícia contábil, deve ser reduzido o montante fixado na sentença a título de haveres do sócio retirante, o qual deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, a partir da data para a qual foram apurados os haveres (mês do afastamento), e acrescidos dos juros de 1% ao mês, desde a citação. O pagamento deverá ocorrer em 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, consoante previsão no contrato social, observada a necessidade de pagamento integral das parcelas vencidas, incluindo os acréscimos, conforme determinado na sentença e não impugnado pelas partes.

V. Outrossim, a obrigação de pagar os haveres do sócio retirante é da sociedade, não havendo falar em responsabilidade solidária dos sócios remanescentes.

VI. De outro lado, descabe o pagamento dos lucros obtidos no período em que fez parte da sociedade, pois, conforme observou o perito nomeado, não há registro de distribuição de lucros entre os sócios. Logo, considerando que não houve a distribuição de lucros para nenhum dos sócios, bem como que os lucros obtidos no período em que o autor integrou a sociedade, assim como os prejuízos, já foram incluídos na apuração dos haveres, o pedido formulado pelo demandante importaria em enriquecimento indevido.

VII. Por fim, em atenção ao princípio da causalidade, correta a condenação dos réus aos ônus da sucumbência, pois deram causa à demanda ao não admitirem extrajudicialmente a retirada do demandante do quadro social.

APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA.

APELAÇÃO DOS RÉUS PARCIALMENTE PROVIDA.

<sup>13</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2011.027517-5, Rel. Luiz Fernando Boller, julgado em 25/11/2014. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE C/C. APURAÇÃO DE HAVERES JULGADA

PROCEDENTE. INSURGÊNCIA DA AUTORA. OBJETIVADA CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA A RETIRADA DO SEU NOME DO QUADRO SOCIAL DA EMPRESA RÉ. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA. PRECLUSÃO TEMPORAL IMPLEMENTADA. DATA BASE PARA APURAÇÃO DE HAVERES. MOMENTO EM QUE FOI MANIFESTADA A INTENÇÃO DE RETIRADA DO QUADRO SOCIETÁRIO. POR MEIO DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO.

O STJ também tem se expressado sobre o tema seguindo o mesmo critério dos tribunais acima exemplificados, a ver pelos seguintes extratos de fundamentação:

- Assim, a reunião de acionistas em torno de interesses convergentes torna a harmonia entre os sócios imprescindível à operacionalidade dessas empresas. Em outras palavras, em se tratando de companhia familiar, ou sociedade formada a partir da nítida convergência pessoal dos sócios, o regular desenvolvimento da atividade empresarial se mostra umbilicalmente atrelado à manutenção da *affectio societatis*, isto é, na confiança recíproca entre os sócios. Desse modo, o desentendimento entre os acionistas, conforme o grau, poderá inviabilizar o negócio, equiparando a ruptura da *affectio societatis* à causa suficiente para a dissolução, prevista no art. 206, II, “b”, da Lei nº 6.404/76 – LSA, qual seja, a impossibilidade de a sociedade cumprir seu fim.<sup>14</sup>

- É indispensável à sociedade a identidade de interesses, a cooperação econômica, na frase de RIPPERT, ou a vontade da colaboração ativa dos sócios na expressão de THALLER, tendo estes sempre em vista o fim comum, a realização de um

---

<sup>14</sup> EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA C/C APURAÇÃO DE HAVERES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165 E 458, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTENTE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. OBSERVADO. SOCIEDADE LIMITADA TRANSFORMADA EM SOCIEDADE ANÔNIMA. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. ELEMENTOS CONCRETOS. 1. Ação ajuizada em 08/10/2008. Recursos especiais interpostos em 07/11/2012 e 22/11/2012, ambos atribuídos ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em decidir: i) acerca da negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal de origem; ii) se há litisconsórcio passivo necessário entre todos os sócios e a companhia em ação de dissolução parcial; iii) se há julgamento extra petita, ante a adoção de causa de pedir diversa da veiculada na petição inicial; iv) se é lícita a dissolução parcial de sociedade anônima fechada, com base na quebra da *affectio societatis*. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação dos arts. 165 e 458, II, 535, do CPC/73. 4. A legitimidade passiva ad causam em ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada é da própria companhia, não havendo litisconsórcio necessário com todos os acionistas. 5. Não há julgamento extra petita quando o julgador interpreta o pedido formulado na petição inicial de forma lógico-sistemática, a partir da análise de todo o seu conteúdo. 6. A jurisprudência do STJ reconheceu a possibilidade jurídica da dissolução parcial de sociedade anônima fechada, em que prepondere o liame subjetivo entre os sócios, ao fundamento de quebra da *affectio societatis*. 7. Recursos especiais conhecidos e não providos. (REsp 1400264/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017).

enriquecimento pelo concurso dos seus capitais e da sua atividade. (...) Diversas são as situações, em que a sociedade está passível de ser dissolvida total ou parcialmente, seja pela quebra da affectio societatis, por irregularidades praticadas por sócio (art. 336, n<sup>o</sup> III do Código Comercial) ou ainda pela impossibilidade da sociedade alcançar o seu fim social (...).<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE OU APURAÇÃO DE HAVERES - QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS EM VIRTUDE DO ROMPIMENTO UNILATERAL DE ACORDO DE ASSOCIAÇÃO (JOINT VENTURE) - TRIBUNAL A QUO QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO VEICULADO NA INICIAL FACE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS PELA AUTORA QUE CORROBORARIAM A PERDA DE CONFIANÇA ENTRE AS SÓCIAS, BEM COMO EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. IRRESIGNAÇÃO DA SÓCIA RETIRANTE. Hipótese: A controvérsia diz respeito à verificação da possibilidade de dissolução total ou parcial com apuração de haveres, de sociedade por tempo indeterminado, criada por força de acordo de associação "joint venture" firmado para a exploração do comércio brasileiro de disquetes, ante o rompimento da affectio societatis e a inviabilidade da continuação do objeto social da empresa. 1. É incontroversa a quebra da affectio societatis, pois a ruptura unilateral do "acordo de associação" (joint venture) levada a efeito pela notificação datada de 18.02.1991, foi considerada absolutamente lícita, legítima e eficaz por força de decisão judicial já transitada em julgado. 2. A orientação exarada pelas instâncias ordinárias ao julgarem improcedentes os pedidos de apuração de haveres e/ou dissolução total da sociedade, violaram o disposto nos artigos 335 e 338 do Código Comercial e 1399 do Código Civil/1916, vigentes à época, visto que inviabilizaram, por completo, a retirada de sócio e a dissolução de sociedade por tempo indeterminado, obrigando a que esses permanecessem infinitamente vinculados por um liame subjetivo criado por decorrência de ficção meramente jurídica, que não possui lastro nas circunstâncias fáticas atinentes à presente demanda, bem ainda, em face de todas as disputas contenciosas havidas entre as partes integrantes do referido acordo de associação. 3. A jurisprudência desta Corte Superior, analisando casos similares sob a perspectiva de preservação da empresa em decorrência de sua inquestionável função social, tem entendimento no sentido de que a oposição da maioria, interessada em preservar a empresa, prevaleceria a despeito da vontade unilateral do sócio, convertendo-se a dissolução total em processo de apuração de haveres (dissolução parcial), com o pagamento, ao sócio retirante, do valor da sua quota. 4. Entretanto, considerando as peculiaridades da demanda ora em análise, afigura-se inviável a singela determinação de retirada de sócio e a consequente dissolução parcial da sociedade com amparo no princípio da preservação da empresa, pois somente a dissolução total terá o condão de atender aos interesses das partes, às deliberações judiciais já tornadas imutáveis, aos fins do extinto acordo de associação e aos ditames do ordenamento jurídico pátrio, pois: i) no longínquo ano de 1991, a sócia majoritária permaneceu inerte na promoção da modificação do estatuto social e apuração de haveres devidos à então sócia retirante, bem como à busca de outro parceiro comercial que pudesse viabilizar a manutenção da sociedade com outro objeto social; ii) desde a notificação datada de 18.02.91 foi revogada a licença para o uso das marcas que veiculavam o próprio objeto social da empresa, tendo ainda sido inviabilizada a utilização da expressão marcária na denominação social; iii) está completamente esvaziada a razão da existência da sociedade, criada que foi para viabilizar o acordo de associação (joint venture) antes existente entre as partes; iv) a empresa "irmã", parceira comercial criada para comercializar os produtos fabricados pela sociedade objeto da presente controvérsia, foi extinta/dissolvida totalmente, por força de determinação judicial transitada em julgado no ano de 1994; v) a manutenção da empresa de maneira apenas formal, ao contrário de servir aos propósitos da função social enseja uma violação aos ditames da ordem econômica, legal e social. 5. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido veiculado na



- No entanto, em se tratando de contrato preliminar destinado a ingresso em quadro societário, a discussão passa pela *affectio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social. (...) A *affectio societatis* se sobressai como elemento preponderante na constituição e no desenvolvimento de sociedade, a qual dificilmente atingirá seu objeto social se inexistentes o comprometimento, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os sócios.<sup>16</sup>

- Sendo a sociedade em comento uma sociedade de pessoas, o liame originário da relação contratual que constitui a sociedade é ligação de cunho pessoal – a *affectio societatis*. Decorre desse tipo de relação que os sócios guardam entre si vínculos que extrapolam o mero interesse de empreender, transbordando para aspectos outros como confiança, afinidades etc. Essa ligação é um dos elementos essenciais do contrato de sociedade e, quando ela não se mostra mais presente, de maneira a prejudicar a continuidade da

---

demanda, determinando a dissolução total da sociedade. (REsp 1377697/AM, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/10/2016)

<sup>16</sup> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PERDAS E DANOS. EXTENSÃO DA OBRIGAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. AFFECTIO SOCIETATIS. RUPTURA. INEXEQUIBILIDADE DO CONTRATO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INGRESSO EM SOCIEDADE LIMITADA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. NÃO CABIMENTO. 1. Em ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos, o acórdão recorrido considerou que as obrigações cumpridas pela recorrida, nos termos do contrato preliminar, autorizavam sua inclusão no quadro societário da empresa da qual são sócios os recorrentes. Assim, determinou a alteração do contrato social a fim de incluí-la como sócia com base nas regras processuais que asseguram a concessão de tutela específica para o cumprimento da obrigação de fazer. 2. No tocante à extensão do cumprimento das obrigações de cada contratante, a demanda foi solucionada pelas instâncias ordinárias com ênfase na interpretação do contrato firmado entre as partes e na sua contextualização com os demais elementos fático-probatórios produzidos na instrução processual. Sob esse prisma, a pretensão recursal esbarra nos rigores contidos nas Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 3. Em contrato preliminar destinado a ingresso em quadro de sociedade limitada, a discussão passa pela *affectio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social. A ausência desse requisito pode tornar inexecutível o fim social. Inteligência dos arts. 1.399, inciso III, do Código Civil de 1916 ou 1.034, inciso II, do Código Civil de 2002, conforme o caso. 4. Apresenta-se incabível provimento jurisdicional específico que determine o ingresso compulsório de sócio quando ausente a *affectio societatis*, motivo pelo qual se impõe a reforma do acórdão recorrido para decretar a resolução do contrato, a fim de que se resolva a questão em perdas e danos. 5. Recurso especial provido em parte. Sentença restabelecida. (REsp 1192726/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 20/03/2015)

própria sociedade, porque impossibilita a consecução do fim social, admitia-se a sua dissolução com fundamento no art. 336, I, do Código Comercial. (...) Em suma, várias são hipóteses que autorizam a dissolução parcial de uma sociedade, por meio da exclusão de um ou mais sócios. Elas podem ser legais, contratuais ou decorrentes de inadimplemento do dever de colaboração social (*affectio societatis*) (...).<sup>17</sup>

Na doutrina, também são muitos os autores que defendem que a noção de *affectio societatis* é central para a configuração de um contrato de sociedade, a ver, mais uma vez, apenas a título exemplificativo, a partir dos ensinamentos de Requião, Ulhoa Coelho e Martins<sup>18</sup>, respectivamente:

[e]sse elemento característico do contrato societário é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida. O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos<sup>19</sup>.

[a] *affectio societatis* é a disposição dos sócios em formar e manter a sociedade uns com os outros. Quando não existe ou desaparece esse ânimo, a sociedade não se constitui ou deve ser dissolvida<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> CIVIL E COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. EXCLUSÃO DE SÓCIO. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. INSUFICIÊNCIA. 1. A ausência de decisão sobre o dispositivo legal supostamente violado, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 3. Deficiência de fundamentação do recurso. Incidência da Súmula 284/STF. 4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 5. Para exclusão judicial de sócio, não basta a alegação de quebra da *affectio societatis*, mas a demonstração de justa causa, ou seja, dos motivos que ocasionaram essa quebra. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1129222/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

<sup>18</sup> MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 30ª ed. atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

<sup>19</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 482.

<sup>20</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 390.

o liame de estarem os sócios juntos para a realização do objeto social<sup>21</sup>.

Portanto, à luz do Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência vêm asseverando pela centralidade do elemento *affectio societatis* e, com isso, tornando-o base para a caracterização de uma sociedade e para justificar a dissolução parcial das sociedades contratuais e, até mesmo, de sociedades anônimas fechadas<sup>22</sup>.

#### **4. As críticas à consagração da *affectio societatis* como elemento central do contrato de sociedade**

A despeito da maciça adesão jurisprudencial e doutrinária, a interpretação de que a *affectio societatis* é o grande elemento diferenciador do contrato de sociedade em relação aos outros contratos não é isenta de críticas.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por exemplo, assevera que:

Como pressuposto do ato de constituição da sociedade boa parte da doutrina ainda aponta a chamada *affectio societatis*, entendida não como o consentimento, inerente a qualquer negócio jurídico, porém como um estado de ânimo continuativo de conviver em sociedade com outrem. Considero, entretanto, que essa figura não é pressuposto algum para a formação nem para a manutenção da sociedade ao longo de sua existência. Se o fosse, os sócios em maioria poderiam alijar os detentores da minoria do capital a qualquer tempo, impedindo-os de participar dos bens negócios que se descortinassem para o futuro.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 30<sup>a</sup> ed. atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

<sup>22</sup> Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Direito de Minoria na Sociedade Anônima de Capital Fechado. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **JurisTendência**: precedentes jurisprudenciais (v. 4). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>23</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 148-149.

Em conhecido artigo a respeito do tema, Valladão e Von Adamek invocam que, historicamente, a *affectio societatis* não difere tanto daquela *affectio* da comunhão, do condomínio, ou da *affectio maritalis*, não constituindo, pois, um traço realmente distintivo (tanto juridicamente como de fato) do contrato de sociedade de outras figuras do cotidiano<sup>24</sup> – e isso desde o império romano.<sup>25</sup>

Os mencionados autores explicam que:

É certo que o contrato de sociedade é contrato plurilateral (algo que, de resto, se extrai do conceito de sociedade dado pelo art. 981 c.c. os arts. 1.026 a 1.030, todos do Código Civil) e, como tal, apresenta, como um de seus traços distintivos, a comunhão do escopo – elemento unificador das manifestações individuais de cada sócio e elemento determinante para a definição do alcance dos direitos e deveres. Ainda assim, não deixa de ser uma simples manifestação própria do consentimento exigido na celebração de qualquer contrato, e não uma duplicação de um mesmo elemento (vale dizer, não é algo que se coloque ao lado e em conjunto com o consentimento em geral). O que se particulariza na sociedade não é o consentimento, mas a causa do contrato, que vem a ser a consecução de um fim comum.<sup>26</sup>

Diversas são as situações práticas que denunciam a imprecisão e o equívoco da expressão latina aplicada ao Direito Societário. Valladão e Von Adamek<sup>27</sup> ilustram que o acionista de

---

<sup>24</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.) **Direito societário contemporâneo** (v.1). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 138.

<sup>25</sup> Comentando a respeito, Jorge H. Pinto Furtado descreve que “o peso específico da *societas* no quadro jurídico-econômico da sociedade romana nunca chegou a sobressair das outras figuras, entre as quais se cotou sempre num plano da mais modesta mediania” (FURTADO, Jorge Henrique Pinto. **Curso de direito das sociedades**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2001. p. 14). Essa mesma percepção acabou prevalecendo por séculos à frente.

<sup>26</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.) **Direito societário contemporâneo** (v.1). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 141.

<sup>27</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: FRANÇA,

uma S.A. não deixa de ser sócio por não comparecer às assembleias gerais.

Os mencionados autores concluem que a noção de *affectio societatis* é equívoca e pouco representativa para o direito societário, devendo ser superada pela noção de fim social, já que este fixa as diretrizes da política social, determina os direitos e deveres dos sócios e delimita a esfera individual da esfera social, dirige os estágios da vida da sociedade<sup>28</sup>.

Concluem que: “muitas das funções que outrora se pretendia reconhecer à *affectio societatis*, efetivamente, nada têm que ver com a intenção ou ânimo das partes contratantes, mas, sim, dizem respeito ao fim comum, que determinou a união das pessoas em vista de sua exploração”<sup>29</sup>.

Realmente, não se descarta da evidência de que o fim social comum é elemento estruturante da sociedade. Agora, é o bastante para singularizar o contrato de sociedade?

#### 4. Da proposta de avanço na discussão

Não é de hoje que as normas vêm concedendo maior abertura interpretativa ao seu conteúdo e, no direito societário, não haveria para que ser diferente.

Se analisado isolada e simplisticamente, o art. 981 não seria capaz de contribuir para a identificação de elementos suficientes para a caracterização do contrato de sociedade e, sobretudo, para

---

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes (Coord.) **Direito societário contemporâneo** (v.1). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 138.

<sup>28</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.) **Direito societário contemporâneo** (v.1). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 148=149.

<sup>29</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.) **Direito societário contemporâneo** (v.1). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 134.

diferenciá-lo das outras modalidades contratuais. Nem mesmo a *affectio societatis* poderia ser diretamente inferida.

A *affectio societatis* continua sendo, na visão de muitos, um critério importantíssimo de diferenciação. Afinal, o que é a *affectio societatis*? É modalidade especial de consentimento? É elemento constitutivo do contrato de sociedade? É elemento essencial para a continuidade da sociedade? Fato é que, com o tempo, a *affectio societatis* vem se mostrando um conceito insuficiente, seja por não ser suficientemente clara em seu conceito, seja por não apresentar traços suficientemente distintivos dos outros tipos de consentimento.

Ocorre que consoante referido no tópico anterior, mais que uma disposição de espírito ou de ânimo, o verdadeiro elo de vontades plurilaterais parece ser outro. Uns o identificam com o *consentimento*, outros com o *fim social*, e outros ainda com *organização*. Enfim, não pareceria incorreto afirmar que todos esses aspectos expressam espírito associativo, agir em comum<sup>30</sup> e um elevado grau de comprometimento jurídico – e até mesmo psicológico<sup>31</sup> – dos agentes econômicos para com o fim social e para consigo próprios.

Historicamente, outros sinais identificadores ou distintivos da sociedade foram ganhando corpo tais como os registros dos contratos escritos nas corporações de ofício e a firma social (*signum societatis*)<sup>32</sup>

Com efeito, um grande diferenciador do contrato de sociedade, que por evidente já existia antes do atual diploma codificado civilista, é o nascimento de uma pessoa interposta entre os sócios, e que não se confunde com eles e o mundo. Tem toda a feição de uma relação triangular equidistante: mundo, sociedade e sócios, em perfeita triangulação ou tridimensão.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 143.

<sup>31</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial** (v.2). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

<sup>32</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 144.

Ontologicamente, o quadro apresentado não se desenha por acaso, como se suas linhas e contornos naturalmente se acomodassem. É preciso que algo faça com que esse *mix* de antagonismos, interesses e vontades individuais encontre harmonia e sentido para que o fim social se torne realizável e a sociedade funcione em direção a ele.

Embora o contrato seja a materialização mais corrente do ato constitutivo dessas sociedades, compartilhamos do pensamento de que não se pode a ele aplicar as lições gerais e comezinhas de *contratos*. Isso se deve em grande parte à ausência de prestações e contraprestações recíprocas das partes (todas elas convergem para a formação de patrimônio social comum) e à existência de uma só parte na sociedade, i.e., de um só corpo integrado por sócios que buscam um fim social comum – e cujo interesse é tão só a realização desse desiderato.<sup>33</sup>

Entretanto, não parece suficiente afirmar que é a existência do fim social comum a resposta definitiva para a compreensão do conceito de sociedade e sua diferenciação. Especialmente nos contratos híbridos e em coligações contratuais há uma proximidade muito grande com um possível fim social, o que retiraria este caráter diferenciador.

Aceitação de um caráter distinto no contrato de sociedade não significa dizer que nesse corpo integrado não haja interesses antagonísticos. A diferença é que esses interesses, embora não unívocos nos contratos plurilaterais, conseguem ser *coordenados* pelo escopo comum. Eis, aqui, um elemento que desponta com um considerável grau de diferenciação do contrato de sociedade: a *coordenação* (do antagonismo). Ele, entretanto, não é suficientemente focalizado pela doutrina como um caractere realmente distintivo do contrato de sociedade e é desconsiderado pela jurisprudência.

---

<sup>33</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

O contrato de sociedade tem, sobretudo, esse papel de coordenar, organizar, estruturar e ajustar esse corpo de sócios que resolve criar um ente específico de escopo comum.

A essa altura, já é possível perceber que o contrato de sociedade não é um ato simples; antes, é um ato complexo, corporativo, de empresa, que precisa reunir esforços dos interessados. A atividade de organizar e coordenar não é uma atividade fácil e corriqueira; demanda um ânimo diferenciador, um ânimo que não se confunde com nenhum outro conhecido, muito menos com a malfadada noção de *affectio societatis*.

Assim, o que se propugna que a análise da doutrina e da jurisprudência seja voltada ao elemento *coordenação*, tal qual há bastante tempo defende Calixto Salomão Filho<sup>34</sup>. Possivelmente resida no desenvolvimento desta análise organizacional, quiçá com o apoio de teorias econômicas, que se possa avançar na análise doutrinária e jurisprudencial da matéria.

## 5. Conclusão

O artigo procurou a partir de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais aquilatar o atual estado da arte no que diz respeito à interpretação do art. 981 do Código Civil brasileiro de 2002, em que são trazidos elementos básicos sobre o conceito de sociedade.

Para isso, no início do texto se buscou identificar alguns dos principais elementos caracterizadores da transição do antigo modelo do direito societário brasileiro para o que passou a vigorar com o diploma codificado brasileiro que agora completou quinze anos de vigência. Foi exposto que a doutrina identifica pontos positivos na transição (como a maior sistematização do direito societário e a consagração definitiva da Teoria da Empresa), mas também deficiências, especialmente com o erigir do regime da Sociedade Simples ao patamar de cerne do direito societário.

---

<sup>34</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



Em seguida, discorreu-se a respeito do conceito de sociedade, especialmente abrangendo a discussão a respeito da centralidade da *affectio societatis* na caracterização do contrato de sociedade e na diferenciação em relação aos outros tipos contratuais. Verificou-se que nestes quinze anos de vigência do Código Civil de 2002, a *affectio societatis* vem sendo considerada pela expressiva maior parte da doutrina e pela jurisprudência de maneira unânime como elemento constitutivo das sociedades e como diferenciador desta modalidade contratual.

A despeito de tal consagração, há pontuais e bem fundamentadas críticas à locução, especialmente por ser vaga e não conseguir ser suficiente para distinguir o contrato de sociedade, já que é tênue (se existente) a diferença entre o consentimento padrão existente nos contratos e este consentimento especial designado pela *affectio societatis*.

Ao final, como provocação, os autores propõem que o elemento organização seja considerado como possível núcleo diferenciador do contrato de sociedade, reputando-se que poderia ser mais profundo em comparação ao próprio conceito de fim social.

## 6. Referências

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2002.

In: WALD, Arnoldo (Org.) **Direito empresarial**: teoria geral da empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 janeiro 1916.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 janeiro 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0062887-80.2001.8.26.0100. Relator Piva Rodrigues. Julgado em 24 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70030565253. Relator Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 16 de dezembro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.089035-5. Relator Ricardo Fontes. Julgado em 12/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 0297803-96.2017.8.21.7000. Relator Jorge André Pereira Gailhard. Julgado em 29/11/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.027517-5. Relator Luiz Fernando Boller. Julgado em 25/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1400264/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1377697/AM. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgado em 13/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1192726/SC. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 17/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1129222/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 28/06/2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.) **Direito societário contemporâneo** (v.1). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FURTADO, Jorge Henrique Pinto. Curso de direito das sociedades. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2001.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Direito de Minoria na Sociedade Anônima de Capital Fechado. **JurisTendência**: Precedentes Jurisprudenciais. Luiz Guilherme Marinoni. Vol. IV. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 30<sup>a</sup> ed. atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil: apreciação crítica sobre o livro II (da atividade negocial). In: WALD, Arnaldo (Org.) **Direito empresarial**: teoria geral da empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 698-699. (Doutrinas Essenciais).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol I. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



## **Seção II**

**Autores portugueses**



# Da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede<sup>1 2</sup>

*Hugo Ramos Alves*<sup>3</sup>

## § 1. Introdução

### 1. Delimitação do tema

O carácter universal da Internet tende a propiciar o perpetramento de ilícitos em rede e, simultaneamente, a dificultar a determinação dos autores desses actos ilícitos. Tendo em consideração essa dificuldade, mas, também, a pressão exercida

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente em *O Direito*, ano 145, 2013 – III, pp. 555-640.

<sup>2</sup> Os preceitos legais em que não seja indicada a fonte, pertencem ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro actualmente em vigor. Abreviaturas mais utilizadas: **ADC** – *Anuario de Derecho Civil*; **APD** – *Archives de Philosophie du Droit*; **AAVV** – Autores Vários; **art.** – artigo; **arts.** – artigos; **BFDC** – Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra); **BGB** – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Alemanha); **CC** – Código Civil; **CDA** – Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos; **cf.** – confira; **cit.** – citado; **CRI** – *Computer Law Review International*; **DMCA** – *Digital Millenium Copyright Act* (Estados Unidos da América); **ed.** – edição; **HLR** – *Harvard Law Review*; **FDNUL** – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; **i.e.** – *id est*; **JILT** – *The Journal of Information, Law and Technology*; **JTLP** – *Journal of Technology Law & Policy*; **JZ** – *Juristen Zeitung*; **LSSICE** – *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*; **n.** – número; **MDSstV** – *MediendiensteStaatsvertrag*; **NJW** – *Neue Juristische Wochenschrift*; **Nm** – Número de margem; **p. ex.** – por exemplo; **polic.** – policopiado; **p.** – página; **pp.** – páginas; **RDP** – *Revista de Derecho Privado*; **reimp.** – reimpressão; **RIDA** – *Revue Internationale du Droit d'Auteur*; **RFDUL** – *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*; **ROA** – *Revista da Ordem dos Advogados*; **segs.** – seguintes; **TDG** – *Gesetz über die Nutzung von Telediensten*; **TMG** – *Telemediengesetz*; **USCA** – *United States Copyright Act* (Estados Unidos da América); **vol.** – volume; **ZDR** – *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*.

<sup>3</sup> Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

pelos prestadores de serviços em rede, em virtude de estes, frequentemente, serem parte em acções judiciais tendentes a efectivar a sua responsabilização em virtude da actuação dos seus utentes, os vários ordenamentos jurídicos adoptaram regras relativas à responsabilidade civil dos prestadores de serviço em rede.

No que ao espaço comunitário diz respeito, a matriz da regulação da responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede ficou plasmada na Directriz n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial o comércio electrónico, no mercado interno, diploma que viria a estar na base do regime interno.

Antes do mais, afigura-se conveniente salientar que a índole desta Directriz é enganadora, porquanto não regula todo o comércio electrónico, nem regula apenas o comércio electrónico. Com efeito, não estamos perante a regulação do comércio electrónico *in toto*, mas, outrossim, apenas aspectos avulsos deste, dado que se pressupõem aspectos já regulados por outras directrizes, ficando, deste modo, amplas zonas por regular. Paralelamente, a Directriz regula matérias que não são restritas ao comércio electrónico, uma vez que apresentam temas gerais. É o que sucede nos casos da contratação electrónica e da responsabilidade dos prestadores de serviços<sup>4</sup>.

Estamos perante uma matéria de inegável importância prática, uma vez tem sido elevado o número de casos em que os prestadores de serviços em rede têm sido demandados, com o fito de procurar obter a sua responsabilização pelos ilícitos cometidos pelos respectivos clientes. Tal situação deve-se ao facto de a matéria ora em exame ser uma decorrência directa do desenvolvimento da sociedade da informação, que potenciou de maneira excepcional as possibilidades de interacção entre os indivíduos e aumentou o

---

<sup>4</sup> Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, in RFDUL, Vol. XLIV n.º 1 e 2 (2003), pp. 215-252. (p. 217).



número de intervenientes que tomam parte no funcionamento da Internet<sup>5</sup>.

Todavia, a Internet é, simultaneamente, um agente potenciador de delitos. Efectivamente, esta nova revolução industrial, possibilitou a dispensa do recurso às forças da Natureza, permitindo que a Humanidade, através de meios técnicos, viesse colocar em causa as noções de espaço e tempo, enquanto, simultaneamente, transformou a informação em elemento central, permitindo a acumulação do conhecimento. Será esta acumulação de conhecimento, a par da possibilidade de qualquer pessoa, com o seu computador pessoal, entrar em contacto com a rede mundial, que funcionará como catalisador da verificação de ilícitos<sup>6</sup>.

A Internet apresenta-se, assim, como uma realidade onde se fazem sentir com acuidade alguns problemas jurídicos, que têm tendência para aumentar, ao mesmo tempo que são colocadas à disposição dos utentes novas funções e novas formas de utilização da rede mundial, verificando-se, assim, a sua cada vez maior difusão.<sup>7</sup>

A informação difundida por este meio de comunicação, o mais das vezes, tende a violar direitos subjectivos e disposições legais de protecção de interesses alheios, surgindo, deste modo, o problema relativo à reparação dos danos eventualmente surgidos. Surgem, assim, problemas específicos, derivados das características do meio

---

<sup>5</sup> Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de direitos de autor*, (polic.), Lisboa, 2003, p. 6.

<sup>6</sup> Similarmente, Jürgen Helle, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, in JZ 57 (2002), pp. 593-601, (p. 503), Maria Astone, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa e Diritto Privato* 2003, pp. 431-447 (p. 437). A autora distingue três tipos de ilícito: i) o ilícito da Internet, ii) o ilícito contra a Internet e iii) o ilícito cometido através da Internet, sendo que esta última categoria compreende i) actos de concorrência desleal, ii) ilícitos relativos a marcas registadas, iii) actos de publicidade enganosa, iv) violação de direitos de autor, v) difusão não consentida de imagens, vi) lesões do direito à reserva da intimidade privada e do direito à imagem e, finalmente, vii) violação do tratamento de dados pessoais.

<sup>7</sup> Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien*, in NJW 1997, pp. 3193-3199 (p. 3193), salienta que os problemas relativos à responsabilidade civil na Internet derivam da sua multifuncionalidade e da sua globalidade.

de comunicação através do qual são praticados os ilícitos, sendo de salientar o facto de ser comum o recurso a intermediários, i.e, os prestadores de serviços em rede. Ora, tais intermediários são indispensáveis ao seu funcionamento, e, simultaneamente, levantam dificuldades particulares relativas à imputação dos danos causados por actos ou omissões praticados através da Internet<sup>8</sup>, atenta a circunstância de, o mais das vezes, ser difícil – ou mesmo impossível – determinar a autoria dos actos ilícitos, porquanto a Internet potencia o anonimato dos infractores<sup>9</sup>. Por este motivo, surge, naturalmente, a propensão para procurar responsabilizar os prestadores de serviços intermediários.

Conforme decorre do que vai dito, o prestador de serviços em rede é a personagem principal, *rectius*, o protagonista de toda esta problemática, dado que é ele que se apresenta como intermediário entre o utilizador final e os gestores das sociedades comerciais dedicadas à exploração de redes de telecomunicações. É, pois, este que, através da sua própria organização de meios e serviços, oferece aos utentes o acesso à rede das redes que representa a Internet<sup>10</sup>.

No tocante à responsabilidade civil dos prestadores de serviços, refira-se, desde já, que lidamos com uma situação onde conflituam interesses divergentes<sup>11</sup>. Por um lado, a necessidade de

---

<sup>8</sup> Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e responsabilidade empresarial*, in *Internet in AAVV, Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 241-288 (p. 242).

<sup>9</sup> Nesta ordem de ideias, Cláudia Trabuço, *Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais*, in *Direito da sociedade da informação*, Vol. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 473-497 (p. 473). Abordando este aspecto sob as vestes da reserva da intimidade da privada, João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet – Em especial a da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores*, Coimbra: Livraria Almedina, 2012, pp. 79-83.

<sup>10</sup> Leonardo Bugiolacchi, *Principi e questione aperte in matéria di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Ano XVI, n.º 6 (2000), pp. 829-867 (p. 867).

<sup>11</sup> Esta asserção não pode ser interpretada como sinónimo de que defendemos os postulados tipicamente pragmáticos da Jurisprudência dos Interesses. Sobre esta, numa primeira aproximação, cfr. Castanheira Neves, *Jurisprudência dos interesses*, in *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 215-245, Wieacker, *História do direito privado moderno*, 2.ª ed., (trad. de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung*, 2.ª ed., por A. M. Botelho Hespanha),

tutela da liberdade de expressão dos utilizadores da Internet e, por outro, a necessidade de minimizar as repercussões no desenvolvimento e inovação tecnológicos dessa tutela, uma vez que uma tutela reforçada da liberdade de expressão poderá levar ao desencorajamento da inovação tecnológica, do mesmo modo que, quanto mais se favorecer a inovação tecnológica menor será a liberdade de expressão dos utilizadores. Tudo se resumirá, pois, a encontrar o ponto de equilíbrio, *maxime* o ponto óptimo, entre estes interesses conflitantes.

Ademais, a responsabilização dos prestadores de serviços não está isenta de preocupações de política legislativa e, como tal, deve ser rodeada de especial ponderação. Efectivamente, os prestadores de serviços cumprem uma função de grande magnitude, porquanto facilitam a livre difusão do pensamento e das ideias, contribuindo para uma maior distribuição do pensamento e do acesso à informação. Ademais, tal função sobressai tendo em conta o facto inegável de os prestadores de serviços surgirem como actores de primeira linha no advento da nova Economia: a Economia Digital<sup>12</sup>.

Em termos perfunctórios, podemos afirmar que, no que tange à responsabilização dos prestadores de serviços em rede, atendendo à variedade de situações que a responsabilidade civil pode abarcar, o legislador depara-se com duas alternativas de regulação possíveis: a responsabilização horizontal (ou transversal) e a responsabilização vertical (ou específica) dos prestadores de serviços em rede.

---

Lisboa, FCG, pp. 664-669, Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., pp. 63-77 e Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, (trad. do alemão *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* por José Lamego), 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 63 e segs.

<sup>12</sup> Neste sentido, Óscar Morales Garcia, *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información*, in AAVV, *Contenidos Ilícitos Y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2003, 163-210 (pp. 173-174). Conforme refere Leonardo Bugiolacchi, *Principi e questione aperte in matéria di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, cit. p. 831, a elevada potencialidade danosa dos ilícitos perpetrados na Internet obriga a que se pondere o juízo de culpa do autor do ilícito bem como a necessidade de evitar que o dano sofrido permaneça privado de ressarcimento em virtude de não ser possível determinar o autor do ilícito.

A abordagem horizontal visa aplicar todas as soluções encontradas às violações de direitos subjectivos motivadas por actividades desenvolvidas em rede, independentemente da área a que digam respeito, enquanto a abordagem vertical procura resolver problemas específicos colocados relativamente a certos direitos, como é o caso das infracções aos direitos de autor e aos direitos conexos<sup>13</sup>.

A matéria é de extrema importância prática, pois, atendendo ao que ocorre noutros ordenamentos jurídicos, mormente o norte-americano, os prestadores de serviços em rede são um alvo atraente por vários motivos, entre os quais o facto de, muitas vezes, ser impossível ou manifestamente difícil determinar o autor de mensagens ilícitas colocadas em rede. Todavia, mesmo que venha a ser apurada a identidade do agente, os prestadores de serviços em rede acabam por figurar como alvo preferencial dos potenciais lesados, porquanto têm “bolsos mais fundos”, fruto da sua maior solvabilidade económica<sup>14</sup>. Note-se, no entanto, que o pragmatismo desta solução, não pode ser sinónimo de procurar entender a *ratio*

---

<sup>13</sup> Cláudia Trabuco, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede* in AAVV, *O comércio electrónico em Portugal – o quadro legal e o negócio*, Lisboa: ANACOM, 2004 pp. 142-156 (p. 148). Lucas/Devèze/Frayssinet, *Droit de l’informatique et de l’internet*, Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 451-452, preferem salientar que a abordagem vertical tem como principal vantagem o facto de o Direito ser mais líquido quer para os operadores quer para os utilizadores, apresentando como principal desvantagem o facto de ter um escopo mais reduzido, uma vez que a análise da jurisprudência mostra que a responsabilidade dos intermediários profissionais, em sede de contrafacção, é tradicionalmente regida por regras estritas que não dão grande margem para eventuais possibilidades de exoneração.

<sup>14</sup> Assim, Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e responsabilidade empresarial*, cit., p. 243 e Lilian Edwards, *Defamation and the Internet* in Edwards/Waelde, *Law and the Internet – A framework for electronic commerce*, 2.ª ed., Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing, 2000, pp. 249-272 (p. 249). No mesmo sentido, Júlia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: Comparing EU and U.S. legal frameworks*, p. 8 (disponível em: <http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/lab/991216/liability.doc> Acesso: 20 de Janeiro de 2006), p.2, Michael Deturbide, “Liability of Internet Service Providers for Defamation in the US and Britain: Same Competing Interests, Different Responses”, *JILT* 2000, n.º 3 ([http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000\\_3/deturbide](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/deturbide), Acesso: 10 de Janeiro de 2013). Similarmente, Rowland/Macdonald, *InformationTechnology Law*, Londres: Cavendish, 3.ª ed., 2005, p. 494 referem-se aos prestadores de serviços em rede como alvos populares, em função da sua fácil identificabilidade, bem como pela circunstância de estarem localizados no mesmo ordenamento jurídico do lesado.

do regime dos prestadores de serviços em rede em termos económicos, uma vez que tal equivaleria a procurar entender este regime enquanto realidade destinada a atingir certos resultados, situação que levaria a ter de procurar determinar quais os objectivos primordiais, situação que levaria, em última análise, o intérprete a ter de pensar por objectivos<sup>15</sup>.

Em qualquer caso, há que ter em consideração o facto de a imposição da obrigação de indemnização aos prestadores de serviços – sem qualquer restrição – pela informação que transportam ou armazenam, constituir um forte desincentivo à prestação dos serviços em causa, atendendo à ligação visceral que existe entre eles e o funcionamento da Internet, a par do desenvolvimento do comércio electrónico, bem como o livre fluxo da informação disponível em rede<sup>16</sup>. Uma vez mais, verificamos que a regulação da responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede tem de lidar com interesses distintos. De um lado temos os próprios prestadores de serviços, i.e., a indústria das telecomunicações e, de outro, os sujeitos que podem ser lesados pela difusão de conteúdos ilícitos na Internet. Ademais, será igualmente necessário ter em linha de conta o interesse da sociedade no desenvolvimento adequado dos serviços prestados através das redes de telecomunicações e em que não seja afectado o direito à liberdade de expressão<sup>17</sup>.

Neste particular, afigura-se conveniente ter presente as avisadas palavras de Lawrence Lessig, autor para quem será sempre necessário que os utilizadores se habituem a este novo Espaço, de modo a terem perfeita noção do novo espaço que de facto é. Apenas

---

<sup>15</sup> Para uma crítica, em termos gerais, de visões economicistas do Direito, cfr., Weinrib, *The idea of private law*, Harvard: Harvard University Press, 1995, pp. 3-5

<sup>16</sup> Dário Moura Vicente, *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 321.

<sup>17</sup> Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información* in Clemente Meoro/Cavanillas Múgica, *Responsabilidad civil y contratos en internet*, Granada: Editorial Comares, 2003, pp. 1-116 (p. 37).

quando essa experiência for comum se deverá esperar que estejamos em posição de compreender o seu significado. Quando a tecnologia, quando a experiência, a vida no ciberespaço nos pressionarem, apenas aí poderemos esperar que a lei a compreenda de modo suficiente a poder resolver as questões correctamente.<sup>18</sup>

Assim, procuraremos sempre tentar verificar se o legislador percebeu, de facto, todo este admirável mundo novo da Internet e se, conseqüentemente, a regulação por ele dada se adequa aos problemas que visou resolver. Isto porque, contrariamente ao que se possa pensar, o ciberespaço não tem qualquer natureza ou arquitectura particular que não possa ser alterada, dado que o seu código (o *software* e o *hardware*) pode alterar-se quer em virtude de evoluções quer em virtude de pressões exercidas por governos ou pelo mundo dos negócios<sup>19</sup>.

Sem prejuízo destas considerações, afigura-se-nos conveniente ter em consideração que tal Mundo assenta, no que à responsabilidade civil diz respeito, na (i) precedência – e pré-condicionamento – do dado tecnológico, (ii) na incidência das estratégias económicas do sector, (iii) na vocação transnacional, *rectius*, inevitável, das regras escolhidas e (iv) na procura de regras o mais uniformes possíveis e compatíveis com a globalização dos processos e dos fenómenos<sup>20</sup>.

Nas páginas que se seguem curaremos, apenas, do regime legal vigente relativamente à responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede, plasmado no Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 Janeiro. Deste modo, não curaremos de uma questão prévia, que consiste na determinação do direito aplicável à responsabilidade

---

<sup>18</sup> Lawrence Lessig, *The path of cyberlaw*, in Yale L. J., vol. 104 (Maio de 1995), pp. 1743-1755.

<sup>19</sup> Lawrence Lessig, *The law of the horse: what cyberlaw might teach*, in Harv. L. Ver., vol. 113 (Dezembro de 1999), pp. 501-549 (p. 506).

<sup>20</sup> Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, in AAVV, *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milão: Giuffrè, 2003, pp. 267-302 (p. 272).

civil<sup>21</sup>, pelo que partiremos do pressuposto de que o Direito português é o direito aplicável a uma determinada situação. De igual modo, não trataremos dos problemas relativos à responsabilidade penal decorrente da colocação de conteúdos ilícitos em linha, porquanto esta temática transcenderia em muito o âmbito do presente trabalho<sup>22</sup>.

## 2. Sequência

De modo a podemos estar em condições de analisar e problematizar as questões relativas ao regime legal relativo à responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede, afigura-se conveniente fazer uma breve descrição do surgimento da Internet, bem como a explicação de algumas noções elementares relativas a esta realidade.

Com efeito, não ignoramos que não cabe ao jurista curar dos detalhes da informática, uma vez que a sua tarefa se prende com a captação da originalidade do processo informático. Aliás, em última análise – e em termos necessariamente redutores-, tudo se resume a tratar juridicamente, tendo como pano de fundo a álgebra de Boole e a linguagem binária, informações convertidas em formato numérico<sup>23</sup>. Todavia, essa explicitação permitirá a identificação dos vários intervenientes no processo de transmissão de informação

---

<sup>21</sup> Como muito bem salienta Thomas Hoeren, *Internetrecht*, Setembro de 2008, p. 442 (disponível em [http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/Skript\\_Internetrecht\\_Oktober\\_2012.pdf](http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/Skript_Internetrecht_Oktober_2012.pdf) Acesso: 4 de Fevereiro de 2013), o direito aplicável à responsabilidade civil delitual é uma questão prévia (“*vorfrage*”). Com efeito, atendendo ao carácter deslocalizado da Internet, será relativamente fácil, por exemplo, que um utilizador residente nos Estados Unidos da América cometa um ilícito que se repercuta no território português.

<sup>22</sup> Cumpre salientar, também, que, em virtude da limitação do próprio tema que nos propomos estudar, não curaremos igualmente da propalada crise da responsabilidade civil que, em último grau teria resultado na implosão desta figura de carácter geral numa miríade de responsabilidades várias.

<sup>23</sup> Neste sentido, Lucas/Devèze/Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'internet*, cit., p. XIII.

pela Internet, bem como a enunciação das diversas formas de apresentação da informação transmitida pela Internet<sup>24</sup>.

De seguida faremos uma breve incursão relativa aos antecedentes do Decreto-Lei n.º 7/2004, *verbi gratia*, procederemos a uma análise sucinta do regime de responsabilidade civil propugnado pela Directriz n.º 2000/31/CE de 8 de Junho de 2000, não sem antes ter analisado os dois exemplos paradigmáticos de abordagem vertical e de abordagem horizontal como forma de responsabilização dos prestadores de serviços em rede: o DMCA<sup>25</sup> e a TMG<sup>26</sup>, respectivamente. Trata-se, cremos, de uma análise de útil, porquanto, estes dois instrumentos legislativos influenciaram de forma indelével a Directriz Comunitária e, conseqüentemente, o regime legal interno.

*Ex professo*, faremos ainda uma breve referência à limitação contratual da responsabilidade civil extracontratual dos prestadores de serviços em rede. Trata-se de uma matéria de extrema relevância prática, porquanto é usual depararmos com cláusulas tendentes à exclusão de responsabilidade dos prestadores de serviço relativamente à utilização dos serviços que estes disponibilizam.

Finalmente, procuraremos, ainda, indagar acerca da natureza jurídica das regras relativas à responsabilização dos prestadores de serviços, tendo como pano de fundo a dogmática inerente à fonte de obrigações consubstanciada na responsabilidade civil.

---

<sup>24</sup> Assim Sofia Casimiro, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 29.

<sup>25</sup> Nos Estados Unidos da América, a responsabilidade civil dos prestadores de serviço em rede ficou plasmada, legalmente, com o DMCA, de 1998

<sup>26</sup> A Alemanha foi pioneira na regulação desta matéria com a promulgação da Lei relativa à utilização dos teleserviços (*“Gesetz über die Nutzung von Telediensten”*), em 22 de Julho de 1997, que veio a ser revogada, com a aprovação da TMG, diploma que, nos termos do disposto no seu § 1, 1, é aplicável a todos os serviços de informação e comunicação electrónicos que não sejam susceptíveis de ser considerados serviços de telecomunicações, tal como definidos no § 3, 24 da Lei dos Serviços de Telecomunicações (*“Telekommunikationsgesetz”*).



## § 2. O admirável mundo novo da Internet

### 1. Breve excursão histórico

A Internet e o comércio electrónico constituem o aspecto mais recente da globalização do tráfego que caracterizou o comércio internacional, em termos sempre crescentes, a partir da segunda metade do século XX, o que levou a que fosse considerada como a terceira revolução industrial, uma vez que estaria na base de três avanços tecnológicos distintos: (i) a computação baseada em circuitos integrados, (ii) *software* avançado que tornou os computadores mais poderosos, mais fáceis de utilizar e mais baratos, o que facilita a sua aquisição e (iii) uma rede de telecomunicações de banda larga que liga toda esta tecnologia<sup>27</sup>.

A Internet tem as suas raízes na ARPANET<sup>28</sup>, um projecto militar promovido pelo governo dos Estados Unidos em 1969, com o fito de desenvolver uma rede de comunicações através de computadores em localizações distintas, que pudessem partilhar dados e comunicar entre si. Os fundadores desta rede procuravam construir uma série de ligações entre computadores e redes de computadores que se pautassem pela descentralização e pela auto-suficiência<sup>29</sup>.

A ARPANET tinha por função ligar os computadores operados pelos militares, ligados ao Ministério da Defesa, bem como Universidades que desenvolvessem pesquisas relativas à área da defesa, de modo a que pudessem comunicar entre si através de

---

<sup>27</sup> Assim Bradford Smith, *The third industrial revolution Law and Policy for the Internet*. in *Recueil des Cours de L'Académie de La Haye de Droit International*, vol. 282 (p. 2000), pp. 229-464 (p. 242).

<sup>28</sup> A ARPANET foi desenvolvida pela *Advanced Research Project Agency*.

<sup>29</sup> AAVV, *Developments in the Law – The law of cyberspace*, in *Harv. L. Ver.*, vol. 112 (1999), pp. 1574-1704 (p. 1578)

canais redundantes, mesmo que alguns segmentos da rede fossem danificados em caso de guerra<sup>30</sup>.

Numa fase inicial, a par desta rede militar foram criadas várias outras redes, desta feita com base em iniciativas de civis, redes essas que tinham como principal óbice o facto de não serem compatíveis e, conseqüentemente, funcionarem independentemente entre si, sendo que a Internet representa o culminar dos esforços tendentes à ligação destas redes individuais numa rede global de comunicações. A rede das redes.<sup>31</sup>

Com efeito, a ARPANET original transformou-se, paulatinamente, na Internet. A Internet tinha como ideia reitora a existência de várias redes independentes com uma construção algo arbitrária, figurando a ARPANET como rede pioneira, mas que, a breve trecho, acabaria por incluir outros tipos de redes. Assim, tal como hoje a conhecemos, a Internet assenta no conceito técnico de arquitectura aberta, o que implica o facto de a escolha de uma determinada tecnologia de rede não ter de ser ditada, forçosamente, pela arquitectura de uma determinada rede, podendo ser escolhida livremente pelo utilizador, não lhe sendo levantado qualquer obstáculo à conectividade com outras redes<sup>32</sup>. Dito de outro modo, cada rede particular pode ser construída com o fito de satisfazer as necessidades dos seus utilizadores, sendo que estes não ficam impedidos de se ligarem a uma rede maior e mais vasta.

Apesar de, ainda hoje, as universidades, as agências governamentais e muitas empresas terem redes de computadores próprias ligadas à Internet, os particulares que desejem ligar-se a esta rede das redes a partir das suas casas poderão fazê-lo através da celebração de contratos com prestadores de serviços em rede (“*Internet service providers*”), sendo que, a partir do momento em

---

<sup>30</sup>Barry M. Leiner *et alii*, *A brief history of the internet* (<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>, Acesso: 11 de Janeiro de 2013)

<sup>31</sup>AAVV, *Developments in the Law – The law of cyberspace*, cit. pp. 1578-1579

<sup>32</sup>Barry M. Leiner *et alii*, *A brief history of the internet* (<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>, Acesso: 11 de Janeiro de 2006)

que estejam ligados à Internet, terão ao seu dispor um leque de serviços alargado, que passará por finalidades tão díspares como seja o correio electrónico ou mesmo outras aplicações, como será o caso dos grupos de discussão, ou dos boletins electrónicos.

A actual estrutura do ciberespaço é relativamente simples. Sendo a Internet um complexo físico que obedece e está vinculado pelas Leis da Física, mais não é do que uma rede baseada em computadores pessoais e em outros terminais, ligados entre si através de linhas telefónicas, cabo ou ondas de rádio. Apesar da referida simplicidade na sua concepção, a Internet e a sua arquitectura de cariz aberto estão a modificar profundamente as comunicações pessoais e das massas, em virtude de colocar ao dispor dos cidadãos as capacidades de difusão da rádio, enquanto, paralelamente, cria novas formas de comunicação<sup>33</sup>.

Do ponto de vista técnico vale a pena sublinhar que a Internet caracteriza-se por alguns elementos, a saber: (i) não são nem conhecidos nem predetermináveis os percursos seguidos pela informação ao longo da rede, (ii) a localização de quem se liga à Internet não é conhecida, uma vez que é possível estabelecer-se uma ligação à Internet em qualquer lugar, (iii) a localidade onde o operador se liga também não é conhecida, uma vez que podem existir sítios com o nome de domínio encriptado, (iv) a navegação na rede é feita, regra geral, de forma anónima, e (v) o número dos destinatários das mensagens transmitidas via Internet é, tendencialmente, infinito<sup>34</sup>.

É precisamente este vector que está radicado no cerne do desenvolvimento da Internet, uma vez que esta terá como principal combustível a troca de informação. Ou seja, estamos perante o advento da informação como um recurso económico estratégico determinado pela sua função: não se trata, apenas, de informar e

---

<sup>33</sup> Bradford Smith, *The Third Industrial revolution Law and Policy for the Internet*, cit. pp. 249-250.

<sup>34</sup> Seguimos, neste particular, a síntese de Ugo Draeta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, 2.<sup>a</sup> ed., Milão: Giuffrè, 2005, p. 31.

comunicar enquanto tal, mas de informar e comunicar no exercício de uma actividade económica e social<sup>35</sup>.

Actualmente, fala-se, inclusive, de uma “web 2.0”, caracterizada pela interactividade, fruto da colaboração e partilha dos seus utilizadores<sup>36</sup>. Cabe notar que apesar deste epíteto, não estamos, *summo rigore*, perante uma recriação da Internet. Trata-se, apenas, de salientar a mudança de postura dos utilizadores que, de uma conduta passiva, enquanto receptores de informação, passaram a adoptar uma conduta activa, fornecendo (ou partilhando) conteúdos próprios ou alheios<sup>37</sup>, situação que, *summo rigore*, exponencia a possibilidade de infracções por parte dos utilizadores, *maxime* em sede de propriedade intelectual, seja pela disponibilização não autorizada de conteúdos protegidos, seja pela própria paródia a conteúdos previamente existentes<sup>38</sup>. Diga-se igualmente, em abono da verdade, que a própria Web 2.0 e os próprios problemas que concita são uma consequência da massificação do acesso à Internet, bem como do próprio aumento da largura de banda, que permite uma maior velocidade na obtenção e disponibilização de conteúdos protegidos.

Pese embora o termo “Web 2.0” tenha uma conotação de uma nova versão para a Web, ele não se refere à atualização nas suas especificações técnicas, mas a uma mudança na forma como ela é encarada por usuários e desenvolvedores, ou seja, o ambiente de interação e participação que hoje engloba inúmeras linguagens e motivações.

---

<sup>35</sup> Assim, Eduarda Gonçalves, *Direito da sociedade da informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 19

<sup>36</sup> Cfr. João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos*, cit., p. 23-30.

<sup>37</sup> Sobre a definição de “web 2.0”, cfr., O’Reilly, *What Is Web 2.0* (<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html> Acesso: 4 de Março de 2013).

<sup>38</sup> Salientando estes aspectos, Travis, *Opting out of the internet in the United States and the European Union, Copyright, Safe harbors and International Law*, in *Notre Dame Law Review* 84 (2008), pp. 331-407 (p. 337).

Conforme salienta Ugo Draetta, as características da Internet que relevam do ponto de vista estritamente jurídico são a instantaneidade e a automaticidade no modo como as informações disponibilizadas em linha (“*on line*”) viajam através das fronteiras de qualquer Estado. Destarte, as características juridicamente relevantes da Internet reduzem-se à deslocalização e à imaterialidade, características essas que permitem afirmar que estamos perante um meio de comunicação distinto dos que conhecemos (imprensa, rádio, televisões, telecomunicações). A estes elementos acrescerá, ainda, a possibilidade de serem descarregados (“*downloaded*”) para qualquer computador dado que estão protegidos pela reserva da intimidade da vida privada ou pelas regras da propriedade intelectual<sup>39</sup>.

Se é certo que a Internet teve como principal efeito diminuir a distância entre pessoas e, por consequência, abrir caminhos para o advento de uma economia digital, cremos que será algo exagerado proclamar a existência de uma terceira revolução industrial, pelo que nos ficamos pelo epíteto de Admirável Mundo Novo<sup>40</sup>, uma vez que a Internet reduzindo as distâncias e democratizando, tendencialmente, o acesso à informação permitiu a colocação do acento tónico no elemento “informação”<sup>41</sup>, transformando-a num bem de inegável valor económico.

---

<sup>39</sup> Draetta, *Internet e commercio elettronico nel Diritto Internazionale dei privati*, cit., p. 31-32. Dum ponto de vista mais técnico, utilizando a definição cunhada pelo *Federal Networking Council*, em 1996, diríamos que o termo “Internet” refere-se ao sistema global de informação que (i) está ligado logicamente através de um conjunto de endereços baseados no Protocolo de Internet (IP) ou nas suas subsequentes extensões, (ii) é apto a suportar comunicações através da utilização do *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP) ou nas suas subsequentes extensões ou noutros protocolos IP compatíveis e que (iii) fornece, utiliza ou torna acessível, quer de modo público quer de modo privado, serviços de alto nível, estruturados em camadas nas comunicações e infra-estruturas conexas aí descritas. Cfr. Barry M. Leiner *et alii*, *A brief history of the internet* (<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>, Acesso: 11 de Janeiro de 2006)

<sup>40</sup> Neste particular, não resistimos ao paralelismo como o título homónimo (“*Brave New World*”) da célebre obra do escritor inglês Aldous Huxley.

<sup>41</sup> Conforme salienta Sofia Casimiro, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, cit. 13-15, a informação de que temos vindo a falar não coincide com o termo constante no artigo 485.º CC. Por “informação”, na esteira da autora, entendemos o resultado de toda e qualquer exteriorização de ideias ou conhecimentos, seja ou não comunicado a terceiros. Já, Eduarda Gonçalves,

## 2. Explicitação de conceitos

Actualmente, a *World Wide Web* é o segmento mais conhecido da Internet, consistindo em milhares de páginas *web* multimédia, que incluem texto, gráficos, som e outros ficheiros. Estas páginas residem em computadores que as albergam (“*host computers*”) e que estão localizados por todo o Mundo, comunicando entre si de acordo com um determinado protocolo: o protocolo http (“*Hypertext protocol*”). Já o HTML (“*Hypertext Mark-Up Language*”), a linguagem de programação utilizada na *World Wide Web* possibilita a exibição de texto e de gráficos das páginas nela localizadas. Outros dos segmentos de utilização da Internet incluem os serviços de correio electrónico, os grupos de discussão (“*newsgroups*”), os boletins electrónicos (“*bulletin boards*”).

No que toca à *World Wide Web* diremos, ainda, que as páginas *web* contêm várias informações, que podem ir desde um simples texto até à disponibilização de ficheiros musicais ou de vídeo, passando ainda pela exibição de imagens. Estas páginas encontram-se ligadas entre si através hipernexos (“*hyperlinks*”) que, uma vez seleccionados, permitem aceder às páginas *web* de outros utilizadores<sup>42</sup>. Saliente-se ainda que nada obsta à criação por parte de um determinado utilizador da sua própria página electrónica, salientando-se, neste particular, devido à sua grande popularidade, os serviços consistentes na armazenagem de *blogs*<sup>43</sup>, que, por sua vez, permitem, o mais das vezes, a publicação de imagens, ficheiros vídeo ou áudio. Para além deste serviço, existem, ainda, sítios

---

*Direito da sociedade da informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, cit. p. 31, chama a atenção para o facto de a informação tanto consistir nos dados ou conhecimentos obtidos por intermédio de uma actividade de investigação, da instrução ou de qualquer outro meio, como na comunicação ou transmissão desses dados ou conhecimentos.

<sup>42</sup> AAVV, *Developments in the Law – The law of cyberspace*, cit. pp. 1579-1580.

<sup>43</sup> Como é o caso, *inter alia*, do serviço Blogspot (<http://www.blogger.com/>).

dedicados à publicação de fotografias<sup>44</sup>, alojamento de vídeo<sup>45</sup>, ou especialmente vocacionados para a publicação de ficheiros áudio<sup>46</sup> ou para armazenamento de ficheiros de todos os tipos<sup>47</sup>.

Neste particular, levantam problemas de grande acuidade as redes sociais<sup>48</sup>, uma vez que permitem que os respectivos utilizadores coloquem ligações para serviços alojados noutros servidores, potenciando a lesão de direitos subjectivos, *maxime*, de direitos de autor nos casos em que não seja o respectivo titular a disponibilizar *online* certo conteúdo.

O correio electrónico (“*e-mail*”)<sup>49</sup>, por seu turno, funciona de modo similar ao serviço de correio convencional, salientando-se a particularidade de as mensagens enviadas pelos utilizadores serem processadas em ambiente electrónico, permitindo, conseqüentemente, o envio e a recepção de mensagens sob o formato electrónico<sup>50</sup>. É de destacar que, no hiato temporal entre o momento da emissão e o da recepção, a mensagem ficará armazenada no servidor de correio, o que equivale a dizer que, durante o percurso da mensagem, será necessária a intervenção de terceiros que, caso o desejem, poderão aceder à mensagem enviada pelo utilizador.

Os grupos de discussão são organizados por utilizadores que visam discutir e trocar impressões sobre temas específicos, sendo que a informação partilhada entre os vários utilizadores inscritos num determinado grupo de discussão é automaticamente

---

<sup>44</sup> Como é o caso, *inter alia*, do serviço Flickr (<http://www.flickr.com/>).

<sup>45</sup> Pense-se, por exemplo, no serviço Youtube (<http://www.youtube.com/>)

<sup>46</sup> Como é o caso do serviço My Space (<https://new.myspace.com/>).

<sup>47</sup> Como acontece com os serviços Dropbox (<http://www.dropbox.com/>) ou Skydrive (<https://new.myspace.com/>)

<sup>48</sup> Como é o caso do Facebook (<http://www.facebook.com/>).

<sup>49</sup> Sobre este serviço, veja-se o estudo de Ana Lambea Rueda, *El correo electrónico*, in RDP (Dezembro de 2002), pp. 936-961, *maxime* pp. 943 e segs.

<sup>50</sup> Fazendo uso da sugestiva expressão de Ana Lambea Rueda, *El correo electrónico*, cit., p. 945, diríamos que o correio electrónico é o equivalente a um domicílio virtual.

armazenada em servidores, ficando acessível a todos os demais utilizadores inscritos nesse grupo. Sublinhe-se, também, que essa mensagem será, por via de regra, automaticamente destruída após o decurso de um determinado lapso de tempo.

Os boletins electrónicos são aplicações electrónicas que permitem a publicitação de informações (artigos ou comentários) fornecidas pelos utilizadores. Essas informações encontram-se armazenadas num determinado servidor que guarda as mensagens enviadas e que as apaga após o decurso de um determinado período de tempo. A principal diferença relativamente aos grupos de discussão prende-se com o facto de estes últimos apenas serem disponíveis para os utilizadores inscritos num determinado grupo de discussão, enquanto os primeiros são acessíveis a todos os utilizadores<sup>51</sup>.

De molde a concluir o presente ponto, resta, apenas, fazer uma brevíssima referência aos programas de comunicação em tempo real entre os utilizadores (salientando-se, neste particular, programas de utilização maciça como o *Internet Relay Chat* ou o *Skype*). Trata-se de programas que estabelecem um canal de comunicação entre os utilizadores que podem, deste modo, aceder às mensagens enviadas pelos outros utilizadores no momento em que estas são colocadas em rede<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Alain Strowel/Nicolas Ide, *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (1ère partie)*, in RIDA 185 (Julho 2000), pp. 3-168 (p. 19) chegam a comparar os boletins electrónicos a fichas escolares. Lawrence Lessig, *The path of cyberlaw*, cit., p. 1746, por seu turno, prefere designá-los como associação em público (“*association in public*”), referindo que os participantes adicionam tópicos a uma conversação sem terem qualquer conhecimento real de quem lerá o que escreverem

<sup>52</sup> Na impressionante terminologia de Lawrence Lessig, *The path of cyberlaw*, cit., p. 1746, estamos perante uma associação em privado (“*association in private*”), uma vez que a troca de informação entre as partes dura apenas enquanto as pessoas estão na mesma sala de conversação. Adicionalmente, o autor, *op. cit.*, cit., p. 1747, refere uma terceira associação, a associação em construção (“*association in construction*”), que permite que as associações se protelem no tempo, tal como as associações em público, e que, tal como as associações em privado, permitem aferir com quem se está a comunicar. O exemplo deste tipo de associação seria o MUD ou MOO, uma sala de conversação que permite que as pessoas, para além de falar, possam explorar um mundo virtual, interagindo entre si.



### 3. Sociedade da informação *versus* comércio electrónico

Com a massificação da Internet, entraram no léxico comum as expressões “sociedade da informação” e “comércio electrónico”, pelo que é curial tentar estabelecer uma delimitação entre ambos os conceitos e procurar indagar acerca da sua eventual utilidade para a Ciência Jurídica.

Creemos que a prevalência dada à sociedade da informação residirá na mercantilização da Informação. Seguindo o ensinamento de Eduarda Gonçalves, diremos podemos encontrar duas tendências que ditam essa mercantilização: por um lado, a consagração de formas de apropriação privada da informação ou dos produtos de informação e, por outro lado, em regimes especiais aplicáveis ao acesso, utilização e circulação de determinadas categorias de dados. Assim, com o desenvolvimento das tecnologias de informação e das comunicações e a expansão das indústrias baseadas na oferta de produtos de informação, o valor das mercadorias passa das mercadorias e dos imóveis para o controlo da informação e outros bens tangíveis<sup>53</sup>.

Todavia, a expressão não pode ser sobrevalorizada, uma vez que não representa um conceito técnico, mas sim um mero *slogan*, pelo que seria preferível falar em *sociedade da comunicação*, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação<sup>54</sup>. Trata-se, pois, da verificação de que as tecnologias de

---

<sup>53</sup> *Direito da sociedade da informação. Novos Direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, cit. p. 41. Note-se que, neste particular, assistimos a algo análogo ao plasmado por Jean-François-Lyotard, *A condição pós-moderna* (trad. de *La condition postmoderne* de João Bragança de Miranda), Lisboa: Gradiva, 2003, pp. 19-20 não deixava de salientar que o saber, sob as vestes de mercadoria informacional, seria alvo de disputas pelo poder. Hodiernamente, a informação tornou-se uma mercadoria valiosa, daí que também tenha sido esse, cremos, um dos motivos para regular especificamente a responsabilidade dos prestadores de serviços, uma vez que a disponibilização de informação errada poder gerar danos avultados.

<sup>54</sup> Oliveira Ascensão, *A sociedade da informação*, in *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 83-104 (p. 87).

comunicação, sendo a Internet o seu expoente máximo, apenas facultam uma maior facilidade de comunicação entre as pessoas<sup>55</sup>.

Ora, uma vez que se conclui pela inoperabilidade técnica da expressão “sociedade da informação”, cabe indagar acerca da bondade da expressão “comércio electrónico”. Por comércio electrónico entendemos a negociação realizada por via electrónica, ou seja, através do processamento e transmissão electrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem. Abarca-se, deste modo, um número interminável de actividades, sendo que, de um modo geral, é lícito afirmar que o comércio electrónico envolve não apenas produtos, mas também serviços, traduzindo-se no exercício de actividades tradicionais e de actividades novas<sup>56</sup>.

À primeira vista, também esta expressão não estaria isenta de crítica, uma vez que o adjectivo “electrónico” apresenta-se ligeiramente redutor para salientar a utilização do vector informático. Ademais, esta expressão globalizante confunde duas hipóteses que o rigor obrigaria a distinguir, a saber: por vezes, o recurso à Internet teria apenas a função de concluir o contrato, sendo as mercadorias entregues pelos meios tradicionais (casos de vendas à distância) e, noutras situações, teríamos as situações em que são adquiridos, via Internet, produtos numéricos (situações que colocariam questões novas)<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> O que não impede que estejamos perante uma nova disciplina jurídica, o Direito da Informação (“*Informationsrecht*”), pese embora se afigure difícil definir o seu objecto. Assim, Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., pp. 11.

<sup>56</sup> Alexandre Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 14. O autor opera ainda a distinção entre (i) comércio electrónico indirecto, que consiste na encomenda electrónica de bens, que têm de ser entregues fisicamente por meio dos canais tradicionais como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso, e (ii) comércio electrónico directo, que consiste na encomenda e entrega directa (em linha) de bens incorpóreos e serviços, como programas de computador, conteúdos de diversão ou serviços de informação à escala mundial. Idem, *ibidem*, pp. 14-15. No mesmo sentido, Dário Moura Vicente, *Problemática internacional da sociedade da informação*, cit., p. 202.

<sup>57</sup> Neste sentido, Lucas/Devèze/Frayssinet, *Droit de l’informatique et de l’internet*, cit., p. 574. Os autores chamam, ainda, a atenção para o facto de a Internet ter permitido, sobretudo, o desenvolvimento das relações entre empresas através do EDI (“*Electronic Dará Interchange*”).

Conforme já referimos *supra*, entendemos por comércio electrónico a negociação realizada por via electrónica, ou seja, através do processamento e transmissão electrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem. O que equivale a dizer que estamos perante uma noção que assenta, principalmente, no meio em que o comércio é feito: o meio electrónico.

Atendendo à expansão acelerada da Internet e, conseqüentemente, ao desenvolvimento de actividades comerciais através dos sistemas informáticos em linha, julgamos ser lícito afirmar que o comércio electrónico na Internet constitui um importante motor da economia digital. Ou seja, o comércio electrónico tradicional, paulatinamente, deixou de encarar a rede como uma mera forma de circulação de dados, para se transformar no próprio mercado, o dito mercado virtual<sup>58</sup>.

Não obstante, concluímos o presente capítulo salientando que não deixaremos de utilizar a expressão “sociedade da Informação”, uma vez que, apesar da sua jovialidade, está profundamente enraizada no léxico. Na verdade, somos do entendimento que, a partir do momento em que deixámos claro que a expressão em apreço não prima pelo rigor, nada obstará à sua utilização. Todavia, e sempre que possível, daremos preferência à expressão “comércio electrónico”, uma vez que se mostra apta a descrever de forma mais adequada a realidade resultante da Economia Digital.

### **§ 3. A responsabilização dos prestadores de serviços em rede – breve excuro de Direito Comparado**

#### **1. Razão de ordem**

Conforme referimos em momento prévio, à partida, existem duas formas alternativas de proceder à responsabilização dos

---

<sup>58</sup>Alexandre Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, cit. pp. 13-14.

prestadores de serviços em rede: uma abordagem vertical e uma abordagem horizontal. Enquanto a primeira visa aplicar todas as soluções encontradas às violações de direitos subjectivos motivadas por actividades desenvolvidas em rede, independentemente da área a que digam respeito, a abordagem vertical procura resolver problemas específicos colocados relativamente a certos direitos, como é o caso das infracções aos direitos de autor e aos direitos conexos.

De forma a poder dar uma breve panorâmica relativa ao funcionamento dessas duas formas de responsabilização, faremos uma breve análise dos seus dois modelos paradigmáticos: o DMCA (abordagem vertical) e a TMG alemã (abordagem horizontal), instrumentos que viriam a influenciar, indelevelmente, a Directriz 2000/31/CE<sup>59</sup>.

Cumpre salientar que não efectuaremos qualquer estudo de Direito Comparado, nem sequer de microcomparação<sup>60</sup> destes regimes. Com efeito, pretendemos apenas descrever sumariamente estes modelos de regulação, pelo que afastamos qualquer cotejo/comparação entre os ordenamentos chamados à colação, na medida em que tal exercício, conquanto seja sedutor, obrigaria a convocar o método da comparação de Direitos, o que extravasaria o âmbito deste escrito.

---

<sup>59</sup> Para uma análise de ambos os dispositivos legais, cfr. Alain Strowel/Nicolas Ide, *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (1ère partie)*, cit., pp. 43-61 e Philippe Gilléron, *La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement*, in ZDR 2002, pp. 387-441 (p. 393-409). Note-se, todavia, que o autor, Idem, *Ibidem*, cit., p. 403, entende que ambos os dispositivos legais adoptam abordagens verticais no que concerne à responsabilidades dos prestadores de serviços em rede.

<sup>60</sup> Sobre os conceitos de microcomparação e macrocomparação, cfr. Castro Mendes, *Direito comparado – Lições do Prof. João de Castro Mendes ao curso da Faculdade de Direito de Lisboa de 1982-1983*, Lisboa: AAFDL, 1983, p. 11 e segs, Ferreira de Almeida, *Introdução ao direito comparado*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 9 e segs, bem como Zweigert/Kötz, *An introduction to comparative law*, 3.<sup>a</sup> ed. (tradução de Tony Weir), Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 4-5. Sobre o objecto da comparação, cfr., e.g., Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Turim: Unione Tipografico-Editrice, Torinese, 1995, p. 43 e segs.

## 2. A TMG alemã

A Alemanha foi um dos primeiros países a aprovar legislação específica relativa à responsabilidade dos prestadores de serviços da Internet, através da adopção da *Informations - und Kommunikationsdienste Gesetz* (IuKDG), que entrou em vigor em 1 de Agosto de 1997. Esta lei compreendia três leis distintas, a saber: (i) a TDG, (ii) a Lei de Protecção de Dados de Teleserviços (“*Teledienstschutzgesetz*”) e (iii) a Lei da Assinatura Digital (“*Signaturgesetz*”).

A TDG visou estabelecer condições económicas uniformes para as diferentes aplicações dos serviços electrónicos de informação e comunicação, sendo que é aí que deparamos com os *Tatbestände* específicos relativos à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede. Aliás, é mister salientar que, com a transposição da Directriz 2000/31/CE, a TDG viu a sua redacção alterada, de modo a ficar em conformidade com o regime vertido na Directriz<sup>61</sup>. Todavia, com a entrada em vigor da TMG<sup>62</sup>, em 1 de Março de 2007, quer a TDG, quer a Lei de Protecção de Dados de Teleserviços foram revogadas, sendo que é sobre esta nova lei que procuraremos centrar a nossa análise sumária.

A TMG estabelece como princípio basilar a responsabilidade do prestador de serviços (“*Diensteanbieter*”), nos termos gerais, pela informação própria que disponibilizar aos utilizadores (§ 7 I TMG), sendo que o prestador de serviços não será obrigado a vigiar ou pesquisar activamente actividades ou informações ilícitas (§ 7 II TMG). Com efeito, a imposição de uma obrigação de vigilância não

---

<sup>61</sup> Sobre a anterior Lei dos Serviços de Informação e comunicação (IuKG), cfr. por exemplo, a breve análise levada a cabo por Engel-Flehsig/ Maennel/ Tettenborn, *Das neue Informations und Kommunikationsdienste Gesetz* in NJW 1997, pp. 2981-2992. A este respeito, Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr - Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip*, in NJW 2002, pp. 921-927 (pp. 921-922) acentua que a nova redacção sofreu a influência dos artigos 12 a 15 da Directriz 2000/31/CE, bem como do DMCA.

<sup>62</sup> Sobre a TMG, em termos perfunctórios, veja-se, por exemplo, Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., p. 443 e segs.

é aplicável aos § 8 a 10 TMG, *Tatbestände* relativos ao privilegiamento da responsabilidade do prestador de serviços, *rectius* à desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede.

No seguimento do ensinamento da Directriz 2000/31/CE, o legislador alemão previu três situações tendentes ao privilegiamento<sup>63</sup> da responsabilidade dos prestadores de serviços, a saber: o mero transporte (“*Durchleitung von Informationen*”), a armazenagem temporária (“*Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen*”) e a armazenagem em servidor (“*Speicherung von Informationen*”), sendo que o critério reitor para aferir da responsabilidade dos prestadores de serviços consistirá no carácter alheio (“*Fremdheit*”) dos conteúdos difundidos pelos prestadores de serviços<sup>64</sup>.

No que diz respeito às situações de mero transporte, o § 8 I TMG estabelece que o prestador de serviços não será responsável por informação alheia (“*fremde Informationen*”), desde que (i) não tenha estado na origem da transmissão, (ii) não tenha seleccionado os destinatários das informações transmitidas e desde que (iii) não tenha seleccionado o modificado as informações que são objecto da transmissão, sendo que este privilegiamento de responsabilidade não será aplicado nos casos em que o prestador de serviços coopere com um dos utilizadores dos seus serviços para cometer acções ilícitas. Isto equivale a dizer que este privilegiamento de

---

<sup>63</sup> Alguma doutrina alemã fala em privilegiamento da responsabilidade. Assim, por exemplo, Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr*, cit. p. 922. Já Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., p. 443 prefere acentuar que a TMG funcionará como um filtro relativo à aplicação de regras especiais de responsabilidade.

<sup>64</sup> Neste particular, Jürgen Helle, *Personlichkeitsverletzungen im Internet*, cit., p. 596 afirmava que a TDG, na nova redacção, assentava no mesmo critério reitor que norteava a sua versão original, i.e, o carácter alheio da informação disponibilizada. Note-se, porém, que a TDG, na redacção original, previa que os prestadores de serviços seriam responsáveis nos casos em que tivessem conhecimento do conteúdo transmitido e nos casos em que lhes fosse técnica e razoavelmente possível impedir o acesso a tal conteúdo. Este último segmento desapareceu dos *Tatbestände* relativos à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, pelo que parece lícito afirmar que a redacção actual se apresenta mais severa para com o prestador de serviços em rede. Trata-se, cremos de um entendimento que se manterá à luz da actual TMG.

responsabilidade apenas será aplicável a comportamentos passivos e automáticos<sup>65</sup>.

No tocante à armazenagem temporária, prevê-se que o prestador de serviços não será responsável nos casos em que a armazenagem temporária seja automática e atempada e desde que seja efectuada com o fito de tornar mais eficiente a transmissão de informações alheias (§ 9 TMG)<sup>66</sup>. Todavia, para este específico *Tatbestand* ser aplicável, a armazenagem temporária deverá cumprir com alguns requisitos específicos, a saber: (i) a informação não poderá ser modificada, (ii) as condições de acesso à informação sejam respeitadas, (iii) sejam respeitadas as regras relativas à actualização da informação, (iv) o prestador não interfira com a actualização legítima da tecnologia, aproveitando-a para obter dados sobre a informação e (v) desde que o prestador actue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tenha conhecimento de que a informação foi removida na fonte de transmissão inicial.

A terceira e última situação conducente ao privilegiamento da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede refere-se aos casos de armazenagem em servidor. Assim, o prestador de serviços não será responsável pelo armazenamento de informações alheias prestadas por um utilizador do serviço, desde que (i) não tenha conhecimento do carácter ilícito das acções ou informações e, no que se refere a pretensões indemnizatórias, desde não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciem essa ilegalidade e desde que (ii) o prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, proceda à remoção ou à impossibilitação de acesso às informações (§ 10 TMG)

Este preceito, neste particular, afastou-se da redacção original da TDG, cujo § 5 apenas exigia o conhecimento do próprio conteúdo,

---

<sup>65</sup> Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., p. 449.

<sup>66</sup> Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr*, cit., p. 923 salienta que este *Tatbestand* tem em vista, sobretudo, as situações de armazenagem temporária (“caching”) e de *mirroring*.

não carecendo o agente de ter conhecimento da ilicitude do mesmo. Com efeito, ante esta redacção, há que proceder à destrinça entre o conhecimento para efeitos de pretensões meramente indemnizatórias, do conhecimento para efeitos de efectivação de responsabilidade penal, sendo que, no campo meramente civil, o agente ficará exonerado de responsabilidade caso desconheça as circunstâncias que evidenciem a ilegalidade dos conteúdos, surgindo apenas numa segunda fase a necessidade de proceder à avaliação da pretensa ilicitude das informações difundidas<sup>67</sup>.

A TDG, à imagem da Directriz 2000/31/CE, não curou de resolver os problemas relativos à responsabilidade civil decorrente da criação de hiper nexos e da utilização de instrumentos de localização<sup>68</sup>. Neste particular, à luz da redacção original da TDG, a doutrina acentuava que se o hipernexo era acompanhado de fortes recomendações ou quando se se pudesse deduzir, pela sua conexão com elementos contidos no sítio do prestador de serviços, que este se identificaria com o conteúdo do sítio em relação ao qual é feita a ligação, tais conteúdos deveriam ser considerados como próprios e, consequentemente, haveria lugar à afirmação da responsabilidade do prestador de serviços<sup>69</sup>. O que equivale a dizer que, nos casos em que a ligação funciona como uma mera remissão para um conteúdo

---

<sup>67</sup> Assim, Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr*, pp. 923-924. O autor chama a atenção para o facto de, em sede de Direito Penal, o agente ter de conhecer a ilicitude da acção ou da informação. Ao abrigo da anterior redacção, Engel-Flechsig/ Maennel/ Tettenborn, *Das neue Informations und Kommunikationsdienste Gesetz*, cit., p. 2985, entendiam ser necessário um conhecimento efectivo do conteúdo da informação e não um mero dever de conhecimento (“*Kennenmüssen*”).

<sup>68</sup> Jürgen Helle, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, cit., p. 599, considera que o legislador alemão, tal como o comunitário, terá preferido que fosse a doutrina a resolver a questão.

<sup>69</sup> Trata-se daquilo que a doutrina germânica sói referir como “*eigen-sich-machen*”. Neste sentido, à luz da redacção original da TDG, pronunciava-se Thomas Hoeren, *Zivilrechtliche Haftung im Internet*, (<http://www.humboldt-forum-recht.de/english/2-1998/beitrag.html> Acesso: 9 de Janeiro de 2013), bem como Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme der Neuen Medien*, cit. p. 3196, referindo-se à necessidade de existência de distanciamento relativamente às declarações de outrem. Tal distanciamento cessa a partir do momento em que alguém faz seu o conteúdo alheio, isto é, adere a essas declarações.



estranho, i.e., alheio., o autor do hipernexo deveria ter o mesmo tratamento que é dado para o fornecedor de acesso.

Trata-se de um entendimento que a doutrina germânica tende a manter à luz da redacção da TMG. Efectivamente, uma vez que esta continua a fazer referência a conteúdos alheios (“*fremde Inhalte*”) no § 7, 1 TMG, o prestador de serviços responderá pelo conteúdo para o qual o hipernexo remete como este fosse seu, desde que haja uma aceitação do conteúdo. Deste modo, não nos deparamos com a adesão ao conteúdo para o qual o hipernexo remete, isto é, desde que não haja uma apropriação do mesmo, o prestador de serviços em rede não responderá pelo conteúdo da informação<sup>70</sup>.

Tudo dependerá, pois, da adesão ou não ao conteúdo da página para a qual se remete. Obviamente, essa adesão poderá ser inferida através de vários elementos, como sejam o conteúdo da página original e o conteúdo da página para a qual se remete, designadamente o teor de certas afirmações efectuadas pelo autor da mesma.

Como nota final, saliente-se que, apesar de a TMGG – à imagem do que sucedia com a anterior TDG - estabelecer uma abordagem horizontal, econtrámos uma decisão judicial, ao abrigo da redacção original da TDG, onde se entendeu, ao arrepio do sistema propugnado pelo legislador alemão, que a TDG não teria qualquer aplicação nos casos de violação de Direitos de Autor, pelo que, nesses casos, a eventual responsabilidade teria de ser aferida através do recurso aos critérios gerais dos Direitos de Autor<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Neste sentido, Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., pp. 455-456. Sobre a questão à luz da TDG, cfr., Köster/Jürgens, *Liability for links in Germany*, pp. 8-9 (disponível para download em: [http://www.hans-bredow-institut.de/webfm\\_send/40](http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/40) Acesso: 23 de Janeiro de 2012). Gerald Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr*, cit., p. 924, centrando a sua atenção na ora revogada TDG, optava por salientar que estas situações serão resolvidas através do recurso à analogia com o disposto nos § 9 a 11 TDG (correspondentes aos § 8 a 10 TMG).

<sup>71</sup> “*Haftung des Access-Providers für Urheberrechtsverletzungen im Internet*” OLG München, Urt. V. 8.3.2001 – 29 U 3282/00 in NJW 2001, pp. 3353-3357.

### 3. O Digital Millenium Copyright Act<sup>72</sup>

Nos Estados Unidos da América, o DMCA veio dar resposta ao grande número de litígios judiciais envolvendo prestadores de serviços em rede. Procurando sumariar esses arestos, poder-se-á afirmar que, por via de regra, os prestadores foram considerados responsáveis por facto próprio (“*direct infringement*”), em virtude de operarem sistema e servidores através dos quais as reproduções das obras que violavam determinado *copyright* eram realizadas, apesar de não terem sido os prestadores de serviços em rede a colocar em causa o material no seu servidor e de desconhecerem a actividade ilícita dos seus clientes<sup>73</sup>.

Adicionalmente, os prestadores de serviços em rede também foram responsabilizados por *contributory infringement*<sup>74</sup>, ou seja por induzirem, facilitarem e fornecerem os meios para a concretização do ilícito, conhecendo ou devendo conhecer a actividade ilegal. Finalmente, os prestadores também foram responsabilizados por *vicarious infringement*<sup>75</sup>, ou seja, entendeu-se

---

<sup>72</sup> Acerca dos antecedentes do DMCA, cfr. Jessica Litman, *Digital Copyright*, Nova Iorque, Prometheus Books, 2001, pp. 123-150. Para uma análise mais alongada do regime legal norte-americano, cfr. Sterling, *World copyright law*, 2.ª ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2003, pp. 541-45 e, entre nós, Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de Direitos de autor*, cit., pp. 81-108.

<sup>73</sup> Atendendo, precisamente ao escopo reduzido do DMCA, podemos afirmar que não estamos perante uma *lex generalis*, mas sim, pelo contrário, perante uma lei funcionalizada ao *Copyright Law*.

<sup>74</sup> A doutrina do *contributory infringement*, no que concerne aos Direitos de Autor, terá surgido no caso Sony Corp. of Amer. V. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417 (disponível em [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464\\_US\\_417.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm) Acesso: 9 de Dezembro de 2012). Trata-se de um caso em que se discutia se uma sociedade comercial (*in casu*, a Sony) poderia ser considerada responsável pela criação de uma tecnologia que permitisse que alguns dos seus clientes pudessem utilizá-la para perpetrar violações de direitos de autor. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América considerou que tal não sucederia, desde que essa tecnologia fosse capaz de ser utilizada para utilizações não ilícitas. Dito de outro modo, sempre que uma determinada tecnologia tem várias utilizações possíveis, não se pode negar ao público o acesso à tecnologia, mesmo que ela seja susceptível de várias utilizações, algumas delas ilícitas.

<sup>75</sup> De acordo com P. S. Atiyah, *Vicarious liability in the law of torts*, Londres: Butterworths, 1967, p. 3, a *vicarious liability* pode ser definida como a responsabilidade imposta por lei a uma pessoa, como resultado (1) de uma acção ilícita ou omissão de outrem, (2) da existência de uma relação entre o

que os prestadores, para além de retirarem um benefício financeiro directo da conduta ilícita, tinham o poder de fiscalizar as acções do infractor directo de direitos de autor, mesmo que não tivessem tido conhecimento efectivo da infracção<sup>76</sup>.

Um dos casos que ficaram célebres e que não terão deixado de influenciar a adopção do DMCA foi o caso *Religious Technology Center V Netcom On-line Communication Services*<sup>77</sup>, onde se discutia se uma administrador desserviços BBS e o respectivo fornecedor de acesso, a Netcom, seriam responsáveis por violação de direitos de autor cometida por um subscritor do BBS. A *Religious Technology Center* peticionava *contributory infringement* e *vicarious liability* da Netcom. O Tribunal decidiu que o autor tinha razão na alegação do conhecimento da Netcom relativamente às violações de direitos de autor cometidas pelo utilizador, pese embora não tivesse demonstrado factos que permitissem concluir pela viabilidade da acção, a mesma falharia caso se provasse o *fair use*.

Tendo em consideração a existência de decisões erráticas por parte da jurisprudência norte-americana<sup>78</sup>, foi sentida a necessidade de dar expressa regulação legal a esta matéria e, deste modo, o Congresso Norte-Americano aprovou, em 1998, o DMCA, cujo Título II introduziu o § 512 no USCA, que aborda a matéria relativa à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, por violações

---

lesado e o réu que se pretende declarar responsável e (3) de uma ligação entre a acção ilícita (“*tortious act*”) ou a omissão e essa relação.

<sup>76</sup> Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de Direitos de autor*, cit., p. 81.

<sup>77</sup> Disponível apud [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907\\_FSupp\\_1361.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm) (Acesso: 14 de Janeiro de 2013)

<sup>78</sup> Júlia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: comparing EU and U.S. legal frameworks*, p. 3.

de direitos de autor, tendo em conta as diferentes actividades por eles exercidas<sup>79</sup> <sup>80</sup>.

Trata-se de um diploma que, aquando da sua promulgação, era motivado por dois propósitos essenciais. O primeiro consistiu na previsão expressa de portos seguros (“*safe harbours*”), que conduzissem à exoneração da responsabilidade do prestador de serviços em rede, a saber: (i) comunicações transitórias, (ii) armazenagem temporária (“*caching*”), (iii) armazenagem em servidor (“*hosting*”) e (iv) instrumentos de localização de informação. Em segundo lugar, foram previstas medidas anti-fraude (*anticircumvention measures*), visando determinar a ilicitude do fabrico, importação, oferta ao público ou fornecimento por qualquer outro meio de dispositivos destinados a defraudar sistemas de protecção anti-cópia<sup>81</sup>.

Para que o § 512 USCA seja aplicável, os prestadores de serviços devem, em primeiro lugar, observar dois pré-requisitos de carácter geral. Assim, o prestador deverá adoptar e implementar, razoavelmente, uma política de cessação das assinaturas dos subscritores dos serviços que sejam reincidentes e, adicionalmente,

---

<sup>79</sup> Aliás, devido ao escopo reduzido do DMCA, surgem algumas vozes pronunciando-se por uma regulação similar à do DMCA noutras áreas. Assim, por exemplo, Brian Kaiser, *Contributory infringement by internet service providers: an argument for limitation*, in JTLTP, vol. 7 (Junho de 2002), pp. 65-100, (p.97) defende que é possível existirem situações de *contributory infringement* no âmbito de Propriedade Industrial, em virtude do desrespeito de marcas (“*trademarks*”), defendendo que esse é o melhor método para ajudar a prevenir a confusão do consumidor, ajudando a reduzir os custos de pesquisa dos consumidores. Ademais, entende o autor que existe uma situação análoga à do *copyright*, pelo que careceria de sentido impor aos prestadores de serviços o ónus de policiar o ciberespaço com o fito de descobrir situações potencialmente ilícitas, pelo que entende o autor que deveriam ser implantadas regras destinadas a limitar o *contributory infringement* relativo a marcas. *Idem, ibidem, cit.*, p. 100.

<sup>80</sup> Adicionalmente, cumpre ter em linha de consideração que o DMCA continua a gerar polémica, mesmo após a sua entrada em vigor. Com efeito, têm sido aventada a hipótese de o referido diploma estar ferido de inconstitucionalidade. Sobre este ponto, cfr., Schwarz, *Thinking outside the Pandora's Box: why the DMCA is unconstitutional under Article I, § 98 of the U. S. Constitution*, in JILTLP 10 (2005), pp. 93-153.

<sup>81</sup> Jessica Litman, *Digital copyright*, cit., p. 143.

deverá curar de não interferir com técnicas padrão (“*standard technical measures*”)<sup>82</sup>.

Convém ter em conta que, para beneficiar das exonerações de responsabilidade referentes às comunicações transitórias, o prestador deverá, também, ser qualificado como prestador de serviços (“*service provider*”), o que implica que seja uma entidade que permite a transmissão, encaminhamento ou fornecimento de ligações para comunicações digitais em linha entre pontos determinados pelo utilizador e de material por ele escolhido, sem modificação do material enviado ou recebido<sup>83</sup>. Todavia, cumpre salientar que, no tocante às restantes situações de exoneração de responsabilidade, o prestador de serviços é definido como a entidade que fornece serviços em linha ou acesso a redes, ou o operador dos meios necessários para o efeito<sup>84</sup>.

No que tange às comunicações transitórias, o prestador de serviços verá a sua responsabilidade limitada nas situações em que actue como um simples condutor de informação, transmitindo informação digital de um ponto da rede para outro a pedido de alguém, o que incluirá os actos de transmissão, encaminhamento ou fornecimento de ligações à informação, bem como as reproduções intermediárias e transitórias efectuadas no decurso de uma transmissão. Para tal suceder, o prestador não poderá ter iniciado a transmissão da informação; a transmissão deverá ter sido efectuada através de um processo automático; o prestador não poderá ter seleccionado o destinatário da informação; as reproduções intermédias apenas poderão ser acessíveis aos destinatários da informação; finalmente, a informação transmitida não poderá ter sido modificada<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> § 512 (i) (1) (A) e (b) do USCA.

<sup>83</sup> § 512 (k) (1) (A) do USCA.

<sup>84</sup> § 512 (k) (1) (B) do USCA.

<sup>85</sup> § 512 (a) do USCA.

No que diz respeito à armazenagem temporária (“*caching*”), os prestadores de serviços também beneficiarão da limitação de responsabilidade quando se limitem a armazenar temporariamente informação nos seus servidores. Para este limite ser aplicável, é mister que se verifiquem as seguintes condições: o conteúdo armazenado não poderá ser modificado; o prestador de serviços deverá respeitar as regras relativas à actualização da informação. Adicionalmente, exige-se ainda que o prestador remova ou bloqueie o acesso a qualquer material colocado na fonte original sem a autorização do titular do *copyright*, desde que seja notificado de que esse material foi retirado ou que foi bloqueado o seu acesso ou tenha sido ordenada essa remoção ou bloqueio<sup>86</sup>.

O terceiro limite previsto pelo legislador norte-americano refere-se às actividades de armazenagem de informação nos servidores do prestador de serviços, a pedido de um utilizador. Trata-se de uma situação que abrangerá, *verbi gratia*, o armazenamento de um sítio *web* ou de uma sala de conversação<sup>87</sup>. Assim, o prestador verá a sua responsabilidade limitada, por via de regra, desde que não tenha conhecimento da ilicitude da informação por si albergada e desde que não tenha conhecimento de factos ou circunstâncias que evidenciem o carácter ilícito da actividade. Finalmente, mal tenha obtido conhecimento acerca dessa eventual ilicitude, o prestador deverá diligenciar de modo a remover ou a impedir o acesso, de forma expedita, a essa informação<sup>88</sup>.

O quarto e último limite previsto pelo DMCA diz respeito a instrumentos de busca. O legislador norte-americano encarou o problema relativo à responsabilidade decorrente de ligações de hipernexo para uma página Internet que contenha conteúdos ilícitos. Assim, o prestador de serviços será irresponsável, desde que

---

<sup>86</sup> § 512 (b) do USCA.

<sup>87</sup> Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de direitos de autor*, cit., p. 100.

<sup>88</sup> § 512 (c) (1) do USCA.

não tenha conhecimento da ilicitude da informação para o qual o hipernexo remete, desde que não tenha conhecimento de factos ou circunstâncias que evidenciem o carácter ilícito da actividade para a qual aponte. Finalmente, mal tenha obtido conhecimento acerca dessa eventual ilicitude, o prestador deverá diligenciar de modo a remover ou a impedir o acesso, de forma expedita, a essa informação para a qual aponte<sup>89</sup>.

Note-se que, no tange as estes dois últimos portos seguros, o requisito do conhecimento define-se tendo por base dois critérios: o conhecimento real de que existe infracção e o conhecimento de factos ou circunstâncias das quais seja manifesto que existe infracção. Este último critério é conhecido por “bandeira vermelha” (“*red flag*”) e é o produto da difícil negociação entre os fornecedores de conteúdos, que desejavam um critério fácil de provar, e os fornecedores de espaço, que não desejavam que impendesse sobre eles a obrigação de investigar ou controlar qualquer actividade que fosse de carácter suspeito<sup>90</sup>.

Sublinhe-se, ainda, que o legislador norte-americano sentiu a necessidade de regular e de fixar os requisitos que a notificação enviada pelo titular de direitos deve respeitar, com o fito de impor ao prestador de serviços o dever de remover ou bloquear o acesso a determinado conteúdo. Trata-se de uma matéria regulada com bastante pormenor e que é comumente designado como procedimento de advertência e retirada (“*notice and take down procedure*”)<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> § 512 (d) (1) do USCA.

<sup>90</sup> Raquel Xalabarder, *Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millenium Copyright Act*, in AAVV, *Contenidos Ilícitos Y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*, Pamplona: Editorial Aranzadí, 2003, pp. 119-142 (p. 133).

<sup>91</sup> Cfr. o § 512 (c) (3) do USCA. Sobre este procedimento, cfr., Urban/Quilter, *Efficient process or chilling effects - Takedown notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, in Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal 22 (2005), pp. 621 - 694) (disponível em [http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/?utm\\_source=scholarship.law.berkeley.edu%2Ffacpubs%2F501&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/?utm_source=scholarship.law.berkeley.edu%2Ffacpubs%2F501&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages) Acesso: 17 de Janeiro de 2012).

Em qualquer caso, afigura-se conveniente chamar a atenção para o facto de, apesar de terem sido previstos estes quatro portos seguros<sup>92</sup>, os prestadores de serviços em rede terem sido alvo de um número considerável de acções judiciais em que não procuraram refugiar-se neles. Essa não procura de refúgio ficará explicada atendendo ao facto de, para poderem gozar da protecção dos *safe harbors*, os prestadores de serviços em rede terem de bloquear o acesso a ficheiros ilegais o que, no caso de redes de partilha de ficheiros musicais, consistiria na cessação da actividade do prestador de serviços em rede., que, desse modo, veria a procura dos seus serviços drasticamente reduzida. Adicionalmente, nestas situações, tratando-se de redes *peer-to-peer*, estaremos perante redes descentralizadas que não serão reconduzíveis à definição de “prestador de serviços” constante do DMCA.<sup>93</sup> Neste particular reveste particular importância o caso *Napster*, que passaremos a analisar de forma sumária.

No caso *Napster*<sup>94</sup>, a Ré *Napster* armazenava índices dos ficheiros em formato “mp3”<sup>95</sup> dos seus utilizadores nos seus servidores, de modo a que os utilizadores pudessem fazer pesquisas de ficheiros musicais. De seguida, o programa *Napster* (*software* criado e concebido pela Ré) ligava o utilizador ao ficheiro que

---

<sup>92</sup> *Summo rigore*, cumpre salientar a existência de um quinto porto seguro, constante do § 512 (e) USCA, previsto para instituições educativas sem espírito lucrativo. Assim, essas instituições poderão ver-se exoneradas de responsabilidade desde que (i) as actividades ilícitas não suponham o acesso a materiais de cursos requeridos ou recomendados nos três últimos anos, (ii) a instituição não tenha recebido, nos últimos 3 anos, mais do que duas notificações por infracções cometidas por algum dos seus professores ou estudantes e (iii) a instituição disponibilize aos seus usuários informação sobre regras relativas à protecção da propriedade intelectual.

<sup>93</sup> *Gallant/Molinaro, Internet service provider liability as publisher, distributor, conduit, enterprise, landlord and dance-hall operator* ([http://gsulaw.gsu.edu/lawland/fao4/gallant\\_molinaro/](http://gsulaw.gsu.edu/lawland/fao4/gallant_molinaro/) Acesso: 9 de Janeiro de 2006)

<sup>94</sup> *A&M RECORDS, Inc. v. NAPSTER, INC.*, 239 F. 3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir. 2001) ([http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239\\_f3d\\_1004.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_f3d_1004.htm) (Acesso: 12 de Dezembro de 2012))

<sup>95</sup> Os ficheiros mp3 permitem a compressão de ficheiros áudio de grande dimensão, através da eliminação de frequências que não são audíveis, não dando origem à perda de qualidade, para o ouvido humano, do ficheiro.



quisesse descarregar para o seu computador, o que implicava que a Napster fosse uma mera intermediária entre os utilizadores.

O Tribunal decidiu dar provimento a uma providência cautelar (“*injunction*”), dando razão aos autores, uma vez que existiria prova *prima facie* de que haveria *direct infringement* da Napster na violação dos direitos de autor de distribuição e reprodução. Adicionalmente, o Tribunal também considerou que a Napster tinha conhecimento dessas violações de direitos de autor, o que poderia constituir fundamento para ser declarada quer o seu *contributory infringement* quer a sua *vicarious liability*<sup>96</sup>. Quanto a esta última, o Tribunal considerou que existia um benefício económico da Napster, uma vez que o seu plano de negócio baseava-se na expansão da base de utilizadores, o que seria conseguido à custa da facilitação da troca ilegal de ficheiros<sup>97</sup>.

Mais recentemente, as atenções voltaram-se o caso Megaupload, em que a ré, alegadamente, teria conhecimento que, nos servidores ao seu cuidado, muitos dos respectivos utilizadores carregava, (*upload*) ficheiros de áudio e vídeo relativos a inúmeros discos e filmes, que, posteriormente, eram descarregados pelos utilizadores do *site*. Conquanto a Megaupload tenha retirados algumas das ligações para materiais alheios na sequência do acionamento dos procedimentos de aviso e retirada, terá deixado um conjunto considerável de ligações aos ficheiros, o que, na prática, não terá contribuído para a diminuição do descarregamento (“*download*”) de materiais protegidos<sup>98</sup>. Perante esta situação, o Tribunal decidiu que o sítio *web* Megaupload não estava em

---

<sup>96</sup> Relativamente a esta última, entende Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p 276, que é mais idónea a disciplinar a responsabilidade do prestador de serviços em rede, já que, de um lado, com a colocação à disposição de um meio *criminis*, fornece uma *contribution* decisiva para a realização do ilícito, enquanto que, de outra banda, vem chamado a responder em razão do grau de conhecimento (*knowledge*) que o prestador tinha da utilização do sítio *web* para finalidade ilícitas.

<sup>97</sup> Para mais pormenores, cfr., por exemplo, Jessica Litman, *Digital copyright*, cit., pp. 158-160.

<sup>98</sup> Sobre o *download* de obra protegida, entre nós, José Alberto Vieira, *Download de obra protegida pelo direito de autor e uso privado*, in *Direito da sociedade da informação*, Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 421-467.

conformidade com o USCA relativamente aos procedimentos de aviso e retirada, mas, sobretudo, por serem indiciados da prática de crimes relativos a direitos de autor (“*Conspiracy to commit copyright infringement*” e “*Criminal copyright infringement*”), bem como do crime de lavagem de dinheiro (“*Moneylaundering*”), causando prejuízos estimados de cerca de quinhentos milhões dólares aos titulares dos direitos intelectuais violados<sup>99</sup>, pelo que o sítio *web* foi encerrado em 19 de Janeiro de 2012<sup>100</sup>.

#### 4. A Directriz n.º 2000/31/CE

##### 4.1. O fito de harmonização legislativa

Tendo em vista procurar resolver alguns dos aspectos relativos à matéria do comércio electrónico, a União Europeia aprovou a Directriz n.º 2000/31/CE de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial o comércio electrónico no mercado interno<sup>101</sup>.

Conforme adiantámos *supra*, no §1.1, a Directriz não procurou regular o comércio electrónico *in toto*, mas apenas aspectos avulsos deste, dado que se pressupõem aspectos já regulados por outras directrizes<sup>102</sup>, tendo surgido em função da necessidade sentida pela

---

<sup>99</sup> Cfr. o comunicado de imprensa do *United States Department of justice*: <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/january/12-crm-074.html> Acesso: 20 de Janeiro de 2012)

<sup>100</sup> A ordem judicial pode ser consultada em: <http://documents.latimes.com/justice-department-indictment-file-sharing-site-megaupload/> Acesso: 20 de Janeiro de 2012)

<sup>101</sup> Neste particular, não julgamos que seja despiendo salientar que a Directriz n.º 2000/31/CE é tributária quer do DMCA e da TDG. Indo um pouco mais longe, Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 279, considera que esta é, tão-somente, uma das características do Direito da Sociedade da Informação: a tendência de uniformização, que terá como efeito procurar prevenir eventuais diferenças de regime entre os vários ordenamentos jurídicos

<sup>102</sup>Arno Lodder, *Directive on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market* in Lodder/Kaspersen, *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, Haia/Londres/ Nova Iorque: Kluwer Law International, 2002, pp. 67-93 (p. 67-68), salienta que a Directriz lida com aspectos fulcrais do comércio electrónico, o que justifica que seja conhecida como a Directriz de enquadramento legal.

União Europeia de procurar harmonizar as legislações internas dos Estados-Membros, uma vez que tal divergência legislativa a par da insegurança sentida dos regimes jurídicos nacionais nas matérias relativas à sociedade da informação, poderiam funcionar como obstáculo ao bom funcionamento do mercado interno, em virtude de tornar menos atraente a liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços<sup>103</sup>, salientando-se, ainda, a introdução de regras aptas a garantir o desenvolvimento do comércio electrónico, bem como proceder à definição do estatuto jurídico do prestador de serviços que opere nesse sector<sup>104</sup>.

Assim, conforme teremos oportunidade de ver de seguida, a Directriz, ao procurar regular a responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede, optou por uma solução de compromisso, tentando encontrar o equilíbrio dos interesses dos prestadores de serviços em rede e dos titulares de direitos susceptíveis de serem lesados, designadamente no que diz respeito a titulares de direitos de autor e direitos conexos<sup>105</sup>.

#### **4.2. As previsões de responsabilidade civil. Enquadramento**

No que concerne à responsabilidade civil dos prestadores de serviços, a Directriz 2000/31/CE não deixou, também, de salientar, no Considerando 40, que *“As divergências actuais ou futuras, entre as legislações e jurisprudências nacionais no domínio da responsabilidade dos prestadores de serviços agindo na qualidade de intermediários, impedem o bom funcionamento do mercado interno, perturbando particularmente o desenvolvimento dos serviços transfronteiriços e produzindo distorções de concorrência (...)”*.

---

<sup>103</sup> Cfr. considerando 5 da Directriz.

<sup>104</sup> Maria Astone, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, cit., pp.433-434).

<sup>105</sup> Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., pp. 69-70.

Para acautelar a esta situação, o legislador comunitário regulou a responsabilidade civil dos prestadores de modo a que, uma vez observados certos requisitos, estes ficassem isentos de responsabilidade. Assim, as situações de responsabilidade previstas nos artigos 12.º a 15.º da Directriz abrangeriam os casos em que a actividade exercida pelo prestador de serviços em linha se limitasse a situações em que estivéssemos perante uma actividade de natureza passiva, o que implicaria que o prestador de serviços não tivesse conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem tivesse o controlo dela<sup>106</sup>. Tendo como pano de fundo este enquadramento, não será exagerado afirmar que o legislador comunitário não deixou de ser permeável às soluções que foram implementadas além-Atlântico, *maxime* no DMCA<sup>107</sup>.

É mister sublinhar que a Directriz não procura derrogar o sistema geral de responsabilidade civil, que continua a ser aplicável, uma vez que, caso tal sucedesse, teria de ter estabelecido um regime jurídico que substituísse o regime comum, pelo que seria imperioso que se procedesse à fixação dos critérios de atribuição de responsabilidade. Efectivamente, a Directriz não estabeleceu qualquer critério de atribuição de responsabilidade, dado que se limitou a prever determinadas exclusões de responsabilidade, pelo que, não sendo observado um dos requisitos traçados pelo legislador comunitário, será aplicável o regime comum<sup>108</sup>.

Decorre do que vai exposto que Directriz adoptou uma abordagem horizontal. Com efeito, esta abordagem afigura-se mais apropriada, uma vez que, caso se tivesse optado por estabelecer um regime específico de responsabilidade para cada ramo de direito

---

<sup>106</sup> Cfr. considerando 42 da Directriz. Refira-se, a propósito, que, de acordo com Gerald Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr*, cit., p. 922, refere que este considerando é fundamental para a interpretação das factiespécies de responsabilidade (“*Verantwortlichkeitstatbestände*”).

<sup>107</sup> Salientando este aspecto, Travis, *Opting out of the internet in the United States and the European Union*, cit., p. 364.

<sup>108</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet*, in AAVV, *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2003, pp. 25-64 (pp. 35-36)

substantivo, os intermediários veriam impender sobre si uma obrigação de monitorizarem os conteúdos que estivessem em circulação pelos seus sistemas<sup>109</sup>. Ademais, esta abordagem adapta-se melhor à tradição dos sistemas continentais, assentes em cláusulas gerais de responsabilidade aplicáveis aos ilícitos das mais variadas espécies, contrariamente ao verificado nos países de *common law*, em que se reconhecem diferentes tipos de *tort*<sup>110</sup>.

De acordo com o quadro legal gizado pela Directriz 2000/31/CE, existem três previsões que determinam a desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede, a saber: o simples transporte (artigo 12.º), a armazenagem temporária ou (artigo 13.º) e a armazenagem em servidor (artigo 14.º)<sup>111</sup>, que passaremos a examinar de seguida.

### 4.3. Simples transporte

Nos casos em que o prestador de serviços é meramente passivo, não poderá ser considerado responsável pelo conteúdo da informação que é reencaminhada através da sua rede ou por ter facultado a outrem o acesso a uma rede de comunicações. Assim, o

---

<sup>109</sup> Júlia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: Comparing EU and U.S. legal frameworks*, cit., p. 8. Contra a abordagem horizontal pronuncia-se André Lucas, *Exploração e convergência dos Media*, in *Temas de propriedade intelectual*, n.º 5-7, 2001, pp. 140-152 (p. 141), referindo que se trata de uma abordagem redutora, pois é seu entendimento que não se pode colocar no mesmo nível de protecção os direitos de autor e a perseguição de pedófilos ou revisionistas.

<sup>110</sup> Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho privado de internet*, 3.ª ed., Madrid: Ediciones Civitas, 2002, p. 587-588. Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de direitos de autor*, cit., p. 130. A talho de foice, diga-se que é precisamente por este motivo que temos grande dificuldade em seguir a esquematização proposta por Vítor Gonçalves, *A responsabilidade civil na INTERNET*, (polic.), Lisboa 1999/2000, uma vez que o autor optou por fazer uma análise casuística das várias manifestações da responsabilidade civil na Internet, em vez de cuidar de efectuar uma abordagem de cariz generalista.

<sup>111</sup> Conforme refere Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, cit., p. 228 estamos perante uma escala crescente de irresponsabilização, uma vez que se vai desde a total irresponsabilização (simples transporte) até à responsabilização do prestador de armazenagem em servidor, se tiver conhecimento de factos ou circunstâncias de que resulta a ilegalidade do conteúdo.

legislador comunitário visou isentar de responsabilidade aqueles que fornecem a transmissão de informações e o acesso a redes<sup>112</sup>.

A passividade do comportamento do prestador de serviços conduzirá à sua isenção de responsabilidade desde que este (i) não esteja na origem da transmissão, (ii) não seleccione o destinatário da transmissão e (iii) não seleccione nem modifique as informações que são objecto da transmissão (artigo 12.º, n.º 1 da Directriz 2000/31/CE).

Deste modo, desde que a iniciativa pela transmissão da informação caiba ao utilizador do serviço, o prestador não poderá ser responsabilizado. Isso mesmo resulta do disposto no artigo 12.º, n.º 2 da Directriz, que estabelece que as actividades de transmissão e facultamento de acesso abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão.

Trata-se, pois, de uma situação que visa deixar claro que uma situação de mero transporte pode cair no campo de aplicação do artigo 12.º da Directriz 2000/31/CE mesmo que a transmissão envolva um armazenamento de informação, desde que este seja automático, intermédio e transitório, situação que abrangerá o armazenamento de dados na memória RAM dos computadores. Todavia, o ponto a partir do qual o armazenamento deixa de ser transitório não é claro. O critério reitor consistiria no facto de a armazenagem não ser razoavelmente necessária para a transmissão<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Rosa Julia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: comparing EU and U.S. legal frameworks*, cit., p. 10, Alain Strowel/Nicolas Ide, *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (1ère partie)*, cit., p. 67.

<sup>113</sup> Graham Smith *et alii*, *Internet Law and regulation*, 3.<sup>a</sup> ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2002, p. 207.

#### 4.4. Armazenagem temporária

Relativamente à armazenagem temporária, esta distinguir-se-á da incluída no simples transporte por visar tornar mais eficaz e mais económica a transmissão posterior de informação a pedido de outros destinatários do serviço<sup>114</sup>. Assim, estamos perante uma situação em que não topamos com uma situação que visa proteger o prestador de serviços em rede face à transmissão ou ao armazenamento de informações ilegais. Pelo contrário, estamos a proteger uma situação em que o propósito da armazenagem visa, tão-somente, uma transmissão mais eficiente da informação fornecida a pedido dos destinatários do serviço<sup>115</sup>.

A exigência de que a armazenagem seja temporária implica que certos tipos de armazenagem temporária não estejam abrangidos por esta limitação de actividade. Assim, por exemplo, o *mirror caching* não estará englobado por esta limitação de responsabilidade, uma vez que não será nem automático nem intermédio<sup>116</sup>.

Podemos, pois, concluir que o prestador de serviços não será considerado responsável, desde que (i) o prestador não modifique a informação, (ii) o prestador respeite as condições de acesso à informação, (iii) o prestador respeite as regras relativas à actualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector, (iv) o prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, e (v) o prestador actue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que

---

<sup>114</sup> Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, cit., p. 229.

<sup>115</sup> Arno Lodder, *Directive on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market*, cit., p. 87-88. Acrescentam Rowland/Macdonald, *Information Technology Law*, cit., p. 496 salientam que espaço de *cache* é limitado, pelo que, logo que esteja ocupado, a armazenagem de páginas novas implica que as mais antigas seja eliminadas.

<sup>116</sup> Rosa Julia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: comparing EU and U.S. legal frameworks*, cit., p. 12.

armazenou, logo que tome conhecimento efectivo de que a informação foi removida na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso (artigo 14.º, n.º 1 da Directriz 2000/31/CE).

#### 4.5. Armazenagem em servidor

Nos casos de armazenagem em servidor, contrariamente ao que sucede nos casos de simples transporte ou de armazenagem temporária, estamos perante uma situação em que o prestador de serviços coloca à disposição dos seus utilizadores espaço nos seus servidores, de modo a que estes possam colocar conteúdos na rede.

Assim, os prestadores de serviços em rede não serão considerados responsáveis desde que se verifiquem os requisitos enumerados nas alíneas a) e b) do artigo 14 da Directriz 2000/31/CE. Em primeiro lugar, o prestador de serviços não poderá ter conhecimento de que a informação ou actividade ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal. Adicionalmente, o prestador de serviços deverá diligenciar de modo a que, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, retire ou impossibilite o acesso às informações<sup>117</sup>.

Saliente-se, ainda, que a redacção do artigo 14.º, n.º 3 da Directriz 2000/31/CE não é feliz, porquanto a ambiguidade da

---

<sup>117</sup> Juliá-Barceló/Montero/ Salaün, *La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies*, cit., p. 45-46, referem que teria sido preferível distinguir as infracções flagrantes ou manifestamente ilícitas (por exemplo, imagens pedófilas, falsificação, violação de segredo) dos casos que podem gerar controvérsia ou discussão. Assim, a responsabilidade pela armazenagem em servidor não se daria desde que se verificasse uma tripla condição: que o prestador tenha tido conhecimento da presença no seu servidor dum conteúdo litigioso, que este seja manifestamente ilícito e que o prestador de serviços não tenha tomado qualquer atitude relativamente a esse conteúdo (ou seja, tenha tido um comportamento passivo).



expressão “exigir do prestador que previna” permite a interpretação de que um Estado possa prever que um tribunal ou uma autoridade administrativa possa exigir do prestador de serviços possa impor obrigações de supervisão e de controlo. Assim, parece ser possível entender que quer os tribunais quer as autoridades administrativas possam impor uma obrigação de supervisão limitada no tempo, relativamente a certos sítios *web* ou grupos de discussão devidamente especificados<sup>118</sup>.

#### 4.6. Questões não resolvidas

Salta à vista o facto de a Directriz 2000/31/CE não ter resolvido as questões relativas as serviços prestados por motores de busca e de serviços de hipernexos<sup>119</sup>. De facto, apenas encontramos uma referência fugaz no artigo 21.º, n.º 1, salientando a necessidade de a Comissão ter de apresentar um relatório acerca da aplicação da Directriz no prazo de 5 anos, acrescentando o artigo 21.º, n.º 2 que será analisada, em particular, a necessidade de propostas relativas à responsabilidade dos prestadores de hipernexos e de instrumentos de localização<sup>120</sup>.

Ficou, assim, por resolver uma questão premente que se faz sentir com mais acuidade no campo dos Direitos de Autor, embora também possa ter relevância noutros campos, mormente nas situações de ofensas ao bom nome ou no campo da concorrência desleal. A situação não se enquadrará nos casos de armazenagem em servidor, dado que a criação do hipernexo não gera uma situação de armazenamento de dados. Consequentemente poderão dar-se

---

<sup>118</sup> Juliá-Barceló/Montero/ Salaiün, *La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies*, cit. p. 43.

<sup>119</sup> Trata-se de uma conclusão retirada pela maioria dos autores que se debruçam sobre esta temática. Cfr., por exemplo, Lilian Edwards, *Defamation and the internet*, cit. 269-270

<sup>120</sup> Neste particular, o legislador comunitário não seguiu o exemplo do legislador norte-americano que, com o DMCA, introduziu a Secção 512, onde no ponto (d) se prevê a exclusão de responsabilidade dos prestadores de serviços nas situações relativas aos instrumentos de busca.

situações de eventual responsabilidade ao abrigo das leis dos diversos Estados Membros, uma vez que a Directiva não isenta de responsabilidade os prestadores de serviços nestes casos<sup>121</sup>.

Ademais, ficou por resolver, contrariamente ao que se verifica no Direito norte-americano, a questão relativa às notificações por alegada ilicitude a enviar aos prestadores de serviços em rede. Trata-se de uma situação evitável, dado que podem suceder casos em que o prestador de serviços possa vir a retirar informação a partir do momento em que se coloque perante a possibilidade – mesmo perante cenários remotos – de ser considerado responsável, amparando-se em cláusulas contratuais que permitam tal conduta.

Tendo em conta o facto de a Directriz prever a necessidade de efectuar relatórios tendentes a avaliar os resultados da sua aplicação, foi elaborado um primeiro relatório que, atendendo falta de experiência prática na aplicação da Directriz, afirmou ser difícil avaliar o seu impacto<sup>122</sup>.

A Directriz viria a ser objecto de um segundo estudo, contendo algumas recomendações de alteração da Directriz, de que daremos conta, a propósito da análise do Direito vigente<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Lilian Edwards, *Defamation and the internet*, cit. p. 270.

<sup>122</sup> Primeiro Relatório sobre a aplicação da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Directiva sobre comércio electrónico) - COM(2003) 702 final, p. 19 (disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0702:FIN:EN:PDF> Acesso: 8 de Janeiro de 2013). Foi consultada a versão inglesa.

<sup>123</sup> Cfr. *Study on the liability of internet intermediaries* (Markt 2006/09/E; Service Contract ETD 2006/IM/E2/69), disponível em: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/study/liability/final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf) Acesso: 10 de Janeiro de 2013). Cfr., igualmente o estudo *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society New rules for a new age?*, Novembro de 2009, (disponível em <http://ec.europa.eu/> Acesso: 27 de Janeiro de 2012)

## § 4. A responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede no regime interno

### 1. Considerações gerais

Ao efectuar a transposição<sup>124</sup> da Directriz 2000/31/CE, o legislador pátrio sentiu a necessidade de concretizar o conceito de “prestador intermediário de serviços” no artigo 4.º, n.º 5, definindo-o como aquele que presta serviços técnicos para o acesso, disponibilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço. Conforme se viu, a Directriz não continha tal definição no capítulo dedicado à “responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços”<sup>125</sup>.

À partida, nada obsta à consagração desta definição, porquanto os prestadores de serviços podem ser distinguidos em duas categorias diferenciadas. Por um lado, teremos os que oferecem serviços finais e, por outro, teremos os que oferecem serviços instrumentais para a actuação em rede, estando abrangidos nesta última categoria os que provêem o transporte ou transmissão de mensagens, o acesso à rede, à armazenagem intermédia ou definitiva em servidor e a outras funções intermediárias ou análogas<sup>126</sup>.

Deste modo, podemos concluir que os prestadores de serviços são intermediários entre o fornecedor dos conteúdos e o seu

---

<sup>124</sup> Note-se que, por exemplo, em Itália têm sido tecidas algumas críticas à transposição da Directriz 2000/31/CE. Cfr., por exemplo, Zeno-Zencovich, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D. Lgs. 70/03, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, XIX (2003), pp. 505-519.

<sup>125</sup> Em qualquer caso, sempre poderemos afirmar, acompanhando Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 272 que a noção de prestador de serviços acolhida pelo legislador mais não é do que o “decifrar” das várias categorias de prestadores de serviços em rede que a *praxis* conhece. Aliás, o autor, *op. cit.*, cit., pp. 272-273, acertadamente, reconhece que a própria evolução tecnológica foi a responsável pela fragmentação de uma noção unitária de prestador de serviços, pelo que será sempre necessário atender, em primeiro grau, à efectividade do serviço prestado e às suas características, de molde a podermos destrinçar as várias categorias de prestadores de serviços em rede pensáveis.

<sup>126</sup> Oliveira Ascensão, *Introdução à perspectiva jurídica*, in AAVV, *O comércio electrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio*, Anacom, Lisboa, 2004, pp. 104-116 (p. 106).

destinatário, podendo ter uma intervenção mais ou menos significativa, que poderá relevar em sede de responsabilidade civil. Antes de prosseguir, convém salientar que, para efeitos de responsabilidade, pode proceder-se à distinção de várias categorias de prestadores de serviços de informação, atendendo quer aos próprios prestadores de serviços da informação, quer atendendo às actividades por estes exercidas.

De acordo com um critério que atenda às actividades exercidas, podemos distinguir entre (i) fornecimento de conteúdos, que consiste na colocação dos mais variados conteúdos em linha à disposição dos utilizadores da rede, (ii) fornecimento de acesso dos utilizadores à rede informática, (iii) o fornecimento de serviços em geral, que incluem a disponibilização de meios que possibilitam ou facilitam a prestação e a recepção desses serviços, e (iv) o fornecimento de espaço, ou seja, a colocação de uma certa área do ciberespaço à disposição de outrem quer para a criação de uma página ou para envio e recepção de informações de e pelos utilizadores, quer para a colocação em rede dos mais variados conteúdos, designadamente através da gestão e da organização da informação disponibilizada por terceiros nos boletins electrónicos<sup>127</sup>.

Da nossa parte, seguiremos a classificação propugnada por Menezes Leitão, pelo que poderemos distinguir entre: (i) fornecedor de conteúdos, correspondendo à entidade que coloca conteúdos *on-line*, à disposição dos utilizadores da Internet, (ii) fornecedor de acesso, correspondendo à entidade que permite aos utilizadores o acesso à rede, (iii) intermediário de serviços, correspondendo à entidade que exerce actividades de intermediação, em relação aos serviços que circulam na rede, facilitando a prestação e a recepção desses serviços; e (iv) o fornecedor de espaço, correspondendo à

---

<sup>127</sup> Trata-se da classificação proposta, entre nós, por Cláudia Trabuco, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede*, cit. p. 144. A autora, em *Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais*, cit., p. 476, viria a recuperar esta classificação, salientando que se trata de uma perspectiva funcional, que não tem a pretensão de ser exaustiva ou rigorosa.

entidade que se limita a colocar certa área do ciberespaço à disposição de outrem, para esta aí colocar conteúdos<sup>128</sup>.

Em qualquer caso, cumpre salientar que ambas as classificações acabadas de expor são bastante similares<sup>129</sup>. Todavia, somos do entendimento que a classificação ora adoptada permitirá uma maior clareza de exposição e será de valioso auxílio para a identificação dos vários grupos de casos em que o prestador de serviços possa a ver afirmada a sua responsabilidade. Finalmente, é mister sublinhar que esta classificação tem, ainda, a virtualidade de permitir identificar as vestes em que o prestador de serviços actua<sup>130</sup>, coadjuvando a tarefa do intérprete que, deste modo, vê facilitada a aplicação das várias factiespécies de responsabilidade civil previstas pelo legislador.

Cumpre ainda salientar que, no mais das vezes, o prestador de serviços desempenha várias actividades simultaneamente. Pense-se, por exemplo, na situação em que determinado prestador fornece acesso à Internet bem como espaço para ser armazenada informação. Nessas situações, poderá beneficiar quer do regime estabelecido para o simples transporte quer para a armazenagem em servidor<sup>131</sup>. Dito de outro modo, há que determinar qual a actividade em causa, para, posteriormente, aplicar as normas que regulam tal actividade.

---

<sup>128</sup> Menezes Leitão, *A responsabilidade civil na internet*, in AAVV, *Direito da sociedade da informação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 147-167 (pp. 157-158). Classificação similar é propugnada também por Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit. p. 444 e segs. Gerald Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip*, cit., p. 922 e segs., que, à luz da TDG, prefere seguir de perto a sistemática da TDG, distinguindo as situações de simples transporte (“*Reine Weiterleitung*”), de armazenagem temporária (“*Zwischenspeichern*”), de armazenagem em servidor (“*Bereithalten*”), para, finalmente, tecer considerações sobre problemas não resolvidos pela TDG (“*Nicht geregelte Problemfelder*”), mormente as situações de responsabilidade decorrentes de hiperligações e de motores de busca.

<sup>129</sup> Disso mesmo nos dá conta Cláudia Trabuco, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede*, cit. p. 144 (nota 103) quando refere seguir de perto, embora com precisões, a tipologia sugerida por Luís Menezes Leitão.

<sup>130</sup> Como é consabido, o mais das vezes, um prestador de serviços pode desempenhar funções diferenciadas.

<sup>131</sup> Júlia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: comparing EU and U.S. legal frameworks*, cit., p. 7.

## 2. Serviços da Sociedade da Informação

O legislador interno, tal como a Directriz n.º 2000/31/CE, parte da definição de “serviços da sociedade da informação” para construir o regime jurídico atinente aos prestadores de serviços em rede. Todavia, contrariamente à Directriz, o legislador optou por definir o que são tais serviços, considerando que se trata de qualquer serviço prestado à distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica, em consequência de pedido individual do destinatário (artigo 3.º, n.º 1).<sup>132</sup>.

Deste modo, temos de estar perante um serviço (i) prestado à distância, i.e. sem que as partes estejam presentes, (ii) prestado por via electrónica, ou seja, um serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos electrónicos de processamento e (iii) mediante pedido individual do de um destinatário de serviços<sup>133</sup>. A estes elementos acresce um quarto elemento, meramente natural, consistente na retribuição pelos serviços prestados, uma vez que o serviço pode ser prestado no âmbito de uma actividade económica, ainda que não esteja

---

<sup>132</sup> Com efeito, a Directiva não definia “serviços da informação”, limitando-se a remeter para o conceito firmado no n.º 2 do artigo 1.º da Directriz 83/34/CE, alterada pela Directriz 94/48/CE, de acordo com a qual se considera como serviço “qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”.Pese embora tal remissão legal, entendia Arno Lodder, *Directive on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market*, cit., p. 71, que a definição de serviços da sociedade da informação podia ser encontrada no Considerando 17 da Directriz n.º 2000/31/CE. Para uma análise crítica da definição de “serviços da sociedade da informação”, cfr., o Capítulo 6 do *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society New rules for a new age?*, cit., p. 10-14.

<sup>133</sup> Assim Luís Menezes Leitão, pp. 156-157. Arno Lodder, *Directive on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market*, cit., pp. 71, por seu turno, exige que estejamos perante uma prestação de serviços remunerada. Já Carlos Fuenzalida, *Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico*, in ADC LV (Janeiro-Março de 2002), pp. 67-90 (p.v71) salienta que não há necessidade de estarmos perante serviços não remunerados, uma vez que o legislador comunitário terá pensado nos casos de fornecimento de acesso gratuito à rede que, por vezes, as companhias telefónicas fornecem.

envolvida qualquer contraprestação<sup>134</sup><sup>135</sup>. Deverá, no entanto, ter-se presente que esta noção não é uma omnicompreensiva, porquanto o Decreto-Lei interno não é aplicável: (i) a matéria fiscal; (ii) à disciplina da concorrência; (iii) ao regime do tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade; (iv) ao patrocínio judiciário; (v) aos jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas, em que é feita uma aposta em dinheiro; e (vi) à actividade notarial ou equiparadas, enquanto caracterizadas pela fé pública ou por outras manifestações de poderes públicos<sup>136</sup>.

Estamos, pois, perante uma situação em que o conceito reitor do regime legal fundamental do comércio electrónico em geral, e da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede em particular, é um conceito fundado no acervo comunitário, dado que o legislador não curou de procurar criar um conceito novo, limitando-se a remeter para um conceito já existente.

Em qualquer caso, cumpre salientar que comércio electrónico é, na acepção da Directriz (e, conseqüentemente, do Decreto-Lei interno), a actividade de prestação de serviços da sociedade da informação, o que corresponde a uma noção ampla de comércio electrónico, dado que esta actividade não tem de ter natureza comercial em sentido restrito. Todavia, nem todas as realidades são enquadráveis nesta noção de comércio electrónico, uma vez que o

---

<sup>134</sup> Neste sentido, Alexandre Dias Pereira, *Serviços da sociedade da informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico*, (polic.) Lisboa: FDNUL - Working Papers, 2001, p.8. Todavia, note-se que o mesmo autor em *The Protection of Intellectual Property in E-Commerce* in BFDC LXXVI, pp. 289-369 (pp. 306-307) já parece incluir o conceito de remuneração na definição de serviços da sociedade da informação.

<sup>135</sup> Em tom bastante crítico, Ana Lambea Rueda, *El correo electrónico*, cit., p. 937 salienta o facto de a Directriz conter escassas referências ao serviço de correio electrónico, o que não implica que, obviamente, ela não lhe seja aplicável. Indo um pouco mais longe, a autora, *Idem, Ibidem*, cit. p. 940 considera que quer a Directriz quer a Lei que a transpôs para o ordenamento espanhol deveriam distinguir vários tipos de serviços, referindo-se, em concreto, aos requisitos que cada um deve observar, em virtude de ser impossível lograr a unificação num universo tão díspar. Trata-se, cremos, de uma opção que o legislador pátrio deveria ponderar *de jure condendo*.

<sup>136</sup> Cfr. artigo 2.º, número 1.

comércio electrónico indirecto não é abrangido quer pela Directriz quer pelo Decreto-Lei interno que operou a sua transposição<sup>137</sup>.

Saliente-se, ainda, que, nos termos do artigo 2.º, alínea b) da Directriz 2000/31/CE, seria considerado “prestador de serviços”, “*qualquer pessoa, singular ou colectiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade de informação*”. Conforme facilmente se intui, trata-se de uma definição propositadamente abrangente, permitindo incluir nela não apenas as operadoras, mas também os próprios cibernautas, que, ocasionalmente, podem prestar serviços no âmbito da sua intervenção em rede e mesmo a título gratuito<sup>138</sup>.

Adicionalmente, era ainda necessário proceder à distinção com a figura do “prestador de serviços estabelecido” (artigo 2.º, alínea c) da Directriz 2000/31/CE), que mais não seria do que o “*prestador que efectivamente exerça uma actividade económica através de uma instalação fixa, por um período indefinido*”. De qualquer modo, o legislador comunitário curou de esclarecer, a propósito desta última figura, que a presença e a utilização de meios técnicos e de tecnologia necessários para prestar o serviço não constituem, em si mesmos, o estabelecimento do prestador. Ou seja, a Directriz estabelece que cabe ao Estado em que o prestador de serviços está estabelecido assegurar o cumprimento das regras (internas) de exercício da actividade, pelo que o prestador que se submeta a tais regras tem título para o exercício em toda a União Europeia<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Dário Moura Vicente, *Problemática internacional da sociedade da informação*, cit., pp. 203-204.

<sup>138</sup> Luís Menezes Leitão, *A responsabilidade civil na internet*, cit., p. 157. A este propósito, saliente-se que já Carneiro da Frada, *Vinho novo em odres velhos? A responsabilidade civil das “operadoras” da Internet*, in ROA 59 (1999), pp. 665-692 (p. 669), tinha salientado que o carácter amador e esporádico que caracteriza a actuação dos cibernautas não os exime de toda a responsabilidade, uma vez que estão, seguramente, vinculados a deveres genéricos de comportamento *on-line*.

<sup>139</sup> Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Julho (comércio electrónico)*, cit., p. 224. Cumpre salientar que permanecem pertinentes as críticas tecidas pelo autor ao Anteprojecto de transposição, uma vez que o diploma actual parece ter em linha de conta os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal, quando a Directriz visa todos os prestadores de serviços comunitários.



Assim, o legislador nacional, na senda das normas comunitárias, estabeleceu expressamente que um prestador de serviços que exerça uma actividade económica no país mediante um estabelecimento efectivo considera-se estabelecido em Portugal, independentemente da localização da sua sede, não configurando a mera disponibilidade de meios técnicos adequados à prestação do serviço, só por si, um estabelecimento efectivo (artigo 4.º, n.º 2)<sup>140</sup>.

### 3. Princípio da equiparação

Nos termos do disposto no artigo 11.º, a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede está sujeita ao regime comum, nomeadamente em caso de associação de conteúdos. Estamos, pois, perante uma situação que visa equiparar, para efeitos de responsabilidade civil, o comportamento *on-line* e o comportamento *off-line*, porquanto se afirma que a Internet não é um espaço sem regras. Pelo contrário, é-lhe aplicável, plenamente, o regime comum de responsabilidade civil<sup>141</sup>

Nesta situação, o legislador começou por esclarecer que a responsabilidade dos prestadores é a comum, não fosse entender-se

---

<sup>140</sup> A este propósito, é mister salientar, seguindo Dário Moura Vicente, *Problemática internacional da sociedade da informação*, cit., pp. 209-210, que o artigo 4.º, n.º 1 deu origem a uma regra de conflitos unilateral, que define as condições em que são aplicáveis em Portugal as normas nacionais reguladoras dos serviços da sociedade da informação, sendo que, atendendo ao disposto no artigo 5.º, n.º1, procedeu-se a uma bilateralização imperfeita da regra contida no artigo 4.º, n.º1 submetendo-se também os serviços aí visado à lei do respectivo país de origem. Bilateralização imperfeita, dado que apenas são abrangidos pelo preceito os serviços prestados por entidades estabelecidas noutros Estados-Membros das Comunidade.

<sup>141</sup> Conforme salientava Carneiro da Frada, *Vinho novo em odres velhos? A responsabilidade civil das “operadoras” da Internet*, cit., p. 681, a circunstância de uma conduta lesiva de posições delitualmente protegidas a ocorrer por meios informáticos (“*on line*”) não coloca nenhum problema específico de responsabilidade. Sobre o regime comum da responsabilidade civil, cfr., por todos, Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 10.ª ed., vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 518 e segs, Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 557 e segs., Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol - I *Introdução, da constituição das obrigações*, 9.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 295 e segs, bem como Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português II*, tomo III, *Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 285 e segs (*maxime*, p. 429 e segs.)

que o benefício dos prestadores intermediários se estenderia também aos prestadores finais de serviços em rede<sup>142</sup>. Neste particular, o diploma interno, aparentemente, foi um pouco mais longe do que a Diretriz, porquanto o princípio da equiparação não está previsto no diploma comunitário.

Todavia, há que ter em conta que esse princípio estava já implícito nas regras estabelecidas na Diretriz a propósito da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede. Ou seja, é lícito afirmar, à luz da Diretriz 2000/31/CE, que seriam aplicáveis as normas gerais de responsabilidade, excepto se estivessem reunidos os requisitos de exoneração de responsabilidade nos casos de simples transporte, armazenagem temporária e de armazenagem em servidor<sup>143</sup>.

Em qualquer caso, somos do entendimento que este princípio da equiparação, de certo modo, mais não é do que o reconhecimento do facto de o ciberespaço não consubstanciar uma realidade peculiar, nem possuir uma natureza específica<sup>144</sup>. Efectivamente, conforme poderemos verificar adiante, o regime específico de responsabilização dos prestadores de serviços em rede limitou-se a reconhecer a sua incapacidade, *rectius*, a inexigibilidade de estes poderem levar a cabo um controlo sistemático da informação que

---

<sup>142</sup> Oliveira Ascensão, *Introdução à perspectiva jurídica*, cit. p. 108.

<sup>143</sup> AAVV, *Lei do comércio electrónico anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.48.

<sup>144</sup> Neste particular, seguimos de perto o entendimento de Lawrence Lessig, *The law of the horse – What cyberlaw might teach*, cit., p. 509, para quem o ciberespaço não tem natureza própria, dado que a sua arquitectura (o seu código), mais não é do que o conjunto de *software* e *hardware* que o constituem e criam um núcleo de limites que, à imagem da arquitectura nos espaços reais, estabelecem condições de acesso às áreas do ciberespaço. Aliás, cumpre salientar que o autor *op. cit.*, cit., p. 514 e ss., entende que a regulabilidade do ciberespaço, i.e., a possibilidade de criar normas jurídicas capazes de o regular, depende, apenas do seu código, que, no entendimento do autor, é neutro. Não muito distante, Cláudia Trabuco, *Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais*, cit., p. 483, salientando a necessidade estudar a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede tendo por base o artigo 483.º CC e não, por exemplo, o disposto na Lei da Rádio (Lei 54/2010, de 24 de Dezembro) ou na Lei da Imprensa (Lei 2/99, de 13 de Janeiro), onde se prevê a responsabilidade solidária do operador de televisão ou da empresa jornalística com os responsáveis pelos conteúdos.

disponibilizam, devido à multiplicidade desta, não se apresentando, por esse motivo, como uma realidade autónoma<sup>145</sup>.

À guisa de conclusão, é mister salientar que do princípio<sup>146</sup> da equiparação não se concluir que estamos perante um princípio de responsabilidade, contanto que verificados os respectivos pressupostos<sup>147</sup>, uma vez que, *summo rigore*, não existe em Direito Civil um princípio geral de reparação de danos, atento o facto de o ressarcimento de danos ser excepcional, na medida em que não só é mister que se verifiquem os pressupostos da responsabilidade civil, como este *corpus* normativo não visa tutelar todo e qualquer dano, mas, outrossim, aqueles que sejam dignas de protecção, fruto da sua relevância<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> O que não impede que, conforme salienta Wanda Capeller, *Un net pás três net – réflexions sur la criminalité virtuelle*, in APD 43 (1999), pp. 167-185 (p. 173), no ambiente electrónico, as questões relativas à confiança e ao risco sejam colocadas num novo contexto, em virtude de estarmos perante uma ordem social pré-virtual, em que a construção de uma relação entre um acontecimento possível e um capital valorizado se produz sem a presença física dos sujeitos em causa.

<sup>146</sup> Não é esta a sede para nos pronunciarmos sobre a distinção entre princípio e regra. Cfr. v.g., José Lamago, *Discussão sobre os princípios jurídicos*, in RJur, n.º 4 (1985), pp. 103-119, Barbas Homem, *A utilização de princípios na metódica legislativa*, in Leg., n.º 21 (Janeiro-Março 98), pp. 93-117, António Cortês, *Jurisprudência dos princípios – Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. Na doutrina estrangeira, cfr. os clássicos, Dworkin, *The Model of Rules*, in *Chicago University Law Review* 35 (1967), pp. 14-46 e Raz, *Legal principles and the limits of law*, in YLJ 81 (1975), pp. 823-854.

Seguindo Dworkin, podemos afirmar que o princípio é um parâmetro que deve ser observado, não porque assegurará ou permitirá o avanço de uma situação económica, política ou social, mas porque é uma exigência de justiça ou lealdade (“*fairness*”) ou de uma qualquer outra dimensão de moralidade. No entanto, o princípio, contrariamente às regras, não se deixa guiar por uma lógica de tudo-ou-nada (“*all or nothing fashion*”), uma vez que se destina a temperar as decisões do operador jurídico. Tal equivale a dizer que, em função desta lógica imanente, as normas, em caso de conflito, são válidas ou inválidas, não sendo possível encontrar um justo equilíbrio entre ambos, solução que é possível na eventualidade de dois princípios conflituarem. Tal deve-se ao facto de os princípios não serem dotados de uma estrutura descritiva – contrariamente às normas, não lhes cabe definir os deveres de um determinado sujeito –, situação que permite afirmar uma outra característica essencial em caso de conflito: o seu peso e importância relativos.

<sup>147</sup> Como parece fazer João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos*, cit., p. 97.

<sup>148</sup> Similarmente, a propósito do § 823 do BGB, Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, Berlim: De Guyter Recht, 2006, p. 759. Um exemplo do que vai dito no texto tem eco no artigo 496.º do Código Civil, de onde resulta que nem todos os danos não patrimoniais são ressarcíveis.

#### 4. Ausência de um dever geral de vigilância

No seguimento do propugnado pela Directriz 2000/31/CE, o legislador consagrou a ausência de um dever geral de vigilância por parte dos prestadores intermediários de serviços, relativamente às informações que transmitem ou armazenam, não lhes sendo imposto, igualmente, qualquer dever de investigar eventuais ilícitos praticados no seu âmbito (artigo 12.º). Isto equivale a dizer que os prestadores intermediários de serviços não têm a obrigação de averiguar se os conteúdos que armazenam ou transmitem consubstanciam uma prática ilícita<sup>149</sup>.

Cumprе salientar que a Directriz estabelecia limites algo difusos, uma vez que resultava clara a não imposição de uma obrigação geral de vigilância, apesar de, no Considerando 48 se prever que os Estados-membros podiam exigir a um prestador de serviços de armazenagem principal um determinado nível de diligência para detectar e prevenir certos tipos de actividades ilegais<sup>150</sup>.

Trata-se de uma solução compreensível, uma vez que não se pode sobrecarregar excessivamente o prestador de serviços com a obrigação de pesquisar activamente conteúdos ilícitos, dado que tal

---

<sup>149</sup> Neste particular, julgamos pertinente a observação de Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 298 quando refere que o USCA dá uma resposta mais satisfatória já que prevê, em termos detalhados, os modos pelos quais existe uma notificação idónea a criar um dever de acção por parte do prestador de serviços em rede. Conforme teremos oportunidade de verificar *infra*, no § 4.10, o legislador pátrio, com o recurso à resolução provisória de litígios, mitigou a situação.

<sup>150</sup> Daí que Óscar Morales Garcia, *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información*, cit., p. 187 e Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit., p. 60, considerassem o artigo 15.º da Directriz como uma válvula de escape (“cláusula de cierre”) do sistema. Similarmente, o legislador alemão, na secção 2 do § 8 da TDG esclarecia que o prestador de serviços apesar de não estar obrigado a um dever geral de vigilância, ficava obrigado vigiar conteúdos ilegais a partir do momento em que tomava conhecimento da sua existência. Trata-se, cremos, de um entendimento que ainda colherá apoio no texto do § 7, secção 2 da TMG onde podemos ler: “*Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt.*” <sup>3</sup>Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren”

pesquisa estaria na origem de outros problemas, mormemente os problemas relativos à privacidade. Ademais, estando o regime relativo à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede baseado na passividade destes, em virtude de serem meros intermediários entre o autor da informação e o cibernauta que a ela acede, uma solução contrária à adoptada equivaleria a adoptar um regime que enfermaria de uma contradição insanável, uma vez que à passividade exigida para efeitos de desresponsabilização, contrapor-se-ia uma obrigação legal redundando na procura activa de ilícitos nos seus servidores.

Com efeito, atendendo à natureza das actividades levadas a cabo pelos prestadores de serviços, a imposição de tal obrigação seria desrazoável, uma vez que o prestador se encontra numa situação similar à do director de uma publicação jornalística e, pela natureza das coisas, não poderia proceder-se à imposição de uma obrigação de vigilância, de modo a controlar todas as informações que transitam na rede<sup>151</sup>.

A este propósito, Cláudia Trabuco considera que não se pode concluir pela total ausência de obrigações impendendo sobre os prestadores de serviços em rede<sup>152</sup>, sendo secundada por João Fachana, que, a este propósito argumenta com o disposto no artigo 13.º, que prevê que os prestadores de serviços em rede devem (i) informar de imediato quando tiverem conhecimento de actividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam; (ii) de satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem; (iii) de cumprir

---

<sup>151</sup> Maria Astone, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, cit., p. 438. Adicionalmente, convém ter presente o facto de o prestador de serviços não poder ser obrigado a proibir de forma cega o acesso a conteúdos ilegais. Tal bloqueio deve ser feito em termos razoáveis. Ou seja, vigora o princípio *impossibile nemo obligatur*. Neste sentido, Thomas Hoeren, *Internetrech*, cit., p. 449, referindo aos fornecedores de acesso, salienta que apesar de a TMG (tal como sucedia antes com a TDG na redacção de 2001) ter deixado de se referir à possibilidade técnica e razoável de impedir o acesso a conteúdos ilícitos, tal não significa que exista uma obrigação irrestrita de bloquear o acesso a conteúdos ilícitos.

<sup>152</sup> Cláudia Trabuco, *Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais*, cit., p. 486.

prontamente as determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infracção, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação; e (iv) de fornecer listas de titulares de sítios que alberguem, quando lhes for pedido<sup>153</sup>.

A questão deve ser analisada em termos distintos, uma vez que a ausência do dever geral de vigilância e a obrigação de colaboração dizem respeito a situações distintas.

Enquanto a primeira diz respeito ao reconhecimento da impossibilidade de os prestadores de serviços em rede poderem controlar a totalidade dos conteúdos alojados nos respectivos servidores, os deveres plasmados no artigo 13.º correspondem a deveres relativos à cooperação com as entidades competentes, os quais relevarão, *inter alia*, em sede de cooperação em investigações, bem como para efeitos do accionamento dos mecanismos de solução provisória de litígios, uma vez que, nestas situações, o comportamento do prestador de serviços em rede deixa de ser passivo, para se pautar por uma conduta positiva<sup>154</sup>.

Assim, mau grado a ausência deste dever de vigilância, julgamos ser lícito defender que um prestador de serviços diligente deverá informar os seus clientes da obrigação de respeitar as leis que o regem e, caso haja lugar à celebração de um contrato, incluir essa obrigação no contrato de fornecimento de serviços, bem como reagir prontamente contra os eventuais materiais ilícitos com que se depare no curso das operações técnicas de fornecimento e/ou de gestão do serviço, desactivando as páginas com conteúdos manifestamente ilícitos, bem como denunciar às autoridades competentes tais mensagens<sup>155</sup>. Ou seja, apesar de não impender sobre o prestador de serviços um dever de vigilância, este não poderá, passe a expressão, desligar-se de uma diligência mínima, pelo que, deparando-se com conteúdos manifestamente ilícitos,

---

<sup>153</sup> João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos*, cit., p. 98.

<sup>154</sup> Cfr. *infra*, número 5 presente capítulo.

<sup>155</sup> Assim Ugo Draetta, *Internet e commercio elettronico*, cit., p. 200.

deverá zelar para que se impeça o acesso a tais conteúdos ou, em último recurso, desactivar as páginas que os contenham, ou impedir o acesso às mesmas.

Ante este dispositivo legal, poderíamos, à partida, chamar à colação o disposto no artigo 486.º CC, que estabelece que as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar danos, quando independentemente de outros requisitos legais, haja por força da lei, ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido<sup>156</sup>.

Se é certo que, a partir do momento em que se estabelece que o prestador intermediário de serviços não tem o dever geral de investigar se os conteúdos que surgem nos respectivos servidores não são ilícitos, não haverá um caso de responsabilidade civil por omissão, porquanto não se estabelece qualquer dever de agir<sup>157</sup>, também será correcto afirmar, conforme se verá melhor *infra*, que, em algumas situações, haverá lugar a responsabilidade civil por omissão, designadamente nos casos em que o prestador de serviços tenha conhecimento do armazenamento de informação de manifesta ilicitude e não providencie para, de imediato, retirar ou impossibilitar o acesso a essa informação<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Sobre a temática da responsabilidade civil por omissão, cfr. entre nós, Pedro Nunes de Carvalho, *Omissão e dever de agir em direito civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, *passim*.

<sup>157</sup> AAVV, *Lei do comércio electrónico anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.51. Conforme refere Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., p. 71 a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede não poderá ter por base o incumprimento de um dever geral de vigilância, dado que a Directriz não o impõe.

<sup>158</sup> Neste sentido, Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de direitos de autor*, cit., p. 115, afirmando que a responsabilidade do prestador de serviços só surgirá em momento posterior à colocação da rede em obra, pelo que o intermediário só seria responsável pela violação de direitos de autor ocorrida nos seus sistemas quando não tenha adoptado as necessárias medidas de controlo susceptíveis de evitar a ocorrência do acto lesivo ou quando não actuou no sentido de remover ou bloquear o acesso ao conteúdo. De qualquer modo, chamamos a atenção para o facto de em alguns casos serem configuráveis situações de responsabilidade civil por acção, mormente nos casos de responsabilidade do fornecedor de conteúdos próprios. Em sentido contrário, Romano Martínez, *Responsabilidade dos prestadores de serviços em rede*, in AAVV, *Lei do comércio electrónico anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 267-274 (p. 271) entende que o artigo 12.º limitou-se a afastar o princípio geral da responsabilidade por omissões, uma vez que, neste caso, por não se imporem condutas, a omissão não determina responsabilidade. Já João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos*, cit., p. 108-109 argumenta pela qualificação como responsabilidade por omissão.

Em suma, podemos assentar no facto de a conduta dos prestadores de serviços em rede ter de se pautar pela neutralidade, *i.e.*, de não actuar de forma a potenciar (ou instigar) o perpetramento de ilícitos por parte dos utilizadores. Em suam, o prestador deverá comportar-se nos termos da função que lhe está acometida: pré-dispor o ambiente (seja pela via do fornecimento de acesso, seja pela via de armazenamento de conteúdos) e as funcionalidades através das quais os utilizadores do serviço possam criar, comunicar ou publicar conteúdos. Esta neutralidade, conforme será demonstrado aquando da análise das previsões concretas do Decreto-Lei n.º 7/2004, resulta do facto de, por via de regra, o prestador de serviços em rede apenas actuar se (i) for notificado da presença de um conteúdo ilícito ou se (ii) tiver conhecimento directo da existência de um conteúdo ilícito.

## 5. Os deveres específicos dos prestadores intermediários de serviços

Mau grado o prestador de serviços não estar sujeito a um dever de vigilância, o legislador considerou ser necessário sujeitar o prestador de serviços a um determinado número de deveres para com as entidades de supervisão, consagrados no artigo 13.º. Procurando agrupar essas obrigações, podemos afirmar, *a priori*, que foram previstas obrigações de informação, de resposta e de cumprimento de decisões<sup>159</sup>.

A obrigação de informação consiste no facto de os prestadores de serviços terem de informar as entidades competentes<sup>160</sup> quando

---

<sup>159</sup> Cláudia Trabuco, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede*, cit. p. 150.

<sup>160</sup> AAVV, *Lei do comércio electrónico anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.53, chamam a atenção para o facto de a noção de entidade competente ser mais ampla do que a de entidade de supervisão, porquanto também inclui outras entidades responsáveis por outras áreas, como será o caso do Ministério Público se estiver em causa a prática de um crime.



tiverem conhecimento de actividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam (artigo 13.º, alínea a)).

A obrigação de resposta consiste na satisfação de pedidos de identificação dos destinatários dos serviços com quem existam acordos de armazenagem e no fornecimento de listas de titulares de sítios albergados por si, sempre que tal lhes for pedido (artigo 13.º, alíneas b) e d)).

Finalmente, a obrigação de cumprimento de decisões consiste no cumprimento atempado de determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infracção, designadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação (artigo 13.º, alínea d)).

Bem vistas as coisas, somos do entendimento que todas estas obrigações podem ser reconduzíveis a um princípio mais amplo: a cooperação com a entidade competente. Com efeito, as obrigações acabadas de enumerar mais não são do que o aflorar de um princípio que tem o seu cerne na cooperação com a entidade competente, guiado pelo fito de assegurar a celeridade e a transparência de todos os procedimentos relativos a um determinado prestador de serviços<sup>161</sup>. Em termos gerais, podemos afirmar que, não obstante a enumeração destes deveres, reconduzíveis a um princípio-reitor de cooperação, será sempre fundamental determinar critérios gerais objetivos decorrentes do dever de cooperação das partes, *maxime*, procurar garantir a cabal satisfação das prerrogativas da autoridade supervisão, com o menor sacrifício possível dos interesses do prestador de serviços em rede, situação que, naturalmente, poderá configurar um equilíbrio dificilmente alcançável.

---

<sup>161</sup> Em sentido similar, Romano Martínez, *Responsabilidade dos prestadores de serviços em rede*, cit., p. 274, salientado que essa colaboração ocorre no âmbito do combate à criminalidade.

## 6. Responsabilidade do fornecedor de conteúdos

À partida, não se colocariam dúvidas no tocante à responsabilização do fornecedor de conteúdos pela sua actuação lesiva ou ilícita na Internet, uma vez que é indiscutível que aqueles que colocam conteúdos à disposição de terceiros na Internet, através da produção de sítios com conteúdos ilegais, serão, obviamente, responsáveis pela licitude do material colocado à disposição dos utilizadores<sup>162</sup>.

Aliás, a esta situação deverá ser equiparada aquela outra em que os conteúdos que o prestador de serviços oferece foram produzidos por um terceiro, embora por conta do prestador de serviços, como sucederá nos casos em que a elaboração dos conteúdos de uma página *web* foi subcontratada a um terceiro<sup>163</sup>.

Com efeito, neste âmbito estamos perante um caso onde teremos de ter em linha de consideração o fundamento do próprio instituto da responsabilidade civil radicar na própria intencionalidade do que é o direito. O que implica a dizer que a liberdade de actuação dos agentes terá de se conformar – em virtude de ser indissociável – à própria responsabilidade<sup>164</sup>.

Todavia, o grande óbice à responsabilização dos fornecedores de conteúdos prende-se com a possibilidade de navegação anónima, uma vez que a Internet proporciona a possibilidade de os seus

---

<sup>162</sup> Luís Menezes Leitão, *A responsabilidade civil na internet*, cit., p. 159.

<sup>163</sup> Neste sentido, Pedro de Miguel Ascencio, *Derecho privado de internet*, 3.ª ed., cit., p. 591. Conforme salienta o autor, nestas situações o titular da página *web* infractora poderá obter ressarcimento dirigindo-se aquele que foi subcontratado, sendo que tal pretensão sai sobremaneira facilitada em virtude de ser comum a inclusão de cláusulas em que se garante a licitude dos elementos utilizados na página *web* e se compromete a indemnizar o titular da página *web* ante qualquer reclamação.

<sup>164</sup> Mafalda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade - a precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 171. Consequentemente, a responsabilidade não poderá ser encarada como um obstáculo à liberdade, mas, outrossim, a outra face da moeda que a acompanha, já que o homem não pode continuar a ser visto como indivíduo, mas sim como uma pessoa dotada de uma inelimitável dignidade ética e como tal, um ser dotado de responsabilidade. Daí que a pedra-de-toque para a actuação da responsabilidade civil seja um comportamento consciente e querido pelo agente ao qual o Direito atribua relevância. Assim, por exemplo, Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 10.ª ed., cit., p. 751.

utilizadores actuarem sem que seja revelada a respectiva identidade. Esse anonimato pode ser alcançado de diversas formas, designadamente através da utilização de um operador que ofereça a possibilidade de se retirar a identidade das mensagens enviadas por correio electrónico e de reenviá-las sem essa identidade (“*remailer*”), bem como pode haver lugar ao recurso da utilização de um endereço de IP falso (“*spoofing*”)<sup>165</sup><sup>166</sup>.

Ademais, é mister salientar que esta possibilidade de anonimato briga com o disposto no artigo 10.<sup>o</sup><sup>167</sup>, que estabelece quais as informações que o prestador de serviços tem de disponibilizar permanentemente, de molde a que o utilizador possa identificá-lo de forma completa. Para além disso, há que não olvidar que a informação disponibilizada pode, em último recurso, ser falsa, pelo que o utilizador poderá ver impossibilitado o desejo (ou a necessidade) de identificar um concreto prestador de serviços em rede. Assim, podemos estar perante um caso de puro platonismo, i.e., perante uma situação que poderá não passar de uma boa intenção, com desfasamento patente perante a realidade dos factos.

Fechando este parêntese, há que salientar que, mesmo que se venha a obter o endereço de IP do fornecedor de conteúdos, haverá, ainda, uma última dificuldade que consiste no facto de apenas se conseguir identificar o fornecedor de acesso, que poderá já não ter

---

<sup>165</sup> Conforme salienta Wanda Capeller, *Un net pás três net*, cit., p. 174-175, a Internet não é, por defeito, anónima, uma vez que permite detectar o endereço do utilizador e o seu nome de domínio. Todavia, o mais das vezes, é o próprio utilizador que deseja esse anonimato. Aliás, a autora salienta o facto de mesmo os utilizadores menos experientes facilmente poderem lograr alcançar o anonimato. Daí que a autora entende que a confiança, o risco, o anonimato e a responsabilidade se entrecruzem no seio da comunidade virtual através de um jogo de interacções complexo, que anuncia a emergência de um campo criminal abstracto e sistémico. Por maioria de razão, acrescentamos, o mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o domínio da responsabilidade civil.

<sup>166</sup> Cumpre salientar que, de um ponto de vista de análise económica do Direito, poderia discutir-se o valor (económico) do anonimato. À partida, tal valor é negado, (temos em mente a contratualização desse anonimato) já que o prestador de serviços em rede poderia ver-se numa encruzilhada entre, por um lado, a necessidade de divulgação de dados do destinatário e entre o sigilo e a reserva da vida privada e, de outra banda, a exposição à pretensão ressarcitória do terceiro. Assim, Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 300.

<sup>167</sup> Note-se que não estamos perante uma inovação. Veja-se, por exemplo, o disposto no § 5, 1 TMG.

os registos relativos às actuações investigadas, uma vez que, regra geral, esses registos são após o decurso de um determinado lapso temporal<sup>168</sup>. Ademais, é mister salientar que a tecnologia a utilizada para gerir as redes telemáticas não permite identificar em todos os casos o autor do ilícito, uma vez que apesar de, por via de regra, o acesso ser feito através de uma palavra-chave (“password”), não é possível determinar a real identidade do utilizador efectivo do computador<sup>169</sup>.

Assim, somos do entendimento que, a partir do momento em que se verifique um acto ilícito e seja possível identificar o autor desse acto – *verbi gratia* porque este não se coibiu de identificar-se na sua página *web* – esse agente será considerado responsável pelo conteúdo próprio que disponibilize na página. O que equivale a dizer que, nas situações de responsabilidade pelo conteúdo, a responsabilidade do agente será apurada tendo por base a aplicação das regras gerais sobre responsabilidade civil (artigo 11.º)<sup>170</sup>.

Cumpre salientar que, em alguns casos, a identificação do autor de actos ilícitos será ligeiramente facilitada. Pense-se, por exemplo, no caso de *blogs*. Com efeito, não raras vezes topamos com sítios em que o autor não tem qualquer pejo em identificar-se, ao invés de utilizar um pseudónimo. Neste particular, cumpre salientar o caso decidido pelo Tribunal de Aosta em 26 de Maio de 2006, em que se defende que, no caso de *blogs*, apenas terão de se verificar os

---

<sup>168</sup> Sofia Casimiro, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, cit., pp. 77-78. Lawrence Lessig, *The path of cyberlaw*, cit., p. 1750, vai ainda mais longe afirmando que as técnicas de encriptação possibilitam o anonimato perfeito que dá azo à consumação do crime perfeito. Todavia, o autor não deixa de sublinhar que, a par deste anonimato maligno (*sic*), existe um outro benigno, que consiste na faculdade de alguém tomar parte numa determinada discussão num grupo de discussão, bem como na possibilidade de alguém poder desenvolver uma identidade alternativa. Cremos, de facto, que a anonimidade poderá ser também benigna. Isso verifica-se facilmente pela proliferação de inúmeros *blogs* de cariz cultural onde o autor opta pela utilização de pseudónimos ou alcunhas.

<sup>169</sup> Leonardo Bugiolacchi, *Principi e questione aperte in matéria di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, cit., p 835. Com efeito, basta pensar na situação assaz comum de um mesmo computador ser partilhado pelos vários membros de uma família.

<sup>170</sup> Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico espanhol, Pedro de Miguel Ascencio, *Derecho privado de internet*, 3.ª ed., cit., p. 590.

seguintes requisitos: (i) existir um interesse público no conhecimento do facto ilícito, (ii) aferir da veracidade do facto e (iii) aquilatar da correcção da linguagem utilizada pelo autor do eventual acto ilícito<sup>171</sup>.

Todavia, para além do óbice relativo à dificuldade de proceder à identificação do autor de conteúdos ilícitos, a própria possibilidade de tentar identificar o autor dos conteúdos levanta outros problemas, de cariz constitucional, uma vez que uma identificação obrigatória poderia ser alvo de juízo de censura em virtude de ferir a Constituição, uma vez que representaria a violação da garantia do sigilo da correspondência e das telecomunicações.

Com efeito, considerações desta ordem foram expendidas no *leading case* *Reno v. ACLU*<sup>172</sup>. Este importante acórdão surgiu no seguimento da aprovação do *Communications Decency Act* nos Estados Unidos da América em Fevereiro de 1996. Tratava-se de um instrumento legislativo que considerava ilegal a transmissão, por aparelho de telecomunicações ou por computador, de materiais obscenos ou indecentes que pudessem ser inapropriados para menores de dezoito anos<sup>173</sup>.

Pouco tempo após a sua aprovação, a American Civil Liberties Union, bem como outras associações norte-americanas de defesa da liberdade de expressão, intentaram várias acções judiciais de modo a ser apreciada a constitucionalidade do diploma legal, tendo como pano de fundo a liberdade de expressão consagrada na Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana.

---

<sup>171</sup> In *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, XXII (2006), pp. 366-373. Note-se que o Tribunal de Aosta guiou-se pelos critérios que regem o tipo penal de difamação.

<sup>172</sup> “ACLU: Case No. 96-511. *Reno v. ACLU*, Argued March 19, 1997 - Decided June 26” ([http://www2.epic.org/cda/cda\\_decision.html#concurring](http://www2.epic.org/cda/cda_decision.html#concurring), acesso: 22 de Janeiro de 2006)

<sup>173</sup> Conforme salienta, Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho privado de internet*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., p. 583, o *Communications Decency Act*, apesar de visar a protecção dos prestadores de serviços em situações relativas a determinadas matérias, como é o caso das intromissões na honra, concorrência desleal ou a difusão de informação prejudicial, não tem carácter horizontal, uma vez que prevê que as suas normas no limitam nem alargam nenhuma disposição relativa à propriedade intelectual. Aliás, contrariamente ao USCA, não contém normas sobre procedimentos de advertência e retirada, nem determina com precisão os limites da imunidade que outorga.

Esta pretensão veio a ter provimento, uma vez que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu no sentido de não ser aplicável a regulamentação relativa à imprensa escrita ou à televisão, uma vez que a Internet não teria um carácter tão invasivo. Entre a argumentação expendida, saliente-se o facto de o Tribunal ter entendido que seria necessário proteger a autonomia deste meio de transmissão de informação, que tem a grande vantagem de conferir a todos os cidadãos, em pé de igualdade, a possibilidade de exercerem o seu direito à liberdade de expressão. Assim, sendo a Internet um meio de comunicação que procedeu à democratização da informação, esta deveria ser protegida e estimulada.

Todavia, com o actual desenvolvimento da Internet, as questões da privacidade ganham nova acuidade em função da utilização de *cookies*<sup>174</sup>. A tecnologia *cookie* foi desenvolvida pela Netscape em meados da década de 90 do século passado. Em termos muito simples, trata-se de uma tecnologia que permitia moldar a aparência de um sítio *web* propositadamente para um utilizador específico. Isto é conseguido devido ao facto de, sempre que é efectuada uma visita a um sítio, o utilizador deixa certos rastros electrónicos<sup>175</sup>. Essas marcas são denominadas por dados *clickstream* que, entre outras coisas, permitem que seja reconhecido o tipo de computador que o utilizador utiliza para aceder à Internet, o *browser* que utiliza, bem como a identificação de cada um dos sítios que visitou. Para além disto, sempre que o utilizador forneça certas informações, os dados *clickstream* poderão ser ainda mais detalhados, incluindo palavras-chave, endereços de correio electrónico e números de cartões de crédito, sendo que essa

---

<sup>174</sup> Entre nós, cfr., Luís Menezes Leitão *Os testemunhos de conexão : cookies*, in: Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: *90 anos : homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 763-774.

<sup>175</sup> Tais marcas são, pois, pegadas na areia em formato electrónico.

informação será colocada no disco rígido do computador num pequeno ficheiro de texto (“*cookie*”)<sup>176</sup>.

O *cookie* é colocado no disco rígido através de um pedido que é efectuado pelo *browser* da Internet e, uma vez colocado no disco rígido, ficará acoplado ao sítio *web* que o gerou, permitindo registar as alterações que este tenha sofrido<sup>177</sup>. Decorre do que vai exposto que este intercâmbio de *cookies* permite o acumular de vastos dados sobre os utilizadores o que beneficiará, em muito, algumas sociedades comerciais dedicadas ao ramo da publicidade, uma vez que permitem identificar os gostos e preferências dos consumidores<sup>178</sup>.

A este propósito, saliente-se o caso DoubleClick Inc Privacy Litigation, onde um número considerável de utilizadores da Internet instauraram acções judiciais contra a DoubleClick Inc., em virtude de esta, alegadamente, colocar *cookies* nos discos rígidos dos computadores dos utilizadores de modo a recolher dados acerca do perfil dos consumidores, o que implicaria que a *DoubleClick* teria de ser considerada responsável devido ao facto de ter violado a privacidade dos utilizadores e de ter havido enriquecimento sem causa da sua parte ao ter procedido à recolha de dados<sup>179</sup>.

Todavia, o Tribunal Federal do *Southern District of New York* considerou a acção improcedente. Da vária argumentação expandida, permitimo-nos salientar que o Tribunal entendeu que a recolha de

---

<sup>176</sup> Michael R. Siebecker, *Cookies and the Common Law: are internet advisers trespassing on our computers?*, in SCLR, vol. 76, n.º 4 (Maio de 2003), pp. 893-952 (pp. 895-896).

<sup>177</sup> Michael R. Siebecker, *Cookies and the Common Law: are internet advisers trespassing on our computers?*, cit. p. 897-898.

<sup>178</sup> Conforme refere Domingos Farinho, *Intimidade da vida privada e media no ciberespaço*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 69, os *cookies* são ficheiros neutros, pelo que a sua utilização pode ser boa ou má, consoante o destino que servir no *host computer*. Exemplo de uma má será a possibilidade de os *cookies* permitem que o prestador de serviços consiga detectar o padrão de consumo e os interesses do utente de determinado serviço. Sobre os *Web-cookies* vide, Thomas Hoeren, *Internetsrecht*, cit., pp. 440-453.

<sup>179</sup> “In re DOUBLECLICK INC. PRIVACY LITIGATION Case No. 00 CIV 0641 NRB” (disponível em <http://cyber.law.harvard.edu/iso2/readings/doubleclick.html> Acesso: 29 de Janeiro de 2013). Note-se que os utilizadores fundaram as suas pretensões na violação de um conjunto de diplomas legais, nomeadamente o *Electronic Communications Privacy Act*, o *Federal Wiretap Act* e o *Computer Fraud and Abuse Act*.

dados através da utilização de *cookies* seria lícita porquanto teria sido autorizada pelo utilizador. Adicionalmente, também se entendeu que a recolha de *Cookies* não teria violado o *Electronic Communications Privacy Act* dado que este instrumento legal não proibiria a recolha de dados, uma vez que a comunicação baseada em *cookies* levada a cabo entre a *DoubleClick* e os sítios associados era apenas destinada (“*intended for*”) para esses mesmos sítios, não chegando a constituir um caso de armazenagem electrónica.

Mau grado este entendimento, têm-se levantado vozes na doutrina norte-americana criticando esta solução. Assim, Siebecker é do entendimento que as regras gerais da responsabilidade extracontratual (*torts law*) seriam suficientes, nomeadamente o recurso ao *trespass of chattels*. De acordo com o *Common Law*, existe uma situação de *trespass to chattels* quando alguém interfere injustificadamente com a propriedade e outrem, de modo a causar-lhe um dano tangível. Apesar de este *tort* ter sido pensado para a propriedade tangível, i.e., para as coisas corpóreas, Siebecker é do entendimento que o escopo do *tort* poderá ser ampliado de modo a abranger igualmente os *cookies*, baseado no facto de os tribunais norte-americanos terem alargado campo de acção do *tort*, uma vez que já existiam tomadas de posição jurisprudencial considerando que há lugar a *trespass of chattels* em casos relacionados com redes de computadores, bases de dados telefónicas, sinais eléctricos e outros sistemas de comunicações<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Michael R. Siebecker, *Cookies and the Common Law: are Internet Advisers trespassing on our computers?*, cit., p. 913. Para um levantamento desta jurisprudência, cfr. Idem, *Ibidem*, pp. 918-929. Já Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., pp. 423-424, procede à distinção entre *cookies* que contêm dados pessoais e aquelas que não os contêm. No primeiro caso, será aplicável a legislação relativa à protecção de dados. No segundo caso, o autor aventa hipótese de ser aplicável o § 862, 1 BGB e, consequentemente, confere a faculdade de o possuidor, i.e., aquele que forneceu os dados constantes do *cookie*, exigir que seja eliminada a perturbação da posse por parte daquele que a perturbou, desde que esteja verificada a previsão do §858 BGB. Paralelamente, o autor também informa que o *Amstgericht* de Ulm já proferiu sentença onde o uso não autorizado de *cookies* dá lugar a responsabilidade civil com base no § 826 BGB, ou seja, haverá lugar a responsabilidade civil por violação dos bons costumes (“*guten Sitten*”).



Trata-se de uma linha argumentativa que pode ser transposta para o direito pátrio. Com efeito, somos do entendimento que, atendendo ao facto de os *cookies* poderem ser utilizados para construir bases de dados, caso tal venha a suceder sem que se exista o consentimento do titular desses dados, haverá lugar à responsabilização do autor dessa compilação nos termos gerais (artigo 11.º)<sup>181</sup>.

## 7. Responsabilidade do fornecedor de acesso

No que concerne à responsabilização do fornecedor de acesso, à partida, é lícito afirmar que parece ser impossível estabelecer genericamente a sua responsabilização pelo conteúdo ilegal ou lesivo da Internet, dado que o fornecedor de acesso se limita a permitir aos utilizadores o acesso à rede, não cuidando de controlar o conteúdo dos sítios a que os destinatários acedem<sup>182</sup>.

Na esmagadora maioria dos casos estaremos perante casos de actividades de simples transporte. Assim, o prestador deverá prosseguir, apenas, a actividade de transmissão de informações em rede ou de facultar o acesso a uma rede de comunicações, desde que (i) não esteja na origem da transmissão nem (ii) tenha intervenção no

---

<sup>181</sup> Acresce que teremos de estar perante um consentimento directamente dirigido à compilação desses dados. Com efeito, somos do entendimento que o condicionamento do acesso a uma página à aceitação das condições gerais do sítio *web* não bastará, uma vez que tal actuação não configurará, por via de regra, uma declaração negocial tácita de aceitação, uma vez que não é um comportamento concludente.

<sup>182</sup> Luís Menezes Leitão, *A responsabilidade civil na internet*, cit., p. 159. Todavia, é imperioso sublinhar que estas actividades não são totalmente estanques. Com efeito, conforme refere Philippe Gilliéron, *La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement*, cit., p. 392, apesar se poder definir o contrato de fornecimento de acesso como um contrato de prestação de serviços mediante o qual o fornecedor de acesso confere ao seu utente o acesso à rede, gratuita ou onerosamente, nada impede que o fornecedor de acesso coloque à disposição do cliente espaço para armazenar uma página *web*. Em qualquer caso, cumpre salientar que a desresponsabilização por simples transporte ("*mere conduit*") inclui quer o operador de rede, i.e., os prestadores que se limitam a transmitir por uma rede de comunicações ou telecomunicações de dados fornecidos pelo destinatário do serviço, que o fornecedor de acesso, i.e., aqueles que tem como actividade fornecer o acesso a uma rede de comunicações ou de telecomunicações. Neste sentido, Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., p. 87.

conteúdo das mensagens transmitidas nem (iii) selecção destas ou dos destinatários (artigo 14.º, n.º 1). Trata-se, pois, de situações em que apenas é premiado um procedimento passivo e automático<sup>183</sup>.

Antes do mais, saliente-se que o primeiro dos requisitos poderá criar alguma confusão, uma vez que, para que haja lugar à transmissão de um conteúdo na Internet será sempre necessária a intervenção de um prestador de serviços, pelo que há que entender que o legislador pretendeu especificar que o prestador de serviços não deve ser o criador do conteúdo da transmissão. Tal decisão deverá partir do destinatário do serviço que é quem solicita a sua transmissão, pelo que se pode dizer que, neste sentido, não é o prestador a estar na origem da transmissão<sup>184</sup>.

No que diz respeito ao segundo dos requisitos, há que considerar que a selecção dos destinatários tem de ser querida, i.e., o prestador de serviços terá de escolher voluntariamente os destinatários da informação. Deste modo, julgamos que não constituirá selecção do destinatário da transmissão o envio de um *e-mail* a pedido de um utilizador do serviço para cada um dos utilizadores que integrem uma *mailing list* disponibilizada em linha<sup>185</sup>.

No tocante ao terceiro requisito, este mais não é do que a reprodução do regime relativo à responsabilidade por conteúdos. Com efeito, caso o prestador de serviços modificasse ou

---

<sup>183</sup> Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit. p. 449 e Cláudia Trabuco, *Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais*, cit., p. 488. Neste particular, Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 281 refere a analogia existente entre a situação do simples transporte e a situação de um gestor de rede telefónica que, de igual modo, não pode ser considerado responsável pelas actuações ilícitas dos utentes de tal tede.

<sup>184</sup> Rosa Julia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: comparing EU and U.S. legal frameworks*, cit. p. 10, Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit., p. 41, Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da internet por violações de direitos de autor*, cit., p. 131-132.

<sup>185</sup> , Alexandre Dias Pereira, *The protection of intellectual property in E-Commerce*, cit. pp. 356, Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da internet por violações de direitos de autor*, cit., p. 132

seleccionasse os conteúdos, estaria a actuar como um fornecedor de conteúdos e não já como um mero fornecedor de acesso<sup>186</sup>.

Note-se, no entanto, que a regulação da responsabilidade da actividade do mero fornecedor de acesso pode levantar um problema adicional: a possibilidade de os operadores de redes de conversação (“*chatrooms*”), de conversação instantânea (“*instant messaging*”) ou mesmo as redes *peer to peer*, poderem ser qualificados como meros fornecedores de acesso, na medida em que se limitam a franquear a entrada a uma concreta rede de telecomunicações<sup>187</sup>. *A priori*, atento o escopo desta isenção de responsabilidade, terá de se reputar tal argumentação como falha e improcedente, atento o facto de a *ratio* deste preceito dizer respeito ao acesso à rede em geral e não a um serviço concreto<sup>188</sup>. Aliás, no que às redes *peer to peer* diz respeito, reputamos por válida a solução aventada por Menezes Leitão, que assenta na distinção entre a actividade de carregamento (“*upload*”) e de descarregamento (“*download*”). No que ao carregamento de obras protegidas diz respeito, estaremos perante uma actividade ilícita, *maxime* perante um crime de usurpação, previsto no artigo 195, número 1, alínea a do CDADC, atento de o facto de o titular da obra não ter consentido e/ou autorizado na disponibilização da obra no ciberespaço, enquanto, por via de regra, o descarregamento será livre, contanto que seja efectuado para uso particular<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Neste sentido, Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de Direitos de autor*, cit., p. 132. Similarmente, Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., p. 88, salienta que, a partir do momento em que o prestador de serviços selecciona um destinatário, deixa de ter uma conduta meramente passiva, pelo que deixa de justificar a sua desresponsabilização.

<sup>187</sup> Cfr., o Capítulo 6 do *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society New rules for a new age?*, cit., p. 14.

<sup>188</sup> A este propósito, o *Study on the liability of internet intermediaries*, cit., p. 13 salienta que o principal óbice da directriz comunitária prende-se não com a isenção de responsabilidade, mas, outrossim, pelo facto de existirem algumas dúvidas quanto ao alcance de definições similares em Directrizes relativas a serviços audiovisuais e de telecomunicações.

<sup>189</sup> Menezes Leitão, *Direito de autor*, Coimbra: Livraria Almedina, 2011, pp. 345-349.

O regime interno, no seguimento dos ensinamentos da Directriz, vem especificar que a irresponsabilidade mantém-se ainda que, caso o prestador realize a armazenagem meramente tecnológica das informações no decurso do processo de transmissão, exclusivamente para as finalidades de transmissão e durante o tempo necessário para esta, não será considerado responsável (artigo 14.º, n.º 1). Neste particular, somos do entendimento que a isenção destes actos pela sua inclusão nas actividades de transmissão e de fornecimento de acesso apenas parece justificável em matérias relativas a Direitos de Autor, tendo o legislador nacional – bem como o comunitário – trazido um elemento de certeza à situação dos prestadores de serviços em rede, dado que se considera que estes não são considerados infractores directos de direitos de autor em virtude da realização de reproduções tecnológicas no decurso de uma transmissão, mesmo quando estas não passem a regras dos “três passos”<sup>190</sup><sup>191</sup>.

Deste modo afigura-se lícito concluir que o legislador visou clarificar a qualificação da conduta do intermediário à luz dos Direitos de Autor, já que se estabeleceu que a armazenagem intermédia apenas poderá ter lugar para efeitos de transmissão de informação e que não poderá durar mais do que o necessário para a transmissão. Assim, em vez de determinar se uma “transmissão-cópia” seria uma reprodução em sede de Direitos de Autor, o

---

<sup>190</sup>Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de Direitos de autor*, cit., p. 133-134. No mesmo sentido parece militar Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. p. 41-42.

<sup>191</sup>A “regra dos três passos” teve origem na Conferência de Estocolmo de 1967, designadamente no recém-introduzido Direito de Reprodução, que veio a ser consagrado na Conferência de Paris e passou a fazer parte da Convenção de Berna, no seu artigo 9.º, n.º 2. Trata-se, sobretudo, de uma regra destinada a evitar a amplitude excessiva do Direito de Reprodução, tendo ficado reservado às legislações dos países da União a possibilidade a possibilidade excepcionarem o direito de reprodução em certos casos (i) desde que essa reprodução não prejudicasse a exploração normal da obra (ii) nem causasse um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Sobre esta regra, cfr., Menezes Leitão, *Direito de autor*, cit., pp. 159-161.

legislador limitou-se a eximir a responsabilidade dos prestadores de serviços nas situações de mero transporte<sup>192</sup>.

Assim, cremos ser lícito afirmar que a responsabilidade civil decorrente do simples transporte não poderá ser posta em causa mesmo que o prestador de serviços tenha conhecimento da presença de informações ilícitas, abstendo-se de intervir, uma vez que a responsabilidade pelo simples transporte parte do pressuposto que o prestador não está implicado, por qualquer modo, na informação transmitida<sup>193</sup>. Consequentemente, nos casos em que o prestador colabore deliberadamente com um dos destinatários do serviço prestado, com o intuito de praticar actos ilegais, ultrapassará as actividades de mero transporte, pelo que não poderá beneficiar da isenção de responsabilidade prevista para esta actividade<sup>194</sup>.

Se atentarmos no disposto no diploma legal, facilmente verificamos que estamos perante uma situação objectiva de isenção da responsabilidade civil, porquanto não se exige qualquer requisito de natureza subjectiva. O legislador basta-se, pois, com o facto de o prestador de serviços ajustar a sua conduta à previsão legal, observando os requisitos negativos enunciados<sup>195</sup>.

A este propósito, é mister salientar que tem sido relativamente grande a pressão para os fornecedores de acesso implementarem medidas para filtrar o tráfego recebido pelos respectivos clientes. Naturalmente, tais filtragens apenas não implicarão a responsabilidade do prestador de serviços contanto que

---

<sup>192</sup> Kamiel J. Koelman, *Online intermediary liability*, in P. Bernt Hugenholtz (director) *Copyright and electronic commerce - Legal aspects of electronic copyright management*, Londres: Kluwer Law International, pp. 7-59 (p. 30).

<sup>193</sup> Juliá-Barceló/Montero/ Salatün, *La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies*, cit., p. 39. Óscar Morales García, *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información*, cit., pp. 183, chama a atenção para o facto de o prestador de serviços ter de assegurar a integridade da informação, não a alterando, pelo que estará sujeito às obrigações genéricas relativas à protecção de dados, pelo que caso estas não sejam respeitadas, poderá vir a ser considerado responsável.

<sup>194</sup> Cfr. Considerando 44 da Directriz 2000/31/CE.

<sup>195</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. p. 40.

os mesmos sejam colocados de forma automática e isenta, mormente para tornar mais eficiente o serviço prestado<sup>196</sup>.

## 8. Responsabilidade dos intermediários de serviços

A responsabilização dos intermediários de serviços corresponde a situações em que alguém coloca à disposição de terceiros material alheio por sua própria conta, facilitando o acesso a este material, sendo que, por vezes, os fornecedores de acesso também funcionam como intermediários de serviços<sup>197</sup>.

De modo a podermos procurar dar uma solução cabal a esta problemática, afigura-se curial tecer algumas considerações adicionais acerca dos hipernexos e dos motores de busca, de modo a sermos capazes de entender a realidade subjacente a esta questão.

No tocante aos motores de busca, saliente-se, por exemplo, o caso decidido pelos tribunais americanos *Gordon Roy Parker v. Google*<sup>198</sup>. No essencial o caso resume-se ao facto de o motor de busca *Google* permitir o acesso a parte de uma obra literária do autor Gordon Roy Parker, bem como a comentários – alguns deles nada lisonjeiros – a tal obra. Tais comentários encontravam-se alojados num grupo de discussão do sítio *Web Usenet* e, finalmente, aceder a informações biográficas sobre o autor. Acto contínuo, o autor intentou acção judicial contra a *Google, Inc.*, alegando difamação, violação de direitos de autor, da própria reserva da vida privada (“*privacy*”), bem como uma conduta contrária à concorrência leal, conforme vertida no *Langham Act*. O tribunal viria a negar provimento às pretensões do autor, salientando que a actividade de *caching* visa otimizar o acesso à informação, contanto que seja mantida a integralidade da obra. Ademais, foi decidido que

---

<sup>196</sup> Nestes termos, João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos*, cit., pp. 100-101.

<sup>197</sup> Menezes Leitão, *A responsabilidade civil na internet*, cit., p. 162.

<sup>198</sup> O acórdão do tribunal estadual da Pensilvânia encontra-se disponível, por exemplo, em <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/06Do306P.pdf> (Acesso: 3 de Janeiro de 2013)

não haveria lugar a *vicarious copyright infringement*, dado que o motor de busca *Google* não seria capaz de controlar a informação disponibilizada e, para além disso, entendeu não existir um interesse patrimonial tutelável relativo ao gozo abusivo da obra protegida<sup>199</sup>.

Fechando este breve parêntese, cumpre salientar que o hipernexo é comumente definido como uma zona capaz de ser activada e, por conseguinte, é capaz de permitir uma ligação entre um conteúdo de origem (“*source content*”) e um conteúdo de destino (“*target content*”), que pode estar localizado no mesmo sítio onde se encontra o conteúdo de origem (hipernexo interno) ou num sítio diferente (hipernexo externo).

O hipernexo externo (ou “*surface linking*”) é o instrumento através do qual o utilizador de um sítio *web* é remetido para outro sítio *web*, através de um símbolo gráfico ou através de uma imagem inseridos no sítio de proveniência. Deste modo, clicando nesse símbolo ou texto, o utilizador será dirigido para o sítio de destino, abandonando o sítio de proveniência<sup>200</sup>.

Pelo contrário, através do recurso ao hipernexo interno (ou “*deep link*”) o utilizador, ao clicar em determinado símbolo ou texto constante de uma determinada página, não é reenviado para a página inicial (“*home page*”) do sítio de destino, mas sim directamente para o interior desta página<sup>201</sup>.

Cumpre salientar que é mister efectuar a distinção entre estas situações e o *framing*, que consiste em referências noutros sítios, que surgem nas orlas ou bordas das páginas *web*<sup>202</sup>. Regra geral, a

---

<sup>199</sup> Sobre este caso, cfr. Sammarco, *Il motore di ricerca: nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, XXII (2006), pp. 621-634 (pp. 626-630).

<sup>200</sup> Joslove/ Krylov, *Dangerous liaison – Liability in the EU for linking and search engine services*, cit. p. 33

<sup>201</sup> Adoptamos as definições avançadas por Nesor/De Cesaris, *Internet e la legge. La persona – La proprietà intellettuale – il commercio elettronico – Gli aspetti penalistici*, 2.<sup>a</sup> ed., Milão: Editore Ulrico Hoepli, 2001, pp. 172-173. Para outra classificação possível, cfr. Ortero Diaz, *Los enlaces en Internet – Propiedad intelectual y industrial y responsabilidad de los prestadores*, Pamplona; Editorial Aranzady, 2006, pp. 34-37.

<sup>202</sup> Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, frames e metatags – A segunda geração de referências na Internet*, in *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*, Coimbra. Livraria Almedina, 2001,

técnica do *framing* é utilizada para apresentar as páginas de um determinado sítio *web*, podendo ser igualmente utilizada para apresentar as páginas de outros sítios<sup>203</sup>.

Para além destas técnicas de criação de hipernexos, existe ainda o hipernexo automático (“*inlining*” ou “*embedded linking*”) que permite inserir numa página *web* uma imagem (gráfico ou logótipo, por exemplo) proveniente de outra página *web* (pertencente ao mesmo sítio ou a outro), mas com a particularidade de não se abandonar a página que estabelece o hipernexo<sup>204</sup>.

Cabe notar que apenas indicaremos soluções de carácter genérico, uma vez que o fenómeno da associação de conteúdos releva em diferentes campos, entre as quais se destacam as formas de publicidade, a concorrência desleal<sup>205</sup> e questões específicas de Direito de Autor sobre as obras ou prestações protegidas para as quais são efectuadas remissões<sup>206</sup>.

Assim, como ponto de partida, é mister distinguir, em traços gerais, entre conteúdos próprios e conteúdos alheios. Se os conteúdos forem próprios, o prestador de serviço será responsável por eles nos termos gerais<sup>207</sup>, como qualquer autor de uma

pp. 199-218 (p.201). Em sentido algo diferente, Emilio Tosi, *Le responsabilità civili*, in Emilio Tosi (a cura di), *I problemi giuridici di internet. Dall' E-Commerce all'E-Business*, 2.<sup>a</sup> ed., Milão: Giuffrè Editore, 2001, pp. 280-354 (p. 324) reconduz o *framing* a um caso especial de *linking*. No mesmo sentido, Nespôr/De Cesaris, *Internet e la legge*, cit. p. 173. A propósito do *framing*, Menezes Leitão, *Direito de autor*, cit., p. 355, considera tratar-se de uma reprodução parcial.

<sup>203</sup> Alain Strowel/Nicolas Ide - *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (2ème partie)*, p. 5 (disponível em: *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (2ème partie)*) Acesso: 28 de Janeiro de 2013)

<sup>204</sup> Nespôr/De Cesaris, *Internet e la legge*, cit. p. 173 e, Alain Strowel/ Nicolas Ide - *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (2ème partie)*, cit. p. 6.

<sup>205</sup> Sobre esta, cfr., monograficamente, embora à luz do anterior Código da Propriedade Industrial, cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência desleal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002 e Adelaide Menezes Leitão, *Estudo de Direito Privado Sobre a Cláusula Geral da Concorrência Desleal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2000. Sobre a concorrência desleal na Internet, cfr. Adelaide Menezes Leitão, *Concorrência desleal e internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 355-372.

<sup>206</sup> Sobre esta problemática, cfr. Ortero Diaz, Juan Francisco, *Los enlaces en Internet - Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidade de los Prestadores*, Pamplona; Editorial Aranzadi, 2006

<sup>207</sup> Cfr. § 5.6 *supra*.



afirmação, dado que resultaria incongruente afirmar que este não será responsável pelos conteúdos que venha a produzir. Todavia, nas situações em que deparamos com conteúdos alheios, deverá ser excluída responsabilidade do prestador de serviço, excepto se tinha conhecimento desses conteúdos e se era tecnicamente possível e exigível que impedisse a sua colocação à disposição do público<sup>208</sup>.

Neste particular reveste especial acuidade a responsabilidade por instrumentos de busca e hiperexos. Trata-se de matéria que a Directriz optou por não resolver, mas que o legislador português entendeu ser conveniente prever, estatuinto que os prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede, por meio de instrumentos de busca, hiperexos ou processos análogos que permitam o acesso a conteúdos ilícitos estão sujeitos ao regime de responsabilidade correspondente ao estabelecido para os casos de armazenagem principal (artigo 17.º)<sup>209</sup>.

À luz do direito interno, poder-se-ia entender que o hiperexo não pode ser assimilado a uma citação, uma vez que o hiperexo não utilizaria um excerto da obra, limitando-se, apenas, a indicar o caminho para o sítio electrónico onde esta pode ser encontrada e, uma vez seleccionados, possibilitariam a visualização ou audição integral dessa obra. Para além deste argumento, foi ainda avançado que a aplicação analógica do regime das citações ou de quaisquer outras

---

<sup>208</sup> Neste sentido, Paulo Mota Pinto, *Sobre alguns problemas jurídicos da Internet*, in AAVV, *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, pp. 349-366 (pp. 350-360) e Menezes Leitão, *A Responsabilidade Civil na Internet*, cit., p. 162. Note-se que ambos os autores se mostravam favoráveis a uma solução similar à constante do § 5 TDG na sua redacção anterior. Conforme referimos *supra* § 3.2, à luz da TMG, o entendimento acerca deste problemática não é susceptível de ser alterado.

<sup>209</sup> Note-se que o legislador português não foi o único a optar por legislar acerca da responsabilidade por hiperligações e motores de busca. Em Espanha, esta responsabilidade é regida do mesmo modo que em Portugal, i.e. remete-se para a responsabilidade decorrente de armazenagem principal, enquanto na Áustria se optou para a remissão para as regras do simples transporte. Assim, Joslove/Krylov, *Dangerous Liaison - Liability in the EU for Linking and Search Engine Services* in CRI, Abril de 2005, pp. 33-39 (p. 36). Pais de Vasconcelos, *Responsabilidade dos prestadores de serviços em rede*, in AAVV, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 275-290, (pp. 287-288), chama a atenção para o facto de uma sã hermenêutica jurídica permitir dispensar o preceito, porquanto este já seria abrangido pelas fórmulas genéricas da Directriz n.º 2000/31/CE.

figuras estabelecidas na lei como situações de utilização livre de obras alheias pressuporia que as informações constantes da página electrónica para a qual se estabelece a ligação e se consubstanciassem necessariamente em obras literárias ou artísticas protegidas pelo Direito de Autor, o que nem sempre se verificaria<sup>210</sup>.

Da nossa parte, julgamos não ser necessário considerar o hipernexo como uma forma de citação permitida pelo artigo 75.º, alínea f) do CDA<sup>211</sup>. Tal entendimento considera que o hipernexo consistirá numa forma de divulgação da página para onde se remete, função que será, no mínimo, análoga à da citação. Com efeito, somos do entendimento que vigora no ciberespaço um princípio geral de liberdade de referências<sup>212</sup>. Conforme salienta Oliveira Ascensão, esse princípio vigora e, para o confirmar, dá o exemplo da protecção de título, uma vez que, havendo referência apenas ao título de uma obra, esta será sempre livre, vigorando apenas a proibição de outros apoderarem-se, directa ou indirectamente, desse título<sup>213</sup>.

Fechando este breve parêntese e regressando à responsabilidade por instrumentos de busca e hipernexos, julgamos ser de extrema utilidade, neste particular, o recurso à solução

---

<sup>210</sup> Sofia Casimiro, *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação transmitida pela Internet*, cit., p. 57

<sup>211</sup> Conforme defende Menezes Leitão, *Responsabilidade Civil na Internet*, cit., p. 163. Sobre a citação, cfr., Oliveira Ascensão, *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 217-220.

<sup>212</sup> Aliás, o alcance do princípio é tão vasto que Oliveira Ascensão, *O Cinema na Internet, as hiperconexões e os direitos de autor*, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 219-247 (p. 231) chega a considerar que a mera declaração de um titular de uma página não autorizando o estabelecimento de hipernexos é irrelevante. Salvo o devido respeito, cremos que tal entendimento é demasiado lato, em virtude de não tutelar devidamente a declaração de vontade do titular da página.

<sup>213</sup> Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, frames e metatags - A segunda geração de referências na Internet*, cit., p. 200. No mesmo sentido, Nespôr/De Cesaris, *Internet e la legge*, cit., p. 175, referindo-se à jurisprudência norte-americana que considera que o estabelecimento de hipernexos é livre, dado que são a razão de ser da Internet e são um instrumento indispensável para aceder ao mundo da informação. Já Emilio Tosi, *Le responsabilità civili*, cit., p. 321 prefere salientar que o autor do hipernexo está numa situação análoga à do comerciante revendedor, na medida em que se limita a oferecer aos produtores um “produto”, em sentido lato, produzido por terceiros. Precisamente por esse motivo, entende o autor que impende sobre o autor do hipernexo a obrigação de indicar expressamente a fonte da informação que disponibiliza, de modo a que não viole direitos alheios.

adoptada pelo legislador espanhol aquando da transposição do regime da Directriz. Assim, podemos ler:

*“Os prestadores de serviços da sociedade de informação que forneçam ligações a outros conteúdos ou incluam nos seus directórios ou instrumentos de busca de conteúdos não serão responsáveis pela informação que dirijam aos destinatários dos seus serviços, desde que:*

*a) Não tenham conhecimento efectivo de que a actividade ou a informação para que remetem ou recomendem é ilícita ou lesa bens ou direitos de um terceiro, susceptíveis de indemnização; ou*

*b) Caso tenham conhecimento da situação, actuem diligentemente para eliminar ou inutilizar a ligação correspondente.”<sup>214</sup>*

À luz deste dispositivo legal, tem sido entendido que a isenção referente aos hiper nexos e aos motores de busca apenas abarca a ilicitude da informação ou da actividade do lugar de destino, não se fazendo referência aos casos em que os conteúdos de destino são ilícitos ou em que a ilicitude é desde logo previsível a partir do momento em que se cria o hipernexo. Tratar-se-ia, pois, das situações em que através do hipernexo seriam violados os direitos do titular do sítio *web* de destino, porque o hipernexo não seria efectuada tendo por referência a sua *home page*, mas sim uma página ulterior (“*deep linking*”), bem como os casos em que, através do recurso às técnicas de *framing*, se importam conteúdos de outras páginas *web* fazendo crer que são a sua própria página<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Tradução nossa. No artigo 17.º, n.º 1 da LSSICE pode ler-se: “*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.*”

<sup>215</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. pp. 58-59. Já Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., p. 102 salienta que o legislador espanhol criou um preceito que não se limita a aplicar a prestadores de serviços intermediários, mas sim a qualquer prestador de serviços da sociedade da

De igual modo, esta isenção não operará nos casos em que o destinatário do serviço actue sob a direcção, autoridade ou controlo do prestador de serviços que facilite a localização desses conteúdos, sendo que o que se revelará de importância manifesta, prender-se-á com o facto de ser necessário indagar acerca da possibilidade de se considerar como próprio ou alheio o conteúdo da página *web* que contém o hipernexo, pelo que serão assaz importantes os eventuais acordos que existam entre o responsável da informação e o titular do sítio *web*<sup>216</sup>.

De modo similar ao estabelecido na Lei espanhola, o legislador austríaco regulou a responsabilidade pelo estabelecimento de hipernexos, prevendo que o prestador de serviços não será responsável desde que não tenha conhecimento efectivo da ilicitude ou da informação e desde que não tenha consciência, no que concerne às pretensões indemnizatórias, de factos ou circunstâncias cuja ilicitude seja manifesta, ou, a partir do momento em que tenha obtido esse conhecimento, actue imediatamente no sentido de remover o hipernexo. Adicionalmente, as regras relativas à responsabilidade do prestador não serão aplicáveis nos casos em que aquele que cria o hipernexo é subordinado ou supervisionado pelo prestador de serviços ou caso faça sua a informação alheia.<sup>217</sup>

---

informação. Conforme salienta Sammarco, *Il motore di ricerca: nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persone*, cit., p. 625, os motores de busca fazem sentir um problema especial, porquanto têm a capacidade técnica de catalogar e oferecer ao utilizador a informação a que pretende aceder, mas também é dotado da capacidade de aceder a informação de outros sítios *Web*. Trata-se, pois, de uma questão não só relacionada com os hipernexos, mas também com a actividade de *caching*.

<sup>216</sup> Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho privado de internet*, 3.ª ed., cit., p. 595-596.

<sup>217</sup> Tal é o que resulta do § 17 da Lei do Comércio Electrónico (“*E-Commerce Gesetz*”) que, neste particular, seguiu a responsabilização por armazenagem em servidor, onde se pode ler: “§ 17 (1) *Ein Diensteanbieter, der mittels eines elektronischen Verweises einen Zugang zu fremden Informationen eröffnet, ist für diese Informationen nicht verantwortlich,*

1. *sofern er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder,*

2. *sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hat, unverzüglich tätig wird, um den elektronischen Verweis zu entfernen*

Com efeito, somos do entendimento que a apropriação da informação alheia é o critério decisivo para afirmar a responsabilidade dos prestadores de serviços relacionados com os hiper nexos e com os motores de busca, porquanto será capaz de fornecer soluções de carácter uniforme<sup>218</sup>. Trata-se, aliás, do critério adoptado pelo próprio legislador pátrio. Efectivamente, no artigo 19.º, n.º 1, prevê-se que a associação de conteúdos não é considerada irregular por haver conteúdos ilícitos no sítio de destino, ainda que o prestador tenha consciência do facto. O que é deveras essencial é o facto de a remissão ter de ser realizada com objectividade e distanciamento, representando o exercício do direito à informação (artigo 19.º, n.º 2)<sup>219</sup>.

Este preceito coloca-se no ponto de tensão entre a liberdade de informação e a necessidade de repressão, fornecendo um critério operativo para facilitar a distinção entre uma mera referência,

---

*(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Person, von der die Informationen stammen, dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird oder der Diensteanbieter die fremden Informationen als seine eigenen darstellt."*

<sup>218</sup> Note-se que o legislador austríaco dedicou um parágrafo específico sobre motores de busca, prevendo a responsabilidade em termos similares, entre nós, à responsabilidade por simples transporte, estipulando que essas regras não serão aplicáveis nos casos em que aquele que estabeleceu a ligação é subordinado ou supervisionado pelo prestador de serviços. Com efeito, no § 14 da E-Commerce Gesetz podemos ler: "*§ 14. (1) Ein Diensteanbieter, der Nutzern eine Suchmaschine oder Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen bereitstellt, ist für die abgefragten verantwortlich, sofern er 1. die Übermittlung der abgefragten Informationen nicht veranlasst,*

*2. den Empfänger der abgefragten Informationen nicht auswählt und*

*3. die abgefragten Informationen weder auswählt noch verändert.*

*(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Person, von der die abgefragten stammen, dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird."*

<sup>219</sup> Não andaré muito distante deste entendimento Ortero Diaz, *Los enlaces en internet*, cit., p. 162 quando afirma que há conhecimento efectivo quando o prestador de serviços tem um conhecimento real, sério e fundado da existência de uma resolução administrativa ou judicial que (i) declara a ilicitude da informação para a qual o seu hipernexo remete ou (ii) que a simples existência da lesão de bens ou direito de terceiro, ordenando a sua supressão ou impossibilitando o seu acesso. Já Alain Strowel/Nicolas Ide - *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (2ème partie)*, cit., p. 9, não deixando de salientar a necessidade de tutela do direito à informação, defendem que o simples facto de tornar disponível um conteúdo num sítio *web* implica a aceitação tácita de que outros possam referir-se a esse conteúdo, pelo que não deve exigir-se uma autorização expressa relativa à referência de um determinado sítio *web*.

tendencialmente livre, e uma apropriação de conteúdos<sup>220</sup>, sendo que se afigura verdadeiramente essencial a necessidade de determinar se o hipernexo traduz algo que não é coberto pelo fim de informação ou outro fim ilícito prosseguido por quem o predispõe, o que significa que a liberdade que domina nesta matéria não pode ser pretexto para o agente beneficiar à custa da violação do direito alheio, ou divulgar por meios indirectos um conteúdo ilícito<sup>221</sup>. Noutros termos, podemos referir que se procura um ponto óptimo entre os interesses em causa, cabendo, à luz do caso concreto, verificar qual o interesse conflituante que se faz sentir com maior intensidade. A partir do momento em que se transcendam os limites da liberdade conferida pelo ordenamento, *maxime*, caso ocorra uma apropriação dos conteúdos, estaremos perante uma situação de responsabilização<sup>222</sup>.

Em qualquer caso, cumpre salientar que o preceito em causa mostra-se desnecessário, porquanto o critério ora propugnado já decorreria dos princípios gerais que regem a responsabilidade civil. Com efeito, a partir do momento em que alguém se apropria de um conteúdo alheio, aderindo às declarações nele constantes, está a comportar-se, para todos os efeitos, como um fornecedor de conteúdos, pelo que a sua responsabilização seria afirmada tendo por base o artigo 11.º e, conseqüentemente, o artigo 483.º CC<sup>223</sup>. Aliás, isso mesmo é o que decorre do debate existente, por exemplo,

---

<sup>220</sup> Cláudia Trabuco, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede*, cit., p. 156.

<sup>221</sup> Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, cit. p. 237.

<sup>222</sup> Metaforicamente, poderíamos dizer estamos perante uma situação análoga do conflito de interesses, na medida em que damos prevalência àquele que, no caso concreto, se faz sentir com maior intensidade. Fazendo uso da terminologia de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (tradução de *Theorie der Grundrechte*, 1986, por Ernesto Garzón Valdés) (reimp.), Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 86-87, diríamos estar perante um mandato de optimização (“*Optimierungsgebote*”).

<sup>223</sup> Aliás, não se afigura despendendo salientar o facto de, para um terceiro, aquele que faz determinada declaração numa página *web* actuar como autor de tal afirmação. Daí que a analogia com a situação do fornecedor de conteúdos seja flagrante.

no espaço jurídico alemão, onde a doutrina tende a afirmar a responsabilidade de quem se apropria de conteúdos alheios, tendo por base o disposto no § 7 TMG<sup>224</sup>.

## 9. Responsabilidade dos fornecedores de espaço

Uma vez chegados a este ponto, é chegada a hora de abordar a responsabilidade dos fornecedores de espaço, que são aqueles que se limitam a colocar à disposição de utilizadores espaços limitados de molde a permitir-lhes a colocação de conteúdos. Nesta sede há que ter em consideração que estaremos perante casos em que haverá lugar a armazenagem temporária (“*caching*”) e a armazenagem em sítios sob a direcção de outrem (“*hosting*”, armazenagem principal). Ora, conforme facilmente se intui, estamos perante situações com natureza distinta, uma vez que na armazenagem temporária o prestador de serviços se limita a reproduzir e a armazenar um documento electrónico de modo a satisfazer prontamente os pedidos de acesso que se encontra a receber, enquanto na segunda situação o prestador de serviços efectua a armazenagem a título duradouro, por forma a permitir futuros acessos sem limite de tempo<sup>225</sup>.

### 9.1 Responsabilidade por armazenagem temporária

Nas situações de armazenagem temporária, conforme já foi referido, o prestador de serviços retém informações, de modo a que

---

<sup>224</sup> No que diz respeito ao direito interno, apesar de vigorar um princípio de liberdade de referência, há que entender que existem alguns impedimentos de natureza pessoal à criação de hiperexos. Assim, Oliveira Ascensão, *O cinema na internet, as hiperconexões e os direitos de autor*, cit., (pp.229-230), que entende que devem ser considerados os seguintes impedimentos de natureza pessoal ao estabelecimento de hiperexos no campo dos Direitos de Autor: (i) impedimentos resultantes de se ferir o direito pessoal ou moral à integridade da obra, (ii) impedimentos resultantes da omissão da designação do titular da obra, e (iii) impedimentos resultantes do aproveitamento comercial de um elemento não comercial.

<sup>225</sup> Menezes Leitão, *A Responsabilidade civil na internet*, cit., p. 165.

os pedidos subsequentes sobre essas informações possam ser satisfeitos através da transmissão da cópia retida, em vez de ter de recorrer à fonte original onde essa informação se encontra. Dito de outro modo, a armazenagem temporária consiste no armazenamento em servidor de cópias de informações com grande procura, de modo a que, sempre que essa informação seja solicitada, o processo de transmissão seja mais veloz, uma vez que não será necessário recorrer à fonte onde se encontram essas informações<sup>226</sup>. Trata-se, aliás, de solução que viria a ser consagrada, em termos análogos no artigo 75.º, número 1 do CDADC, pelo que será curial interpretar ambos os preceitos de forma uniforme<sup>227</sup>.

Perante esta similitude, resulta facilmente perceptível que haja lugar à desresponsabilização do prestador de serviços nos casos em que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação, desde que essa armazenagem temporária e automática seja efectuada com fito de tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço (artigo 15.º, n.º 1)<sup>228</sup>. Temos, pois, que, *contrario*, resulta deste preceito uma obrigação de *non facere*, i.e., de no armazenar dados, mesmo que de forma temporária<sup>229</sup>.

Cabe notar que esta formulação pode dar azo a algumas dificuldades de interpretação, porquanto, as disposições relativas à armazenagem temporária, em termos amplos, podem ser aplicadas a tecnologias como utilizadas por alguns grupos de discussão. A

---

<sup>226</sup> Neste sentido, cfr., por exemplo, Alexandre Dias Pereira, *The protection of intellectual property in E-Commerce*, cit. pp. 357-358.

<sup>227</sup> Sobre este aspecto, cfr., Menezes Leitão, *Direito de autor*, cit., p. 350.

<sup>228</sup> Neste particular, salienta Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 288 que as normas relativas à exclusão de responsabilidade do prestador de serviços nos casos de armazenagem temporária são um exemplo paradigmático do difícil relacionamento entre Direito e tecnologia, dado que a norma é completada com referência a padrões tecnológicos variáveis por definição.

<sup>229</sup> Cláudia Trabuço, *Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais*, in *Direito da Sociedade da Informação*, cit., p. 489 e João Fachana, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos*, cit., p. 102.



título ilustrativo, pense-se no Usenet, um sistema em que os utilizadores publicam mensagens através de várias redes, com a particularidade de os servidores utilizados reterem as mensagens em cada grupo de conversação por um período de tempo limitado<sup>230</sup>. Colocado perante esta situação, o *Landgericht* de Düsseldorf considerou que estamos perante uma actividade de *caching*, salientando que, em função de a Usenet ter, por cerca de 30 dias, disponíveis os conteúdos, tal corresponderia a actividade de armazenagem principal e não de armazenagem temporária, atento o facto de, o tempo de retenção variar de servidor para servidor, e, como tal, não estarmos perante condutas automáticas <sup>231</sup>

Fechando este parêntese, cabe salientar que, ao exigir que o prestador não modifique o material, o legislador limita-se a dar cumprimento a dois objectivos distintos. Por um lado, frisa-se que o prestador não poderá ter o controlo editorial do conteúdo, o que implica que não possa haver qualquer responsabilização da sua parte, respeitando-se, simultaneamente, os interesses daquele que deu origem ao conteúdo. Por outro lado, procura-se fazer impender sobre o prestador o dever de cumprir com os padrões de actuação relativos à actualização da informação<sup>232</sup>.

Contudo, há que ter em linha de consideração que a armazenagem temporária não deixa de ser uma reprodução, apesar de temporária, pelo que há que indagar se este acto de reprodução está reservado ao titular dos direitos de autor e, como tal, carece de autorização deste. Ora, neste particular, somos do entendimento que a Directriz relativa ao comércio electrónico (e, por maioria de razão, o Decreto-Lei que a transpôs para o direito interno)

---

<sup>230</sup> Sobre este aspecto, cfr., cfr., o Capítulo 6 do *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society New rules for a new age?*, cit., p. 15.

<sup>231</sup> LG Düsseldorf 23.05 2007 - Az. 12 O 151/07 (<http://openjur.de/u/119673.html> Acesso: 17 de Janeiro de 2013).

<sup>232</sup> Kamiel J. Koelman, *Online Intermediary Liability*, cit., p. 31. Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., p. 93 prefeere salientar, de forma quase exclusiva, a necessidade de o prestador de serviços ter de levar a cabo um comportamento puramente passivo.

descreveu, detalhadamente, os casos específicos que estão de acordo com a regra dos três passos, pelo que a reprodução não carecerá de autorização do titular do direito de autor. Entre estas situações, encontra-se a armazenagem temporária<sup>233</sup>.

Aliás, este pormenor relativo ao direito de reprodução não é despiciendo, porquanto permite afirmar que a armazenagem temporária não será, em rigor, um serviço de transmissão, mas sim como um serviço que o prestador leva a cabo para por ocasião da prestação de um serviço de transmissão. Ou seja, *summo rigore*, a armazenagem temporária será, apenas, uma actividade de cópia que o intermediário realiza por ocasião da prestação de um serviço de transmissão e que terá utilidade para a prestar - a cópia - em momento futuro noutro serviço de transmissão referente à mesma informação<sup>234</sup>.

Deste modo, atendendo, sobretudo à natureza intermédia da memorização, podemos dizer, passe o pleonasma, que esta, de um ponto de vista meramente técnico, deve estar colocada - e ser justificada - no processo de transmissão, o que implica, necessariamente, a sua transitoriedade. O que equivale a dizer que tem de estar finalizada, de um ponto de vista meramente cronológico, aquando da transmissão da informação, contanto que não exceda o hiato temporal necessário a tal escopo<sup>235</sup>.

Assim, atendendo a este carácter da transitoriedade, é de crer que não estará incluído nesta situação de isenção de responsabilidade o *mirror caching*, uma vez que este envolve a armazenagem a longo

---

<sup>233</sup> Alexandre Dias Pereira, *The protection of intellectual property in E-Commerce*, cit. pp. 353-354. Note-se que o autor, com quem concordamos, entende que para além da armazenagem temporária, também os casos de simples transporte e de armazenagem principal serão conformes com a regra dos três passos. Não muito longe deste entendimento, andaré Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de direitos de autor*, cit., p. 135-137, quando refere que a Diretriz sobre comércio electrónico (trata-se de entendimento que, por maioria de razão, será aplicável ao regime interno) liberou a armazenagem temporária do direito de reprodução.

<sup>234</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. pp. 52-53.

<sup>235</sup> Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 284.

prazo de páginas *web* na íntegra e, conseqüentemente, acaba por não ser dotado das características da automaticidade e da intermediação que pautam o *caching* simples<sup>236</sup>.

De qualquer modo, há que ter em conta que o prestador de serviços, sob pena de lhe ser aplicável o regime comum de responsabilidade, tem de proceder segundo as regras usuais do sector na actualização da informação e no uso da tecnologia, não podendo aproveitá-la para obter dados sobre a utilização da informação (artigo 15.º, n.º 2). Neste particular – não obstante o casuismo inerente a tal solução – haverá que ponderar atendendo ao caso concreto se a informação foi actualizada de forma célere<sup>237</sup>. Note-se que este dever de cumprir com as normas relativas à actualização da informação corresponde à necessidade de evitar que as cópias na memória *cache* fiquem obsoletas e exibam uma informação distinta da que consta no sítio original, enquanto a obrigação de não interferir com a tecnologia reconhecida no sector visará, sobretudo que o titular do sítio *web* original possa consultar os dados constantes da memória *cache*, uma vez que, na maioria dos casos, as visitas não se fazem no sítio original, mas sim no sítio onde se encontra a cópia em *caching*<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> Júlia-Barceló, *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and U.S. Legal Frameworks*, cit., p.12.

<sup>237</sup> Sammarco, *Il motore di ricerca: nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persone*, cit., p. 634, entende, *de iure condendo*, que é necessário curar da protecção de dados pessoais, pelo que deveria ser imposto um limite temporal à disponibilização de informação sobre actividades económicas de um determinado sujeito, bem como matérias relativas a insolvência ou sanções administrativas. Todavia, o autor acaba por ser incapaz de avançar com um limite temporal.

<sup>238</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. pp. 58-59. Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información* cit., p. 95 salienta que não é suficientemente clara a relação entre as normas de actualização da informação e o dano causado. Não obstante, apenas poderá haver lugar à responsabilização do prestador de serviços se não for actualizada a informação, dando como ex. um situação em que a informação comercial de uma dada entidade a que os utilizadores acedem não corresponde com a informação constante da página *web* original. Salvo o devido respeito, estamos perante um problema de imputação, dado que para afirmar a responsabilidade do prestador de serviços haverá que aquilatar da sua diligência na actualização da informação. Isto, obviamente, sem prejuízo de ser necessário que haja um dano.

Note-se, ainda, que a estas condições acrescerá o cumprimento de uma obrigação de conteúdo positivo<sup>239</sup>, redundando na actuação pronta dos prestadores de serviços na remoção da informação ou no bloqueio do acesso a esta quando um tribunal ou uma autoridade administrativa lhes ordenem ou previnam que ponham termo a determinadas infracções ou que, em alternativa, tomem conhecimento de que a informação foi removida ou o acesso a esta foi bloqueado na fonte de transmissão inicial. Atendendo ao facto de o legislador não prever qualquer limite temporal, somos do entendimento que, atendendo à grande rapidez pela qual a informação é transmitida, a remoção de conteúdos deverá dar-se num espaço de poucos minutos<sup>240</sup>.

Finalmente, é mister salientar que a referência ao “conhecimento” no artigo 15.º, n.º 3 apenas diz respeito a situações fácticas, que se traduzirão *inter alia*, na retirada da informação da fonte ou da inviabilização do acesso mesmo.<sup>241</sup> Ou seja, contrariamente ao que sucede nos casos de armazenagem principal, o prestador não terá de conhecer da ilicitude do conteúdo que é objecto da transmissão, o que equivale a dizer que se estabelece, implicitamente, uma obrigação de não armazenamento de materiais que deixem de estar disponíveis na fonte originária<sup>242</sup>. Com efeito, o preceito ora em análise estabelece, antes de mais, deveres do prestador de armazenagem intermédia, pressupondo que essa armazenagem é dependência da subsistência da fonte inicial, o que

---

<sup>239</sup> Cláudia Trabuco, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede*, cit., p. 152.

<sup>240</sup> Óscar Morales Garcia, *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información*, cit., p. 185.

<sup>241</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. pp. 55.

<sup>242</sup> Cláudia Trabuco, *Responsabilidade e desresponsabilização dos prestadores de serviços em rede*, cit., p. 153.

justifica que a armazenagem cesse a partir do momento em que a informação deixa de estar disponível na fonte originária.<sup>243</sup>

## 9.2 Responsabilidade por armazenagem principal

Como ponto de partida para este *Tatbestand*, vejamos um caso decidido em França<sup>244</sup>: a sociedade Luiz Vuitton Malletier intentou, em primeira instância, uma acção contra o eBay, peticionando danos decorrentes de, no portal eBay serem vendidos produtos contrafeitos da Louis Vuitton, circunstância que não seria ignorada pela eBay. Em primeira instância, esta foi condenada a indemnizar a Louis Vuitton em € 16.300.000,00. Em sede de recurso, a eBay argumentou com o facto de granjear acessos aos respectivos utilizadores a anúncios nos quais não tem qualquer conteúdo, uma vez que apenas fornece serviços de armazenagem temporária. A Louis Vuitton, por seu turno, contestou que a actividade de armazenamento seria meramente acessória, dado que o cerne da actividade do eBay diz respeito à intermediação na celebração de contratos de compra e venda, facto que se verificaria pelas comissões cobradas pelos negócios (leilões) efectuados no sítio eBay.

Perante este argumentário, o tribunal considerou que o eBay tinha um papel activo, em função de cobrar comissões pelos negócios concluídos em linha e que, *inter alia*, apesar de existir uma política proibindo a alienação de produtos contrafeitos, a eBay não implementou uma política activa tendente a implementar tais políticas, foi confirmada a decisão de primeira instância. Diríamos,

---

<sup>243</sup> *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, cit., p. 229-230. Juliá-Barceló/Montero/ Salaün, *La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies* in AAVV, *Commerce électronique: le temps des certitudes*, Bruxelas, Bruylant, 2000, pp.1-52 (p. 41), por seu turno, preferem salientar que, nos casos de armazenagem em servidor, não foi estabelecida uma exoneração total em benefício do prestador de serviços, uma vez que o legislador comunitário apenas terá limitado os casos de responsabilidade.

<sup>244</sup> Acórdão de 3 de Setembro, do Cour d'Appel de Paris ([http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2973](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2973) Acesso: 17 de Janeiro de 2013).

pois, que o Tribunal *a quo*, implicitamente, terá considerado que não foi respeitada a neutralidade que se exige ao prestador de serviços em rede, fruto da percepção de comissões pelos negócios celebrados pelos utilizadores.

Passemos, pois, ao Direito vigente.

A actividade de armazenagem principal consiste na actividade do prestador de serviços que dispõe de um espaço e o cede a um destinatário para que este coloque aí informação<sup>245</sup>. Em rigor, esta actividade poderia ser designada, na língua portuguesa, por hospedagem (correspondendo à tradução do inglês *hosting*), mas a lei portuguesa optou por alterar a designação constante da Directriz para armazenagem principal<sup>246</sup>.

Conforme é facilmente perceptível, o grau de risco ou, se se preferir, de perigosidade aumenta consideravelmente nas situações de armazenagem em servidor, em virtude da permanência mais longa – quicá mais estável – da informação num determinado sítio *web*<sup>247</sup>. Estão abrangidos neste grupo de casos, por exemplo, a actividade de hospedagem de grupos de discussão<sup>248</sup> ou de *blogs*. Com efeito, apesar de a situação não ser directamente encarada nem pela legislação interna, nem pelo USCA, há que entender que o prestador de serviços que disponibilize espaço para albergar tais serviços beneficiará do regime de responsabilidade relativo à armazenagem em servidor, dado que – pensamos, sobretudo, no caso concreto dos *blogs* – estes

---

<sup>245</sup> Strowel, Alain / Ide, Nicolas, *La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et questions des hyperliens (1ère partie)*, cit. p. 25.

<sup>246</sup> Ascensão, José de Oliveira, *Introdução à perspectiva jurídica*, cit. p. 109.

<sup>247</sup> Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 292.

<sup>248</sup> Neste sentido, Júlia-Barceló, *On-line intermediary liability issues: Comparing EU and U.S. legal frameworks*, cit., p. 6. Philippe Gilliéron, *La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement*, cit., p. 388, refere que é prática habitual que o prestador de serviços de armazenagem principal coloque à disposição dos seus utentes uma plêiade de serviços, que pode ir desde o acesso a contas de correio electrónico, passando por fóruns de discussão, salas de conversação ou *mailing lists*.

espaços destinam-se, tendencialmente, a ficar disponíveis por lapsos temporais consideráveis<sup>249</sup>.

Assim, o prestador de serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar, imediatamente, o acesso a essa informação (artigo 16.º, n.º 1).

Mau grado o legislador não ter previsto a existência de uma obrigação de supervisão, o regime interno parece entrar em contradição com o quadro gizado pela Directriz quando prevê que há lugar a responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação (artigo 16.º, n.º 2), porquanto, indirectamente, prevê-se que existem casos em que o prestador de serviços deveria ter consciência do carácter ilícito da informação, facto que inculca a necessidade (indirecta) de o prestador ter de vigiar os conteúdos que alberga nos seus servidores<sup>250</sup>.

De modo a evitar um cenário verdadeiramente “orwelliano”<sup>251</sup> e, concomitantemente, de modo a compatibilizar este regime com o princípio plasmado no artigo 12.º, há que entender que estas situações em que o prestador de serviços deve conhecer o carácter ilícito da conteúdo, mais não serão os casos que lhe venham a ser comunicados pelos utilizadores e que revistam um carácter manifestamente ilícito (cfr., por exemplo, o artigo 18.º, n.º 1). Só

---

<sup>249</sup> Se dúvidas houvesse, bastaria fazer uma consulta (sem qualquer pretensão de rigor científico, entenda-se) a um conjunto considerável *blogs* que têm um arquivo de informação que, em alguns casos, é superior a três anos.

<sup>250</sup> A este propósito, salienta Dário Moura Vicente, *Problemática internacional da sociedade da informação*, cit., pp. 206-207 que a lei portuguesa foi além do exigido pela Directriz (ultrapassando também, disposições homólogas de outros Estado-Membros da União Europeia), uma vez que esta apenas impõe a responsabilização do prestador intermediário de serviços quando este tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal ou de factos ou circunstâncias que a evidenciem ou quando o prestador, tendo tomado conhecimento da ilicitude, não actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

<sup>251</sup> Referimo-nos *Nineteen eighty four* de George Orwell e à conseqüente existência de um *Big Brother* que pairasse sobre toda a Internet.

assim, cremos, se conseguirá pôr em prática o princípio basilar da ausência de obrigação de vigilância por parte dos prestadores intermediários de serviços.

Conforme facilmente se verifica, este preceito tem como epicentro o conhecimento efectivo da ilicitude<sup>252</sup>. Com efeito, o legislador parece ter centrado a responsabilidade do prestador de serviços no facto de (i) que o conhecimento que tenha está a dar cobertura a uma actividade ilícita ou ao armazenamento de informação ilícita e (ii) da celeridade com que reage a partir do momento em que tenha adquirido tal conhecimento<sup>253</sup>.

Relativamente ao conhecimento efectivo, este referir-se-á não à actividade ou informação ilegal, mas sim às circunstâncias enumeradas pelo legislador<sup>254</sup>. Dito de outro modo, estaremos perante um conhecimento que não será meramente fáctico, mas sim perante um conhecimento que será resultante da valoração do conteúdo como ilícito<sup>255</sup>.

Ademais, somos do entendimento que estaremos aqui perante um estado de ignorância desculpável, no sentido de que o prestador de serviços, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos

---

<sup>252</sup> À luz do direito alemão, entende Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., pp. 451-452, que o legislador entra em contradição ao exigir ao exigir o simples conhecimento como elemento subjectivo do § 10 TMG. Efectivamente, o autor chama a atenção para o facto de, atendendo a este quadro, qualquer utente de uma página não ter interesse em proceder ao controlo da licitude dos conteúdos, gerando, progressivamente uma ausência de controlo. Assim, passará a vigorar o lema “Nada visto, nada ouvido” (“*Nichts gesehen, nichts gehört*”).

<sup>253</sup> Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., pp. 98-99.

<sup>254</sup> Basta atentar no facto de, quanto maior for o número de páginas armazenadas por um prestador de serviços, mais difícil será afirmar a sua responsabilidade, já que resulta mais compreensível que nestes casos não tenha conhecimento da actividade ou informação ilícita que armazenava.

<sup>255</sup> Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, cit., p. 230. Graham Smith *et alii*, *Internet Law and Regulation*<sup>3</sup>, cit. p. 208, por seu turno, salientavam a infelicidade da redacção da Directriz, porquanto a utilização do adjectivo “ilegal” poderia indicar que estaríamos, apenas, perante casos de responsabilidade criminal. Os autores acabam por afirmar que o objectivo da Directriz passaria pelo irresponsabilização do prestador de serviços quer ao nível civil quer ao nível penal.



pelo caso, ignora determinados circunstancialismos<sup>256</sup>. Assim, este “conhecimento” deverá ser lido à luz da dogmática da boa fé, o que implica que o conhecimento será relevante nos casos em que o prestador de serviços, conhecendo a posição alheia, a prejudique ou o faça por desconhecimento culposo<sup>257</sup>.

Cumprе salientar que o conhecimento, sendo um facto interior, está quase sempre subtraído à percepção directa, não sendo imediatamente acessível a outras pessoas<sup>258</sup>. Acresce ainda que este dever de conhecimento não é um dever em sentido próprio, uma vez que não se descortina nele qualquer comportamento ilícito, o qual se traduziria, pretensamente, na não aquisição do “conhecimento devido” ou, pelo menos, na não realização da “actividade de indagação” conducente a esse conhecimento, o que permitiria concluir que, em sede de prova, o legislador apenas quis sancionar o conhecimento efectivo<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Fazemos uso do conceito de boa fé subjectiva propugnado por Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001 (reimp. da ed. de 1984), p. 516. No que concerne, especificamente, à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, julgamos que não se afastará em muito deste entendimento Salvatore Sica, *Le responsabilità civile*, cit., p. 295, quando afirma que aquele que vise afirmar a responsabilidade do prestador de serviços em rede terá de, previamente, provar o *prius* lógico e cronológico do conhecimento – seja este efectivo, ou, apenas de determinados factos ou circunstâncias – enquanto ao prestador de serviços caberá, apenas, o ónus de provar que actuou com diligência, *maxime* de modo tempestivo, aquando da sua intervenção.

<sup>257</sup> Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1226. Creemos que não andará muito longe desta posição Oliveira Ascensão, *As novas tecnologias e os direitos de exploração das obras intelectuais*, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra. Livraria Almedina, 2001, pp. 173-197 (p. 181), quando defende que nada repugnar que o provedor de serviços fosse responsabilizado se conhecesse ou devesse conhecer a ilicitude da mensagem, sendo que o que importaria não seria a ignorância psicológica, mas a ética, pois o provedor só não seria responsabilizado se, perante as circunstâncias, não lhe fosse exigível aperceber-se daquela ilicitude.

<sup>258</sup> Neste sentido, Raúl Guichard, *Da relevância jurídica do conhecimento civil*, Porto: Universidade Católica Editora, 1996, p. 37. Neste particular, não deixa de salientar Spindler, *Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr*, cit., p.923 que continua a ser aplicável a regra da apropriação de conteúdos (“*Eigen-sich-machen Regel*”).

<sup>259</sup> Raúl Guichard, *Da relevância jurídica do conhecimento civil*, cit., p. 39. É por este motivo que Filipe Lousa, *A responsabilidade civil dos prestadores de serviços da Internet por violações de Direitos de autor*, cit., p. 140-141 (nota 519) entende que a LSSICE é mais clara, pois dispõe expressamente, no artigo 16.º, n.º 1, que os fornecedores de armazenagem não serão responsáveis desde que não tenham conhecimento efectivo de que a actividade ou informação armazenada é ilícita ou que lesa bens ou direitos de um terceiro susceptíveis de indemnização.

Finalmente, cumpre salientar que as regras comuns de responsabilidade civil serão aplicáveis sempre que o destinatário do serviço actue subordinado ao prestador ou for por ele controlado (artigo 16.º, n.º 3)<sup>260</sup>. Uma vez mais, trata-se de uma solução perceptível, pois, nestas situações estamos perante um caso de responsabilidade pelo conteúdo.

## 10. Resolução provisória de litígios<sup>261</sup>

Conforme pudemos verificar *supra*<sup>262</sup>, os prestadores de serviços em rede não estão onerados com qualquer obrigação activa de vigilância de conteúdos. Com efeito, o legislador adoptou um sistema público-administrativo de controlo de conteúdos, conforme resulta, por exemplo, do princípio de colaboração plasmado no artigo 13.<sup>0263264</sup>.

Assim, de modo a dar seguimento a esse sistema, o legislador curou, ainda, de prever, no tocante aos casos de responsabilidade dos fornecedores de espaço e dos prestadores intermediários de serviços, que, caso a ilicitude não seja manifesta, aqueles não serão obrigados a remover o conteúdo contestado ou a impossibilitar o

---

<sup>260</sup> A este propósito, nota Dário Moura Vicente, *Problemática Internacional da Sociedade de Informação*, cit., p. 324, a lei portuguesa, tal como a Directriz, excede o nível de exigência do Direito norte-americano, que só consente a imputação de danos nos termos gerais se o provedor de serviços tiver recebido um “benefício financeiro” directamente atribuível à infracção e possuir o “Direito e a capacidade de controlar” a actividade do infractor.

<sup>261</sup> Acerca desta temática, veja-se, por exemplo, para uma primeira aproximação, Filippo Danovi, *La Risoluzione stragudiziale delle controversie: arbitrato e conciliazione*, in AAVV, *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milão: Giuffrè, 2003, pp. 387-422 e Marangoni, *I sistemi online di risoluzione delle controversi* in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, XXII (2006), pp. 375-416.

<sup>262</sup> Ponto 4.

<sup>263</sup> Neste sentido, Pedro Gonçalves, *Resolução provisória de litígios*, in AAVV, *Lei do comércio electrónico anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 295-318 (pp. 305-306).

<sup>264</sup> Conforme salientava, Alexandre Dias Pereira, *The protection of intellectual property in E-Commerce*, cit. p. 361, não era tarefa fácil considerar que o prestador de serviços tivesse conhecimento da ilicitude dos conteúdos, uma vez que não se estabelecia nem uma obrigação de supervisão de conteúdos nem se previa a instituição de um sistema de avisos e retirada, pelo que, neste particular, somos do entendimento que a solução acolhida pelo legislador pátrio merece aplauso.

acesso à informação só pelo facto de um interessado arguir a violação (artigo 18.º, n.º 1), sendo que qualquer interessado pode recorrer à entidade de supervisão respectiva, que dever dar uma solução provisória em quarenta e oito horas e logo que a comunica electronicamente aos intervenientes (artigo 18.º, n.º2) <sup>265</sup>, sendo que a solução definitiva do litígio é remetida para as vias comuns (artigo 18.º, n.º 7).

Este procedimento é, de certo modo, inspirado pelos procedimentos de advertência e retirada (“*notice and take down procedures*”), previstos na Secção 512 USCA, onde se prevê que os prestadores de serviços não serão considerados responsáveis pela violação de direito de autor em virtude do armazenamento ou da transmissão de materiais nos servidores e redes que controlem ou operem, feitos a pedido de um utente desses serviços se, sendo notificados de uma alegada violação pelo titular do direito alegadamente violado, curarem de proceder à remoção ou de procurarem impedir o acesso a esses materiais por parte dos utilizadores<sup>266</sup>.

Caso actue deste modo, o provedor deve notificá-lo de que foi removido ou desactivado o acesso ao material em causa. Todavia, se receber uma contra-notificação enviada pelo utente em que este declara crer de boa fé que o material removido ou desactivado em resultado de erro ou má identificação deste, o provedor deve fornecer uma cópia dessa contra-notificação à pessoa que o notificou inicialmente, informando-a de que o material removido será recolocado ou cessará a desactivação do acesso ao mesmo, no prazo de 10 dias, salvo se o provedor for notificado de que essa pessoa

---

<sup>265</sup> Decorre do artigo 35.º, n.º 2 que as funções de entidade de supervisão central serão exercidas pela Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM).

<sup>266</sup> § 512 (g) (1) USCA

requereu, por via judicial, uma providência destinada a impedir o utente de continuar a prosseguir a actividade ilícita<sup>267268</sup>.

Neste particular, é de salientar o caso ALS Scan v. RemarQ<sup>269</sup>. No caso *sub judice*, a ALS Scan era titular de direitos sobre imagens “para adultos”, que podiam ser acedidas mediante pagamento de preço. A RemarQ era um fornecedor de acesso a 30.000 grupos de discussão sobre várias matérias, sendo que alguns desses grupos de discussão incluíam as imagens da titularidade da ALS SCAN. Esta enviou um aviso onde se identificavam os grupos de discussão em questão, mas sem curar de identificar as imagens de cujos direitos era titular. A RemarQ, por seu turno, respondeu referindo que não impediria o acesso aos grupos de discussão, mas procederia à remoção das imagens. Em virtude de o Tribunal considerar que a RemarQ não podia ser considerada responsável pela violação de direitos de autor, a questão centrou-se nos requisitos de notificação previstos pelo USCA, dado que não foram identificadas as obras alegadamente violadas, tendo-se decidido que ao abrigo do § 512 (c) USCA apenas é exigido um comprimento substancial por parte do notificante, i.e, será suficiente a apresentação de informação razoavelmente suficiente para que o prestador de serviços localize o material alegadamente infractor.

Ora, sucede que, apesar de se ter procurado adoptar um procedimento que assegurasse uma resolução célere no que

---

<sup>267</sup> § 512 (g) (2) USCA

<sup>268</sup> Conforme salienta Dário Moura Vicente, *Problemática internacional da sociedade da informação*, cit., pp. 388-389, as potencialidades deste sistema são limitadas, uma vez que não dispensa o recurso aos tribunais judiciais, acrescendo, ainda, o facto de a secção 512 USCA apenas ter em vista os casos em que sejam colocados à disposição do público, num sítio da Internet, conteúdos potencialmente lesivos de *copyright* alheio e não aqueles outros em que um sítio da Internet se limita a facilitar a violação de direitos autorais pelos próprios utilizadores finais da rede, mediante a partilha de ficheiros informáticos *peer to peer*. Apesar destas limitações, Brian Kaiser, *Contributory infringement by internet service providers: na argument for limitation*, cit., p. 93, entende que as regras relativas às notificações são adequadas, dado que põem os custos da pesquisa de potenciais desrespeitos de *copyright* a cargo do titular desse direito e porque impende sobre o titular do *copyright* a obrigação de determinar se a alegada violação é, de facto, uma violação.

<sup>269</sup> ALS Scan, Inc V RemarQ Communities, Inc., 239 F. 3d 619 (2001) (disponível em <http://www.kasunic.com/PDF/als.pdf> Acesso: 12 de Janeiro de 2012).

concerne aos conteúdos disponibilizados em redes informáticas, o legislador pátrio não adoptou um sistema de resolução de litígios tão detalhado como aquele acabado de descrever. Não obstante, cumpre abordar algumas questões derivadas do modo de resolução provisória de litígios previsto na legislação interna.

Conforme verificámos, foi atribuída competência a uma entidade administrativa para proferir uma solução provisória dos litígios, pelo que urge apurar se essa atribuição de poderes está em conformidade com o princípio constitucional da reserva de jurisdição. Neste particular, atendendo ao facto de a resolução definitiva do litígio ser realizada nos termos e pelas vias comuns, aliado ao facto de não se excluir a possibilidade de as partes requererem em juízo providências cautelares tendentes a remover ou a impossibilitar o acesso a conteúdos disponíveis em rede, é de crer que não há qualquer violação da Constituição, uma vez que não se estabelecem competências definitivas ou decisões definitivas das autoridades administrativas<sup>270</sup>.

Com efeito, contrariamente ao que sucede na verdadeira resolução administrativa de litígios entre particulares, a intervenção administrativa não representa uma “primeira palavra” sobre um litígio. Na verdade, a decisão administrativa que se obtém não se pronuncia de forma definitiva sobre o fundo da questão controvertida, limitando-se a compor provisoriamente um litígio, através do exercício das suas competências próprias de controlo de conteúdos<sup>271</sup>.

Ademais, cumpre salientar que esta atribuição de competências a uma autoridade administrativa está em conformidade com a Directriz, uma vez que esta não preclude a consagração nos diplomas nacionais reguladores do comércio electrónico de disposições tendentes a possibilitar que se previna ou ponha termo, pela via meramente administrativa, a uma lesão de

---

<sup>270</sup> Dário Moura Vicente, *Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico*, in AAVV, *Direito da sociedade da informação*, vol. V, 2004, pp. 145-183 (pp. 153-154), Pedro Gonçalves, *Resolução provisória de litígios*, cit., p. 316.

<sup>271</sup> Pedro Gonçalves, *Resolução provisória de litígios*, cit., p. 317.

direitos por meios electrónicos, desde que a opção por tal via, em detrimento da via judicial, caiba aos interessados<sup>272</sup>.

## **§. 5 *Ex professo*: a limitação contratual da responsabilidade dos prestadores de serviços**

### **1. Razão de ordem**

Uma vez efectuado o estudo do regime da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, somos do entendimento que se afigura pertinente traçar algumas notas sobre a limitação convencional da responsabilidade extracontratual dos prestadores de serviços em rede.

Com efeito, esse estudo justifica-se pelo facto de, cada vez com maior frequência, os prestadores de serviços incluírem vários anúncios (“*disclaimers*”) nos seus sítios *web*, onde declaram não serem responsáveis pelos conteúdos albergados, bem como estabelecem que a aceitação dos termos e condições – aceitação que, por via de regra, condiciona o acesso às páginas albergadas – equivale à sua irresponsabilização<sup>273274</sup>.

---

<sup>272</sup> Dário Moura Vicente, *Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico*, cit. p 154.

<sup>273</sup> Conforme refere Pedro de Miguel Ascencio, *Derecho privado de internet*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., p. 532, uma das vias relativas à tentativa de limitação da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede é a inclusão de declarações unilaterais ou de uma cláusula que se incorpora ao eventual contrato a celebrar com o utente, em que o prestador se exime de responsabilidade. Aliás, o autor salienta que é prática corrente o facto de sítios *web* que prestam informação sem subordinar tal actividade à celebração de um contrato, é usual a inclusão na sua página principal aviso sobre isenção de responsabilidade.

<sup>274</sup> A este propósito, Kronman, *Paternalism and the Law of contracts*, in Yale L. J. 92 (1982-1983). (pp. 763-798 (p. 771) salienta a existência de uma restrição à autonomia privada, sob as veste de contrato de adesão. O autor coloca a tónica nas restrições colocadas à renúncia de garantias em certos regimes, como no arrendamento ou nos contratos de adesão. Concentrando-nos apenas nestes, salienta-se que os principais ataques aos contratos de adesão, a par da inerente tutela conferida ao consumidor, diriam respeito a uma conceção de justiça distributiva que estaria por provar, dado que a generalidade dos contratos são contratos de adesão, uma vez que, na praxis, são comuns os casos em que uma das partes, ao realizar o convite a contratar, fazem-no de forma incondicional, recorrendo a máximas como “*É pegar ou largar*”.

Uma vez que tais práticas enquadrar-se-ão na problemática relativa aos contratos de adesão, cremos ser útil fazer um breve enquadramento da eficácia e validade da limitação convencional da responsabilidade extracontratual, uma vez que tal enquadramento terá a virtualidade de facilitar a análise das regras disciplinadoras dos contratos de adesão.

Cumpra, ademais, salientar que as linhas que se seguem não dizem respeito a situações de venda à distância ou de contratos celebrados com consumidores, uma vez que estas matérias pressupõem a existência de uma relação de consumo<sup>275</sup>. Trata-se, outrossim, de directrizes gerais.

## 2. Regime geral

À partida, poderá pensar-se que a convenção de irresponsabilidade extracontratual carece de sentido, uma vez que tal forma de responsabilidade resulta da violação de direitos absolutos ou de normas aplicáveis a uma generalidade de pessoas (artigo 483.º CC), pelo que dificilmente se vislumbra a possibilidade de alguém, antecipadamente, excluir a responsabilidade perante pessoas que se apresentam como terceiros.

Com efeito, sendo a responsabilidade extracontratual o resultado da violação de um dever geral de abstenção, é dificilmente compaginável determinar todas as pessoas que poderão vir a ser lesadas. Todavia, há que ter em conta que o homem prudente pode prever certo tipo de danos que possa vir a produzir, tal como as pessoas particularmente ameaçadas por eles. Precisamente por esse

---

<sup>275</sup> Sobre este aspecto específico, cfr. Elsa Dias Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Sobre a tutela do consumidor em geral, cfr., Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp. 11 e segs.; Ferreira de Almeida, *Negócio Jurídico de Consumo*, in BMJ 347 (1985), pp. 11-38 (p. 19 e segs.); Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 31 e segs.; Elsa Dias Oliveira, *op. cit.*, pp. 24 e segs. Sobre a questão da protecção dos consumidores no Direito anglo-saxónico, cfr., Kessler, *The Protection of the Consumer Under Modern Sale Law (part 1)*, in Yale L. J. 74 (1964), pp. 262-285.

motivo, e apesar de não poder excluir ou limitar a sua responsabilidade perante toda a gente, o presumível lesante pode, no entanto, afastar ou atenuar a responsabilidade em face de pessoas cuja situação de facto, atendendo à sua relação de proximidade ou vizinhança, faça prever apresentarem-se como potenciais vítimas<sup>276</sup>.

Todavia, há que dar um passo mais e procurar indagar dos limites à liberdade de estipulação das partes. Neste particular, é entendimento pacífico que as cláusulas de irresponsabilidade extracontratual têm como limite a ordem pública. Se é certo que poderá relevar o consentimento do lesado nos termos do artigo 340.º CC para afirmar a validade de princípio destas cláusulas, é de crer que tal consentimento encontrará o limite imposto pela ordem pública, pelo que, serão consideradas nulas as cláusulas exoneratórias que se reportem a danos que afectem a própria pessoa na sua saúde, integridade física ou moral, *maxime*, na sua personalidade<sup>277</sup>. Com efeito, a limitação da responsabilidade extracontratual não pode ser considerada válida nos casos de dolo e de violação da ordem pública (“*gutten Sitten*”), uma vez que a

---

<sup>276</sup> Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003 (reimp. da ed. de 1985), p. 393. Pessoa Jorge, *A limitação convencional da responsabilidade civil*, in BMJ 281 (1972), pp. 5-32 (p. 21). Por seu turno, Vaz Serra, *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros* in BMJ 79 (1958), pp. 105-159 (p. 124) conclui que, no domínio da limitação convencional da responsabilidade contratual, a isenção de responsabilidade irá contra a ordem pública nos casos em que se preveja a irresponsabilidade do devedor quando este actue dolosamente, uma vez que tal situação violaria a ordem pública e seria contrária aos bons costumes. Note-se, também, que o autor, *Idem*, *Ibidem*, cit., p. 132-133, entende que os mesmos princípios regem os casos de cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade extracontratual.

<sup>277</sup> Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, cit., pp. 408-409. Pessoa Jorge, *A limitação convencional da responsabilidade civil*, cit., p. 22. Neste particular, cumpre salientar que o autor entende que é possível estipular cláusulas de limitação da responsabilidade objectiva, baseando-se no facto de, caso esta fosse proibido, o artigo 504.º, n.º 3 ser inútil. Assim, o autor, baseado no argumento a *contrario*, entende que tais cláusulas serão válidas nos casos não previstos no artigo 504.º, n.º 3 CC. Salvo o devido respeito, cremos que o argumento prova em demasia. Com efeito, se se admite a limitação da responsabilidade nos casos de responsabilidade objectiva, que é independente de culpa, porque não adoptar um entendimento semelhante, por maioria de razão, para responsabilidade objectiva, uma vez que, adicionalmente, no artigo 508.º CC a limitação legal de responsabilidade refere-se a morte ou lesão de uma pessoa?



limitação contratual não visa consentir a ofensa à pessoa, mas sim, pelo contrário, delimitar o risco de danos a suportar<sup>278</sup>.

Ora, uma vez admitida, em princípio, a admissibilidade de cláusulas de irresponsabilidade extracontratual, urge apurar se, por força do contrato celebrado, ocorre uma transformação da responsabilidade extracontratual em responsabilidade contratual. Neste particular, é de crer que a celebração de um contrato não acarretará a alteração da natureza da responsabilidade. Efectivamente, tudo dependerá da fonte de onde promane a responsabilidade. Assim, esta será contratual ou extracontratual consoante a sua fonte resida na violação de deveres emergentes de uma obrigação ou, pelo contrário, na violação de um dever geral de abstenção – o *neminem laedere*<sup>279</sup>.

Ademais, somos do entendimento que o artigo 809.º CC não será aplicável à limitação da responsabilidade extracontratual, uma vez que o preceito refere-se apenas à responsabilidade obrigacional. Para além disso, admitindo-se, como é o nosso caso, que o princípio da liberdade contratual estende-se ao domínio da responsabilidade civil, é forçoso concluir que o artigo 809.º CC representa uma

---

<sup>278</sup> Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, 4.ª ed., Colónia-Berlim-Bona-Munique: Carl Heymanns Verlag KG, 2002, Nm. 172. Já Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 324 (nota 316), não negando que a ordem pública ou os bons costumes constituem limites gerais à disponibilidade do ilícito, entende que deverá ser exigida uma especial fundamentação nos casos de exclusão ou limitação da responsabilidade delitual, uma vez que os sujeitos não se podem apropriar da responsabilidade ou do critério de responsabilidade, sob pena de manipulação e de subversão do carácter fundamentalmente imperativo do direito delitual.

<sup>279</sup> Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, cit., pp. 396-397.

derrogação a esse princípio, tendo, assim, carácter excepcional e, como tal, é uma norma insusceptível de aplicação analógica<sup>280281</sup>.

Finalmente, é mister salientar que a exclusão de responsabilidade operada pelos prestadores de serviços, por via de regra, nas páginas iniciais dos seus sítios, afigura-se duvidosa, uma vez que o normal comportamento dos declaratórios (aceitação, com um *click*, de tais condições, por exemplo) não pode ser visto como declaração negocial tácita de aceitação, uma vez que não é um comportamento concludente, ou seja, não constitui um facto que, com toda a probabilidade, revele aceitação da declaração de irresponsabilidade. Dito de outro modo, tais declarações unilaterais, em princípio, não valerão como convenções de irresponsabilidade, dado que falta o acordo do destinatário, uma vez que este não pode

---

<sup>280</sup> Pessoa Jorge, *A limitação convencional da responsabilidade civil*, cit., p. 23. Similarmente, Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, cit., p. 406 sublinha que o artigo 809.º CC assenta em fundamentos alicerçados na natureza jurídica do vínculo obrigacional, i.e, em razões que manifestamente não abrangem as convenções de exclusão da responsabilidade extracontratual, uma vez que tais razões reportam-se a situações de violação de direitos de crédito e não a hipóteses de violação de direitos absolutos fundados directamente na lei. Sublinhe-se, em qualquer caso, que do exposto parece decorrer que o autor nega a hipótese de violação do direito de crédito por terceiro, situação que, a ser admitida, será tutelada pelo artigo 483.º, n.º 1 CC. Efectivamente, a constante referência a direitos absolutos parece indiciar esta conclusão. Trata-se, contudo, de matéria que, atendendo ao escopo do presente estudo, não poderemos desenvolver.

<sup>281</sup> No tocante ao Direito alemão, Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, cit., Nm. 171, salientam que o § 276 BGB, apesar de se referir apenas à responsabilidade contratual deve ver o seu campo de aplicação generalizado, de modo a que possa abarcar de igual modo as cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade extracontratual.

deduzir-se de comportamentos destituídos, por via de regra, desse significado e alcance<sup>282</sup><sup>283</sup>.

### 3. Contratos de adesão

Como é consabido, a contratação com base em condições ou cláusulas negociais gerais, previamente elaboradas, constitui uma faceta típica da sociedade industrial moderna<sup>284</sup>. No que ao Direito diz respeito, estes contratos de adesão colocam problemas de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas e no plano processual mostram a inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário, que actua

---

<sup>282</sup> Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, cit., pp. 400-401. Não ignoramos que, objectivamente, ao aceder a uma página onde conste uma declaração de exoneração de responsabilidade, tal comportamento pode ser interpretado no sentido de concordante com tal cláusula. Todavia, cremos que o condicionamento do acesso a uma página à aceitação de tal declaração é manifestamente abusivo. Acerca do nexo de conclusão e da determinação da declaração tácita, cfr., Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, pp. 760-786. Um exemplo prático é-nos fornecido pelo serviço de blogs Sapo (<http://blogs-beta.sapo.pt/create.bml> Acesso: 12 de Julho de 2006). Como afirmar que o utilizador pôde ler, efectivamente os termos e condições do serviço, se estes são apresentados em página diversa daquela onde têm de manifestar a sua aceitação? Basta lembrar que a esmagadora maioria dos utilizadores aceitará tais condições sem as ler. Dito de outro modo, tais condutas somos do entendimento que estas condutas, relativamente correntes no ciberespaço são abusivas, pelo que só serão válidas, cremos, se as condições de utilização do serviço forem disponibilizadas na mesma página em que se subscreve o serviço.

<sup>283</sup> Em qualquer caso, não deixa de salientar Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., pp. 448-449, a importância de as páginas *web* conterem avisos afirmando: “Não assumimos a responsabilidade pela correcção e completude da informação fornecida nesta página” (*Wir übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der auf der Homepage befindlichen Informationen.*). Conforme referimos no texto, somos do entendimento que avisos deste género serão ineficazes.

<sup>284</sup> Neste particular, Ana Prata, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 325, chama a atenção para o facto de que considerar o contrato de adesão como a situação em que um dos contraentes se acha confrontado com uma proposta contratual inalterável, de tal forma que a alternativa de atitudes possíveis se reduz à total aceitação ou completa rejeição do conteúdo contratual, acaba por traduzir-se na desvalorização de aspectos que podem assumir decisiva importância para a análise e valoração de situações contratuais e do seu conteúdo.

a *posteriori*, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso concreto<sup>285</sup>.

Na verdade, as cláusulas de exoneração são perigosas, pois a sua inclusão em contratos nos quais a liberdade de estipulação da contraparte não existe ou está fortemente reduzida tende a favorecer a negligência da contraparte, embora, concomitantemente, podem servir para tornar possível ou mais fácil a realização de certos contratos<sup>286</sup>. A estes fundamentos deve acrescentar-se ainda, o objetivo de atender à diminuição dos riscos de redistribuição de riqueza (*“Risikoumverteilung”*), na medida em que se procuram diminuir os abusos perpetrados pelos oferentes<sup>287</sup>. Em suma, nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, o regime das cláusulas contratuais gerais procura funcionar como contrapeso de uma situação em que o aderente, faticamente, não pode fazer uso da liberdade de estipulação, situação que pode levar a que o aderente não conheça o seu conteúdo e, simultaneamente, permita que a parte que define o contrato transfira os riscos do contrato para o aderente<sup>288</sup>.

Atendendo às finalidades do nosso estudo, interessam-nos sobremaneira as disposições constantes do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Neste particular, e fazendo uma brevíssima síntese, podemos assentar no facto de o legislador ter adoptado uma série de cláusulas consideradas proibidas em termos absolutos

---

<sup>285</sup> Pinto Monteiro, *Contratos de adesão – O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, instituído pelo D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, in ROA 46 (Dezembro 1986), pp. 735-769 (pp. 742-745). Similarmente, Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 59, salienta que a lei portuguesa submete as condições gerais do contrato a um apertado sistema de controlo, que funciona a vários níveis, em primeiro lugar, ao nível da inclusão das cláusulas no contrato singular; depois, ao nível da interpretação e, finalmente, ao nível do próprio conteúdo das condições gerais.

<sup>286</sup> Vaz Serra, *Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros*, cit., p. 119. Salienta Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil I – Parte Geral Tomo I*, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 599, que o recurso a cláusulas contratuais gerais é comum em espaços de monopólios ou de oligopólios, sobrando pouco espaço aos particulares para as poder discutir, sobrando, inclusive, pouca liberdade para o fazer

<sup>287</sup> Similarmente, Fikentscher/heinemann, *Schuldrecht*, 10.ª ed., cit., p. 98.

<sup>288</sup> Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 234.

(artigos 18.º e 21.º) e de cláusulas proibidas em termos relativos (artigos 19.º e 22.º), sendo que, de igual modo, foi efectuada a destriça entre as relações entre empresários ou entidades equiparadas e as relações com consumidores finais.

Na verdade, em função de as cláusulas contratuais gerais se pautarem pela pré-elaboração, generalidade e rigidez<sup>289</sup>, o legislador deixou menor campo de manobra nas relações com consumidores finais, sendo erigida a boa fé a critério-reitor para aferir da validade das cláusulas gerais, podendo, inclusive, determinar outras proibições que não estejam previstas na própria LCCG<sup>290</sup>.

Conquanto não discordemos desta solução, julgamos certa a observação de Westermann, Bydlinski e Weber quando salientam que o fundamento do regime das cláusulas contratuais gerais assenta numa modelo de sociedade onde os indivíduos devem estar dotados de toda a informação relativa a um determinado produto, justificando-se a tutela dos aderentes pela adoção de uma cláusula flexível de controlo da licitude do respetivo conteúdo<sup>291</sup>. Aliás, a este respeito reputamos igualmente por correta a asserção de Brox e Walker, ao salientarem que as normas referentes a cláusulas contratuais gerais são baseadas, sempre, nos fundamentos da base negocial em que as partes contrataram, uma vez que só existe vinculação quando houver perfeita consciência de todas as implicações que o conteúdo do contrato a celebrar envolve<sup>292</sup>.

---

<sup>289</sup> Assim, por exemplo, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol I, 9.ª ed., cit., p. 33.

<sup>290</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil I – I*, 3.ª ed., cit., p. 631. Em sentido contrário, Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in ROA 50 (2000), pp. 573-595 (p. 589), considera que o critério da boa fé é uma aparência de critério, uma “etiqueta vazia” (sic). Sobre este aspecto, com maiores pormenores, cfr., Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 557 e segs., salientando que o critério da boa fé permite uma ponderação objectiva de interesses que opera no exercício da liberdade contratual.

<sup>291</sup> Westermann/Bydlinski/Weber, *BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 7.ª ed, Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 14.

<sup>292</sup> Brox/ Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 34.ª ed., Munique: Verlag C. H. Beck, 2010, pp. 34-35. Em abono desta conclusão, os

Assim, enquanto nas relações entre empresários, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas são apenas as que constam dos artigos 18.º e 19.º, tratando-se de relações com consumidores também serão proibidas, de modo absoluto ou relativo, as que constam dos artigos 21.º e 22.º, conforme decorre do disposto no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85<sup>293</sup>.

Conforme é consabido, o regime das cláusulas contratuais gerais é informado pelo princípio da boa fé, (artigo 16.º do Decreto-Lei, n.º 446/85), o que implica que, em face de um situação concreta, devem ponderar-se valores fundamentais do direito, designadamente a confiança suscitada pelas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis, bem como o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado (artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 446/85)<sup>294</sup>. Dito de outro modo, a listagem de cláusulas absoluta e relativamente proibidas são feridas por esta suspeição, *rectius*, proibição, porque, num plano abstracto, colidem com o princípio da boa fé<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Tendo por referência o ordenamento jurídico italiano, *verbi gratia*, a responsabilidade contratual, Tosi, *Le responsabilità civili*, cit., p. 294, considera que a validade das cláusulas de exclusão de responsabilidade em contratos de adesão está balizada por um duplo limite, a saber: (i) a nulidade do acordo que exclua ou limite preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave, e (ii) as cláusulas de exclusão da responsabilidade, mesmo verificando-se culpa leve, se o acto do devedor ou dos seus auxiliares consubstanciar violação de obrigações derivadas da ordem pública.

<sup>294</sup> Almeida Costa/Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 39 salientam que o artigo 16.º reporta-se à boa fé objectiva, não se fornecendo ao julgador uma regra apta a aplicação imediata, mas apenas uma proposta ou plano de disciplina, exigindo a sua mediação concretizadora. Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, cit., pp. 70-71, sublinha que não há uma total sintonia entre a lei portuguesa e a Directriz comunitária sobre cláusulas abusivas, uma vez que a Directriz exige que uma cláusula abusiva cause, contra as regras da boa fé, um desequilíbrio dos direitos e obrigações das partes, que surgirá em consequência de uma perturbação do processo formativo do contrato, sendo que essa perturbação será exposta pela ausência de negociação individual. Ou seja, enquanto a Directriz se apoia no binómio boa fé e significativo desequilíbrio de direitos e obrigações, a lei portuguesa convoca, em exclusivo, o princípio da boa fé.

<sup>295</sup> Neste sentido, à luz do Direito Alemão, pronunciam-se Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., Munique: Verlag C.H. Beck, 2004, § 43 Nm. 54, considerando que a

No que concerne à destriça entre cláusulas absoluta e relativamente proibidas, esta terá como principal efeito o facto de as cláusulas sujeitas a uma proibição relativa permitirem ao tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, ainda que segundo um modelo objectivo, enquanto as cláusulas absolutamente proibidas são proibidas em qualquer caso. Ou seja, umas só são proibidas após valoração judicial, que dependerá, naturalmente do caso concreto, enquanto outras são-no imediatamente, contanto que constem do elenco de cláusulas proibidas<sup>296</sup>.

Neste particular, e na impossibilidade de analisar o vasto elenco de cláusulas absoluta e relativamente proibidas, afigura-se conveniente, atender ao disposto no artigo 18.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 446/85, que prevê que são em absoluto proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas. Conforme facilmente se verifica, o legislador comina com a proibição absoluta das cláusulas de irresponsabilidade extracontratual o que, de certo modo, confirma o entendimento acabado de sustentar em sede de regime geral<sup>297298</sup>.

Ora, conforme acabámos de ver, na maioria dos casos, as cláusulas que visem a irresponsabilidade do prestador de serviços seriam ineficazes, em virtude de não ser possível afirmarmos estar

---

listagem de cláusulas proibidas constantes dos § 308 e 309 BGB mais não é do que uma concretização da cláusula geral contida no § 307 BGB.

<sup>296</sup> Pinto Monteiro, *Contratos de adesão*, cit., pp. 754-755, Almeida Costa/Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, cit., p. 50 e 52 e Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*<sup>2</sup>, cit., pp. 256-257.

<sup>297</sup> Almeida Costa/Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerai*, cit. p. 43 salientam que esta proibição (tal como as constantes das alíneas b) c) e d) do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 446/85), independentemente de saber se duplica, reforça, especifica ou contraria o regime geral, confinou-se a fixar as regras mais adequadas, em seu critério, para prevenir abusos através da utilização de cláusulas contratuais gerais.

<sup>298</sup> Neste particular, em sede de Direito Comparado, veja-se a disposição similar contida no § 309, 7 BGB. Note-se que, com a aprovação da Lei sobre a modernização do Direito das Obrigações ("*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*"), o BGB passou a incluir a matéria até aí disciplinada pela AGBG ("*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*").

perante um verdadeiro e próprio acordo, pelo que, na maioria dos casos, não chegará a ser necessário lançar mão deste preceito<sup>299</sup>.

Não obstante este entendimento de ordem geral, cumpre salientar que nas situações em que se efectivamente se comprove que existe um verdadeiro acordo, *verbi gratia* porque o utente do serviço assinou, presencialmente<sup>300</sup>, um contrato – pense-se num contrato de fornecimento de espaço num servidor, por exemplo – somos do entendimento que, caso o instrumento negocial em causa contenha cláusulas visando a irresponsabilização do prestador de serviços em rede, haverá que afirmar que estamos perante um clausula absolutamente proibida e, como tal, esta deverá ser considerada nula nos termos do disposto no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85.

## § 6. Natureza jurídica das factiespécies de responsabilidade civil dos prestadores de serviços em rede

Conforme é consabido, a lei prevê que, de modo a que haja lugar à afirmação da responsabilidade extracontratual de um determinado sujeito, a violação dos direitos subjectivos ou das normas de protecção tem de ser realizada ilicitamente (artigo 483.º CC), o que, fazendo uso do argumento *a contrario*, permite concluir que nada obsta a que essa violação possa ser efectuada de modo lícito.

Os casos acabados de referir verificam-se quando o agente actua ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, situação em que a ilicitude indiciada é, no caso concreto, excluída em virtude de o agente se encontrar numa situação específica que leva à

---

<sup>299</sup> Em sentido contrário, Alexandre Dias Pereira, *Serviços da Sociedade da Informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico*, cit., pp. 21-22, considerando que nos contratos de adesão, tal como nas licenças *schrink-wrap*, os consumidores não estão impedidos de solicitar todos os esclarecimentos razoáveis que lhe são devidos pelo proponente por força do dever de informação que sobre este impende.

<sup>300</sup> *Summo rigore*, nada obriga a que se trata de celebração presencial, uma vez que o recurso a assinaturas digitais dispensa tal presença física.



justificação do facto. Tradicionalmente, a doutrina admite como causas de justificação (i) o exercício de um direito, (ii) o cumprimento de um dever, (iii) a legítima defesa, (iv) a acção directa, (v) o estado de necessidade e (vi) o consentimento do lesado<sup>301</sup>.

Conforme facilmente se verifica, as três primeiras causas de justificação não têm regulamentação expressa e genérica no Código Civil, enquanto as quatro últimas encontram a sua sede legal nos artigos 336.º a 340.º do Código Civil. Tendo como ponto de partida a noção avançada por Pessoa Jorge, diremos que a causa de justificação é o conjunto de circunstâncias que tornam ilícita (ou justa) a omissão do comportamento que, caso estas não existissem, seria devido<sup>302</sup>. Efectivamente, estamos perante uma categoria que se reporta a todo e qualquer acto ilícito, pelo que, perante determinada situação, será imperioso determinar se se verifica alguma destas causas

Atendendo à definição acabada de expor, fica facilitada sobremaneira a afirmação de que os vários preceitos que temos vindo a analisar conduzem, uma vez verificados os seus requisitos, à exoneração de responsabilidade do prestador de serviços que, deste modo, não vêm impender qualquer obrigação de indemnização sobre eles, pelo que é mister concluir que estamos perante verdadeiras e próprias causas de exclusão da ilicitude da responsabilidade civil<sup>303</sup>.

Uma vez chegados a este ponto, é mister procurar indagar acerca da razão de ser deste regime de excepção criado em benefício

---

<sup>301</sup> Conforme é facilmente perceptível, transcenderia em muito o âmbito destas páginas a análise destas causas de justificação. Sobre estas, cfr., por exemplo, Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 1999, pp. 167 e segs., Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., cit., p. 567 e segs., Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 10.ª ed., vol. I, cit., p. 502 e segs., Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, 9.ª ed., vol. I, cit., p. 314 e segs.

<sup>302</sup> Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit. p. 153.

<sup>303</sup> Em qualquer caso, cumpre salientar que o legislador não estará impedido de consagrar causas de exclusão da ilicitude específicas, para além das plasmadas no CC (o limite para essa previsão, obviamente, será

dos prestadores de serviços em rede. Se é certo que os prestadores de serviços em rede, com a aprovação da Directriz e com a consequente transposição desta nos vários Estados-Membros, demonstraram a sua emergência como força de pressão<sup>304</sup>, não é menos certo que o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede mais não é do que o reconhecimento do princípio da irresponsabilidade pelos conteúdos colocados em rede por terceiros.

Com efeito, este princípio assenta no reconhecimento de que não é exigível aos prestadores desses serviços um controlo sistemático da informação que transportam ou armazenam, que lhes permita aperceberem-se das violações de direitos alheios praticados pelos seus clientes, sem que destas tenham sido previamente informados pelos respectivos titulares ou por uma autoridade pública<sup>305</sup>.

Na verdade, subjaz a este regime a ideia de que não é tecnicamente possível ou resulta sobremaneira oneroso para o prestador de serviços supervisionar a informação que circula pelas suas redes ou que está alojada nos seus servidores, sendo que, por via de regra, nem terá conhecimento dos conteúdos específicos e, muito menos, do seu carácter lícito ou ilícito<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> Assim Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/01 de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, cit., p. 227 que aponta como consequência desta pressão o facto de a Directriz ter disciplinado muito mais a irresponsabilidade dos prestadores de serviços do que a responsabilidade destes. Em sentido similar, à luz do Direito norte-americano, pronuncia-se Jessica Litman, *Digital Copyright*, cit., p. 123-145, referindo-se à aprovação do DMCA como mesa de negociações (“*bargaining table*”).

<sup>305</sup> Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e responsabilidade empresarial*, cit. 245. A este propósito, nota Jürgen Helle, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, cit., p. 594 que os prestadores de serviços estão numa situação similar à dos redactores ou editores da imprensa escrita. Já Ugo Draetta, *Internet e commercio elettronico*, cit., p. 43 opta por salientar que a responsabilização dos prestadores de serviços em rede, ao nível da política legislativa, deveria ser prevista em termos similares à dos responsáveis pelos órgãos da imprensa escrita, ou, em alternativa, através da configuração de obrigações de vigilância relativamente aos conteúdos existentes nos sítios por eles albergados. Ora, conforme tivemos oportunidade de ver, não foi essa a linha seguida quer pelo legislador comunitário quer pelo legislador nacional, pelo que nos parece algo desrazoável chamar à colação essa similitude com os órgãos de imprensa.

<sup>306</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. 27.

Adicionalmente, e conforme tivemos oportunidade de verificar, esta exclusão de responsabilidade cessa a partir do momento em que o prestador de serviços coloca ou transmite na rede conteúdos próprios. Tal deve-se ao facto de a exclusão de responsabilidade ter como pano de fundo a intermediação do prestador de serviços, não lhe cabendo nem a criação nem a decisão de transmitir ou tornar acessíveis determinados conteúdos ilícitos e susceptíveis de gerar danos. Assim, a partir do momento em que o prestador de serviços transmite conteúdos próprios, serão aplicáveis ao prestador de serviços as regras gerais da responsabilidade civil, não beneficiando das causas de exclusão que analisámos no presente trabalho.

Deste modo, somos do entendimento que não estamos perante um regime que visa desregular a responsabilidade dos prestadores de serviços, o que favoreceria a lesão de bens imateriais, protegidos pelas regras da Propriedade Industrial ou pelos Direitos de Autor, quer pelos prestadores de serviços, quer pelos seus utentes<sup>307</sup>. Pelo contrário, o legislador limitou-se a reconhecer a impossibilidade de controlo dos prestadores de serviços em rede, exonerando-os de responsabilidade em casos devidamente circunscritos.

Efectivamente, o legislador optou por dois tipos de isenção de responsabilidade: um de carácter objectivo (situações relativas, por exemplo, ao fornecedor de acesso) e situações de carácter subjectivo (dizendo respeito, por exemplo, às situações de armazenagem temporária e de armazenagem principal), sendo que nas primeiras não poderão nunca considerar-se como causa adequada para imputar a responsabilidade, em virtude de obstarem à verificação de um nexo causal, enquanto nas segundas, faz-se depender a

---

<sup>307</sup> Neste sentido, Carlos Fuenzalida, *Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico*, cit, p. 70. Efectivamente, o autor mostra-se muito crítico deste regime de exoneração da responsabilidade, concluindo, *Idem, Ibidem*, cit., p. 88, que estamos perante uma solução pouco exigente relativamente aos prestadores intermediários de serviços, uma vez que apenas se assegura a sua passividade, impondo uns deveres de comunicação e de colaboração mínimos.

isenção de responsabilidade da verificação de determinados requisitos de diligência na prestação do serviço em causa<sup>308</sup>.

Assim, podemos concluir que a previsão de um regime específico de limitação da responsabilidade dos prestadores de serviço justifica-se devido ao facto de, apesar de a sua intervenção ser decisiva para que a Internet se constitua como um verdadeiro meio de comunicação, estamos perante situações em que os prestadores não levam a cabo qualquer tipo de controlo sobre o conteúdo da informação, tipicamente pertencente a terceiros, e, adicionalmente, esse controlo é inviável quer de um ponto de vista jurídico quer de um ponto de vista meramente técnico<sup>309</sup>. Mais importante, o regime relativo à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede funciona, acima de tudo, como um filtro prévio à aplicação das normas gerais relativas à responsabilidade civil, porquanto, antes do mais, destinam-se a elencar as situações que o prestador de serviços em rede está isento de responsabilidade<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Miquel Peguera Poch, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, cit. 27. O Autor salienta ainda, a p. 28, que nos casos relativos à isenção subjectiva, a imputação não dependerá simplesmente do facto negativo de o prestador de serviços não ter cumprido com os requisitos necessários para se verificar a isenção. Pelo contrário, tal deve-se ao facto de a Directriz determinar os casos em que o prestador de serviços não será responsável, não fazendo qualquer referência expressa aos casos em que será necessário considerá-lo responsável. Já Clemente Meoro, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit., p. 116 opta por tentar qualificar a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, mostrando-se incapaz de o fazer, salientando que não estamos perante uma responsabilidade puramente subjectiva ou puramente objectiva.

<sup>309</sup> Assim Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho privado de internet*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., p. 589. Aliás, um indício dessa impossibilidade técnica era fornecido, indirectamente, pela TDG na sua redacção original, quando se previa que os prestadores de serviços seriam responsáveis nos casos em que tivessem conhecimento do conteúdo transmitido e nos casos em que lhes fosse técnica e razoavelmente possível impedir o acesso a tal conteúdo. Com efeito, este trecho final indicia que o regime de responsabilidade dos prestadores de serviços em rede é o reconhecimento da dificuldade em controlar a licitude dos conteúdos albergados nas suas páginas. Adicionalmente, é de crer que este regime de, passe a expressão, privilégio, funciona como prevenção de uma maior onerosidade dos serviços, caso o controlo de conteúdos fosse obrigatório. Efectivamente, caso tal obrigação existisse, provavelmente, o custo final do serviço (pensamos, principalmente, nos fornecedores de acesso) aumentaria, em virtude de terem de ser contratados colaboradores para vigiar os conteúdos alojados nos servidores do prestador. Tal custo acrescido acabaria, pensamos, por se reflectir no preço para o utilizador.

<sup>310</sup> Similarmente, Thomas Hoeren, *Internetrecht*, cit., p. 443.

## § 7. Conclusões

1. Aquando da previsão da responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, o legislador depara-se, de um ponto de vista puramente teórico, com duas soluções possíveis: uma abordagem vertical e uma abordagem horizontal. Enquanto a abordagem horizontal visa aplicar todas as soluções encontradas às violações de direitos subjectivos motivadas por actividades desenvolvidas em rede, independentemente da área a que digam respeito (caso da TMG), a abordagem vertical procura resolver problemas específicos colocados relativamente a certos direitos, como é o caso das infracções aos direitos de autor e aos direitos conexos (caso do DMCA).

2. O legislador comunitário, tal como o legislador nacional, adoptou uma abordagem horizontal, prevendo que, contanto que sejam observados determinados requisitos, os prestadores de serviços ficariam isentos de responsabilidade.

3. Não impende sobre os prestadores de serviços em rede qualquer dever de vigilância relativo às informações que transmitam ou armazenem, não lhes sendo, igualmente, imposto qualquer dever de investigar eventuais ilícitos perpetrados nas suas redes.

4. Os prestadores de serviços em rede estão adstritos a um dever de cooperação com a entidade competente, que, em Portugal, é a ANACOM.

5. Aqueles que actuem como fornecedores de conteúdos, são responsáveis pela licitude do material colocado à disposição dos utilizadores, sendo que a esta situação deverá ser equiparada aqueloutra em que os conteúdos que o prestador de serviços oferece foram produzidos por um terceiro, embora por conta do prestador de serviços.

6. O prestador de acesso não será considerado responsável se se limitar a levar a cabo a actividade de transmissão de informações em rede ou de facultar o acesso a uma rede de comunicações,

contanto que (i) não esteja na origem da transmissão nem (ii) tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem (iii) na selecção destas ou dos destinatários.

7. Contrariamente ao estabelecido pelo legislador comunitário, o regime interno adoptou regras relativas à responsabilidade do intermediário de serviços. Deste modo, este não será considerado responsável se a associação de conteúdos mesmo que existam conteúdos ilícitos no sítio de destino.

8. Nas situações de armazenagem temporária, o prestador de serviços não será responsável nos casos em que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação.

9. A referência ao conhecimento, nos casos de armazenagem temporária, apenas diz respeito a situações fácticas, que, no que concerne à actuação do prestador de serviços em rede, se traduzirão na retirada da informação da fonte ou da inviabilização do acesso mesmo a partir do momento em que tenha conhecimento de tal situação.

10. Nas situações de armazenagem principal, o prestador de serviços só será considerado responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar, imediatamente, o acesso a essa informação.

11. Considera-se que o prestador de serviços terá conhecimento da ilicitude dos conteúdos nas situações que lhe venham a ser comunicados pelos utilizadores e que revistam um carácter manifestamente ilícito. Contrariamente ao que se verifica nas situações de armazenagem temporária, estamos perante um conhecimento que não é meramente fáctico, mas sim perante um conhecimento que será resultante da valoração do conteúdo como ilícito.

12. O legislador nacional não adoptou um sistema de comunicações tão detalhado como o sistema de advertência e

retirada constante do DMCA. Atendendo ao facto de a resolução definitiva do litígio ser realizada nos termos e pelas vias comuns, pode concluir-se que não há qualquer violação da Constituição, uma vez que não se estabelecem competências definitivas ou decisões definitivas das autoridades administrativas.

13. O sistema vigente no ordenamento português assenta no reconhecimento de que não é exigível aos prestadores desses serviços um controlo sistemático da informação que transportam ou armazenam, que lhes permita aperceberem-se das violações de direitos alheios praticados pelos seus clientes, sem que destas tenham sido previamente informados pelos respectivos titulares ou por uma autoridade pública.

14. O legislador optou por dois tipos de isenção de responsabilidade: um de carácter objectivo (situações relativas, por exemplo, ao fornecedor de acesso) e situações de carácter subjectivo (dizendo respeito, por exemplo, às situações de armazenagem temporária e de armazenagem principal).

15. Destarte, o regime relativo à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede funciona, acima de tudo, como um filtro prévio à aplicação das normas gerais relativas à responsabilidade civil, porquanto, antes do mais, o regime legal de responsabilidade dos prestadores de serviços em rede destina-se a elencar as situações em que o prestador de serviços em rede está isento de responsabilidade.

16. No que toca à limitação contratual da responsabilidade civil extracontratual dos prestadores de serviços, conclui-se que a limitação da responsabilidade extracontratual não pode ser considerada válida nos casos de dolo e de violação da ordem pública, uma vez que a limitação contratual não visa consentir a ofensa à pessoa, mas sim, pelo contrário, delimitar o risco de danos a suportar.

17. Regra geral, as declarações unilaterais de exclusão de responsabilidade constantes das páginas dos prestadores de serviços, não valerão como convenções de irresponsabilidade, dado

que falta o acordo do destinatário, uma vez que este não pode deduzir-se de comportamentos destituídos, por via de regra, desse significado e alcance.

18. Tais declarações consubstanciam contratos de adesão. Nas situações em que exista um verdadeiro acordo, caso este contenha cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, haverá que afirmar que estamos perante um cláusula absolutamente proibida e, como tal, esta deverá ser considerada nula.



## O Contrato Ulisses – I: o pacto anti-psicótico<sup>1</sup>

*Fernando Araújo*<sup>2</sup>

### 1. O “Contrato Ulisses”: desenho básico

“Não nos deixeis cair em tentação” (Lucas, 11:4)

O “Contrato Ulisses” é aquele pacto mediante o qual uma pessoa se vincula, por tempo determinado ou em circunstâncias especificadas, e sem dependência de uma contraprestação específica, a acatar a vontade de outrem (o beneficiário) tal como ela é manifestada num determinado momento, em detrimento do ulterior arrependimento do beneficiário (expresso nas circunstâncias especificadas) ou da vontade declarada, pelo beneficiário, de antecipar o termo do contrato, ou de rescindi-lo. Trata-se de um contrato unilateral, na medida em que predomina a vinculação de uma das partes, sem que essa vinculação dependa da existência de uma qualquer contraprestação a cargo do beneficiário.

Na sua formulação mais simples, trata-se de um contrato que visa prevenir inconsistências volitivas do beneficiário, evitando que dessas inconsistências possam resultar lesões do interesse dele – um interesse *formulado* no presente, mas *projectado* no futuro.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 3 (2017), nº 2, pág. 165-217

<sup>2</sup> Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

É, portanto, um contrato que lida com uma “relação de agência”: o vinculado obriga-se a actuar, como “agente”, no interesse exclusivo do “principal”, que é o beneficiário.

O que há de singular nesta relação de agência, e pode fazer perigar a licitude de um contrato aparentemente tutelado pelo princípio da liberdade contratual, é que ela se centra predominantemente em domínios pessoalíssimos, alguns deles presididos por regras de indisponibilidade e balizados por regras de imperatividade; e, onde vigore a disponibilidade, domínios presididos por preferências inequivocamente “actualistas” ou “imediatistas” acerca do que seja o consentimento do beneficiário, vedando em princípio quaisquer formas de irrevogabilidade ou inalterabilidade dos termos desse consentimento.

O “Contrato Ulisses” tem sido estudado particularmente nos domínios das doenças psíquicas, incidindo naquelas situações crónicas e cíclicas – de demência episódica, de distúrbio bipolar, de esquizofrenia – em que o paciente, aproveitando os seus próprios intervalos de lucidez, obtém de um prestador de cuidados de saúde a promessa de que toda a intervenção desse prestador se pautará pela vontade declarada nesse intervalo de lucidez, e não pela vontade que venha a ser declarada pelo próprio paciente numa crise superveniente.

Nesses casos o paciente, como “principal”, comete ao prestador de cuidados de saúde, como “agente”, a missão de respeitar exclusivamente a vontade expressa no momento do contrato – ou no momento para que aponte o contrato – e não para uma outra vontade posterior, por mais que esta outra vontade seja contrária à anterior e aparentemente pretenda derrogar o consentimento veiculado pelo contrato.

Se – simplificando – houver apenas duas vontades em colisão, o “comitente / paciente” reclama do “comissário / prestador” que obedeça à primeira vontade e desobedeça à segunda; que olhe para o contrato, não para o contratante.

Nestes casos, não se trata, portanto, da emissão das mais conhecidas “directivas antecipadas”: seja porque o paciente não está

a dispor para situações de definitiva incompetência futura, e por isso a renúncia ao exercício imediato de poderes próprios, conquanto irreversível pela duração do contrato, terminará quando terminar o contrato; seja, sobretudo, porque não o está a fazer unilateralmente, num exercício de mera expressão de preferências – sendo crucial a formação de um verdadeiro vínculo contratual, e a resultante adstrição do vinculado à conduta prometida<sup>3</sup>.

Mais especificamente quanto à contraposição com as “directivas psiquiátricas” (“*psychiatric wills*”), o entendimento dominante é o de que os “Contratos Ulisses” servem para antecipar o consentimento aos tratamentos, “bloqueando” a recusa, enquanto as “directivas” servem para antecipar a recusa dos tratamentos, impedindo a presunção de consentimento – aqueles serviriam para proteger o paciente contra as psicoses, estas serviriam para protegê-lo contra a própria psiquiatria<sup>4</sup>.

## 2. Ulisses e as sereias

*“E, seguindo este exemplo de Ulisses, os reis frequentemente ordenam aos juízes que apliquem a Justiça sem preferências pessoais, nem mesmo preferência pelo próprio rei, se por um qualquer acaso ele ordenar algo que seja contrário ao Direito estabelecido. Porque os reis não são deuses, mas homens, que se deixam frequentemente seduzir pelo canto das sereias” (Spinoza, Tractatus Politicus, VII.1)*<sup>5</sup>

A própria designação do “Contrato Ulisses” denota, contudo, que ela não tem que ficar necessariamente restrita às situações de doença psíquica nas quais ela tem sido predominantemente analisada: a referência é ao episódio de “Ulisses e as sereias”, e, no

---

<sup>3</sup> MacKlin, A. (1987), 41.

<sup>4</sup> MacKlin, A. (1987), 43.

<sup>5</sup> Spinoza, B. (1895), 327.

caso de Odisseus / Ulisses, não estava directamente em causa qualquer problema de saúde psíquica ou de competência.

Resumindo a passagem relevante em Homero (*Odisseia*, XII, 153-200):

Depois do encontro com Circe, que lhe falara das sereias e de outros perigos, Ulisses regressa ao navio e partilha com os seus companheiros as profecias que ouvira, para que elas não ficassem em segredo e para que todos sobrevivessem ou morressem com clara noção dos perigos a enfrentar. Diz-lhes que o canto das sereias é irresistível, mas que ele poderá ouvi-lo desde que os outros não o oiçam; para isso propõe-lhes que o amarrem ao mastro com tanta força que ele não possa libertar-se; e que, se lhes pedir para o libertarem, o amarrem com mais força ainda. Ao aproximar-se do local Ulisses tapa os ouvidos dos marinheiros com cera para que eles deixem de ouvir, e depois eles amarram-no de mãos e pés ao mastro.

No encontro com duas sereias, quando elas iniciam o seu canto, Ulisses, sentindo-se atraído e a fraquejar, sinaliza aos seus marinheiros, franzindo a testa, a sua vontade de soltar-se do mastro, mas os marinheiros Perimedes e Euríloco ataram-no mais fortemente ainda, e assim o deixaram até estarem longe da ilha das sereias, altura em que, tirando a cera dos ouvidos, o desamarraram<sup>6</sup>.

No pacto que Ulisses celebrou com os seus companheiros, o que estava em causa era, portanto, o problema da acrasia, ou seja, da falta de comando sobre si próprio (no duplo sentido de “fraqueza da vontade” – o sentido mais comum – ou de dissonância da conduta com as convicções valorativas do agente – o sentido mais rigoroso – ) que, se viesse a manifestar-se e a prevalecer, determinaria um processo causal do qual resultariam, em última instância, problemas mais graves.

Ou seja, em jogo estava directamente um problema de acrasia, e apenas indirectamente, e em potência, um problema do foro psíquico: Ulisses teve medo de fraquejar – e só indirectamente teve

---

<sup>6</sup> Homer (1945), 443-447.

medo das consequências que poderiam advir da sua manifestação de fraqueza, entre elas o acto insensato de abandonar a viagem de regresso a Ítaca.

Por isso Ulisses celebrou com os seus companheiros um pacto mediante o qual a sua vontade de não ser desamarrado do mastro do navio deveria ser obedecida, mesmo quando – melhor, *especialmente* quando – a sua exposição ao canto das sereias tornasse irresistível a vontade de sucumbir, e o fizesse, portanto, fraquejar na sua vontade prévia de resistir ao apelo (e às consequências para as quais já fora advertido), a vontade de não sucumbir.

Em suma, Ulisses quis obter uma vantagem (ouvir o canto das sereias) sem correr o risco que ele próprio sabia estar associado a essa vantagem, um risco que decorria da própria vantagem, e um risco sem o qual essa vantagem normalmente não se alcançaria. Para afastar esse risco celebrou o pacto com os companheiros, evitando que a obediência dos companheiros à sua vontade *actual* se traduzisse numa obediência a uma vontade *pervertida*, uma vontade “corrupta” – uma obediência ao seu desejo superveniente de ser desamarrado do mastro e de sucumbir ao canto das sereias; uma obediência da qual decorreria, em suma, a sua perdição.

Já que ele sabia de antemão, avisado por Circe, que a sua vontade fraquejaria, quis ser ajudado *contra a sua própria fraqueza* pelos seus companheiros, induzindo-os a desobedecerem à *aparente* mudança de vontade que seria *realmente* uma pura demonstração de fraqueza. Ou, por outras palavras, quis preservar a sua vontade contra aquilo que ele adivinhava vir a ocorrer em decorrência de uma degeneração dessa vontade, de uma “corrupção”.

Podia tê-lo feito através de uma simples aposta na sua *autonomia*, ou seja, na sua capacidade de auto-vinculação futura a uma conduta inicialmente desejada e projectada como invariável; todavia, temendo a contaminação da sua determinação inicial pela interposição de uma fraqueza de vontade, celebrou o pacto como instrumento de protecção contra a sua própria acrasia futura, através da vinculação de outros.

E assim, chegado o momento, Ulisses sucumbiu, como previsto, ao canto das sereias, mas foi salvo das consequências da sua fraqueza pela desobediência dos companheiros aos seus apelos para ser desamarrado. A sua vida foi salva – literalmente – pelo exercício da sua autonomia plasmada num pacto vinculativo, nos termos do qual a adstrição relevante e decisiva era a dos companheiros, que tinham que honrar o compromisso de desobedecer-lhe, através da desconsideração do seu arrependimento de beneficiário ou da sua vontade de ver-se “livre” do contrato. Os companheiros de Ulisses tinham que pensar no pacto, e não nele pessoalmente.

Os companheiros cumpriram a obrigação emergente do contrato: obedeceram ao Ulisses “beneficiário” desobedecendo ao Ulisses “acrático” que, arrependido, pretendia convocar a obediência presente, *actual*, ao comandante do navio que era ele.

Desobedecendo ao comando de desamarrarem Ulisses, Perimedes e Euríloco poderiam, à margem de qualquer pacto, ter invocado razões superiores à obediência, legitimadoras da desobediência (como o prognóstico das consequências desproporcionadamente graves da obediência, ou a referência aos interesses comuns, ou aos próprios interesses “objectivos” do seu comandante); mas Ulisses não podia contar com que eles o fizessem – e, ao fazê-lo, lhe salvassem a vida.

Por isso o pacto celebrado com eles visou vinculá-los, não ao uso dessa ponderação de razões eventualmente justificadoras da desobediência, mas à simples vontade do Ulisses “pré-acrático” plasmada no pacto. Mantendo-se fiéis ao pacto celebrado, os companheiros não desobedeceram verdadeiramente, em momento algum, a Ulisses: obedeceram a uma contraparte contratual que afirmou ter medo da sua própria acrasia, executando materialmente a conduta reclamada e predisposta como reacção à manifestação dessa superveniente fraqueza da vontade.

Perimedes e Euríloco podiam até ter invocado o facto de o “Ulisses acrático” ter deixado de ser a *contraparte*, para tornar-se,

no momento crítico, no próprio *objecto* da conduta por eles devida – uma conduta que passou a ser, nesse momento, a de verdadeiros “prestadores de cuidados”.

Parece, em suma, que, olhando-se em especial para a referência cultural para que o conceito remete, nada obsta a que o “Contrato Ulisses” veja o seu âmbito estendido a situações em que está em causa a simples acrasia como “fraqueza de vontade”, ou o simples medo da acrasia, e não directamente qualquer problema de saúde psíquica ou de competência.

### 3. Sequência

Limitar-nos-emos, neste artigo, a considerar as situações mais graves, as de doença psíquica incapacitante, que são as situações em que se tem concentrado a literatura sobre “Contratos Ulisses”.

Deixaremos para um artigo subsequente a consideração, seja de situações de gravidade intermédia, as de condutas viciantes e indutoras de dependência, seja de situações aparentemente mais benignas, as de simples acrasia ou “fraqueza” – para ponderarmos, relativamente a ambas, se a pré-vinculação simbolizada no pacto de Ulisses será, ou não, uma resposta adequada. Nesse artigo remataremos com uma ponderação mais genérica e abstracta sobre a figura, enfrentando as subtilezas filosóficas que ela suscita.

### 4. Os problemas do foro psíquico

*“Quem sabe, por experiência, que a doença o tornará insensato, dá ordens para não ser obedecido enquanto estiver doente” (Seneca, De Ira, III. Xiii. 5)<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> “Qui [...] *intemperantiam in morbo suam experti parere ipsis in adversa valetudine vetant.*” - Seneca (1928), 288-289.

## 5. Epidemiologia

Não obstante o caso mais grave ser, de certo modo, o menos desafiador da subtileza teórica em termos de justificação, não é descabido começarmos por sublinhar a sua relevância prática.

No século XXI, os problemas de saúde mental tornaram-se a principal causa de incapacidade e um dos maiores factores de morbilidade, como é evidenciado pelos estudos epidemiológicos. No primeiro estudo das condições de saúde mental em Portugal, publicado em 2013 sob a égide da *World Mental Health Survey Initiative* (WMHSI), Portugal apresentava, com o valor de 22,9%, a segunda taxa de prevalência mais elevada de perturbações mentais em adultos, num conjunto de nove países Europeus (Irlanda, 23,1%, Espanha, 9,2% e Itália, 8,2%); com grande predomínio, no caso português, de perturbações depressivas, de perturbações de ansiedade (16,5%) e de impulsividade (3,5%).

Em termos de impacto populacional, no que respeita à carga global das doenças, os dados referentes a Portugal não eram menos impressionantes:

- com o indicador “DALY” (“*Disability-Adjusted Life-Years*”), as perturbações mentais e do comportamento surgem em segundo lugar (11,75%), a seguir às doenças cérebro-cardiovasculares (13,74%) e à frente das doenças oncológicas (10,38%);
- com o indicador “YLD” (“*Years Lost Due to Disability*”), as perturbações mentais e do comportamento ocupam o lugar cimeiro da morbilidade (20,55%), distantes do segundo e terceiro lugares, doenças respiratórias (5,06%) e diabetes (4,07%)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> ERS (2015), 1ss..



Com números tão elevados de pessoas privadas do uso saudável das suas competências, perturbadas na condução das suas vidas, na sua produtividade e na sua integração comunitária, não será deslocado dedicarmos algumas reflexões a um instrumento que pode revelar-se como útil na promoção dos valores da saúde mental. O Direito não pode manter-se alheado de um problema com estas dimensões nacionais – ao menos no sentido de ponderar se tem, ou não tem, soluções a apresentar que não sejam as tradicionais respostas institucionais e administrativas de teor mais ou menos reactivo.

## 6. Cinco exemplos

Consideremos cinco situações distintas que podem ilustrar o nosso tema<sup>9</sup>:

- 1) Um paciente com distúrbio bipolar, que responde com sucesso aos tratamentos, celebra um “Contrato Ulisses” com o seu psiquiatra para ser forçado, por este, a continuar a medicar-se. Mas agora convence-se de que já não precisa de ser medicado e alega que o “Contrato Ulisses” deixou de ser necessário. O psiquiatra entende que a nova atitude pode ser sintomática de uma deterioração das condições do paciente, e que na verdade a sua intenção inicial não se perdeu, pelo que crê bastar uma justificação levemente paternalista para que o pacto seja cumprido.
- 2) Um paciente com distúrbio bipolar, que entende que essa condição aumenta a sua criatividade artística, começa a medicar-se para recuperar a custódia do seu filho, e reforça a sua determinação celebrando um “Contrato Ulisses”; mas o filho morre num acidente e agora o paciente quer abandonar o tratamento e quer ver-se livre

---

<sup>9</sup> Adaptámos, simplificando-os, os 5 exemplos apresentados em Spelley, R. (2003), 384ss.

do pacto. O médico entende que o pacto não deve ser cumprido, seja porque o paciente efectivamente não o deseja, seja porque as circunstâncias relevantes da sua determinação inicial se modificaram em termos essenciais.

- 3) Um paciente com esquizofrenia paranóide responde com sucesso aos tratamentos e celebra um “Contrato Ulisses” com o seu psiquiatra para ser forçado a continuar a medicar-se; mas agora os familiares observam um comportamento estranho, suspeitam que ele deixou de tomar a medicação e alertam o psiquiatra; mas o paciente recusa-se a cooperar, protestando que continua a medicar-se, coisa que o psiquiatra crê não ser verdade. Por uma razão de paternalismo mitigado, o psiquiatra propende a cumprir o contrato, mas hesita porque a conduta do paciente parece revelar lucidez e domínio na exploração de uma nova preferência.
- 4) Um paciente com esquizofrenia paranóide responde mal à medicação, e sofre de efeitos secundários da medicação com lítio, a única eficiente, mormente uma apatia e uma perda de identidade que ele não deseja, pelo que pede ao seu psiquiatra que o liberte do “Contrato Ulisses”, por pressentir que não aguentará o tratamento com lítio – ainda que, em contrapartida, não queira entrar em crise, como se tornará inevitável que suceda se abandonar o tratamento. O psiquiatra entende que o pacto não deve ser cumprido, porque entende que, face à ponderação explícita do paciente e à sua experiência concreta com a terapia, não apenas as suas preferências mudaram, mas há um grau de informação que teria interferido no consentimento inicial.
- 5) Um paciente com esquizofrenia paranóide começa a responder mal à medicação, mas resiste à proposta de mudança de tratamento e à proposta alternativa de internamento enquanto não se descobre uma solução; o psiquiatra, que aceitou celebrar com ele um “Contrato

Ulisses”, sabe que a falsa convicção de sucesso é um efeito da própria medicação, mas que ao menos isso manterá a disciplina do paciente, sendo que a mudança de medicação pode causar o abandono, com consequências ainda mais graves. O médico hesita, porque, não obstante não haver arrependimento, essa falta de arrependimento assenta numa falsa interpretação, da parte do paciente, dos pressupostos de validade do pacto – pelo que, na prática, a subsistência do tratamento assenta numa posição de paternalismo “forte”.

Vemos nestes 5 exemplos como o “Contrato Ulisses” pode ser um instrumento crucial para a solução de vários problemas recorrentes no âmbito das patologias psíquicas, em especial dado o contexto geral de crescente valorização do consentimento informado na relação médico-paciente, por um lado; e vemos, por outro lado, as dúvidas e perplexidades que podem gerar-se com a aplicação desse princípio em situações de perda efectiva, ou potencial, da capacidade do paciente.

Assim, se o “Contrato Ulisses” é, como referimos, uma protecção do paciente contra o poder da psicose<sup>10</sup>, em contrapartida pode ser fonte de equívocos e de problemas de interpretação e aplicação, como exemplificámos.

## **7. A solução privada: directivas e pactos**

Começamos por considerar o óbvio: o Direito nem sempre dispõe de subtilidade e ductilidade bastantes para lidar com conflitos existenciais, situações dilemáticas e paradoxais – mormente na área da saúde mental, na qual até os conceitos básicos são fluidos e controvertidos, e as soluções são frequentemente precárias e idiossincráticas.

---

<sup>10</sup> Varekamp, I. (2004), 291.

É tendo presente essa limitação que se explica que tenham surgido duas propostas de solução de problemas desse foro à margem dos critérios gerais e abstractos das normas legais, duas formas de “*private ordering*”: o “Contrato Ulisses” e o “*Psychiatric Will*”<sup>11</sup>.

Pela mesma razão, as ordens jurídicas que mais avançaram em esboços de regulamentação dessas figuras, no esforço de “privatizar” a correspondente disciplina jurídica (mormente tentando integrar o “Contrato Ulisses”, como sub-espécie, nas “directivas antecipadas em psiquiatria”), se tenham defrontado com diversas dificuldades: seja mais genericamente a relativa ao equívoco entre as duas figuras, seja a atinente aos melindres ínsitos na atribuição convencional, ao médico, de um paternalismo que a lei dizia proscrever<sup>12</sup>, seja até as ambiguidades resultantes de só lentamente se ter percebido a importância e imprescindibilidade da definição, pela lei, de algumas balizas e requisitos<sup>13</sup>.

E isto porque mesmo a mais superficial abordagem detecta algumas perplexidades neste impulso “contratualizador”: seja a respeitante à “fragilização” da autonomia do paciente induzida pelo pacto<sup>14</sup>, seja a respeitante aos limites da renúncia ao direito de recusar tratamentos, contra princípios deontológicos que apontam para a indisponibilidade do consentimento, seja a mais especificamente respeitante ao carácter “invasivo” de alguns desses tratamentos irrevogavelmente autorizados, como sucedeu com neurolépticos e outros anti-psicóticos<sup>15</sup>.

Quanto aos equívocos teóricos, nos diversos Estados norteamericanos que abriram caminho aos “pactos Ulisses”, mas integrando-os no quadro geral das “*mental health advance*

---

<sup>11</sup> MacKlin, A. (1987), 37-38.

<sup>12</sup> Cuca, R. (1993), 1154ss..

<sup>13</sup> Cuca, R. (1993), 1164.

<sup>14</sup> Cuca, R. (1993), 1166.

<sup>15</sup> Cuca, R. (1993), 1168-1169.

*directives*<sup>16</sup>, de que evidentemente existe uma enorme variedade de tipos<sup>17</sup>, sustentou-se que aqueles pactos seriam “directivas” restritas a problemas psíquicos tratáveis e com manifestações episódicas (logo, reversíveis)<sup>18</sup>. E foi nesse sentido que os “Contratos Ulisses” foram acolhidos na Holanda a partir de 1994, vendo-se neles uma solução mitigadamente paternalista para o tratamento forçado durante situações críticas de perda de competência<sup>19</sup>.

O problema teórico pode ser resolvido se percebermos que o “Contrato Ulisses” não é tanto uma sub-espécie das “directivas antecipadas em psiquiatria”, como é antes o reverso destas “directivas” em sentido estrito: aquele pacto confere ao psiquiatra poderes que o Direito não lhe atribui normalmente, ou supletivamente, enquanto que as “directivas antecipadas” procuram restringir os poderes habituais do psiquiatra, aqueles de que dispõe no quadro jurídico geral. Pelo que nada impede que os dois documentos sejam fundidos num só, já que “modular” os poderes da intervenção psiquiátrica pode implicar ampliar nuns casos, e restringir nos outros<sup>20</sup> – ainda que subsista o problema de se conjugar a revogabilidade das “directivas antecipadas”<sup>21</sup> com a crucial irrevogabilidade do “Contrato Ulisses”.

## 8. A experiência do recidente

Em termos mais práticos, a suspeita de que a mutabilidade de preferências pudesse ser mais intensa em situações de inexperiência e de surpresa levou a que se sustentasse que só poderia haver

---

<sup>16</sup> Davis, J.K. (2008), 87.

<sup>17</sup> Clausen, J.A. (2014), 6ss..

<sup>18</sup> Davis, J.K. (2008), 87.

<sup>19</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 77.

<sup>20</sup> MacKlin, A. (1987), 43

<sup>21</sup> Art. 2º, 1 da Lei nº 25/2012, de 16 de Julho – Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

vinculatividade forte dos “Contratos Ulisses” se eles traduzissem o respeito pela experiência anterior dos pacientes, quando ela existisse, relativamente a episódios de acrasia<sup>22</sup>.

Argumenta-se que, se um paciente quer vincular-se irrevogavelmente agora, através da celebração do pacto, é muito provavelmente porque sofreu no passado os efeitos graves dessa ausência de vinculação, e é ele que – ausente o paternalismo – estará em melhor posição para avaliar esse risco, e para aferir a extensão do auxílio de que precisará nos casos previstos de reincidência<sup>23</sup>.

Em suma, essa exigência de experiência anterior do paciente, quanto às crises e aos tratamentos, visa evitar que ele fique amarrado a uma situação cujo conteúdo efectivo pode apanhá-lo de surpresa, a ponto de poder fazer vacilar não somente as suas preferências imediatas mas até aquelas que, com maior profundidade e ponderação, poderão ter presidir à sua anterior deliberação “jurígena”.

Em concreto: um paciente inexperiente pode subestimar seriamente o sofrimento e os efeitos secundários causados pelo tratamento, e na sua primeira experiência de tratamento ele poderá modificar as suas preferências, até os seus planos, de forma definitiva, no sentido de recusa futura; e não já, como inicialmente, no sentido do consentimento irreversível<sup>24</sup>.

Em complemento disso, tende a reconhecer-se que no domínio das doenças psíquicas, em que os riscos de uma decisão errada, incluindo a de “desvio dos planos”, são anormalmente elevados, a exigência de uma “ética de cuidado” sempre reclamaria uma especial solícitude da parte do médico, com ou sem conotação paternalista<sup>25</sup>, mas certamente com a conotação “relacional” do “empoderamento” do paciente através da disponibilização de meios

---

<sup>22</sup> Bielby, P. (2014), 123.

<sup>23</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78.

<sup>24</sup> Cuca, R. (1993), 1183-1184.

<sup>25</sup> MacKenzie, C. & N. Stoljar (2000), 3ss.; Verkerk, M.A. (2001), 289ss.; Held, V. (2006), 48ss..

– incluindo os contratuais – de desenvolvimento dos seus planos e das suas oportunidades de florescimento pessoal<sup>26</sup>.

Aliás, esta ideia de “consentimento negociado” *versus* “consentimento informado” pode bem ser uma daquelas ocasiões em que cabe reponderar a alegada relação antagónica entre “autonomia” e “paternalismo”, uma ideia que serve a éticas deontológicas e contratualistas, mas não é, por isso mesmo, inteiramente consensual – não parecendo sequer razoável que se subentenda que, para ser autónoma, uma decisão deva ser inteiramente despojada<sup>27</sup>.

Nesse sentido, podemos aceitar que algumas formas de “Contratos Ulisses” se limitem a definir as condições de activação, ou desactivação, de “directivas de saúde mental”, algo deste género:

*“Tomo medicação e permaneço normalmente estável. Todavia, sob pressão posso sofrer perturbações do sono e isso iniciará um padrão, primeiro de recusa de medicação e depois de crises psicóticas por ausência dessa medicação. Assim, autorizo que me seja ministrada forçadamente essa medicação pelo meu médico, ou por quem ele autorizar, bastando para tanto uma declaração escrita do meu irmão identificando as primeiras manifestações do padrão de recusa. Para a execução desta directiva não são necessários qualquer atestado médico ou qualquer declaração jurídica”.*<sup>28</sup>

Como referimos já, num sentido mais estrito, ou até mais restritivo, o “Pacto Ulisses” respeitaria apenas a casos de previsível perda de competência num portador de doença psíquica grave que tivesse tido pelo menos uma experiência anterior de resistência aos tratamentos durante a crise psicótica – subentendendo-se que tais compromissos deveriam ser excluídos em todos os outros casos, incluindo o de mera previsão dessas crises por parte de um paciente que nunca as tivesse experimentado; ou que, tendo-as experimentado,

---

<sup>26</sup> MacKenzie, C. & N. Stoljar (2000), 3ss.; Gewirth, A. (1996).

<sup>27</sup> Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 406ss..

<sup>28</sup> Adaptado de: Clausen, J.A. (2014), 40.

nunca tivesse manifestado resistência significativa aos tratamentos, ou uma resistência de que já se tivesse arrependido<sup>29</sup>.

Por outro lado, há quem defenda que os “Contratos Ulisses” deveriam ser restritos a pessoas com provas dadas em termos de sucesso terapêutico, para que pudesse entender-se como temporária a incapacidade que elas experimentam; e que nesses pactos talvez devesse haver uma cláusula que só permitisse uma desvinculação com pré-aviso (por exemplo, de duas semanas) e nunca durante um episódio psicótico, prevendo-se em contrapartida a intervenção de terceiros em caso de resistência ao pacto durante esses episódios, ou em qualquer caso de tentativa de incumprimento da parte do paciente<sup>30</sup>.

Na verdade, a probabilidade de celebrar um “Contrato Ulisses” parece estar directamente relacionada com a raridade dos episódios críticos – porque isso significa que o paciente está a levar uma vida relativamente sucedida e integrada e quer que o “Contrato Ulisses” sirva apenas como uma espécie de seguro, de salvaguarda, contra aqueles episódios que poderiam deitar a perder os seus projectos e valores, acabando por marginalizá-lo em termos sociais, familiares, profissionais, económicos<sup>31</sup>. A imagem sugestiva é a do marinheiro experiente que já sobreviveu a um naufrágio, que se conforta com a presença de meios de salvamento cuja eficácia conhece “em primeira mão”, e não quer voltar ao mar sem esses salva-vidas.

## 9. Inexperiência e experimentação

Continuando com a alegoria, isso deixa de fora os marinheiros inexperientes, e os aventureiros. Especificando, não parece aceitável que o “Contrato Ulisses” dê cobertura a tratamentos experimentais

---

<sup>29</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 77-78.

<sup>30</sup> Dresser, R.S. (1984), 13.

<sup>31</sup> MacKlin, A. (1987), 44-45.



ou inovadores, deixando o “paciente / principal” exposto a circunstâncias inteiramente desconhecidas – que o seu consentimento antecipado jamais poderia recobrir<sup>32</sup>.

É verdade que podem ser elevados os custos da negação de acesso a um programa experimental pela simples circunstância de não ser admitida uma renúncia prévia ao direito de desistir<sup>33</sup> – ou seja, a insusceptibilidade de um “Contrato Ulisses” reportado a ensaios clínicos, o que aparenta fazer sentido na ausência da salvaguarda da uma experiência anterior do paciente.

E no entanto, para lá do reconhecimento explícito de que essas salvaguardas podem ceder perante uma reponderação dos interesses em causa – por exemplo, situações de emergência nas quais o interesse colectivo abrande a proeminência do interesse particular daquele que voluntariamente decidiu participar dos tratamentos experimentais<sup>34</sup> –, cabe perguntar: estaremos verdadeiramente a respeitar o paciente quando lhe vedamos a possibilidade de melhorar, ou se curar (literalmente, em casos-limite, sobreviver), através de tratamentos experimentais? Não seria preferível admitir um direito de retirada mitigado que, aceite pelos promotores dos ensaios ou tratamentos, lhe tivesse permitido o acesso ao programa experimental? Por exemplo, restringindo muito o âmbito temporal e circunstancial da irrelevância da recusa, ou dispondo que a recusa levaria automaticamente a uma avaliação da situação por uma entidade independente?<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> MacKlin, A. (1987), 56.

<sup>33</sup> Arts. 6º, 1, b) e 4, e 7º, 1, c) da Lei nº 21/2014, de 16 de Abril, e arts. 6º, 2, 7º, a) e 8º, 3 da Lei nº 46/2004, de 19 de Agosto, arts. 28º, 2 e 3, 30º, 4, 31º, 1, c), 32º, 1, c) do Regulamento (EU) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014, art. 15º, 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, arts. 5º e 16º, v) da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo).

<sup>34</sup> Art. 35º do Regulamento (EU) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014.

<sup>35</sup> Rhoden, N.K. (1982), 28.

Como o tema não é exclusivo das situações de doença psíquica, aplicando-se genericamente a situações de arrependimento e às suas implicações “acráticas”, voltaremos a ele depois.

## 10. Activação: amarrando Ulisses

Regressando ao caso-base das relações “psiquiatra / paciente”, a aludida resistência ao tratamento poderia ter sido devida, e pode voltar a ser devida, a qualquer causa, incluindo naturalmente aquela que resulta da falta de percepção da gravidade da situação; sendo uma resistência grave e relevante se interferir com uma intervenção urgente e se causar danos materiais, físicos, psicológicos ou sociais<sup>36</sup>.

Daí a centralidade que pode assumir a cláusula de “activação” ou “desactivação” que condicionará a execução do contrato.

De facto, o “*triggering mechanism*” do “Contrato Ulisses” gera um problema melindroso de discricionariedade na definição da fronteira entre racionalidade e irracionalidade, entre deliberação e acrasia; e deixa os psiquiatras confrontados com essa questão “em tempo real”, devendo decidir antes que os danos de um eventual incumprimento do pactuado comecem a ocorrer. É que a execução do pacto pressupõe uma detecção precoce de sinais, pois se a detecção for tardia podem estar já reunidos os pressupostos do internamento compulsivo, e nesse caso o contrato terá sido inútil<sup>37</sup>.

Logo, o “Contrato Ulisses” implica para o psiquiatra uma monitorização da situação do paciente, de modo a detectar precocemente o início dos eventos previstos na estipulação, filtrar os falsos alarmes e intervir atempadamente e proporcionalmente – ou seja, sem excesso de diagnóstico nem “medicina defensiva” –, e respeitar os termos contratuais, incluindo as salvaguardas do

---

<sup>36</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78.

<sup>37</sup> Spelley, R. (2003), 375-376.

paciente e as circunstâncias justificativas da intervenção de terceiros, quando elas estejam previstas no clausulado<sup>38</sup>.

Uma monitorização subtil, insistamos, em especial para casos de pacientes experientes e reincidentes: para muitos deles, a primeira indicação de um problema psíquico é a negação do seu estado e a concomitante recusa de tratamento – uma situação tanto mais difícil porque se estará normalmente perante reincidentes, ou seja, com pacientes experimentados que, sob o ascendente da crise psicótica, podem usar de táticas ardilosas reforçadas pelo conhecimento de sucessos passados<sup>39</sup>.

Por essa mesma razão, há quem defenda que, em vez dos “Contratos Ulisses”, ou complementarmente a eles, se poderia adoptar protocolos de emergência psiquiátrica, os chamados “*crisis cards*”<sup>40</sup>, ou se poderia seguir, em casos mais graves de reincidência e de resistência, certos procedimentos já correntes, como por exemplo o internamento compulsivo de doentes à primeira violação do dever de apresentação periódica a consultas (como se prevê no art. 33º, 4 da Lei da Saúde Mental – Lei nº 36/98, de 24 de Julho).

Sejam quais forem os meios adoptados, a verdade é que reina alguma imprecisão de diagnóstico nestas áreas, sobretudo quando levamos em conta o carácter “flutuante” e “circunstancial” daquilo que pode definir-se como “patologia” – bastando pensar-se que a conduta é demasiado dependente de estímulos ambientais, pelo que o diagnóstico não pode ficar confinado à conduta observada: por exemplo, uma despesa ocasionada por uma “oportunidade de negócio”, por um impulso eufórico até, não bastará em princípio para identificar uma propensão perdulária patológica, ou o início de um colapso psicótico<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> MacKlin, A. (1987), 57-58.

<sup>39</sup> Cuca, R. (1993), 1152.

<sup>40</sup> Varekamp, I. (2004), 296-297.

<sup>41</sup> Dresser, R.S. (1984), 14.

De facto, duas das principais dificuldades com as “*mental health directives*” resultam: 1) de dúvidas quanto à capacidade e competência de alguns pacientes, até em momentos não-críticos; 2) de problemas com a interpretação das “cláusulas de activação”, ou seja, com a definição do estado de coisas a partir do qual é lícito passar a desconsiderar a recusa de tratamento por parte do sujeito, e das “cláusulas de desactivação” que indicam a circunstância a partir da qual o paciente recobra plenamente o direito de se opor à intervenção médica – dada sobretudo a imprevisibilidade das situações, que não pode ser mitigada por experiências anteriores, salvo se elas tiverem uma configuração rigidamente recorrente<sup>42</sup>.

Para vencer impasses interpretativos e atender à urgência de muitas das situações típicas, sugerem-se com frequência critérios práticos, como aquele estabelecido por James Beck para a recusa relevante dos anti-psicóticos, com três pontos de verificação alternativa no paciente (significando que a ausência cumulativa dos 3 legitimará a superação coerciva da recusa)<sup>43</sup>:

- 1) consciência da doença;
- 2) conhecimento dos tratamentos;
- 3) racionalidade nas atitudes.

## **11. Recusa do tratamento e do pacto**

Um critério desses afigura-se ser de aplicação simples; todavia, a própria índole do “Contrato Ulisses” tenderá a complicar de imediato a sua aplicação, visto que o paciente, ao exprimir simultaneamente a sua recusa de tratamento e o seu repúdio pelo pactuado, estará a demonstrar ao menos um daqueles pontos que tornará relevante a sua recusa (algum grau de consciência e

---

<sup>42</sup> Srebnik, D.S. & S.Y. Kim (2006), 501-502.

<sup>43</sup> Cuca, R. (1993), 1169.

racionalidade) – sendo que, recordemo-lo, um único basta para o efeito.

Daí que um “Contrato Ulisses” adequadamente redigido tenha que prever esses dois tipos de recusa: a simples oposição ao tratamento, por um lado, e a tentativa de revogar o próprio contrato, por outro; sendo que, se não lidar adequadamente com ambas as situações – que aparentam corresponder a direitos básicos do paciente<sup>44</sup> –, o pacto poderá impedir a salvaguarda dos verdadeiros interesses do proponente inicial do contrato.

Por isso também a questão deve ser resolvida sem recurso aos tribunais, pois um tal recurso, com o seu efeito dilatatório, já tornaria triunfante a indesejada resistência – perdendo-se a vantagem do recurso ao pacto, face à demora do processo normal de declaração de incapacidade, ou até a demora na simples verificação, por via contenciosa, da competência do paciente para recusar o tratamento ou para rescindir o contrato<sup>45</sup>.

Mais uma razão para se sublinhar a centralidade, tanto do mecanismo de activação como da definição do tipo de discricionariedade (ou, mais radicalmente, de paternalismo insindiacável) que lhe seja associável – sendo demasiado simples, ao menos para a sensibilidade jurídica, que se diga que as tentativas de recusa do tratamento e de rescisão do pacto podem frustrar-se através da simples prova de que o “*standard*” de capacidade e competência que se exigiu para o contrato está ausente no momento da recusa<sup>46</sup>.

E os problemas não terminam aí: pois que, sem uma correcta e transparente descrição das circunstâncias que ditam a intervenção à qual o paciente declara de antemão não se opor, podem

---

<sup>44</sup> “O utente dos serviços de saúde mental tem ainda o direito de decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros” – art. 5º da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental.

<sup>45</sup> Cuca, R. (1993), 1173.

<sup>46</sup> Cuca, R. (1993), 1174.

multiplicar-se, no próprio momento de agir, conflitos interpretativos não só com o paciente mas também com os seus familiares, os seus amigos ou os seus “procuradores”, isto para não regressarmos ao ponto de o Direito assumir uma posição de sistemática rejeição de tudo o que sugira um paternalismo “forte”, como aquele que, nos interstícios das regras aplicáveis, poderia alegar-se estar presente na interpretação do pacto pelo médico<sup>47</sup>.

Na verdade, uma das principais fraquezas dos “Contratos Ulisses” é a de que, como vimos, assentam na necessidade de determinação rápida do estado de competência ou incompetência induzido pela patologia, ao mesmo tempo que a sua eficácia depende da rejeição do recurso a instâncias adjudicadoras externas, mormente as judiciais, porque o tratamento, se é para ser começado, em muitos casos terá que o ser numa questão de dias, de horas, ou mesmo de minutos<sup>48</sup>. Daí que o enquadramento legal tenha que apoiar essa decisão rápida, por vezes instantânea, reconhecendo esse poder aos médicos, ou prevendo um mecanismo de aferição independente que seja rapidíssimo – pois sem isso os interesses depositados no “Contrato Ulisses” poderão sair inteiramente frustrados<sup>49</sup>.

Mais concretamente, um dos aspectos mais nocivos das recusas em episódios psicóticos agudos respeita ao transporte coercivo para o Hospital, pois se trata de uma actuação condicionante de tudo o resto: sem o transporte, todo o tratamento pode ficar comprometido, ou a situação pode deteriorar-se ainda mais e tornar-se mais perigosa<sup>50</sup>, pelo que a resistência ao transporte em casos psicóticos agudos pode considerar-se na prática como um “veto” a todas as demais intervenções<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Varekamp, I. (2004), 295.

<sup>48</sup> Cuca, R. (1993), 1178.

<sup>49</sup> Cuca, R. (1993), 1181.

<sup>50</sup> Clausen, J.A. (2014b), 3ss..

<sup>51</sup> Clausen, J.A. (2014), 4.

Ultrapassada essa resistência, não acabam, como é óbvio, os problemas: nos episódios agudos pode haver recusa das intervenções correspondentes, como a terapia electroconvulsiva, ou a medicação psicotrópica, ou o internamento. O paciente recusará por uma variedade de motivos: seja porque se recorda dos efeitos de intervenções similares em episódios anteriores, e sente medo; seja ainda porque precisamente a crise lhe veda a percepção de que está afectado e do perigo que corre, não lhe permitindo vislumbrar a necessidade das intervenções.

Daí que, até à verificação dos critérios estritos de legitimação de uma intervenção coerciva, possa decorrer demasiado tempo, em termos de expor o paciente a riscos graves e crescentes – razão pela qual é tão importante regular previamente as fronteiras e a relevância da resistência que o paciente possa oferecer, e tão importante que exista, plasmada num pacto, uma regulação dessas matérias por iniciativa do próprio paciente, uma regulação que pode ter a seu favor a circunstância de ter sido longamente e serenamente ponderada<sup>52</sup>.

Não surpreende, pois, que um inquérito a pacientes sobre “Pactos Ulisses” permitiu apurar que uma das vantagens apontadas era a da rapidez que o consentimento prévio – dispensando até a intermediação de um “procurador de cuidados” – permitia imprimir à intervenção, às vezes mesmo numa fase de tratamento ambulatorio, evitando deteriorações e colapsos potenciados por intervenções tardias<sup>53</sup>, evitando ocasionalmente a degradação crítica e a consequente hospitalização e recurso a meios coercivos<sup>54</sup>.

Mas para que isso suceda, para que se viabilize o que tipicamente será estipulado num “Contrato Ulisses”, será necessário, em suma, não somente que se considerem lícitas e válidas as irrevogabilidades e irreversibilidades convencionadas,

---

<sup>52</sup> Clausen, J.A. (2014b), 10-11

<sup>53</sup> Varekamp, I. (2004), 294.

<sup>54</sup> Cuca, R. (1993), 1153.

mas também que do pacto resulte claramente em que condições foi celebrado, em que termos o prestador de cuidados psiquiátricos ficou vinculado, qual o tipo de intervenção que é legitimada e que tipo de oposição é proscrita, e em que momento, ou em que circunstâncias, a vinculação terminará<sup>55</sup>.

## 12. Resistência à recusa: a coerção

A necessidade, mesmo a urgência, da adopção de um procedimento de execução do pactuado não basta para afastarmos o melindre ínsito.

É que existem dois perigos principais na determinação da capacidade ou incapacidade de um paciente para consentir: recusar a capacidade a quem seja verdadeiramente capaz, ou atribuí-la a quem seja efectivamente incapaz. No primeiro caso atentaremos contra a liberdade, autonomia, ou privacidade do agente. No segundo caso geraremos ou ampliaremos o risco que os “Contratos Ulisses” visam precisamente evitar, privando o paciente da prerrogativa de opor-se ao tratamento, ou de adiá-lo através do recurso a instâncias judiciais.

Ora, como em casos de crises psicóticas é preferível errar-se no segundo sentido do que no primeiro, os “Contratos Ulisses” seriam uma forma de contrabalançar essa atendível propensão jurídica para a atribuição excessiva de “liberdade de recusa”<sup>56</sup>.

Todavia, neste particular aspecto não reina o consenso: uns defendem que o “Contrato Ulisses” só prevalece sobre a recusa de tratamento se for patente a incompetência do paciente, e que cede nos demais casos; enquanto outros apelam para uma ponderação de “forças”, mandando atender à determinação veiculada pelos termos do pacto.

---

<sup>55</sup> Clausen, J.A. (2014b), 7.

<sup>56</sup> Cuca, R. (1993), 1177-1178.



Mas – sem embargo do que voltaremos a ponderar sobre a figura, dentro e fora do âmbito da doença psíquica – parece-nos que um respeito pela autonomia contratual deve sobrepor-se a esse tipo de ponderações inter-temporais, no sentido mais preciso de reconhecer-se que o que o paciente quis, ao livremente propor o pacto, foi dominar as suas circunstâncias impondo-lhes as suas preferências, e não propriamente sentir a gratificação abstracta do “respeito pela sua autonomia” num qualquer momento.

Recordemos que o respeito pela autonomia do paciente, seja qual for o sentido em que tomemos o termo “autonomia”, desaparece com o internamento compulsivo. O próprio “direito à liberdade e à segurança”, constitucionalmente e convencionalmente consagrado<sup>57</sup>, eclipsa-se em caso de “*internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente*”, nos termos do art. 27º, 3, h) da Constituição.

Essa “*ultima ratio*” do tratamento psiquiátrico paira assim, ameaçadora e incentivadora, sobre a relação médico / paciente: ela representa um colapso nessa relação, e um resultado socialmente indesejável, seja pelo peso dos recursos que o internamento reclama<sup>58</sup>, seja porque a integração comunitária, o próprio tratamento compulsivo em regime ambulatorio, parecem soluções muito mais favoráveis à promoção dos interesses do paciente.

Salvo o caso de internamento urgente ou de internamento voluntário que não ocorra em situação de perigo, todo o internamento de portador de anomalia psíquica grave deve resultar

---

<sup>57</sup> “Os Estados Partes asseguram que as pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais: a) Gozam do direito à liberdade e segurança individual; b) Não são privadas da sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária e que qualquer privação da liberdade é em conformidade com a lei e que a existência de uma deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade.” – art. 14º, 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>58</sup> 83% dos recursos destinados à saúde mental, como se refere na Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2008, de 6 de Março, que estabeleceu o Plano Nacional de Saúde Mental (2007-2016), elaborado pela Comissão Nacional para a Reestruturação dos Serviços de Saúde Mental criada pelo Despacho n.º 11 411/2006, de 26 de Abril.

de decisão judicial e deve decorrer de acordo com um modelo fortemente judicializado, dados os interesses e melindres envolvidos, sobretudo em matéria de respeito pelos direitos fundamentais do paciente<sup>59</sup>.

A ponderação faz-se, por um lado, entre a liberdade do paciente – e, portanto, a necessidade do seu consentimento –, e por outro lado a combinação de recusa de tratamentos necessários e “*perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial*” (art. 12º, 1 da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental). Em alternativa, a ponderação incidirá sobre a incompetência do paciente para avaliar o risco da sua situação, quando a deterioração do seu estado esteja iminente (art. 12º, 2 da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental)<sup>60</sup>.

A privação da liberdade deixará o internado compulsivo numa situação materialmente comparável à do inimputável, ou à do imputável portador de anomalia psíquica, sujeitos a medida de segurança de internamento – também eles integrados em planos terapêuticos e de reabilitação (arts. 126º e 128º da Lei nº 115/2009, de 12 de Outubro – Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade).

No extremo máximo da privação da liberdade surge o problema da contenção física, “*a restrição de movimentos da pessoa doente, em situações de agitação psicomotora, confusão mental ou agressividade/violência em relação a si próprio e/ou a outros*”, determinada pela necessidade de serem “*levadas a cabo medidas preventivas com impacto ao nível da diminuição e recorrência dos episódios de agressividade/violência*” (normas 1 e 2 da Circular Normativa da DGS n.º 08/ DSPSM/ DSPCS, de 25 de Maio de 2007, entretanto revogada pela Orientação da DGS n.º 021/2011, de 06 de Junho)<sup>61</sup>. Trata-se do limite a que conduz a falência, tanto da terapia

---

<sup>59</sup> Arts. 6º a 8º e 22º e seguintes da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental.

<sup>60</sup> Ver ainda: Portugal (2012), 20-21.

<sup>61</sup> ERS (2015), 91.

como de medidas preventivas que são outras tantas formas de contenção, como a contenção terapêutica, a contenção ambiental, a contenção mecânica e a contenção química ou farmacológica, devendo ser todas elas encaradas como puramente instrumentais e temporárias<sup>62</sup>.

### 13. A prevenção pactuada da coerção máxima

Ora o “Contrato Ulisses” pode representar a mais credível e eficiente salvaguarda contra o internamento compulsivo, na medida em que estipule que o médico tomará, mesmo contra a vontade contemporânea do paciente, todas as medidas necessárias que, melhorando o quadro de crise, afastem esse último recurso do internamento – bastando sublinhar que o internamento compulsivo se justifica somente perante uma tal recusa persistente do paciente, só podendo ser determinado “*quando for a única forma de garantir a submissão a tratamento do internado*” (art. 8º, 1 da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental)<sup>63</sup>.

Mas que meios tem o médico ao seu dispor para oferecer ao paciente, como alternativas ao internamento compulsivo que ameaça, com a mais drástica consequência, a sua recusa tenaz?

Por exemplo, cingindo-nos ao caso português, e para lá de todos os meios terapêuticos disponíveis, pode o médico promover a integração do paciente adulto na rede nacional de cuidados continuados integrados de saúde mental (RNCCISM), a qual, em articulação com a rede nacional de cuidados continuados integrados (RNCCI) e com os serviços locais de saúde mental (SLSM)<sup>64</sup>, dará resposta:

---

<sup>62</sup> ERS (2015), 92.

<sup>63</sup> ERS (2009), 41-43.

<sup>64</sup> Decreto-Lei nº 8/2010, de 28 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 22/2011, de 10 de Fevereiro – Cria um conjunto de unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental, destinado às pessoas com doença mental grave de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontrem em situação de dependência, independentemente da idade. Portaria nº 149/2011, de 8 de Abril – Estabelece a coordenação nacional, regional e local das unidades e equipas prestadoras de

- 1) Elaborando um plano individual de intervenção, que visa a integração psicossocial do paciente;
- 2) Promovendo a celebração de um contrato de prestação de serviços com uma unidade ou equipa prestadora dos cuidados continuados integrados de saúde mental;
- 3) Reservando uma vaga numa unidade residencial ou numa unidade sócio-ocupacional, sendo que entre as unidades residenciais há uma oferta variada e ajustada à gravidade da situação:
  - a) Residência de treino de autonomia (para pessoas com reduzido ou moderado grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, que se encontrem clinicamente estabilizadas e conservem alguma funcionalidade)
  - b) Residência de treino de autonomia com complemento de unidade sócio-ocupacional (para pessoas com moderado e reduzido grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, estabilizadas clinicamente, mas que apresentem incapacidades nas áreas relacional, ocupacional e de integração social)
  - c) Residência autónoma (para pessoas com reduzido grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, clinicamente estabilizadas, sem suporte familiar ou social adequado)
  - d) Residência de apoio moderado (para pessoas com moderado grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, clinicamente estabilizadas sem suporte familiar ou social adequado)

- e) Residência de apoio moderado com complemento de unidade sócio-ocupacional
  - f) Residência de apoio máximo (para pessoas com elevado grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, clinicamente estabilizadas sem suporte familiar ou social adequado<sup>65</sup>)
- 4) Contratando uma equipa de apoio domiciliário (para pessoas com doença mental grave, estabilizadas clinicamente, que necessitem de programa adaptado ao grau de incapacidade psicossocial, para reabilitação de competências relacionais, de organização pessoal e doméstica e de acesso aos recursos da comunidade, em domicílio próprio, familiar ou equiparado)
- 5) Só finalmente, como último recurso, surgindo o internamento, seja em unidades de agudos dos hospitais psiquiátricos, das instituições psiquiátricas do sector social ou dos departamentos e serviços de psiquiatria dos hospitais, seja nas unidades de internamento de longa duração, públicas ou privadas.

---

<sup>65</sup> O art. 2º, alíneas h), i) e j) do Decreto-Lei nº 8/2010, de 28 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 22/2011, de 10 de Fevereiro, distingue os graus “elevado”, “moderado” e “reduzido” de incapacidade psicossocial: o grau elevado é “a situação objectiva da pessoa com incapacidade psicossocial que apresente graves limitações funcionais ou cognitivas, com necessidade de apoio na higiene, alimentação e cuidados pessoais, na gestão do dinheiro e da medicação, reduzida mobilidade na comunidade, dificuldades relacionais acentuadas, incapacidade para reconhecer situações de perigo e desencadear procedimentos preventivos de segurança do próprio e de terceiros”; o grau moderado é “a situação objectiva da pessoa com incapacidade psicossocial que apresente limitações cognitivas ou funcionais medianas, com necessidade de supervisão regular na higiene, alimentação e cuidados pessoais, nas actividades de vida diária e doméstica, na gestão do dinheiro e da medicação, com dificuldades relacionais significativas mas não apresentando disfuncionalidades a nível da mobilidade na comunidade e da capacidade para reconhecer situações de perigo e desencadear procedimentos preventivos de segurança do próprio e de terceiros”; e o grau reduzido é “a situação objectiva da pessoa com incapacidade psicossocial que apresente limitações cognitivas ligeiras, com necessidade de supervisão periódica na gestão do dinheiro e da medicação, e da organização da vida social e relacional, não apresentando disfuncionalidades a nível da mobilidade na comunidade, da autonomia funcional, da autonomia na higiene, alimentação e cuidados pessoais, nas actividades de vida diária e doméstica e da capacidade para reconhecer situações de perigo e desencadear procedimentos preventivos de segurança do próprio e de terceiros”.

Não significa isto que, mesmo na ausência de um pacto entre paciente e psiquiatra, este último não devesse percorrer estes passos intermédios, procurando preservar a integração do paciente na sua comunidade e buscando prestar os seus serviços “*no meio menos restritivo possível*”<sup>66</sup>; mas o “Contrato Ulisses”, removendo os entraves de uma resistência episódica da parte do paciente, poderá revelar-se como o auxiliar decisivo no arranque desse projecto terapêutico de feição gradativa.

#### 14. Capacidade e competência

Respeitar a autonomia do paciente é, portanto, não interferir, ou quando muito ajudar, na consumação desse projecto de domínio das circunstâncias, desse plano de realização, naturalmente ajustado à gravidade da situação, dentro de um espectro muito amplo que se reflecte em formas muito diferentes de competência situacional. Ocasionalmente, é a própria lei que vem em apoio dessa noção ampla e “empoderadora” de autonomia, como quando, com a epígrafe “princípio da autonomia”, estabelece o art. 7º da Lei nº 38/2004: “*A pessoa com deficiência tem o direito de decisão pessoal na definição e condução da sua vida.*”<sup>67</sup>

A “justificação diacrónica” do respeito pela autonomia assenta nessa ideia de que o sujeito autónomo teve a oportunidade de prever uma situação e estatuir para ela, não em função de preferências passadas, mas em função de preferências que, no passado, foram inteira e exclusivamente projectadas para o futuro, e especificamente para a cobertura de situações como aquela em que a mudança de preferências imediatas, “revoltando-se” contra essa

---

<sup>66</sup> Nos termos do art. 3º, 1, b) da Lei 36/98, de 24 de Julho (Lei da Saúde Mental) e do art. 2º, 6 do Decreto-Lei nº 35/99, de 5 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 304/2009, de 22 de Outubro, que estabelece os princípios orientadores dos serviços de psiquiatria e saúde mental.

<sup>67</sup> Lei nº 38/2004, de 18 de Agosto - Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência.

determinação predisposta, promete frustrar esse projecto no próprio momento em que se concebeu que seria executado<sup>68</sup>.

Reclama-se aqui, também, alguma colaboração interdisciplinar: é que tem havido, no nosso entender, algum desleixo na demarcação conceptual entre capacidade (jurídica) e competência, e isso tem contribuído para a confusão em torno dos “Contratos Ulisses”<sup>69</sup>.

Competência – que mesmo juridicamente se presumirá que subsiste numa pessoa não declarada incapaz, ou não envolvida notoriamente numa situação de incapacidade acidental<sup>70</sup> – refere-se às características cognitivas e volitivas mobilizadas na tomada de uma decisão específica, nomeadamente uma combinação ocasional, de verificação casuística, de entendimento, raciocínio, deliberação, comunicação e capacidade de formação de condutas aprováveis pelo próprio agente<sup>71</sup>. É algo de similar àquilo que o Código Civil identifica como “*a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar*”, que é aquele mínimo que se exige ao procurador na representação voluntária (art. 263<sup>o</sup>).

Numa abordagem “funcional”, sustentar-se-á que a competência não se perde necessariamente quando se verifica a doença psíquica, e que é possível promover essa competência de forma mais do que episódica – admitindo-se, pois, uma presunção de competência dentro de um contexto de promoção “relacional” da autonomia do paciente.

Ao invés, a declaração de incapacidade não auxiliará nesse propósito, devendo ser ponderada principalmente em função do interesse de terceiros, pois do que nela se trata é da criação de um estatuto com permanência – até ao seu termo – não carecendo de

---

<sup>68</sup> Davis, J.K. (2008), 88-89.

<sup>69</sup> Bielby, P. (2014), 131ss.; Bielby, P. (2005), 357ss.; Bielby, P. (2008).

<sup>70</sup> Pense-se no requisito de “*notoriedade*” que se exige na incapacidade acidental – art. 257<sup>o</sup> do Código Civil.

<sup>71</sup> Beauchamp, T.L. (1991), 58ss..

confirmação, acto a acto, decisão a decisão, da vontade daquele que é chamado a suprir a vontade permanentemente invalidada do incapaz<sup>72</sup>.

Ora não só os episódios de crise psicótica têm gravidades e impactos muito distintos (pensemos na distância que separa os distúrbios mentais causados por depressão dos distúrbios mentais causados por esquizofrenia, e como ambos se distanciam de distúrbios de personalidade, de distúrbios alimentares e de demências), como se dá ainda o caso de o “Contrato Ulisses” não pressupor sempre um colapso total de competência, admitindo uma graduação dos seus efeitos.

Quanto ao primeiro aspecto, não esqueçamos que a incapacidade jurídica tem um alcance limitado – especificamente confinado à susceptibilidade de gerar efeitos jurídicos relevantes, e não mais –, não sendo equivalente a uma “morte civil” ou uma “*capitis deminutio maxima*”. Em termos específicos, o paciente pode até ter sido juridicamente declarado como incapaz, e todavia reter algum grau de competência, ou seja, algum grau de domínio em matéria de consentimento, falta de consentimento ou resistência a um acto ou a uma circunstância específicas: por exemplo, o facto de se descobrir que um paciente é incompetente para decidir quanto à medicação não significa que possa imediatamente inferir-se que é incompetente para decidir quanto à sua alimentação, ao seu vestuário, às suas prioridades relativas a actividades rotineiras.

## 15. Capacidade natural e capacidade jurídica

O ponto merece um esclarecimento adicional, sem o qual poderia até pensar-se que, na área das doenças psíquicas, o “Contrato Ulisses” é, ou uma impossibilidade, ou ao menos um equívoco.

---

<sup>72</sup> Buchanan, A.E. & D.W. Brock (1990).



Começemos por equacionar juridicamente a questão nos termos mais simples. Dada a liberdade contratual que é regra no Direito Privado, das duas uma: 1) ou o paciente é interdito ou inabilitado, e o contrato é anulável por incapacidade; 2) ou o paciente não é interdito nem inabilitado, e o contrato pode ser celebrado, sem embargo de poder syndicar-se a licitude do seu objecto.

Sucede que essa linearidade se perde de imediato no próprio texto da lei, quando ela reconhece que, sem embargo da declaração de um estado de interdição ou inabilitação no termo de um processo apropriado, há situações de “capacidade natural” e de “incapacidade natural” que podem, e nalguns casos devem, ter efeitos imediatos e independentes de vir a ser decretado, ou não, qualquer daqueles estados:

Assim, por exemplo:

- a) os menores dispõem de uma “capacidade natural” que é uma excepção à sua incapacidade como regra (Art. 127º, 1, b) do Código Civil);
- b) a “*culpa in vigilando*” estende-se aos danos causados por pessoas com “incapacidade natural” (Art. 491º do Código Civil);
- c) o “demente” não interdito presume-se imputável para efeitos de responsabilidade civil (*a contrario* do Art. 488º, 2 do Código Civil)
- d) a “incapacidade natural” pode afectar o desempenho do mandatário (Art. 1176º, 2 do Código Civil);
- e) a posse por ocupação beneficia até aqueles “que não têm uso da razão” (Art 1266º do Código Civil);
- f) é impedimento dirimente do casamento a “demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos” (Art. 1601º, b) do Código Civil – sendo que, em cessando essa demência [art. 1643º, 1], o impedimento pode cessar também,

- “depois de o demente fazer verificar judicialmente o seu estado de sanidade mental” – art. 1633º, 1, b));
- g) o casamento é anulável por falta de consciência do acto resultante de incapacidade acidental (Art. 1635º, a) do Código Civil);
  - h) não podem perfilhar as pessoas “notoriamente dementes no momento da perfilhação” (art. 1850º, 1 do Código Civil);
  - i) não podem ser tutores “os notoriamente dementes, ainda que não estejam interditos ou inabilitados” (art. 1933º, 1, b) do Código Civil);
  - j) é anulável o testamento feito por quem se encontrava incapacitado de entender o sentido da sua declaração (Art. 2199º do Código Civil).

Significa isso que a Lei reconhece que “capacidade” e “incapacidade” são conceitos mais fluidos e naturalísticos do que poderia pensar-se, e que o formalismo da interdição e da inabilitação não só não resolvem tudo como, pelo tempo e meios que mobilizam, não podem gerar vazios ou ficções.

Bastará reconhecermos que existe, no universo dos sujeitos jurídicos capazes, um número de “não-diagnosticados”, ou seja, de pessoas com problemas “subliminares” que, nem sequer preenchendo os critérios de diagnóstico para “perturbação psiquiátrica”, também sofrem e beneficiariam de uma intervenção médica, e podem episodicamente revelar, através da sua incompetência, a presença de tais problemas.

Pensemos numa hipótese concreta, a da pessoa contra a qual, após repetidos episódios psicóticos, é proposta uma acção de interdição ou inabilitação (sendo a inabilitação reservada para casos menos graves de “anomalia psíquica” – art. 152º do Código Civil).

- 1) Se ela tiver celebrado um “Contrato Ulisses” com o seu psiquiatra antes de anunciada a proposição da acção, o contrato só é anulável nos termos da incapacidade

- acidental, ou seja, se for conhecido do declaratório, ou notório para uma “pessoa de normal diligência”, que não houve entendimento do sentido do contrato ou que o exercício da vontade não foi livre (arts. 150º e 257º, 1 e 2 do Código Civil);
- 2) Se o contrato não for anulável, a incapacidade posterior à emissão da declaração contratual não prejudica a eficácia desta; a proposta é irrevogável se já tiver sido recebida ou for conhecida do destinatário; e a incapacidade do proponente não obsta à conclusão do contrato, salvo “se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade” (Arts. 226º, 1, 230º, 1 e 231º, 1 do Código Civil);
  - 3) O contrato só se torna anulável se for celebrado já depois de anunciada a proposição da acção de interdição ou de inabilitação (Art. 149º, 1 do Código Civil).

O que significa que, até esse momento, se presume a plena capacidade do adulto para ser sujeito de qualquer relação jurídica – para usarmos os termos do art. 67º do Código Civil –, incluindo a capacidade para emitir directivas ou celebrar pactos sobre tratamentos psiquiátricos.

Isto sem embargo de o Ministério Público, na sua qualidade de representante geral dos incapazes, poder reagir agilmente a qualquer manifestação de incompetência ou de “incapacidade natural” através da nomeação de tutores ou curadores provisórios, nos termos do art. 142º do Código Civil. O problema subsiste, todavia, quando o Ministério Público, podendo intervir, não o fizer.

Mas não está dita a última palavra quanto à capacidade jurídica de “incapazes naturais”, “incapazes acidentais”, inabilitados e interditos: porque nos termos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, e que vigora entre nós desde 2009, *“Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em*

*todos os aspectos da vida.*” (art. 12º, 2)<sup>73</sup>; o que é ir bem mais longe do que vai a Constituição portuguesa, que no seu art. 71º proclama o *gozo* pleno dos direitos pelos cidadãos portadores de deficiência, mas imediatamente ressalva o *exercício* dos direitos e o *cumprimento* dos deveres “para os quais se encontrem incapacitados”, sendo que a diferença se nota particularmente na forma como, naquela Convenção, se consagram direitos irrestritos em matéria de casamento, família, paternidade, relações pessoais e relações laborais nos arts. 23º e 27º, em aberta dissonância com as restrições previstas na lei civil e na lei laboral portuguesas<sup>74</sup>.

É o reconhecimento de uma “capacidade natural” que impede que, na ausência de um “Contrato Ulisses” ou algo equivalente, se recuse a um paciente, mesmo em plena crise psicótica, a possibilidade de fazer valer a sua recusa de tratamento, com a única ressalva de tal recusa não gerar um perigo grave para o paciente ou para outros<sup>75</sup> – pois neste último caso podem entrar a operar as habituais causas de exclusão da ilicitude ou da culpa que vigoram no Direito Penal e no Direito Civil, legitimando, à margem de qualquer consentimento, pretérito ou presente, o desrespeito pela vontade de recusa de tratamento.

## 16. A paridade no contrato

Insistamos que o “Contrato Ulisses” não pressupõe necessariamente um colapso de competência, apenas uma

---

<sup>73</sup> Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, em 7 de Maio de 2009, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho. Já tinha entrado em vigor em 3 de Maio de 2008, nos termos do seu art. 45º.

<sup>74</sup> Para lá da hierarquia das fontes normativas, favorável à Convenção, há ainda que contar com a possibilidade de indivíduos e grupos de indivíduos comunicarem directamente com a Comissão sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos termos do art. 1º, 1 do Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptado em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, em 7 de Maio de 2009, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de Julho.

<sup>75</sup> Davis, J.K. (2008), 91.

diminuição de competência que preocupa antecipadamente aquele que está exposto a ela – o suficiente para que, através do pacto, ele busque o compromisso da contraparte, de que intervirá e ajudará se, e quando, se verificar a situação prevista.

Por essa razão há quem proponha a distinção de “Contratos Ulisses” “sem paridade”, em que uma pessoa competente predispõe para situações de absoluta incompetência, e “com paridade”, aqueles em que, não obstante se prever a manutenção da competência, se predispõem formas de ajuda, por exemplo em função da extensão da crise e da força da resistência. Em ambos os casos, trata-se de “hetero-vinculação”, visto que se o sujeito quisesse meramente vincular-se a si mesmo, com ou sem “paridade”, não poderia recorrer a um contrato<sup>76</sup>.

Este ponto é especialmente difícil, porque evidencia a dificuldade de se presumir a validade do “Contrato Ulisses” a partir da simples afirmação do princípio da liberdade contratual. É que, sem uma norma especificamente habilitante, parece difícil que os médicos consigam fazer frente a recusas e fugas dos pacientes em situações que se afigurem ser de “paridade”, ou seja, de manutenção de lucidez e deliberação por parte do sujeito (presumindo-se essa paridade em momentos não-críticos, devendo avaliações formais de competência ficar reservadas para ocasiões mais graves ou notórias).

Compreende-se o problema causado pela falta de regras deontológicas que indiquem os melhores procedimentos a adotar, em plena crise psicótica, em caso da revogação de directivas de saúde mental, ou de rescisão de “Pactos Ulisses”, nomeadamente esclarecendo os médicos se podem prosseguir com um tratamento inicialmente admitido e recusado já em plena crise, ou se podem recusar um tratamento que começou por ser rejeitado, e em plena crise passa a ser reclamado<sup>77</sup>. E compreende-se os embaraços que essa falta de regras deontológicas, e a sua valoração e

---

<sup>76</sup> Davis, J.K. (2008), 90.

<sup>77</sup> Srebnik, D.S. & S.Y. Kim (2006), 507-508.

enquadramento por normas jurídicas, poderá causar em situações críticas.

Em suma, não pode excluir-se que pacientes de doenças do foro psíquico prestem o seu consentimento informado, e o retirem, exercendo uma “competência” situacional, ao menos em certos momentos, nomeadamente depois de alguma terapia susceptível de amplificar e estabilizar os pressupostos daquele consentimento, em termos de capacidades de escolha, de entendimento, de apreciação e de raciocínio coerente<sup>78</sup>.

Como – insiste-se – nesta área não há fronteiras claras entre “competência” e “incompetência” de pessoas não-incapazes nem notoriamente incapacitadas, multiplicam-se as propostas, mas não é descabido invocarmos novamente a trilogia de James Beck sobre recusa relevante (1) consciência da doença, 2) conhecimento dos tratamentos, 3) racionalidade nas atitudes) para a extrapolarmos em três mais amplos requisitos de competência no portador de doença psíquica:

- a) aperceber-se da existência de opções;
- b) saber traduzir essas opções em consequências pessoais;
- c) saber distinguir boas e más opções de forma congruente.

Uma enumeração destas implicará, pelo menos, que o acatamento do pactuado envolva por vezes algum esforço de persuasão da parte do médico, no sentido de demonstrar as vantagens do apego à opção inicialmente tomada, apelando à consciência subsistente que possa alicerçar a competência – o que nem sempre será possível, se o colapso psicótico tiver sido muito forte<sup>79</sup>.

Sem prejuízo de considerações ulteriores que ganharão especial subtileza fora do âmbito das doenças psíquicas,

---

<sup>78</sup> Puran, N. (2005), 44.

<sup>79</sup> Puran, N. (2005), 46.

sublinhemos que, ao contrário do que se passa nas “directivas antecipadas”, que só entram a operar na ausência de uma discernível manifestação de preferências por parte do paciente, no “Contrato Ulisses” os efeitos produzem-se independentemente dessa capacidade de expressão presente de preferências e – o que é crucial – continuam a produzir-se quando essas preferências são manifestadas em sentido oposto ao do consentimento veiculado no contrato. Ou seja, as “directivas antecipadas” só operam na ausência de conflito entre “eus”, enquanto que o “Contrato Ulisses” enfrenta esse conflito e pretende resolvê-lo<sup>80</sup>.

## 17. A interposição de terceiros

Este tipo de considerações é que, no nosso entender, pode aconselhar que a relação criada com o “Contrato Ulisses” preveja a intervenção de um terceiro (ou mais do que um terceiro), para não se gerar a tensão de papéis entre 1) o aplicador do tratamento, 2) o detector das condições de “activação”, 3) o avaliador discricionário da situação e 4) opositor à recusa de intervenção – uma tensão que será máxima se esses quatro papéis forem assumidos por um único prestador de cuidados; e isto por mais que essa acumulação de papéis possa ter, em contrapartida, uma vantagem terapêutica não desprecianda, que é o aumento de confiança induzido pela exclusividade da interlocução com o paciente.

Assim, se a existência do “procurador de cuidados de saúde” no contexto “*competence-sensitive*” das “directivas antecipadas” permite reponderar a posição do “*trusted other*”, como co-responsável na tomada de decisão, apoiando o paciente, esse mesmo papel pode, *mutatis mutandis*, ganhar ainda mais relevo nas situações de maior melindre de pactos “*competence insensitive*” como poderão sê-lo muitos “Contratos Ulisses”, pois aí esse “segundo procurador” poderá apoiar tanto o paciente como o

---

<sup>80</sup> Dresser, R.S. (1984), 14.

prestador de cuidados de saúde, conjuntamente, ou interpondo-se entre um e outro<sup>81</sup>.

Convém não esquecer que o “Contrato Ulisses” comete ao médico a ingrata tarefa de ponderar os benefícios da intervenção coerciva com os danos *previsíveis* causados pela ausência dessa intervenção, pelo que ele terá que justificar-se com um juízo de prognose que é claramente difícil de efectuar com um mínimo de segurança nas condições típicas de uma crise psicótica – o que torna mais razoável admitir um recurso a juízos de probabilidade e a regras de experiência comum, susceptíveis de alicerçar qualquer esforço *preventivo* da lesão aos “superiores interesses” da parte protegida.

Dir-se-á então que a interposição de terceiros assegurará, em princípio – se puder efectuar-se em tempo útil –, um contrabalanço à margem de discricionariedade que o pacto comete ao psiquiatra.

## 18. Do paternalismo à cumplicidade

E, no entanto, há que não perder de vista que essa discricionariedade não é bem aquilo que o proponente do “Contrato Ulisses” tem em vista, antes o seu oposto: porque o tranquilizará a expectativa de que a contraparte executará fielmente o que prometeu, sem amplitude para desviar-se do plano estabelecido – como se se tratasse do nuncio de um “eu” momentaneamente ausente<sup>82</sup>.

O que o proponente do pacto pretenderá, por outras palavras, é paternalismo “forte”: não o do médico, mas o seu próprio, uma forma de auto-paternalismo com pretensões a espriar-se para os episódios de colapso – tornando o médico num mero instrumento desse paternalismo.

---

<sup>81</sup> Bielby, P. (2014), 133ss..

<sup>82</sup> Dresser, R.S. (1984), 14-15.



Mas é disso que *objectivamente* se trata? Claro que não, como resulta da consideração mais ampla da posição de médico e paciente no quadro do “consentimento informado”: o que verdadeiramente se pretende é legitimar a intervenção médica, resgatando-a da ilicitude que a caracterizaria na ausência do consentimento; não se trata de resolver a questão do paternalismo, “fraco” ou “forte”, até por respeito pelas preferências veiculadas pelo pacto pretérito ou pelo consentimento presente, que podem ser preferências paternalistas – sendo que, de facto, até se pode questionar se a ênfase na autonomia será assim tão benéfica em casos psiquiátricos, nos quais esse exercício de autonomia pode ser ele próprio indutor de angústia, insegurança e sofrimento no paciente<sup>83</sup>.

Um valor facilmente discernível no “Contrato Ulisses”, e portanto facilmente tutelável na sua visibilidade, é o da confiança que o paciente deposita na adstrição da contraparte à conduta pactuada: a expectativa, decerto tranquilizadora, de que, iniciado o episódio crítico, o prestador de cuidados de saúde não o abandonará, ou seja, confrontado ao mesmo tempo com a necessidade de ter que aplicar medidas coercivas, por um lado, e com os apelos acráticos do paciente, por outro, não se refugiará na solução mais simples, a de fugir à situação e a de abster-se de intervir<sup>84</sup>.

Por isso é que mesmo o melhor relacionamento entre o paciente e o prestador de cuidados de saúde não bastará para dispensar um “Contrato Ulisses”, nem se lhe substituirá:

- seja porque estamos a falar de um uso de coerção contra uma falta de consentimento, ou contra uma oposição activa, que é juridicamente melindroso e é judicialmente sindicável;
- seja porque podem outras legitimidades – de familiares, de “procuradores” – interferir numa situação dessas;

---

<sup>83</sup> Dresser, R.S. (1984), 16.

<sup>84</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 79.

- seja até porque, no processo que conduz ao colapso psicótico, o contacto comunicativo entre médico e paciente pode perder-se abruptamente e prematuramente, degradando os termos do relacionamento informal e deixando o médico exposto, quer ao seu impulso paternalista / beneficente, quer à sua hesitação, em ambos os casos criando um risco de cumplicidade indesejada com o “arrependimento” acrático do paciente.

Um paciente que tenha passado por situações de conflito, perplexidade e hesitação na actuação médica não desejará que elas se repitam, e procurará, com a proposta do “Contrato Ulisses”, contribuir para a prevenção dessas situações<sup>85</sup>.

Complementarmente, e se considerarmos a dimensão social destes problemas, não podemos menosprezar uma motivação contratual ulterior que até agora não levámos em conta – a de que o paciente, propondo o “Contrato Ulisses”, queira tranquilizar os seus familiares e amigos de que está a fazer tudo ao seu alcance para prevenir episódios psicóticos, ou para deixar tudo pronto para uma reacção adequada – uma expressiva e apaziguadora demonstração de diligência<sup>86</sup>. O pacto serviria assim para criar uma rede solidária, através da qual o paciente não apenas demonstra a terceiros interessados a sua confiança no seu médico, ou em quem venha a ser o decisor efectivo, como ao mesmo tempo predispõe os termos de uma qualquer colaboração entre o seu médico e esses terceiros que venha a revelar-se oportuna<sup>87</sup>.

Por isso julgamos ser defensável que, não obstante o “Contrato Ulisses” estar sujeito aos habituais requisitos de “consentimento informado” (salvo evidentemente o requisito do

---

<sup>85</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 79.

<sup>86</sup> Varekamp, I. (2004), 294.

<sup>87</sup> Varekamp, I. (2004), 295.

consentimento “contemporâneo”)<sup>88</sup>, em contrapartida não são negligenciáveis as razões que possam existir para a invocação do “privilégio terapêutico” da parte do médico, ou outras prerrogativas conotadas com as várias acepções de paternalismo<sup>89</sup>.

Por sua vez, e em alternativa à interposição de “terceiros” – um “procurador”, uma “comissão de ética” –, não podemos excluir que o “Contrato Ulisses” estabeleça uma outra posição relativa entre “declaratário / principal” e “declarante / agente” do que aquela que permite ignorar secamente a recusa do paciente e prosseguir o tratamento ou intervenção: por exemplo, pode estabelecer-se que o “agente” deverá ouvir ainda o “principal” antes de prosseguir, ou que o “agente” se limitará a entrar a recusa do “principal” o tempo suficiente para que haja ponderação na recusa, ou para que possam intervir os “terceiros”.

Em contrapartida, o espectro do paternalismo deve ser afastado, não tanto da execução do contrato – onde pode espelhar preferências livres –, mas da sua formação, impedindo interferências directas na autonomia do paciente. Há que impedir que médicos, ou familiares, ou ambos, constringam um paciente a celebrar um “Contrato Ulisses”, para depois usarem o pacto como um instrumento de intimidação do paciente, quiçá numa atitude de encarniçamento terapêutico contra a persistência da doença<sup>90</sup>.

Também parece avisado que a regulação jurídica impeça, nalguns casos, os psiquiatras de proporem, ou até sugerirem, a celebração do “Pacto Ulisses”; ou ao menos tempere tais sugestões ou propostas com a imposição de “segundas opiniões”, ou a intervenção de “procuradores” – como forma de evitar que o pacto se transforme num “cheque em branco” a favor dos médicos, uma entrega incondicional da liderança terapêutica em violação do

---

<sup>88</sup> Dresser, R.S. (1982), 826ss..

<sup>89</sup> Dresser, R.S. (1982), 841ss..

<sup>90</sup> Winick, B.J. (1996), 94; Dresser, R.S. (1982), 852; Clausen, J.A. (2014), 58.

princípio do consentimento informado<sup>91</sup>. E quando a sugestão ou proposta sejam, mesmo assim, admitidas, é indispensável que, para a preservação da liberdade contratual, o Direito imponha que o paciente seja previamente informado de que a relação profissional médico / paciente não fica de modo algum dependente da celebração, ou não, daquele pacto específico<sup>92</sup>.

Idealmente um “Contrato Ulisses” não deveria ser mais complexo do que o pacto que o astuto Rei de Ítaca celebrou com os seus companheiros – e mais a mais neste domínio das doenças psiquiátricas, nas quais a simplicidade de procedimentos tem um valor acrescido – quiçá mesmo terapêutico –. Mesmo assim, na sua configuração minimalista, de um “Contrato Ulisses deverá constar:

- 1) um prazo certo, mesmo que renovável;
- 2) a definição do tempo máximo de exclusão do consentimento do paciente (ou pelo menos o tempo máximo que a exclusão pode persistir sem a intervenção de terceiros, de uma segunda opinião, ou de uma comissão de ética);
- 3) a definição do tempo mínimo de verificação do sucesso ou insucesso da terapia coerciva (há quem sugira 3 semanas como período indicativo);
- 4) a previsão da rescisão a pedido do paciente com um pré-aviso mínimo, à margem do mecanismo da renovação, e excluindo a rescisão em momento de crise<sup>93</sup>.

Na sua versão não-minimalista, um “Contrato Ulisses” não tem que esgotar-se na regulamentação e legitimação da intervenção coerciva contra a “resistência psicótica” ao tratamento, e pode aliás integrá-la e enquadrá-la num procedimento gradativo – definindo

---

<sup>91</sup> Cuca, R. (1993), 1185.

<sup>92</sup> MacKlin, A. (1987), 40.

<sup>93</sup> MacKlin, A. (1987), 40.

as intervenções dos diversos participantes, incluindo eventuais “procuradores”, no processo que conduz ao colapso psicótico e no processo que conduz à superação desse colapso, admitindo que num processo gradual essa definição possa ser “suavizadora” da intervenção anti-acrática, possa ser promotora de confiança entre todos, possa ser facilitadora de um resultado equilibrado e de um rápido restabelecimento do “diálogo relacional” pós-crise, diminuindo o impacto traumático que, na ausência de um arranjo “Ulisses”, anteriores crises possam ter tido<sup>94</sup>.

No âmbito psiquiátrico, tal variedade de soluções aponta para a vantagem da “decisão apoiada”, preservando tanto quanto possível a competência do paciente, caso a caso<sup>95</sup>. O “agente”, o psiquiatra, comportar-se-ia, tanto em contextos “*competence-sensitive*” (“com paridade”) como em contextos “*competence insensitive*” (“sem paridade”), como uma espécie de sócio “*ad hoc*”, partilhando faculdades decisórias e representativas e com margem limitada, seja para considerar ou desconsiderar a atitude do paciente, seja para rever os termos expressos no “Contrato Ulisses”, seja para aceitar a resolução do vínculo.

## 19. Autonomia como autenticidade

Alguma relutância na admissão dos “Contratos Ulisses” no âmbito da psiquiatria advém não apenas das perplexidades em torno do conceito de autonomia e dos seus impactos no paradigma contratualista – como examinaremos mais tarde –, mas resulta também de algum simbolismo sobre o que significa confiar a outros aquilo que julgamos dever ser, em todas as ocasiões, tarefa nossa, o exercício da liberdade pessoal: com efeito, confiando num “hetero-controle” para preservar as condições de “auto-controle”, será que estamos realmente a usar um expediente sofisticado – ou não

---

<sup>94</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78-79.

<sup>95</sup> Szmukler, G. (1999), 328-338.

estaremos, antes, a sujeitar-nos a uma humilhação profunda, através de um reconhecimento de insuficiência e de uma capitulação?<sup>96</sup>

A adoção de uma “Ética de Cuidado”, em vez de uma “Ética Principlista”, permite superar alguns desses impasses do contratualismo, não somente esses assaltos à auto-estima da “capacidade plena”, como também, e em especial, a sua insistência no consentimento informado “actualista”, e a sua desconsideração pela variabilidade das preferências e das condutas ao longo de uma relação “médico / paciente” que pode ser longa e muito mutável<sup>97</sup>.

Nos termos da referida “Ética de Cuidado”, dir-se-á que o paciente, reconhecendo a sua vulnerabilidade, se responsabiliza através da formulação das suas necessidades terapêuticas futuras, co-responsabilizando uma contraparte pelo desempenho de tarefas indispensáveis à satisfação de tais necessidades – visando, neste último caso, estabelecer uma relação de confiança adequada para se enfrentar a prevista situação de dependência, e demarcando aquilo que fica legitimado, ou não fica, no referido desempenho das tarefas terapêuticas futuras.

Como referido num dos exemplos que enumerámos de início (o nº 2), um paciente pode entender que a sua “patologia” não é para ser inteiramente erradicada, mesmo que essa erradicação não tivesse custos – por exemplo por entender que a sua criatividade artística depende da subsistência de alguns traços tidos por “patológicos” mas inofensivos para terceiros; podendo invocar em seu apoio até o art. 17º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que lhe assegura “o direito ao respeito pela sua integridade mental”.

Sendo assim, a ênfase “contratualista” tem uma consequência positiva: é que, comparado com o puro tratamento involuntário, não-pactuado, aquele tratamento que esteja legitimado por um “arranjo Ulisses” pode ter a vantagem de ser mais desejado e

---

<sup>96</sup> Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 401ss..

<sup>97</sup> Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78.

terapêutico, menos agressivo e traumático, mais “empoderador” e menos desumanizador, menos dependente de uma intervenção administrativa, mais próximo do paradigma do consentimento<sup>98</sup>.

De facto, não obstante as dificuldades teóricas e práticas que a sua justificação suscita, o “Contrato Ulisses” pode ser interpretado como um mero prolongamento do “consentimento informado”, através do qual se busca que as escolhas e preferências do próprio paciente tenham prioridade na definição dos tratamentos, apontando para o facto de, em casos de capacidade intermitente, ser melhor atender somente aos intervalos lúcidos porque serão eles os únicos a expressarem uma qualquer “autenticidade” nas intenções do paciente<sup>99</sup>.

A aceitar-se esta perspectiva, seria possível desrespeitar o arrependimento acrático do paciente invocando o respeito pela autonomia do mesmo paciente – não o respeito sincrónico da expressão instantânea e contemporânea, nem o respeito retrospectivo por uma expressão pretérita, mas o respeito diacrónico e prospectivo por uma autonomia que não tem que ficar confinada a expressões instantâneas nem às suas circunstâncias originais, antes pode e deve espriar-se pelo tempo, habilitando ao agente autónomo algum comando sobre planos de conduta e sobre preferências de eventos temporalmente dependentes e encadeados<sup>100</sup>.

Dir-se-á, então, que essa permanência inter-temporal de uma vontade vinculadora é a expressão da “identidade” pessoal, e que a autonomia que mais releva, nos domínios da psiquiatria, não é a particularização do conceito geral de “soberania”, é antes a expressão e preservação de condições de “autenticidade”<sup>101</sup>, essa mesma que vacila nos episódios psicóticos, comprometendo a

---

<sup>98</sup> Clausen, J.A. (2014b), 7.

<sup>99</sup> Winston, M.E. & S.M. Winston (1982), 27.

<sup>100</sup> Davis, J.K. (2008), 87ss., 96ss..

<sup>101</sup> Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 395.

percepção (e a auto-percepção) de um “eu permanente”, de um “eu profundo” que perdura<sup>102</sup>.

Por outras palavras, definiríamos a “autonomia como autenticidade” como um apelo à identidade e à auto-estima que podem ser preservadas no meio de patologias que as ameaçam, através da adopção de planos de realização pessoal, com focos, preocupações, intencionalidades que servem de pano de fundo às nossas deliberações, justificando-as<sup>103</sup>.

Essa mesma perspectiva reforça a ideia de que os “Contratos Ulisses” são especialmente adequados, no foro da doença psíquica, para o caso de pacientes reincidentes, pacientes com experiência em episódios psicóticos: porque esses, e só esses, dispõem de um conhecimento incomparável quanto ao alcance da decisão de vinculação que tomam enquanto estão lúcidos – não havendo qualquer outro conhecimento que se lhes possa contrapor a esse nível ou com essa intensidade, ou que possa, a partir de uma legitimidade existencial directa, questionar a autenticidade das preferências expressas<sup>104</sup>.

## 20. Epílogo: incumprimento

Imaginemos que, finda a crise psicótica, o paciente se apercebe de que o seu médico não cumpriu o pactuado – até porque, se tivesse cumprido, muito provavelmente a crise não teria tido a extensão e a gravidade que teve<sup>105</sup>. Para ter havido um “Contrato Ulisses”, lembremos que o paciente tinha que ter passado por uma experiência anterior – pelo que esta é a repetição de uma situação

---

<sup>102</sup> Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 397.

<sup>103</sup> Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 403ss..

<sup>104</sup> Applebaum, P.S. (1982), 27.

<sup>105</sup> A situação não deixa de evocar aquela que tem levado à litigância da “*Wrongful Living*”, ou da “*Wrongful Prolongation of Life*”: o paciente acorda num estado terminal e em extremo sofrimento, depois de o médico ter desrespeitado as directivas antecipadas de recusa de tratamento ou intervenção. Cfr. Sawicki, N.N. (2014), 279ss..



grave, *aquela* repetição que o pacto visou evitar. O paciente experimentou sofrimento e suportou danos que não tinha que experimentar nem que suportar – ou que, ao menos, não tinham que ocorrer necessariamente, sem que fosse ensaiada ao menos uma qualquer atitude preventiva, sem se conceder a oportunidade de o próprio paciente colaborar na prevenção da crise, ou na reacção precoce à crise.

O médico refugia-se no argumento de que, dado o seu objecto, que viola os pressupostos do consentimento informado e do consentimento do lesado, o contrato é nulo, nos termos do art. 280º do Código Civil.

O paciente, que se encontra num momento de lucidez, responde que o seu consentimento foi prestado num daqueles momentos privilegiados em que podia ter sido dado de forma real e esclarecida, o que é confirmado cabalmente pelo novo momento de lucidez, passada a crise; e que buscar “consentimento”, ou “consentimento informado”, ou “não-consentimento informado”, em momentos de perda de lucidez, é uma interpretação perversa da letra da lei, que não exonera o médico.

E que, se porventura a lei insistisse deveras em descortinar, em pleno colapso da competência, a ficção de um consentimento ou de uma recusa “esclarecidos”, então seria a própria lei a recusar ao paciente, de forma iníqua e intolerável, o uso tempestivo da sua autonomia pessoal através da celebração de um contrato protector de interesses que são claramente discerníveis, e são justos, e são fundamentais.

## Referências

Applebaum, Paul S. (1982), “Commentary: Can a Subject Consent to a «Ulysses Contract?»”, *Hastings Center Report*, 12/4, 27-28

Beauchamp, Tom L. (1991), “Competence”, in Cutter, M.A.G. & E.E. Shelp (orgs.) (1991), 49-77

- Bielby, Phil (2014), “Ulysses Arrangements in Psychiatric Treatment: Towards Proposals for Their Use Based on «Sharing» Legal Capacity”, *Health Care Analysis*, 22, 114-142
- Bielby, Philip (2005), “The Conflation of Competence and Capacity in English Medical Law: A Philosophical Critique”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 8, 357-369
- Bielby, Philip (2008), *Competence and Vulnerability in Biomedical Research*, Dordrecht, Springer
- Buchanan, Allen E. & Dan W. Brock (1990), *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge, CUP
- Clausen, Judy A. (2014), “Making the Case for a Model Mental Health Advance Directive Statute”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, 14/1, 1-65
- Clausen, Judy A. (2014b), “Bring Ulysses to Florida: Proposed Legislative Relief for Mental Health Patients”, *Marquette Elder’s Advisor*, 16, 1-81
- Cuca, Roberto (1993), “Ulysses in Minnesota: First Steps toward a Self-Binding Psychiatric Advance Directive Statute”, *Cornell Law Review*, 78, 1152-1186
- Davis, John K. (2008), “How to Justify Enforcing a Ulysses Contract When Ulysses is Competent to Refuse”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 18/1, 87-106
- Dresser, Rebecca S. (1982), “Ulysses and the Psychiatrists: A Legal and Policy Analysis of the Voluntary Commitment Contract”, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 16, 777-854
- Dresser, Rebecca S. (1984), “Bound to Treatment: The Ulysses Contract”, *Hastings Center Report*, 14/3, 13-16
- ERS (2009), *Entidade Reguladora da Saúde – Consentimento Informado – Relatório Final* (paper)
- ERS (2015), *Entidade Reguladora da Saúde – Acesso e Qualidade nos Cuidados de Saúde Mental* (paper)
- Gewirth, Alan (1996), *The Community of Rights*, Chicago IL, University of Chicago Press

- Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), "Ulysses Arrangements in Psychiatry: A Matter of Good Care?", *Journal of Medical Ethics*, 34, 77-80
- Held, Virginia (2006), *The Ethics of Care: Personal, Political and Global*, Oxford, OUP
- Homer (1945), *The Odyssey* (trad. p/ A.T. Murray), Cambridge MA, Harvard UP (Loeb, L104)
- MacKenzie, Catriona & Natalie Stoljar (2000), "Introduction: Autonomy Refigured", in MacKenzie, C. & N. Stoljar (orgs.) (2000), 3-31
- MacKenzie, Catriona & Natalie Stoljar (orgs.) (2000), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, New York NY, OUP
- MacKlin, Audrey (1987), "Bound to Freedom: The Ulysses Contract and the Psychiatric Will", *University of Toronto Faculty of Law Review*, 54/1, 37-68
- Portugal (2012), *Initial Report of Portugal on the implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (August, 2012)*
- Puran, Namita (2005), "Ulysses Contracts: Bound to Treatment or Free to Choose?", *York Scholar*, 2, 42-51
- Rhoden, Nancy K. (1982), "Commentary: Can a Subject Consent to a «Ulysses Contract»?", *Hastings Center Report*, 12/4, 28
- Sawicki, Nadia N. (2014), "A New Life for Wrongful Living", *New York Law School Law Review*, 58, 279-302
- Seneca (1928), *Moral Essays. I* (trad. p/ John W. Basore), London, William Heinemann (Loeb, L214)
- Spelcey, Ryan (2003), "Reviving Ulysses Contracts", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 13/4, 373-392
- Spinoza, Benedict de (1895), *Tractatus Theologico-Politicus. Tractatus Politicus* (trad. p/ R.H.M. Elwes), London, Routledge

- Srebnik, Debra S. & Scott Y. Kim (2006), “Competency for Creation, Use, and Revocation of Psychiatric Advance Directives”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 34/4, 501-510
- Szmukler, George (1999), “Ethics in Community Psychiatry”, *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 33, 328-338
- Van Willigenburg, Theo & Patrick J.J. Delaere (2005), “Protecting Autonomy as Authenticity Using Ulysses Contracts”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 30, 395-409
- Varekamp, I. (2004), “Ulysses Directives in the Netherlands: Opinions of Psychiatrists and Clients”, *Health Policy*, 70, 291-301
- Verkerk, Marian A. (2001), “The Care Perspective and Autonomy”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 4, 289-294
- Winick, Bruce J. (1996), “Advance Directive Instruments for Those with Mental Illness”, *University of Miami Law Review*, 51, 57-95
- Winston, Morton E. & Sally M. Winston (1982), “Commentary: Can a Subject Consent to a «Ulysses Contract»?”, *Hastings Center Report*, 12/4, 26-27

## Condição suspensiva e interesse unilateral<sup>1</sup>

*João de Oliveira Geraldês<sup>2</sup>*

### §1. O problema e as suas coordenadas

1. No tráfego jurídico, não raras vezes, a verificação de todos os pressupostos relevantes para a vinculação, ainda que estritamente subjectivos, não coincide temporalmente com a data aprazada para o encerramento de negociações em curso. Estas, por vezes, prolongam-se durante um considerável período de tempo e nem sempre se vislumbra a forma de alcançar um acordo final<sup>3</sup>. Talvez por isso, vem sucedendo, cada vez com mais frequência, que as partes procurem resolver todas as pendências negociais numa reunião imperativamente final: nesta tudo terá de ficar decidido e acordado. A urgência convencionalizada fomentará o consenso; o perspectivado anteriormente como inaceitável, para que surja finalmente um acordo, tornar-se-á admissível: será um mal menor, um custo contratual.

Porém, a abertura do horizonte de cedências negociais não significa que as partes deixem cair a cautela no momento em que se vinculam. Por isso mesmo, um cenário de urgência proporciona o contexto ideal para a introdução de cláusulas contratuais condicionais.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na revista *O Direito*, ano 143.<sup>o</sup>, 2011, II, 309-336.

<sup>2</sup> Professor Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>3</sup> Sublinhe-se, a este propósito, que o problema da concertação do divergente poderá agudizar-se, ainda mais, no caso de contratos plurilaterais.

Neste plano, iremos apenas analisar especialmente as condições suspensivas que são adotadas única e exclusivamente por imposição e no interesse de uma das partes: as *condições suspensivas unilaterais*<sup>4</sup>. Procuraremos, sobretudo, aferir que relevância terá, para que seja alcançado o consenso contratual, que uma das partes aceite a introdução de cláusulas condicionais suspensivas que, na economia dos seus interesses, são irrelevantes ou apenas instrumentalmente relevantes<sup>5</sup>.

2. Esta situação sucederá, paradigmaticamente, nos casos em que uma das partes impõe determinada cláusula suspensiva condicional, ameaçando com a não celebração do contrato. Procurando concretizar o que acaba de ser referido, detenhamo-nos num caso de ensaio.

Admitamos que Caio pretendia adquirir um instrumento musical (por exemplo, um violoncelo); porém, hesita em concluir o contrato aquisitivo. As negociações em curso, por esse motivo, chegam a um impasse.

Com efeito, Caio apenas pretendia adquirir o referido instrumento musical pois tinha assinado um contrato-promessa de contrato de trabalho de músico na orquestra *y*, para o qual necessitava de um violoncelo, e temia que o contrato prometido não viesse a ser celebrado. Neste contexto, Caio consegue convencer Tício, a contraparte no contrato de compra e venda do violoncelo, a aceitar a introdução da seguinte cláusula contratual: «*Por exigência de Caio e no seu exclusivo interesse, o presente contrato de compra e venda do violoncelo x só produzirá efeitos se Caio vier a ser*

---

<sup>4</sup> As condições resolutivas unilaterais, que, pelas suas particularidades, imporiam considerações que extravasam do âmbito do que nos propomos agora analisar, ficam excluídas do presente estudo. Ainda assim, cumpre referir que os resultados obtidos podem ser largamente transpostos para o seu universo.

<sup>5</sup> Abordando a introdução de cláusulas que só são relevantes para uma das partes, G. Lener, *Interesse alla condizione e condizione unilaterale*, Padova, 2002, 4.

*contratado como músico da orquestra y até ao dia 15 de Junho do corrente ano»*<sup>6</sup>.

Admitamos, agora, que as suspeitas de Caio se revelam fundadas e o contrato de trabalho de músico na orquestra *y* não é celebrado. Dir-se-ia, então, que o contrato de compra e venda do instrumento musical não produziria qualquer efeito: a condição suspensiva não se verificara e nada mais havia a tratar. No entanto, introduzamos, no nosso caso, duas derivações:

a) Primeira derivação: Caio, não obstante a *não verificação do facto suspensivamente condicionante*, pretendia que o contrato de compra e venda do violoncelo produzisse, ainda assim, todos os seus efeitos típicos.

Por esse motivo, Caio notifica Tício de que, prescindindo da condição suspensiva estipulada no seu exclusivo interesse, considera eficaz o contrato de compra e venda do violoncelo e reclama a sua entrega. Tício fica indeciso, alegando que este contrato nunca se tornou eficaz e, portanto, não se terá produzido qualquer efeito translativo da propriedade do instrumento musical — por este motivo, não seria devida a entrega do violoncelo a Caio.

b) Segunda derivação: Caio, durante a *pendência da condição suspensiva*, pretendendo tornar-se proprietário do violoncelo independentemente da celebração do contrato de trabalho de músico na orquestra *y*, comunica a Tício que, não obstante ainda não se ter verificado a condição suspensiva por ele imposta, pretende que o contrato de compra e venda seja imediatamente eficaz, *prescindindo*, para tal, da condição suspensiva que dele consta.

---

<sup>6</sup> Refira-se um outro aspecto: o facto de, no contrato, se suspender a eficácia até à celebração de um específico contrato poderá suscitar um novo problema. Caso Caio celebrasse *outro* contrato, materialmente em tudo idêntico com o contrato referido no contrato de compra e venda, verificar-se-ia a condição? Pendemos para a resposta positiva. Assim o impõe uma leitura não formalista da cláusula. Será, portanto, de admitir uma espécie de fungibilidade do facto condicionante, salvo quando, do contrato, resulte o contrário.

Também agora, Tício hesita pela mesma razão: a condição suspensiva não se verificara e, por isso, o efeito translativo da propriedade do violoncelo ainda não se produzira. Não haveria que atribuir relevância à vontade de Caio: este não poderia *prescindir* da condição suspensiva.

3. Em face do que antecede, intuímos imediatamente um conjunto de problemas, para os quais procuraremos, mais do que tudo, fornecer pistas de reflexão, na continuidade do que já afirmámos noutro lugar<sup>7</sup>.

O primeiro desses problemas, evidentemente, consistirá em saber se Caio poderá declarar *eficaz* o contrato de compra e venda do violoncelo independentemente da verificação da condição suspensiva. Estará esta na sua disponibilidade?

Neste plano, cumpre também perguntar se será relevante que as partes tenham assumido expressa e formalmente que a *condição suspensiva* foi estipulada no *interesse exclusivo* de uma delas, ou seja, no interesse de Caio.

Por outro lado, teremos ainda de perguntar se a referida declaração de eficácia pode ser realizada apenas durante a fase da pendência condicional ou se pode também ser realizada depois de ter decorrido o prazo (havendo prazo) para a verificação da condição suspensiva sem que esta tenha ocorrido ou depois de se ter a certeza de que a condição suspensiva não se verificará.

4. Em primeiro lugar, sublinhe-se que o tema agora enunciado não é novo. Pelo contrário, em seu redor, ao longo de várias décadas, desenvolveu-se um intenso debate na doutrina estrangeira, com especial destaque para a doutrina italiana. Prova do que se acaba de referir é-nos dada pelos vários estudos que ou

---

<sup>7</sup> João de Oliveira Geraldês, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva – Estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, *passim*.



incidem directamente sobre o problema da condição unilateral ou não o ignoram num plano mais geral.<sup>8</sup>

Sem qualquer pretensão de exaustividade, indiquemos alguns desses estudos — na doutrina italiana, os estudos específicos de Villani<sup>9</sup>, Costanza<sup>10</sup>, Catalano<sup>11</sup>, Carbone<sup>12</sup>, Bacin<sup>13</sup>, Maggi<sup>14</sup>, Perrone<sup>15</sup>, Cricenti<sup>16</sup>, Lener<sup>17</sup>, Lopilato<sup>18</sup> e, mais recentemente, de Bandieramonte<sup>19</sup>; na doutrina alemã, especial referência para Pohlmann<sup>20</sup>; na doutrina francesa, entre outros, Olivier Milhac<sup>21</sup>; e na doutrina espanhola, López Fernandez<sup>22</sup>.

---

<sup>8</sup> Entre nós, não detectámos qualquer estudo específico sobre o assunto; já o referenciámos no nosso *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, Coimbra Editora, Lisboa, 2010, 220 e segs.

<sup>9</sup> A. Villani, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, Riv. dir. civ., XXI, 1975, 1, 557-589.

<sup>10</sup> M. Costanza, *La condizione unilaterale: una fattispecie variegata*, Scritti in onore di Angelo Falzea, II, Milano, 1991, 247 segs.

<sup>11</sup> G. Catalano, *La (pretesa) unilateralità della condizione fra allocazione dei rischi e regole dei contratto*, Riv. del Notariato, 1994, II, 1245 e segs.

<sup>12</sup> V. Carbone, *La condizione unilaterale: una creazione della giurisprudenza*, Corr. giur., 1993, 181 segs.

<sup>13</sup> M. Bacin, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, Riv. Dir. Civ., 1998, II, 339 e segs.

<sup>14</sup> P. Maggi, *Condizione unilaterale*, E.S.I., Napoli, 1998.

<sup>15</sup> R. Perrone, *Note critiche sulla nozione di condizione unilaterale*, Riv. Dir.Civ., XLVI, 1998, 99 e segs.

<sup>16</sup> G. Cricenti, *In tema di condizione unilaterale*, Riv. Dir. Comm., 1997 (3-4), 219-340.

<sup>17</sup> G. Lener, *Interesse alla condizione e condizione unilaterale*, Dorigo, Padova, 2002.

<sup>18</sup> V. Lopilato, *La condizione unilaterale: Questione attuali sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, 151 e segs.

<sup>19</sup> F. Bandieramonte, *La condizione unilaterale nei contratti ed efficacia della rinuncia*, [Booksprint](#), 2010.

<sup>20</sup> P. Pohlmann, *Der sogenannte "Verzicht" auf eine Bedingung im Sinne von § 158 BGB*, Münsterische Juristische Vorträge Bd. 6, LIT Verlag, Münster/Hamburg/London, 1999.

<sup>21</sup> O. Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onereux*, L.G.D.J., Paris, 2001,

<sup>22</sup> L.M. López Fernandez, *La condición suspensiva en los contratos*, Montecorvo, Madrid, 2000.

Por outro lado, é de referir que os tribunais alemães<sup>23</sup>, italianos<sup>24</sup>, franceses<sup>25</sup> e espanhóis<sup>26</sup> têm decidido múltiplos casos com a perfeita consciência da especificidade da designada *condição unilateral*. Entre nós, tal como sucede doutrinariamente, também não detectámos decisões judiciais que considerem a especificidade das condições unilaterais.

5. Não obstante, permitimo-nos salientar que não nos parece que a agora referida especificidade condicional unilateral possa ser desconsiderada no plano do nosso Sistema. Isto porque, mesmo que assim não seja expressamente designada, a condição unilateral é um problema subjacente a casos com muita relevância jurídica e social.

A título de exemplo, registre-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, tirado em 06 de Junho de 2007 (Ribeiro Coelho)<sup>27</sup>, com uma importante declaração de voto (Arnaldo Silva),

---

<sup>23</sup> Relatando decisões: P. Pohlmann, *Der sogenannte "Verzicht" auf eine Bedingung im Sinne von § 158 BGB*, Münsterische Juristische Vorträge Bd. 6, LIT Verlag, 1999, 8 e segs. Apontando a secular constância jurisprudencial alemã como um factor que conduziu a um certo consenso doutrinário acrítico: "Soweit ersichtlich geht die Rechtsprechung zum Bedingungsverzicht auf ein Urteil des LG Mainz vom 9. April 1900 zurück. Zu klären war, ob ein Vorbehaltsverkäufer in die Kaufsache, also eine eigene Sache, vollstrecken konnte. Das LG hielt die Verwertung der Sache nur für zulässig, weil der Gläubiger, wenn er die Sache versteigern lasse, auf sein Eigentliche Jahre später lasse, auf sein Eigentum verzichte. In der Literatur griff Dernburg das Urteil auf": Petra Pohlmann, *Der sogenannte "Verzicht" auf eine Bedingung im Sinne von § 158 BGB*, cit., 8.

<sup>24</sup> Relatando decisões: P. Maggi, *Condizione unilaterale*, ESI, Napoli, 1998, 9 e segs

<sup>25</sup> Relatando decisões: Olivier Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onereux*, LGDJ, Paris, 2001, 122.

<sup>26</sup> Criticando a tendência restritiva da jurisprudência espanhola, L. M. López Fernandez, *La condición suspensiva en los contratos*, cit., 157.

<sup>27</sup> Cujo sumário se reproduz: "I – A reserva da propriedade assume-se como uma condição suspensiva da transmissão da propriedade da coisa alienada até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento. II – Apesar de originariamente pensada para contratos de alienação, nada obsta, tendo em conta o princípio da liberdade contratual, à aplicação desta figura a contratos diferentes, nomeadamente ao de mútuo a prestações que com o de compra e venda de veículo automóvel apresente uma relação de estreita conexão, consubstanciada no facto de o objecto do primeiro – quantia mutuada – representar o preço do segundo. III – Tal reserva é passível de renúncia abdicativa (ou renúncia *stricto sensu*) por parte do respectivo titular, através de um negócio ou acto unilateral que, constituindo *ex nunc* uma nova situação de direito, tem como efeito real a perda ou extinção do direito renunciado, dele ficando privado o respectivo titular. IV – A propriedade reservada, enquanto direito real de gozo, não cabe no rol dos direitos reais que, nos termos do art.

na qual vem argumentada a impossibilidade de conceber a *renúncia* a uma cláusula de *reserva de propriedade*, pois esta cláusula traduziria somente «*um diferimento contratual de um dos efeitos do contrato acordado por ambas as partes (...) e, por isso, este acordo não pode ser destruído unilateralmente (...)*»<sup>28</sup>.

O que para nós importa nesta declaração de voto é, sobretudo, evidenciar a tese de que um diferimento contratual, sendo este um efeito acordado pelas partes, não poderá ser «*destruído unilateralmente*». Existiria, digamos assim, uma imutável continuidade da lógica bilateral ou plurilateral fundante do vínculo.

Mas será assim em todos os casos?

---

824º, nº 2 do C. Civil, caducam com a venda em execução e são mandados cancelar officiosamente, ao abrigo do disposto no art. 888º do C. P. Civil. V – Por isso, ainda que a nomeação à penhora, pelo exequente, do bem cuja propriedade foi reservada para si valha como manifestação tácita daquela renúncia abdicativa, a execução não pode prosseguir sem que o mesmo exequente proceda ao cancelamento do respectivo registo” (acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>28</sup> “Discordo da fundamentação na parte em que nela se diz que a *reserva de propriedade é passível de renúncia abdicativa*. No meu entendimento, quando o vendedor exige judicialmente o pagamento da totalidade da dívida, não existe qualquer renúncia, nem ao direito de propriedade - que me parece que continua a ser o proprietário da coisa vendida, no caso de *pactum reservati domini*, embora temporalmente limitado nos seus poderes de gozo e de disposição, podendo voltar a exercê-los se vier a recuperar o bem, no caso de incumprimento os devedor. Correlativamente o comprador é titular apenas de uma expectativa jurídica (vd. Ana Maria Peralta, *A Posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 124 e segs. e 130-131; e págs. 154 e segs) – nem à reserva da propriedade. Não existe renúncia ao direito de propriedade, porque, embora admissível em geral, é impossível de verificar-se *in casu*, a ocorrer tal renúncia a coisa ficaria *res nullius* (Vd Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Reais*, 4ª edição, Coimbra Editora, Lda., 1983, pág. 317 cit. *apud Ana Maria Peralta, opus cit.*, pág. 96, que aqui se está seguindo de perto). Não se está perante a renúncia de reserva de propriedade, porque esta reserva não é um direito que o vendedor possa renunciar. *Ela é antes um diferimento contratual de um dos efeitos do contrato acordado por ambas as partes. E, por isso, este acordo não pode ser destruído unilateralmente pelo vendedor*. O que permitiria destruir unilateralmente a expectativa e posse do comprador por exclusiva vontade do vendedor, e impediria até a penhora do bem. A destruição dos efeitos da cláusula de reserva de propriedade *só por mútuo acordo* pode ser levada a efeito (*contrarius consensus*). Destruição esta que pode ser logo acordada no contrato celebrado ou posteriormente, ou então pode resultar de actos ou omissões das partes que inequivocamente levem a tal conclusão, como, por exemplo, *no caso de o vendedor nomear o bem à penhora e o comprador a isso se não opuser*. Donde e em conclusão, que *não nos pareça que a reserva de propriedade seja livre e unilateralmente renunciável* (Para evitar o obstáculo da impossibilidade de o vendedor penhorar o próprio bem, Lobo Xavier -*Venda a Prestações: algumas notas sobre os artigos 934º e 935º do Código Civil*, in RDES, pág. 263. considera que há renúncia à reserva de propriedade aquando do acto de nomeação à penhora)”.

Verificando-se um diferimento contratual consensualizado, este implica logicamente a impossibilidade de «*destruição unilateral*»?<sup>29</sup>

6. Em face do que antecede, supomos que tem extrema relevância syndicar a teoria da impossibilidade de «*destruição unilateral*» de cláusulas contratuais condicionais, sobretudo para acentuar que a absolutização dessa impossibilidade talvez seja excessiva.

Com efeito, são muitas as situações que impõem uma especial valoração dos *interesses* contratuais em jogo. Neste contexto, sublinhe-se que são inúmeros os casos em que poderemos encontrar cláusulas que pouco ou nada interessam a uma das partes. Se tais cláusulas constam da versão final de um contrato, tal resulta da própria dinâmica da negociação, do jogo das cedências.

Como casos paradigmáticos do que agora referimos, indiquemos, entre tantos outros exemplos, a sujeição da eficácia contratual, imposta por uma das partes, à aprovação de licenças camarárias ou de planos urbanísticos, à obtenção de aprovação/autorização de entidades reguladoras, à concessão de financiamento, à confirmação da deslocação do local de trabalho, etc.

Quantas destas cláusulas não traduzem apenas uma particular forma de controlar juridicamente a incerteza (o risco) que abala a formação da vontade de uma das partes? Para quem esteja a vender um imóvel, que interesse terá se o referido imóvel vem a ser pago com dinheiro das poupanças do comprador, através de recurso a financiamento bancário ou de uma receita imprevista com origem numa herança de um parente afastado?<sup>30</sup> Supomos que,

---

<sup>29</sup> No sentido da possibilidade de renúncia: M. Lurdes Pereira/Pedro F. Múrias, *Sobre o conceito e a extensão do sinalagma*, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume I, Almedina, Coimbra, 2008, 379 e segs.

<sup>30</sup> Neste plano, admitamos ainda outro caso: determinado vendedor de um terreno está apenas interessado no preço que obtenha por ele. Ora, se o preço não variar relevantemente em função da emissão de uma licença ou de uma autorização, que interesse *directo* terá para o vendedor que seja estipulado que o contrato de compra e venda fica condicionado pela referida emissão da licença ou pela obtenção da autorização? O vendedor venderia em qualquer circunstância, salvo se a autorização for um pressuposto de validade do negócio, aquele terreno àquela pessoa. A condição, no caso concreto

para o vendedor, o mais importante é que o pagamento ocorra. Tudo o resto, salvo casos excepcionais, é irrelevante.

7. Em plano aproximado, ainda que em tema de eficácia resolutiva, Pinto Monteiro, analisando o caso de um vendedor de uma coisa que esteja interessado na sua afectação a determinada finalidade (*cláusula de destinação*), apontou precisamente que «o vendedor poderia ter-se auto-protégido, mormente através de uma condição (...) pois se o destino da coisa era para si tão essencial, não deveria ter contratado sem uma condição (...) que lhe permitisse reaver a coisa se esse destino não fosse observado. Ora, não o tendo feito, poder-se-á concluir que os motivos por que vendeu não assumem essa importância nem devem ter tal relevo jurídico»<sup>31</sup>.

Do mesmo modo, Lurdes Pereira/Múrias, analisando o problema da renúncia na venda com reserva de propriedade, intuem que uma cláusula de *autoprotecção* não poderá acabar por ter um sentido diverso: «numa compra e venda com reserva de domínio, o vendedor tem de continuar a poder escolher o cumprimento integral, executando, se necessário, o património do devedor para obter o pagamento do preço. Se nomear à penhora o bem objecto do negócio, estará a renunciar à reserva de domínio, pelo que a transmissão, parece, operará. De resto, nem se compreenderia que a estipulação de um remédio destinado a fortalecer a sua posição em caso de incumprimento acabasse afinal por prejudicá-lo»<sup>32</sup>.

8. Em face do que antecede, supomos que fica bem patente a potencial polifuncionalidade da condição. Em muitos casos, esta representa unicamente a expressão contratual de um interesse

---

e ponderados os interesses em jogo, é apenas um obstáculo ao seu interesse principal: o pagamento. Para ele, a condição é apenas isso. O mesmo não sucede com a outra parte: foi esta que se pretendeu salvaguardar perante a incerteza quanto à emissão ou não de uma licença.

<sup>31</sup> A. Pinto Monteiro, *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2002, 35.

<sup>32</sup> M. Lurdes Pereira/Pedro Múrias, *Sobre o conceito e a extensão do sinalagma*, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume I, Almedina, Coimbra, 2008, 379 e segs.

exclusivo unilateral de uma das partes: na expressão de Pinto Monteiro, a condição será, para essa parte, uma forma de *autoprotecção*. Para a outra parte ou para as outras partes, tal como refere Lener, essa cláusula será apenas um «*custo do contrato*»<sup>33</sup>, dela não resultando qualquer protecção para os seus interesses.

Não terão estas particulares circunstâncias de produzir um qualquer impacto na regulação contratual dos interesses das partes?

Posto isto, teremos, então, de apurar se do *interesse unilateral exclusivo*, que justifica a introdução de uma condição suspensiva, poderemos extrair resultados jurídicos relevantes.

É o que, de seguida, nos propomos sinteticamente analisar.

## § 2. A condição unilateral

### 2.1. Questão preliminar: o dogma da exterioridade condicional

9. Quem se proponha estudar a condição suspensiva unilateral encontrará, como questão mais funda, a *teoria da exterioridade condicional*<sup>34</sup>. Esta tem um longo lastro histórico e teve (tem) repercussão na teorização de vários Sistemas.

Com efeito, sendo fruto da tripartição dos elementos do contrato — *substantialia, naturalia, accidentalia*<sup>35</sup> — e de um processo multissecular de maturação teórica, com forte cunho leibniziano<sup>36</sup>, a teoria da exterioridade condicional atravessou a jurisprudência dos conceitos, a escola histórica e a pandectística

---

<sup>33</sup> G. Lener, *Interesse alla condizione e condizione unilaterale*, cit., 4

<sup>34</sup> João de Oliveira Geraldês, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., 127 e segs.

<sup>35</sup> G. de Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, 67.

<sup>36</sup> João de Oliveira Geraldês, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., 62 e segs.

alemãs<sup>37</sup>, sendo recebida no pensamento jurídico italiano, no plano da jurisprudência dos interesses, através de Falzea<sup>38</sup>.

Entre nós, a título de exemplo, sublinhe-se que Galvão Telles também assumiu a exterioridade como traço característico da condição — o que é verificável nesta passagem: «*o eventual acontecimento futuro, previsto na condição suspensiva, não se encontra na estrutura do contrato, não se funde ou deixa absorver nele*»<sup>39</sup>.

Neste plano, Galvão Telles sustentou que “*não pode admitir-se como verdadeira a ideia, por alguns defendida, de que a condição faz corpo com o negócio a que é aposta. O eventual acontecimento futuro previsto na condição não se incorpora no contrato, não se integra ou deixa absorver nele, nem mesmo na condição suspensiva, em que simplesmente acresce ao negócio, fechando o ciclo de um facto complexo de formação sucessiva, de que são peças ou elementos o contrato condicionado e o facto condicionante*”<sup>40</sup>, e, em passagem com extrema relevância, afirmou ainda que «*entre estes dois factos [contrato e condição] há um desnível de importância; não têm a mesma função; o elemento primordial é o contrato, verdadeira fonte dos efeitos jurídicos que a cláusula suspende e cuja livre expansão, até aí reprimida, se torna realidade com a verificação do evento previsto, que não tem outro papel senão esse.*”<sup>41 42</sup>.

---

<sup>37</sup> A esse propósito, será relevante reter a seguinte afirmação de Ascarelli: “*le traité des conditions confirme ces positions d’abord par son titre: Specimen certitudinis, puis par sa rigueur. Il est un modèle de ce qu’on appellera plus tard la jurisprudence conceptuelle. Celle-ci, à travers Wolff et les rapports existant, dans la Pandectique, entre l’école historique et l’école du droit naturel, se rattache d’ailleurs à Leibniz*”, no estudo inserido na obra de G.W. Leibniz, “*Specimen quaestionum philophicarum ex iure collectarum/ De casibus perplexis /Doctrina conditionum/ De legum interpretatione (avec une étude introductive de Tullio Ascarelli)*”, Dalloz, Paris, 1966, 38-39.

<sup>38</sup> João de Oliveira Gerales, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., 67-98.

<sup>39</sup> I. Galvão Telles, *Dos contratos em geral, Lições proferidas no ano lectivo de 1945-1946*, Coimbra Editora, 1947, 176.

<sup>40</sup> I. Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral cit.*, 260.

<sup>41</sup> I. Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral, cit.*, 260

<sup>42</sup> Entre nós, esta forma de pensamento é claramente seguida por Ana Peralta quando afirma que o elemento condicionante, além de futuro e incerto, dever ter ainda como característica a “*estrinsecitá*”, ou seja, não deve identificar-se com qualquer dos elementos constitutivos do contrato, nem tão pouco

10. Chamámos à colação o problema da exterioridade condicional, uma vez que esta vem sendo brandida como fundamento jurídico que impediria a admissibilidade da «*destruição unilateral*» das condições unilaterais. Precisamente, Carbone<sup>43</sup> discordou da possibilidade de se renunciar à condição unilateral, dado que entendeu que a condição está limitada ao universo dos *factos*, sendo este um universo externo ao contrato.

Nestes termos, o referido Autor extrai a seguinte conclusão: como os *factos* não são passíveis de renúncia, não pode aceitar-se a renúncia à condição. Isto porque, ainda segundo o mesmo Autor, apenas poderemos renunciar a *direitos*. Estes, para Carbone, inexistem na previsão da condição: esta apenas visa realidades factuais e externas ao contrato.

11. Porém, esta objecção de Carbone apenas vingaria se se entendesse que a *condição* corresponde ao *facto condicionante*. O que não nos parece correcto. Estamos em planos distintos. Com efeito, como já foi sublinhado por Tatarano<sup>44</sup>, esta forma de perspectivar a condição corresponde à desvalorização da dimensão jurídica programática da cláusula contratual condicional. Esta estipula um *programa* de efeitos jurídicos para o *facto condicionante* mas não se confunde com este.

Deste modo, o *facto condicionante* não é, por si só, relevante. A relevância jurídica deste é-lhe conferida exclusivamente pela cláusula condicional contratual, que o cobre com eficácia suspensiva ou resolutiva, parcial ou total.

---

dizer respeito à sua execução: Ana Peralta, *A Posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, 22.

<sup>43</sup> V. Carbone, *La condizione unilaterale: una creazione della giurisprudenza*, Corr. giur., 1993, 181 e segs.

<sup>44</sup> “*Il consueto riferimento al dogma della fattispecie ha causato infatti una rappresentazione del tutto meccanicista del fenomeno: nel senso che l’evento condizionale è stato dall’esterno visto come concausa efficiente dell’assetto contrattuale senza riguardo alcuno alla collocazione dello stesso nel contesto programatico dell’atto*”, G. Tatarano, *Incertezza, autonomia privata e modello condizionale*, Jovene, Napoli, 1976, 3.



Logo, quando analisamos o esquema contratual condicional, não estaremos no domínio dos *factos* — ou, se se preferir, não estaremos no plano dos factos sem que estes estejam compreendidos no programa de efeitos previsto no contrato.

Por este motivo, *renunciar* a uma cláusula condicional não é renunciar ao facto condicionante que constitui o seu objecto. Desta forma, cai pela base a objecção de Carbone.

12. Porém, o nosso problema continua ainda em aberto: com efeito, em construção mais elaborada a propósito da inadmissibilidade da renúncia à condição unilateral, nos escritos de vários Autores, tem continuado a ser invocado o problema da exterioridade condicional<sup>45</sup>.

Porém, com notória influência do pensamento de Falzea<sup>46</sup>, nestes casos, a invocação da exterioridade é acompanhada por nova e mais profunda fundamentação: estará em causa não a natureza factual da condição mas antes a natureza *extrínseca* do *interesse* condicionante. Já não nos situamos, portanto, no plano do *facto externo* mas no do *interesse externo*. É uma mudança de prisma muito relevante.

Sublinhemos, a este propósito, que o recurso teórico à natureza *extrínseca* do interesse condicionante explica-se pela influência da teoria do *duplo plano de interesses* de Falzea. Cumpre, por isso, dar breve nota desta teoria e do seu precursor.

13. Em Itália, Falzea é, ainda hoje, a referência maior em tema de condição. Na sua clássica obra «*La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*», de 1941, este Autor traçou os principais caracteres da condição, tal como esta viria a ser prevista legalmente

---

<sup>45</sup> A título de exemplo: G. Cricenti, *In tema di condizione unilaterale*, Riv. Dir. Comm., 1997, 3/4, 227-228.

<sup>46</sup> Angelo Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, ESI, Milano, 1941.

no *Codice* de 1942 – e o mesmo sucede com o Código Civil de 1966<sup>47</sup>, dada a influência das suas teses na Doutrina portuguesa<sup>48</sup>.

Posto isto, importa sumariar o seu pensamento. Partindo da teoria germânica do *facto* de formação sucessiva<sup>49</sup>, Falzea reconfigurou esta teoria, acentuando a diferença de relevância *funcional* existente entre os vários elementos constitutivos da *fattispecie*. Desta forma, seria possível identificar uma *hierarquia* entre esses elementos. A *fattispecie* seria constituída por dois núcleos de elementos, correspondendo, cada um deles, a uma fase formativa interna (fase central) e a uma fase formativa externa (fase marginal)<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Sobre a recepção da doutrina de Falzea em Portugal e a sua influência nas opções do Código Civil de 1966: João de Oliveira Geraldes, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., 110 e segs.

<sup>48</sup> Entre nós, exemplificativamente, é possível detectar a influência de Falzea e da teoria exterioridade no pensamento de I. Galvão Telles, sendo disso um exemplo a expressa referência formulada por Soares Queiroz no seu estudo *Da condição suspensiva*, FDL, Lisboa, 1946, 35: “*segundo o nosso ilustre Professor [Galvão Telles] afirmamos que o facto que ao depois se verificará é qualquer coisa de exterior e estranho ao acto considerado. Esse facto que não tem outra relação com o acto a não ser a que lhe advém por ser requisito de eficácia é que é condição. Daí concluirmos não ser a condição um elemento do acto jurídico*”.

<sup>49</sup> Sendo esta fruto da necessidade de compatibilizar o princípio da simultaneidade com a eficácia jurídica diferida. Registe-se a narrativa de Schiemann sobre a condição e a influência de Jhering no desenvolvimento da teoria do *facto* de formação sucessiva: “*Bei dem “Erfinder” des Simultanitätsgesetzes, Rudolf von Jhering, schwankt die Einordnung der bedingten Rechtsgeschäfte erheblich. Im 3. Teil des “Geists des römischen Rechts” nimmt er an, daß im älteren Recht unter Lebenden nur eine bedingte Obligation möglich gewesen sei, keine bedingte Eigentumsübertragung. Als rechtspolitischen Grund für diese Regelung nennt er die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Aber wie er sich die Vereinbarkeit der bedingten Obligation mit dem Grundsatz der Simultanität zwischen der Vornahme und der Wirkung des Geschäftes denkt, wird nicht ganz deutlich. Bei der Formulierung des Gesetzes setzt er für die Rechtswirkung das Vorhandensein des Tatbestandes voraus. Hierzu gehört eine Feststellung wenige Seiten zuvor. Dort bezeichnet er die Technik der bedingten Obligation als sukzessive Entstehung des Rechtsgeschäftes. Demnach soll das Simultanitätsgesetz erst gelten, wenn das Rechtsgeschäft mit Bedingungseintritt tatbestandlich vollendet ist.*”, G. Schiemann, *Pendenz und Rückwirkung der Bedingung*, Böhlau Verlag, Köln, 1973, 107.

<sup>50</sup> Teorizando sobre as situações em que ocorre um ciclo de formação externa, Falzea admite que “*non esclude però che un processo di formazione dotato di giuridica rilevanza possa esorbitare dal nucleo centrale della fattispecie. Si riscontra allora un ciclo formativo, che, a differenza di quello sopra esaminato, può caratterizzarsi come ciclo formativo esterno. Solo rispetto a quest’ultimo sorge, com’è chiaro, il problema della formazione successiva dell’atto condizionale. Intanto non vi può essere dubbio che un fenomeno di successione è sempre dato nel meccanismo condizionale. La condizione rientra, come si è detto, nella categoria dei coelementi futuri: il carattere della collocazione nel futuro, che individua questa categoria, viene valutato, è superfluo ricordarlo, rispetto al nucleo degli elementi centrali. Qualora nella configurazione normativa sia previsto un coelemento futuro, l’atto non è in*

Na construção de Falzea, a *fase formativa interna* da factispécie esgotar-se-ia com a existência dos *elementos centrais*, que correspondem aos *essentialia do nomen juris*; e a *fase externa* corresponderia ao devir de todos os *outros elementos* – entre outros, a condição— que podem surgir no concurso formativo do facto (complexo) produtor de eficácia.

Estes últimos elementos (os da fase marginal/externa) são designados como *co-elementos*, surgindo como algo *exterior* ao *núcleo central* da factispécie típica. Por essa razão, Falzea sustentou que os *co-elementos* não podem *influir* na determinação (conteúdo) dos efeitos típicos do contrato, pois estes serão revelados pela interacção (síntese) imperturbável dos elementos centrais da factispécie<sup>51</sup>.

Deste modo, a função dos *co-elementos* situar-se-ia apenas no campo da *suspensão* ou *resolução* de efeitos jurídicos e não no campo da sua *determinação* ou *configuração*. A condição seria tão-somente um *requisito de eficácia*, aproximando-se da mera condição legal (*condicio iuris*).

14. Aqui chegando, Falzea deu ainda um outro passo decisivo: a distinção entre os *elementos essenciais* e a *condição* (elemento

---

grado di spiegare tutti o parte dei suoi effetti se non quando tale co-elemento sia pervenuto ad esistenza.”, Angelo Falzea, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, cit., 187.

<sup>51</sup> “Della estrinsecità della condizione ci siamo occupati sia per la condizione volontaria che per la condizione legale, trovandone in ambedue le figure il fondamento nei fini particolari che è chiamato ad assolvere l’evento condizionante, e che sono diversi da quelli perseguiti nel negozio ed a mezzo del negozio. Si è detto come la condizione rappresenti un meccanismo giuridico ausiliario che viene ad inerire ai singoli schemi di atti giuridici. L’applicazione di tale congegno opera sempre dall’esterno e non altera la natura dell’atto che rimane immutato nella sua composizione strutturale interna, così come egualmente immutate permangono le conseguenze giuridiche che ad esso riconduce il diritto. Il meccanismo della condizione si inserisce tra la fattispecie causale e la situazione effettuale, influenzando unicamente sulle modalità estrinseche con cui l’atto spiega la sua efficacia. E ciò in duplice modo : in primo luogo determinando il sorgere di un periodo di pendenza, durante il quale gli effetti giuridici, che costituiscono la destinazione della fattispecie, rimangono sospesi, mentre avrebbero potuto altrimenti realizzarsi subito; ed in secondo luogo mettendo in forse lo stesso futuro subentrare della situazione effettuale.”, Falzea, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, cit., 131.

acidental) não residiria apenas no seu papel formal causal para a produção de efeitos jurídicos.

Com efeito, o referido Autor, profundamente influenciado pela jurisprudência dos interesses, valorizará os *interesses* que os *elementos (essenciais e acidentais) do contrato* representam, aprofundando a sua visão da separação estrutural do *interno* e do *externo*, do *intrínseco* e do *extrínseco*.

Por este caminho, Falzea chegará à *teoria da exterioridade axiológica* da condição, clivando dois planos paralelos: um *plano dos interesses internos* e um outro *plano dos interesses externos/extrínsecos*<sup>52</sup>.

O primeiro desses planos corresponderia aos interesses do tipo (*causa abstracta*) e o segundo traduziria, por seu turno, o conjunto dos interesses com aqueles incompatíveis (*motivos subjectivos das partes*), formando este último plano um *contra-programa* negocial.

Como já referimos, o primeiro plano de interesses seria revelado pelo somatório (síntese) dos *elementos essenciais* e o segundo plano pelo conjunto dos *elementos acidentais*. Actuariam paralelamente, não podendo influir no campo oposto: nas palavras de Falzea, os elementos acidentais, nomeadamente a condição, estariam ao serviço dos interesses de um contra-programa negocial.

---

<sup>52</sup> Referindo-se expressamente à ideia de contraposição de interesses, Falzea sustenta que “*per quanto concerne la condizione, quando nel piano della fattispecie in cui viene definito un particolare regolamento di interessi, venga introdotta la valutazione di interessi ulteriori, la cui esistenza sia prevista come futura ed incerta. Tale valutazione non è introdotta allo scopo di fare attuare, insieme al sistema di interessi particolari all'atto, anche quello degli interessi estranei, poichè i due sistemi, nell'ipotesi di condizione, sono incompatibili, ma al fine di subordinare la realizzazione degli uni alla mancata incidenza degli altri. Possono cioè i soggetti, nel regolare quegli interessi, la cui attuazione rappresenta la funzione tipica dell'atto (sistema di interessi interno), prevedere la incidenza di ulteriori interessi tipicamente estranei a quella situazione, e rispetto ai primi di contenuto contrario (sistema di interessi esterno), e disporre, per il caso in cui si verifichi una tale incidenza, che il conflitto tra i due sistemi venga deciso dandosi la prevalenza a quello esterno, e quindi coll'ostacolare definitivamente l'attuazione del sistema interno. Nell'atto condizionale quindi coesistono da una parte il regolamento di un piano di interessi interno, e dall'altra la valutazione di un piano di interessi esterno, che al primo si contrappone ma la cui esistenza è prevista come futura ed incerta; il rapporto tra i due piani di interessi viene posto nel senso che la realizzazione di quello interno è voluta solo in quanto quello esterno non si manifesti.*”, A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, ESI, Milano, 1941, 80.

Assim, a condição não poderia influir no *plano dos interesses internos*, dado que a sua função seria precisamente impedir a sua vigência, em ordem a colocar em marcha o referido *contra-programa*<sup>53</sup>. Em síntese: se o *interesse interno* do contrato é *n*, o interesse que o condiciona não poderia ser *n*. Seria ilógico que *n* pudesse justificar efeitos jurídicos antagónicos. Foi precisamente nesta linha de pensamento que Cricenti formulou a sua crítica à possibilidade de *renunciar* à condição unilateral. Estando sob a influência da teoria do *duplo plano de interesses* de Falzea, Cricenti utilizou o argumento da *exterioridade axiológica* para a refutar — ao renunciar a uma condição unilateral, nada nesta renúncia seria extrínseco ao programa contratual interno<sup>54</sup>, pelo que se estaria a extravasar do típico plano condicional, que seria a apenas o plano do *contra-programa* contratual<sup>55</sup>.

15. Já defendemos, noutro lugar, que é possível identificar razões que concorrem decisivamente para a superação do *dogma da exterioridade condicional*. Não as replicaremos neste artigo: permitimo-nos remeter para outro estudo nosso<sup>56</sup>.

Ainda assim, refira-se que será relevante, para a referida superação, aceitar a rejeição da *osmose categorial* entre *essentialia* e pressupostos de validade, a *superação da accidentalidade abstracta*

---

<sup>53</sup> Para a crítica do *contraprograma*: G. Amadio, *La condizione di inadempimento*, cit., 173 segs.

<sup>54</sup> G. Cricenti, *In tema di condizione unilaterale*, Riv. Dir. Comm., 1997, 3/4, 227-228: “quando si dice che l'evento dedotto in condizione deve essere estrinseco rispetto al contenuto della dichiarazione di volontà, si vuole dire che il programma che le parti impegnano con la dichiarazione è ritenuto vincolante solo se non si realizzano altri interessi che il dichiarante ritiene incompatibili con (o prevalenti su) quello del programma negoziale, interessi la cui importanza è tale da imporre alle parti di preservarli mediante apposito strumento (la clausola condizionale).”

<sup>55</sup> G. Cricenti, *In tema di condizione unilaterale*, Riv. Dir. Comm., 1997, 3/4, 227-228”, afirmando ainda que “come è stato giustamente osservato, non è corretto pensare che la manifestazione di volontà di uno dei contraenti possa far parte, insieme all'evento storico, della clausola condizionale, e ciò perché tale manifestazione di volontà, costituendo esercizio del potere di modificare le situazioni giuridiche, non può diventare elemento di un altro atto (la clausola condizionale), in quanto è essa stessa atto di disposizione di un interesse”.

<sup>56</sup> João de Oliveira Galdes, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., *passim*.

da condição e a rejeição da *causa abstracta*<sup>57</sup>. Tomarão o seu lugar a *essencialidade concreta* da condição e a *causa concreta* do contrato, num plano de superação do conceptualismo positivista, tão limitativo da autonomia privada<sup>58</sup>.

Com efeito, para melhor se compreender a tese da exterioridade condicional, convirá situá-la no plano do tipo legal (abstracto) contratual, não admitindo estas mutações às funções que resultam da dinâmica e interacção típica dos seus elementos abstractamente essenciais.

Tal plano permite captar a razão que conduziu muitos Autores, como Falzea e Galvão Telles, até à ideia de condição como *corpo estranho e externo*: algo que perturbava o contrato *puro*. Isto porque, não sendo aquela perspectivada como um elemento *essencial*, a *acidentalidade abstracta* que cunha tradicionalmente a condição remete-a irremediavelmente para uma zona *externa* ao contrato. Foi precisamente neste contexto doutrinário que foi desenvolvida a teoria da exterioridade condicional.

Desta forma, como facilmente se intuiu, diminui-se funcionalmente a condição: é-lhe atribuído o estatuto de *mero* requisito de eficácia, ficando fora da *determinação* do conteúdo contratual — o que supomos ser ainda uma reminiscência leibniziana<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> João de Oliveira Galdes, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., 62 e segs.

<sup>58</sup> Convirá acentuar a influência que Würdinger teve no pensamento de Falzea, afirmando aquele Autor alemão que a condição era apenas uma *permissão legal* para as partes inserirem, no contrato, outros (os seus) motivos (*interesses*) considerados irrelevantes (*unerheblichen Motiven*)<sup>58</sup>, sendo estes perspectivados como *interesses* distintos dos *interesses do tipo contratual* escolhido — *cf.* H. Würdinger, *Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff*, Diss., München, 1928, 18: “*In der Form der Bedingung hat das Gesetz den Parteien ein Mittel gegeben, den für den Rechtsverkehr grundsätzlich unerheblichen Motiven eine Rechtswirkung beizulegen, indem es ermöglicht wird, den Eintritt des Rechtserfolges außer von den gesetzlichen Tatbestandselementen auch noch von anderen Umständen abhängig zu machen. Man kann daher die Bedingung auffassen als ein vertraglich vereinbartes Tatbestandselement, das die Parteien dem gesetzlichen Tatbestand hinzufügen*”.

<sup>59</sup> Para Leibniz, a condição é *extrinsecam*: «*Conditionem esse accessorium, conditionatum principale e que intrinsecam vocant, cujus connexio est natura rei, extrinsecam, cujus a voluntate*», sublinhando ainda que “*in extrinseca conditionalitate, a parte rei, vel conditio est necessaria conditionato, seu id suspendit, tum dispositio in effectu est pura, vel conditionatum est necessarium conditioni, seu ab ea infertur aut eam suspendit, quo casa dispositio in effectu juris est nulla*”: G.W. Leibniz, *Specimen*

16. Porém, considerar que a condição suspensiva é apenas uma fonte de *suspensão* de efeitos *pré-dados* – resultando estes da estática interacção dos elementos essenciais da factispécie típica, sobre os quais a condição não pode incidir em termos de *determinação modificativa* – é menosprezar a *funcionalidade* e o *interesse do efeito jurídico de condicionamento*.

Inversamente, conforme já desenvolvemos noutro lugar<sup>60</sup>, sustentamos que o *efeito jurídico de condicionamento* integra o conteúdo contratual e é funcionamente polivalente: poderá servir, inclusivamente, para estipular que o contrato só se tornará eficaz com o pagamento do preço nele previsto<sup>61</sup>.

O interesse condicionante é também um interesse interno do contrato. Ademais, em certos casos, a condição pode ser perspectivada como um elemento concretamente essencial do contrato. Pode também suceder que seja *essencial* recorrer ao esquema condicional para criar uma ordenação temporal da eficácia de várias cláusulas contratuais, que podem estar em concurso real. Neste papel, a condição assumir-se-á como regra de ordenação ou de hierarquização de interesses contratuais (internos) que careçam dessa ordenação<sup>62</sup>.

---

*certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum* (1665), Thesaurus de Philosophie du Droit, Institut Michel Villey, 1998, 266.

<sup>60</sup> João de Oliveira Gerales, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., *passim*.

<sup>61</sup> Sobre esta possibilidade: João de Oliveira Gerales, *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*, cit., 174 e segs. Entre nós, o próprio legislador, na revisão do regime aplicável ao contrato de seguro automóvel, elegeu o pagamento do prémio para desempenhar a função de condição suspensiva. Tal sucedeu no Decreto-Lei n.º 122/2005, de 29 de Julho. Diz-se, na justificação do acto legislativo, que «o contrato de seguro só deve produzir os seus efeitos com o pagamento do prémio ou fracção por parte do tomador de seguro. Na falta de pagamento do prémio ou fracção, o risco não deve estar coberto pelo contrato», passando a vigorar, como regra, o seguinte articulado: «a cobertura dos riscos apenas se verifica a partir do momento do pagamento do prémio ou fracção».

<sup>62</sup> A. Paolo Ugas, *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*, Giappichelli, Torino, 2002, 182-185.

17. Posto isto, a condição surge-nos, então, como um instrumento cuja polivalência funcional tem apenas os limites previstos no artigo 405 do Código Civil, não sendo de aceitar que aquela que não possa influir na *causa* (função) do contrato. Isto se defendermos, como é o nosso caso, que inexistente uma tipicidade fechada de *causas* e que estas não são reveladas necessariamente pela *síntese* dos elementos essenciais — ou, melhor dizendo, dos elementos tidos *abstractamente* como essenciais.

Posto isto, aceitando-se a superação do dogma da *exterioridade da condição*, é determinante apurar se a eleição de um interesse condicionante exclusivamente unilateral pode atribuir, à parte por ele beneficiada, o poder de *prescindir* do respectivo efeito jurídico de condicionamento, provocando, desse modo, a plena eficácia do contrato. É deste aspecto que, de seguida, cuidaremos.

### §3. Condição suspensiva unilateral e poder abdicativo do seu beneficiário

#### 3.1. Enunciação sintética das principais teorias

18. Como referido *supra*, tanto na Doutrina como na Jurisprudência<sup>63</sup> que trabalham no contexto de outros Sistemas,

---

<sup>63</sup> Refira-se, a título de exemplo, que a *Cour de Cassation* (27.5.1964) admitiu a tese da cláusula condicional no *exclusivo interesse* de uma das partes, decidindo, a propósito do poder de renunciar a essa condição, que “*il n’est pas interdit à celui au profit de qui la condition a été stipulée de renoncer à celle-ci, l’obligation étant alors réputée pure et simple. S’il s’agit d’une condition suspensive, la renonciation qui intervient pendente condicione rende l’obligation ferme et définitive, donc exigible*”. Em 1971, a *Cour de Cassation* (5.2.1971), voltou a pronunciar-se, sobre o assunto, para concretizar *temporalmente* o poder de renunciar a uma condição unilateral, tendo decidido que “*cette renonciation peut même intervenir après défaillance d’une condition suspensive*”. [Decisões judiciais recolhida em P. Maggi, *Condizione Unilaterale*, ESI, Napoli, 1998, 38 (transcritas na nota 21)]. Olivier Milhac informa que este poder renunciativo tem significativo acolhimento *jurisprudencial*: “*ce droit à la renonciation par son bénéficiaire fut d’ailleurs reconnu à plusieurs reprises para la jurisprudence*”, Olivier Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onereux*, LGDJ, Paris, 2001, 122. Na Alemanha, são apontadas três históricas decisões - do LG Mainz, do RG e do BGH - que constituem a base da subsequente jurisprudência constante que admite a renúncia à condição unilateral: Petra Pohlmann, *Der sogenannte "Verzicht" auf eine Bedingung im Sinne von § 158 BGB*, Münsterische Juristische Vorträge Bd. 6, LIT Verlag, 1999, 8. Em Itália, o *pioneirismo jurisprudencial* relativo à admissibilidade da condição unilateral tem sido atribuído à decisão n.º 1448 da *Cassazione*, de 5 de



com maior ou menor variação, a figura da condição unilateral vem sendo genericamente aceite, o mesmo sucedendo quanto ao poder do seu beneficiário dela prescindir.

Não iremos, neste plano, expor todas as teorias que foram já desenvolvidas em redor dos poderes do beneficiário da cláusula condicional unilateral. Ainda assim, muito sinteticamente, como este curto estudo exige, diremos que, atendendo especialmente ao que vêm sendo os pontos centrais no debate italiano — que nos interessa especialmente dada a similitude do esquema condicional previsto no *Codice* de 1942 com o previsto no nosso Código Civil de 1966 —, são duas as teorias que devem ser sucintamente notadas: a teoria dualista ou do duplo contrato e a teoria unitária ou do efeito de duplo condicionamento<sup>64</sup>.

### 3.1.1. A teoria dualista ou do duplo contrato

19. Discordando da mera recondução da *condição unilateral* ao esquema de um simples contrato condicionado<sup>65</sup>, Villani avançou com a *teoria do duplo contrato*<sup>66</sup>. Para esta teoria, o correcto

---

Agosto de 1947. Isto apesar de, para alguns autores, como sucede com Villani, a decisão da *Cassazione del Regno* n.º 2607, (11.1.1938) ter sido a primeira manifestação jurisprudencial sobre a *condizione unilaterale*. [Nesse sentido, Alberto Villani, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, Riv.dir.civ., XXI, 1975, I, 557 (nota 2), apontando a decisão de 1938 como sendo um caso de decisão judicial relativo à admissibilidade da condição unilateral e da sua renúncia].

<sup>64</sup> Um exemplo de outra teoria é a *teoria do condicionamento simples*. Para os seus defensores, a condição unilateral deve ser reconduzida ao subtipo estrutural a que corresponde o contrato condicionado. Nada justificaria um labor acrescido a propósito do enquadramento da condição unilateral. Assim, para os defensores desta teoria, aplicam-se as regras que estão previstas no *Codice* para os negócios condicionados. No caso da renúncia à condição unilateral, nada de anormal existirá face ao esquema do modelo clássico da condição. Assim: S. Maiorca, *Condizione*, Dig. Civ., III, Torino, 1988, 280, A. Costantini, *Appunti sulla condizione unilaterale*, Dir. e Giur., 1970, 19; A. Smirolto, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia*, Giur. It., 1976, I, 2, 570 e segs.; M. Bozza, *In tema di condizione unilaterale*, Giust. Civ., 1992, I, 511. Para uma visão geral das teorias: P. Maggi, *Conzione unilaterale*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Considerando que a renúncia à condição unilateral vinha sendo "*troppo semplicisticamente definito dalla giurisprudenza rinunzia alla condizione*", A.Villani, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, Riv. Dir. Civ., XXI, 1975, I, 557-589, 584.

<sup>66</sup> A.Villani, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., 574.

enquadramento da condição unilateral implicaria reconhecer a existência de um *pacto de opção* que se agrega ao *contrato condicionado*<sup>67 68</sup>.

Esta é, portanto, uma *teoria dualista*. Ficcionam-se dois negócios coligados: um *contrato condicionado* e um *pacto de opção*. Estaria resolvido, desta forma, o problema teórico de abdicar de uma condição suspensiva unilateral: uma vez não verificado o facto que determinava a suspensão da eficácia do contrato, a eficácia deste

---

<sup>67</sup> Esta posição de Villani provocou uma *revirement* jurisprudencial: na decisão de 30 de Outubro de 1992, a Cassazione optou a solução proposta por Villani, ou seja, a *teoria do duplo contrato*. Pelo seu interesse, segue a decisão na parte da motivação: “*Si tratta, peraltro, di una obiezione che non pare fondata, in quanto, come si vedrà meglio in seguito, nel caso di c.d. condizione unilaterale, l'avverarsi (o il non avverarsi) dell'evento dedotto in condizione opera automaticamente sull'efficacia del negozio originariamente stipulato, dovendosi la produzione di effetti identici a quelli inizialmente previsti attribuire alla conclusione di un nuovo negozio. Appare, invece, fondata l'obiezione secondo la quale è improprio parlare di «rinunzia» alla condizione. La condizione, durante la sua pendenza, infatti, come clausola del negozio, è un fatto storico, rispetto al quale non ha senso parlare di rinunziabilità o meno. Una volta verificatasi (o non verificatasi) la condizione, poi, non ha senso parlare di «rinunzia» ai suoi effetti, potendosi rinunziare ai diritti ma non ai fatti, a parte la considerazione che non viene spiegato dalla giurisprudenza come tale «rinunzia», tenuto conto del suo oggetto, possa far rivivere il vincolo negoziale. Per spiegare come una parte, con una sua unilaterale dichiarazione di volontà, possa incidere sulla struttura di un negozio sottoposto a condizione in pendenza della stessa o possa far produrre gli effetti di tale negozio successivamente ai verificarsi o ai non verificarsi della condizione occorre seguire un'altra strada e ritenere che, in realtà, la parte nel cui interesse è prevista la condizione, con la sua dichiarazione di volontà, nella prima ipotesi trasforma il negozio da condizionato in incondizionato, mentre nella seconda ipotesi dà vita ad un negozio di contenuto identico a quello originariamente stipulato ed i cui effetti non si sono prodotti. È da ritenere, pertanto, che nel caso di c.d. condizione unilaterale, le parti stipulano un negozio normalmente condizionato, con contemporanea previsione in favore della parte «favorita» di un diritto di opzione (o di un diritto potestativo di analoga struttura) il quale conscritta di dar vita, in pendenza della condizione, ad una modifica di tale negozio, rendendolo incondizionato, o, successivamente ai verificarsi (o ai non verificarsi) dell'evento dedotto in condizione, ad un nuovo negozio di contenuto identico, naturalmente non condizionato. Una volta escluso che con riferimento alla c.d. condizione unilaterale si possa parlare di «rinunzia» e ritenuto che si debba parlare di opzione (o di un altro diritto potestativo di analoga struttura), ne consegue che non può condividersi la giurisprudenza secondo la quale la «rinunzia» alla condizione (cioè l'esercizio del diritto potestativo) non sarebbe soggetta alla forma prevista per il negozio cui la condizione accede. Ne consegue, altresì, che, in considerazione della eccezionalità del diritto potestativo attribuito alla parte «favorita» rispetto alla normale struttura del negozio condizionato e dei normali principi in tema di conclusione del contratto, la ricorrenza di una c.d. condizione unilaterale può essere affermata solo sulla base di una inequivoca formulazione del contratto, non potendosi desumere dai semplici fatti che una sola delle parti può essere interessata ai verificarsi (o ai non verificarsi) dell'evento dedotto in condizione.*”

<sup>68</sup> S. Maiorca, *Il Contratto. Profili Della Disciplina Generale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 220.

poderia ser activada mediante o exercício de um direito de opção resultante de um pacto de opção<sup>69</sup>.

Esta teoria foi sufragada pela decisão n.º 11816 da *Cassazione* (10 de Outubro de 1992)<sup>70</sup> – admitindo que se estaria perante um direito potestativo resultante de um pacto de opção, a *Cassazione* acabou também por concluir que, dada a excepcionalidade dos *diritti potestativi*, o *diritto de opção* teria de constar expressamente do contrato<sup>71</sup>. Nesta decisão, que convocou a doutrina italiana para um debate que continua em aberto<sup>72</sup>, foi ainda afirmado que não seria possível *renunciare* à condição, dado que esta nada conteria que pudesse ser renunciável: uma vez não verificada a condição, não teria lógica a *renúncia a factos*.

Deste modo, uma vez que seria impossível conceber uma *renúncia a factos*, a *Cassazione* elegeu, então, a figura do *pacto de opção* para justificar teoricamente o poder do beneficiário abdicar da respectiva condição unilateral. Assim, através de um *novo* negócio que se agregaria ao primeiro, a *Cassazione* ultrapassava o (putativo) problema da natureza *factual* da condição. Haveria que aceitar uma dualidade contratual: um contrato condicionado causalmente e um pacto de opção<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Teremos, então, «*due negozi: un negozio normalmente - cioè bilateralmente - condizionato ed al suo fianco un patto di opzione con identico contenuto il che spiega perchè, mancata definitivamente la condizione, non si possa ancora escludere la nascita del vincolo contrattuale e perchè, d'altro canto, il vincolo negoziale possa sorgere anche prima del verificarsi della condizione qualora il soggetto favorito decida di avvalersi subito dell'opzione*», A. Villani, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., 582.

<sup>70</sup> Corr. Giur., 1993, 180 e segs.

<sup>71</sup> Corr. Giur., 1993, 181.

<sup>72</sup> Reagindo à decisão da *Cassazione*: R. Dogliotti, *Condizione unilaterale: un'importante revirement della Suprema Corte*, Riv. del Notariato, 1993, II, 1235 e segs.

<sup>73</sup> Pelo seu inegável interesse, reproduzimos parcialmente a fundamentação da decisão n.º 11816 da *Cassazione* (10 de Outubro de 1992): «*La condizione, durante la sua pendenza, infatti, come clausola del negozio, è un fatto storico, rispetto al quale non ha senso parlare di rinunciabilità o meno. Una volta verificatasi (o non verificatasi) la condizione, poi, non ha senso parlare di "rinunzia" ai suoi effetti, potendosi rinunciare ai diritti ma non ai fatti, a parte la considerazione che non viene spiegata dalla giurisprudenza come tale "rinunzia", tenuto conto del suo oggetto, possa far rivivere il vincolo negoziale. Per spiegare come una parte, con una sua unilaterale dichiarazione di volontà, possa incidere sulla struttura di un negozio sottoposto a condizione in pendenza della stessa o possa far produrre gli effetti di tale negozio successivamente al verificarsi o al non verificarsi della condizione occorre seguire un'altra strada e ritenere*

20. Como se verifica, esta teoria do *duplo contrato*, na versão acolhida pela *Cassazione*, em decisão que não surtiu, no entanto, lastro jurisprudencial significativo, tem importantes consequências práticas.

Com efeito, se imputarmos a um *pacto de opção* a activação da eficácia gorada pela não verificação do facto suspensivamente condicionante, desaparecerá o efeito retroactivo que, por regra, surge associado à condição — isto porque o exercício do direito de opção não produz efeitos retroactivos, não lhe sendo aplicáveis as regras previstas para a condição.

Assim, uma vez não verificada a condição que suspende a eficácia do *contrato condicionado*, a *opção* de desencadear a eficácia desse contrato, por força da activação do pacto de opção, produzirá apenas efeitos *ex nunc*.

21. Esta teoria do *duplo* contrato merece-nos ainda uma nota de enquadramento adicional. Com efeito, a propósito do que agora referimos, cumpre apontar que esta teoria surge, entre outros factores, para superar a proibição prevista no artigo 1355 do *Codice*, que atinge com a nulidade as condições *meramente* potestativas<sup>74</sup>.

---

*che, in realtà, la parte nel cui interesse è prevista la condizione, con la sua dichiarazione di volontà, nella prima ipotesi trasforma il negozio da condizionato in incondizionato, mentre nella seconda ipotesi dà vita ad un negozio di contenuto identico a quello originariamente stipulato ed i cui effetti non si sono prodotti. E' da ritenere, pertanto, che nel caso di c.d. condizione unilaterale, le parti stipulano un negozio normalmente condizionato, con contemporanea previsione in favore della parte "favorita" di un diritto di opzione (o di un diritto potestativo di analoga struttura) il quale consenta di dar vita, in pendenza della condizione, ad una modifica di tale negozio, rendendolo incondizionato, o, successivamente al verificarsi (o al non verificarsi dell'evento dedotto in condizione) ad un nuovo negozio di contenuto identico, naturalmente non condizionato. Una volta escluso che con riferimento alla c.d. condizione unilaterale si possa parlare di "rinunzia" e ritenuto che si debba parlare di opzione (o di un altro diritto potestativo di analoga struttura) ne consegue che non può condividersi la giurisprudenza secondo la quale la "rinunzia" alla condizione (cioè l'esercizio del diritto potestativo) non sarebbe soggetta alla forma prevista per il negozio cui la condizione accede». Corr. Giur., 1993, 180 e segs.*

<sup>74</sup> Considerando «*nulla* l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una *condizione sospensiva* che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore».

Precisamente: refutou-se a possibilidade de conceber o poder potestativo de abdicar da condição unilateral como resultado de um esquema enquadrável no regime da condição, dado que se entendeu que a proibição da condição meramente potestativa tornaria impossível tal enquadramento — sobretudo quando esse poder se exercesse *depois* da não verificação da condição suspensiva.

Melhor enquadramento para o referido poder potestativo abdicativo seria conseguido através do recurso ao *pacto opção*. Desta forma, a teoria do duplo contrato, que teve formulações com diferentes matizes, amparou-se num *dualismo* contratual para resolver um problema, entre outros, que julgou ser insuperável: o artigo 1355 do *Codice*.

22. Por outro lado, a *teoria do duplo contrato* terá surgido também por uma outra razão que tornaria impossível explicar a *condição unilateral* através do simples esquema condicional. Tal impossibilidade de recondução ao esquema condicional resultaria do seguinte: a condição suspensiva desencadearia *automaticamente* a *ineficácia* do contrato. Este soçobriria sem estar dependente de factos ou de actos *ulteriores*.

Deste modo, a possibilidade de um ulterior acto por parte do beneficiário da condição unilateral fazer ressurgir o plano da eficácia contratual colocaria em crise a automaticidade da ineficácia após a não verificação da condição — e, por isso, tornava inviável o recurso ao modelo condicional para enquadrar a designada «*renúncia à condição unilateral*»<sup>75</sup>. Esta falta de automaticidade, portanto, ainda mais justificaria o recurso ao *pacto de opção*.

---

<sup>75</sup> Este aspecto é ainda mais relevante no plano da condição resolutiva unilateral.

### 3.1.2. A teoria unitária ou do duplo condicionamento

23. Uma outra fórmula de enquadramento do já referido poder abdicativo foi ensaiada através da teoria unitária ou do *duplo condicionamento*.

Os seus defensores — logo em 1962, Cicala<sup>76</sup>, e, posteriormente, entre outros, Gazzoni<sup>77</sup>, Dogliotti<sup>78</sup> e Guglielmo<sup>79</sup> — propugnam a existência de apenas um contrato sujeito a um *duplo condicionamento*, extraindo da cláusula condicional suspensiva unilateral *duas condições* ou *dois efeitos jurídicos de condicionamento*.

A primeira condição (ou o primeiro efeito jurídico de condicionamento) seria *suspensiva* e *causal* — tendo por referência uma emissão de licença, uma concessão de empréstimo, a confirmação de uma deslocação laboral, etc. — e a segunda condição (ou o segundo efeito jurídico de condicionamento) seria *resolutiva* e *potestativa* — consistindo esta na decisão do beneficiário ou titular do interesse da primeira condição quanto ao que fazer durante a pendência desta, depois da não verificação do facto condicionante previsto por ela ou depois de se ter tornado certo de que esse facto não se verificará<sup>80</sup>.

Assim, para esta teoria, quando um contrato integra uma condição suspensiva, desde que estipulada no interesse exclusivo de uma das partes, deverá qualificar-se como uma dupla condição ou como uma condição com efeito de duplo condicionamento.

---

<sup>76</sup> R. Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 227.

<sup>77</sup> F. Gazzoni, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, Riv. del Notariato, 1994, 1201 e segs.

<sup>78</sup> R. Dogliotti, *Condizione unilaterale: un'importante revirement della Suprema Corte*, Riv. del Notariato, 1993, II, 1239.

<sup>79</sup> R. Guglielmo, *Considerazioni in tema di condizione unilaterale*, Riv. del Notariato, 1993, 843.

<sup>80</sup> Aqui cumpre dar nota da instabilidade existente, nas várias formulações desta teoria, quanto ao momento em que se poderá fazer actuar a segunda condição. Alguns Autores advogam que apenas durante a fase da pendência será possível activar a condição secundária. F. Gazzoni, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, cit., 1201.

24. Dois dos principais pontos críticos desta teoria residiriam, por um lado, no âmbito de aplicação do artigo 1355 do *Codice*, dado que neste se coarcta a possibilidade de se estipular condições *meramente* potestativas<sup>81</sup>, e, por outro, na já referida falta da automaticidade condicional — ou seja, a sujeição da ineficácia a novos actos por parte do beneficiário da condição unilateral, tal como já enunciámos, colocaria em crise o esquema tradicional da condição.

Porém, como seguidamente veremos, não é claro que estejamos perante uma condição *meramente* potestativa e que a questão da automaticidade seja, também ela, um óbice à adopção do duplo condicionamento.

### 3.2. A teoria do duplo condicionamento e o Sistema português

25. Após esta sintética enunciação dos principais pontos destas teorias, avancemos para o Sistema português.

Desde logo, supomos que a teoria da exterioridade estrutural e axiológica da condição, pelos motivos *supra* enunciados quanto ao Sistema português, não pode ser tida como obstáculo ao reconhecimento da existência das designadas *condições unilaterais*. Cumpre, portanto, prosseguir.

Para o efeito, regressando ao caso acima referenciado da compra e venda do instrumento musical, supomos que o contrato de compra e venda estará sob o efeito de um *duplo condicionamento*: um efeito de condicionamento principal ou de uma condição principal e um efeito de condicionamento secundário ou de uma condição secundária. Deste modo, teremos uma *condição suspensiva principal* — cujo facto condicionante é a celebração do contrato de trabalho de músico na orquestra *y* — e uma *condição secundária resolutiva potestativa*, que incidirá sobre o efeito suspensivo da condição principal.

---

<sup>81</sup> V. Lopilato, *La condizione unilaterale: Questione attuali sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, 166.

No nosso caso de ensaio, este efeito de *duplo condicionamento* traduz-se no seguinte: a cláusula onde está descrita a *condição principal* contém igualmente uma *condição secundária resolutiva potestativa*, que pode aniquilar a ineficácia originada pela não verificação do facto condicionante previsto na *condição principal*.

26. Nos casos em que uma condição suspensiva é aposta exclusivamente no interesse de uma das partes<sup>82</sup>, o efeito de condicionamento suspensivo da condição principal estará, por sua vez, condicionado pelo efeito de condicionamento de uma condição secundária. Que relevância tem esta nossa colocação?

Vejamos: se a verificação *condição principal* não ocorre, tudo indicaria, num modelo clássico, que só nos restaria a ineficácia contratual. Porém, com a activação da *condição secundária* (resolutiva e potestativa), o estado de ineficácia contratual desaparecerá, dado que o efeito resolutivo da condição secundária irá incidir precisamente sobre a ineficácia que resulta da não verificação da condição principal. E isto porque a condição principal é o objecto imediato da condição secundária.

27. Com esta teoria explica-se como o exercício do poder abdicativo pode ocorrer depois da não verificação da condição principal, uma vez que existe ainda uma condição resolutiva potestativa que, se activada, destruirá o efeito dessa não verificação.

Neste plano, teremos um esquema de condicionamento *cumulativo e alternativo*. *Alternativo* pois quaisquer das condições, tanto a principal como a secundária, podem desencadear a eficácia do contrato quando se verificarem. *Cumulativo* porque a não verificação da condição principal, ainda que mantenha o contrato no

---

<sup>82</sup> Neste ponto, julgamos que a condição unilateral, no que respeita à eficácia entre as partes, não carece de constar expressamente do contrato como correspondendo a um *interesse exclusivo* de uma das partes. Claro está que a assunção formal dessa exclusividade resolverá muito dos problemas probatórios que podem surgir. Porém, o beneficiário da condição unilateral poderá socorrer-se de outros meios, nomeadamente através da interpretação do racional do contrato ou através da documentação trocada durante a fase das negociações.



plano da ineficácia, carecerá ainda da não verificação da condição secundária para que tal efeito se consolide.

28. Por outro lado, mesmo durante a fase da pendência condicional — ou seja, enquanto ainda não se verificou a condição suspensiva ou não se tornou ainda certa a sua não verificação —, a parte beneficiária da condição unilateral pode activar a resolução do efeito suspensivo de condicionamento insíto na condição principal. Eliminando-se esse potencial efeito, o contrato tornar-se-á imediatamente eficaz.

Deste modo, a natureza *secundária* da condição resolutiva potestativa resulta não da sua secundarização cronológica mas sim do facto de o seu objecto ser a condição principal e não, propriamente, o efeito típico do contrato. É uma condição de segundo nível. Digamos que a *condição secundária* tem como objecto imediato a *condição principal* e como objecto mediato a eficácia típica do contrato que está sob o efeito da condição principal. Nesta lógica, a *condição secundária* incide apenas mediatamente sobre o contrato, ao eliminar o efeito de condicionamento suspensivo resultante da *condição principal*. Mesmo quando activada antes da não verificação da condição principal, a condição secundária apenas se limita a destruir o seu efeito jurídico de condicionamento suspensivo.

### **3.2.1. O problema das condições potestativas arbitrárias**

29. Aqui chegando, poderia dizer-se que, no entanto, esta solução não poderá singrar, dado que, para o nosso Sistema, não é tolerável a existência de condições potestativas arbitrárias ou *meramente* potestativas. A nossa condição secundária cairia nessa categoria de condições e, por isso, a solução agora enunciada ficaria inviabilizada.

Quanto a este aspecto, um primeiro ponto que cumpre afirmar é o de que, ao contrário do que sucede no *Codice* italiano de

1942, o nosso Código Civil de 1966 não prevê expressamente qualquer cominação para o caso das designadas condições meramente potestativas ou condições potestativas arbitrárias. Assim sendo, num contexto de liberdade contratual, exponenciado pelo princípio da autonomia privada, haveria que justificar cuidadosamente a invalidade de tais cláusulas.

Independemente da posição que se tome sobre este (aparente) aspecto do nosso problema, o facto é que, segundo supomos, no caso da condição suspensiva unilateral, não estaremos verdadeiramente no plano das condições meramente potestativas.

30. Com efeito, a condição *meramente* potestativa implica que o seu beneficiário detenha o *domínio do facto* condicionante. Nos casos de condições potestativas arbitrárias, a eficácia apenas dependerá da *vontade* de uma das partes.

Ora, este ponto, impõe, desde já, um comentário: no caso da *condição suspensiva unilateral* o cenário é bem diferente. Recordemos que estaremos diante *duas condições* ou *dois efeitos de condicionamento*, sendo que a verificação da *condição principal* faz cessar a possibilidade de exercício da potestatividade que resulta da condição secundária<sup>83</sup>, uma vez que aquelas duas condições estão em concurso alternativo — note-se que a condição principal é uma condição causal.

Deste modo, basta a verificação de uma das condições para que se produza o efeito típico do contrato. Ora, este concurso alternativo só nos demonstra como, no caso da condição suspensiva unilateral, não existe verdadeiramente um *domínio total* por parte do seu beneficiário. Com efeito, pelo menos o controlo da verificação ou não verificação do facto condicionante previsto na condição principal — que determina alternativamente a eficácia do contrato — não está sob o seu domínio. Só isto já nos bastaria para colocar

---

<sup>83</sup> Referindo este aspecto, F. Gazzoni, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, cit., 1200 e segs.

em crise o argumento da *potestatividade pura* do esquema da condição suspensiva unilateral.

Explicitando: no caso de ensaio *supra* referido, ocorrendo a verificação do facto previsto na condição principal (celebração do contrato de trabalho de músico na orquestra *y*), a condição secundária, potencialmente com efeito resolutivo do efeito suspensivo da condição principal, deixará de ser relevante, pois não determinará qualquer efeito apenas dependente da vontade do seu titular. Depois do êxito da condição principal, a condição secundária soçobra.

Há, portanto, um concurso alternativo entre as duas condições que retira à condição secundária o *domínio* a que *supra* nos referimos<sup>84</sup>. Posto isto, o problema da *condição meramente potestativa* é apenas um obstáculo aparente à admissibilidade do poder abdicativo resultante da condição unilateral.

31. Mesmo que não se aceite o argumento agora exposto, cumpre ainda referir que existe, pelo menos, uma outra dimensão do argumento agora apresentado que, segundo supomos, invalida a recondução da condição suspensiva unilateral à categoria das condições meramente potestativas.

Entra aqui em jogo uma distinção clássica entre *condições potestativas arbitrárias* e *condições potestativas não arbitrárias*, que assenta na *seriedade* da acção jurídica potestativa. Ora, o exercício de um poder potestativo resultante de uma condição unilateral, por estar directamente relacionado com um *interesse* do contrato, não pode ser reconduzido ao universo da potestatividade *arbitrária*.

Do mesmo modo, a sujeição da eficácia contratual a um *concurso alternativo* entre uma condição principal causal e uma condição secundária potestativa — ou, se se preferir, a um efeito de condicionamento suspensivo causal e a um efeito de

---

<sup>84</sup> Neste sentido: Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 227 (nt. 144) e F. Gazzoni, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, cit., 120 e segs.

condicionamento potestativo resolutivo – impede que se impute à condição suspensiva unilateral um cunho de arbitrariedade. A distinção entre condições *puramente arbitrárias* e condições potestativas *não arbitrárias* julgamos que impõe essa conclusão.

32. Como ensinou Manuel de Andrade<sup>85</sup>, a condição potestativa arbitrária consiste «*num puro querer, ou então num facto material qualquer, mas insignificante, despiciendo, anódino – um acto que não põe em jogo quaisquer interesses sérios que se contraponham aos interesses que constituem objecto do próprio neggocio*”.

Por outro lado, o referido Autor, considera que a condição potestativa *não arbitrária* não consiste «*num puro querer ou num equivalente disso, mas num acto de certa gravidade ou transcendência, que já põe em jogo interesses sérios, susceptíveis de contrabalançarem aqueles outros que estão em jogo no próprio negócio, e portanto de fazer oscilar a resolução da parte a quem compete praticá-lo ou omiti-lo*»<sup>86 87</sup>.

Ora, aproveitando-se esta distinção, supomos ser possível referir que, no caso da condição suspensiva unilateral, existe uma evidente relevância contratual em face dos interesses em causa: o exercício do poder abdicativo do seu beneficiário não será

<sup>85</sup> Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1998 (8ª reimp.), 368.

<sup>86</sup> Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, cit., 368.

<sup>87</sup> Também Castro Mendes refere que as condições potestivas arbitrárias implicam que a eficácia fique na dependência de uma «*pura manifestação de vontade*» ou de um «*acto de relevância nula*» em face dos «*interesses em causa*». Já as condições potestativas não arbitrárias – a condição potestativa propriamente dita – ocorrerá quando «*o efeito fica dependente dum acto da parte, mas acto de relevância suficiente, em face dos interesses em causa*»: João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, AAFDL, Lisboa, cit., 328. Do mesmo modo, Cabral de Moncada explicita que «*se a condição potestativa se traduz num facto inteiramente dependente da vontade de quem assume, ou para com quem se assume uma obrigação, por forma que tudo vem a resolver-se no arbitrio dessa mesma vontade, fora de quaisquer motivos sérios para ela querer ou não querer os efeitos do acto, é evidente que tal condição não será, em rigorosa técnica jurídica, uma condição e (...) não terá validade jurídica*». Na continuidade, conclui que «*se, porém, a condição se traduzir num facto que, embora dependente da minha vontade, dependa também de motivos sérios (...) então já o caso mudará de figura e a condição poderá ser válida*»: L. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, 682.

arbitrário<sup>88</sup>. A sua opção terá significativas repercussões: desencadear a vigência do contrato, mesmo que a condição suspensiva principal não se tenha verificado, não é um acto *irrelevante* em face dos interesses em causa. Muito pelo contrário.

Aliás, a condição suspensiva unilateral permite precisamente *reponderar o interesse unilateral* — essa é uma das suas funções — que determinou que a parte por ela beneficiada batalhasse pela sua introdução no contrato. A reponderação do interesse unilateral não se situa, portanto, no domínio das razões *não sérias* ou *irrelevantes* em face dos interesses contratuais.

33. Este aspecto do interesse unilateral é essencial. Com efeito, a condição secundária só poderá ser activada no plano da protecção do *interesse unilateral*.

Assim, quer durante a pendência da condição suspensiva quer após a sua não verificação, o titular da protecção contratual conferida a esse interesse unilateral poderá, se quiser, prescindir dela. Será o titular do interesse a aferir quais as consequências contratuais que resultam da não verificação da condição suspensiva unilateral.

Porém, o mesmo já não sucederá se a condição suspensiva unilateral se verificar: aqui o interesse teve êxito. A *ratio* da *autoprotecção* da condição unilateral deixa de fazer sentido.

---

<sup>88</sup> Sublinhando este aspecto, M. Bacin, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, Riv. Dir. Civ., 1998, II, 339 e segs., afirmando, a dado passo, que «*Una risposta in senso affermativo, infatti, porterebbe a concludere per l'erroneità della tesi del doppio condizionamento, posto che la condizione meramente potestativa rende nullo il contratto cui accede. In dottrina è stato però sostenuto che la vendita, i cui effetti sono fatti dipendere dalla volontà di uno dei contraenti, è valida, in quanto costui, optando per l'efficacia del contratto, subisce una perdita giuridica, mentre condizione meramente potestativa è soltanto quella in cui la volontà non è subordinata ad alcun sacrificio. D'altronde, anche la giurisprudenza, che, supportata dalla dottrina dominante, individua il carattere distintivo tra condizione potestativa valida e condizione meramente potestativa invalida nei motivi che stanno alla base della decisione del contraente cui è rimessa la scelta circa le sorti del contratto, cosicché si avrebbe una condizione potestativa in tutti quei casi in cui la scelta si fonda su motivi obiettivamente seri e come tali meritevoli di tutela, è incline ad applicare con considerevole larghezza il parametro della serietà delle motivazioni. In tale ottica, nel caso della condizione potestativa facente parte del condizionamento unilaterale, la serietà degli interessi del contraente è provata dal fatto che costui ha accettato di vincolarsi fin dall'inizio, e, pertanto, non è configurabile l'ipotesi prevista dall'art. 1355 c.c.*».

Supomos, portanto, que tudo aponta para a *não arbitrariedade* do esquema da condição suspensiva unilateral. A decisão de activar a condição secundária para destruir o efeito da condição principal nada tem de arbitrário: estamos no plano da relevância contratual.

### 3.2.2. Automaticidade e definitividade

34. Um último obstáculo apontado à construção aqui secundada, tal como argumentado pelos defensores da teoria do duplo contrato, residiria no facto de o esquema do *duplo condicionamento* desvirtuar a um dos índices típicos do modelo clássico da condicionalidade: a *automaticidade*.

Com este tipo de argumento pretendeu representar-se o seguinte: a condição suspensiva, quando não verificada, mantém o contrato no plano da ineficácia. Tal manutenção não fica dependente de factos ou de actos ulteriores. É automática. Ora, a condição suspensiva unilateral, perspectivada pelo prisma da teoria do *duplo condicionamento*, colocaria assim em crise este traço tão típico do modelo clássico de condicionalidade.

Com efeito, a (ainda) sujeição da ineficácia contratual a um *facto/acto ulterior* — a potencial verificação da condição secundária — retiraria a característica da *automaticidade* à não verificação da condição suspensiva principal. E isto, portanto, inviabilizaria a aceitação da teoria do *duplo condicionamento*, uma vez que esta se desviava de um dos traços essenciais da condição<sup>89</sup>.

Porém, impõe-se sublinhar que esta objecção incorre numa desvirtuação do real significado de *automaticidade* ao querer imputar-lhe um outro sentido: a *definitividade*. Com efeito,

---

<sup>89</sup> Esta falha seria, no entanto, mais visível nos casos de condição resolutive unilateral (condição principal), dado que nestes casos o efeito resolutive resultante da verificação da condição resolutive, que deverá ser automático, viria a ser destruído por força de uma nova condição resolutive (condição secundária). Aqui o fenómeno é mais visível, dado que entra em jogo um *efeito* e não apenas um *não efeito*, como sucede com a condição suspensiva não verificada.

supomos que o *efeito de ineficácia*, que ocorre (que se mantém) quando não se verifica a condição suspensiva, é, de facto, *automático*. Para que tal efeito ocorra nada mais se exige a não ser a própria não verificação do facto suspensivamente condicionante.

O que impressiona à Doutrina que invoca o problema da automaticidade é o facto de, posteriormente, por força da activação potestativa do efeito resolutivo da condição secundária, a *ineficácia* originada pela não verificação da condição principal poder vir a desaparecer.

Porém, o problema agora já não é de *automaticidade* da ineficácia, por força da não verificação da condição principal, mas antes um problema de *manutenção* dessa ineficácia. Ora, estaremos, portanto, a referir-mo-nos a duas características distintas: a *automaticidade* e a *definitividade*, que julgamos não serem confundíveis.

Posto isto, não se julga que o argumento da automaticidade tenha força suficiente para inviabilizar a teoria do *duplo condicionamento*. Como se disse, do que realmente se trata é da *definitividade* ou não da *ineficácia* que a não verificação da condição principal provoca. São realidades distintas. E a *definitividade* não é um aspecto estrutural do modelo clássico da condicionalidade.

Em síntese: numa situação de condicionamento suspensivo simples, a ineficácia consolida-se com a não verificação da condição. Porém, num esquema de duplo condicionamento, a ineficácia que ocorre (que se mantém) após não verificação da condição principal não conduz a uma situação definitiva. Caberá, ainda, aguardar pelo que irá suceder no plano da condição secundária.

### **3.2.3. O prazo: a aplicação analógica do n.º 2 do artigo 436 do Código Civil**

35. Finalizando, cumpre ainda analisar um último aspecto com relevância prática: o prazo para activar a condição secundária. Com efeito, uma vez que defendemos que esse poder potestativo

resolutivo pode ser exercido *depois* da não verificação da condição principal, cumpre perguntar até quando a outra parte terá de aguardar pela decisão do beneficiário da condição unilateral<sup>90</sup>.

Naturalmente, poderá ser fixado contratualmente um prazo para o exercício do referido poder. A isso recomenda uma cautelosa preparação do texto em que se baseará o vínculo contratual. Porém, certamente que, na maior parte dos casos, tal não sucederá.

Nestes últimos casos, dada a lacuna existente no regime legal aplicável à condição suspensiva unilateral, a solução passará por recorrer a um ponto do Sistema que tenha semelhança com o nosso: supomos que será de aplicar analogicamente o regime aplicável à declaração unilateral de resolução, nomeadamente o n.º 2 do artigo 436 do Código Civil.

Assim, a parte que aguarda pela decisão da parte beneficiária da condição suspensiva unilateral deve notificá-la para, num prazo razoável, exercer o poder potestativo de activar a condição secundária, sob pena de caducidade.

---

<sup>90</sup> L.M. López Fernandez, *La condición suspensiva en los contratos*, Montecorvo, Madrid, 2000, 155: “*hasta cuando queda vinculado el vendedor a la decision de renunciar a la condición unilateral atribuida al comprador?*”.



## Restrições verticais determinadas pela procura<sup>1</sup>

*Paula Vaz Freire\**

### Introdução

Nos termos do artigo 3º do Regulamento 330/2010<sup>2</sup> estabelece-se uma presunção de legalidade dos acordos verticais quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam, cada uma delas, o limiar de 30 %<sup>3</sup>. Presume-se, portanto, que, quando a quota de mercado não excede o referido limiar de isenção, os acordos a que respeita o regulamento preenchem as condições previstas no nº3 do artigo 101º do TFUE, sendo-lhes por isso inaplicável a proibição genérica contida no nº1 deste artigo.

O regulamento de isenção por categoria anteriormente aplicável ao mesmo tipo de acordos previa a aplicabilidade do

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, Nº 7/8, Julho – Dezembro 2011, Coimbra, Almedina, pp. 43-62

\* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>2</sup> Regulamento (UE) Nº 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101º, nº 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, J.O. L102/1, 23.4.2010.

<sup>3</sup> A quota de mercado do fornecedor é calculada com base no valor das vendas no mercado onde transaciona os produtos contratuais, e a quota de mercado do comprador é calculada com base no valor das compras no mercado onde adquire os referidos produtos (art. 7º do Reg. 330/2010). Orientações relativas às restrições verticais, J. O. C 130, 19.5.2010, parágrafos (23), (86) a (95).

Considera-se que, em regra, os acordos entre empresas concorrentes com uma quota de mercado inferior a 15% não se encontram abrangidos pelo artigo 101º nº1 do TFUE (Comunicação *de minimis*, J.O. C 368, 22.12.2001).

benefício de isenção quando a quota de mercado do fornecedor não excedesse 30 % do mercado relevante no qual este efectuasse a venda os bens ou serviços contratuais<sup>4</sup>. Ainda no âmbito deste regime, a posição ocupada pelo comprador no mercado relevante somente deveria ser levada em conta nos acordos verticais contendo obrigações de fornecimento exclusivo prevendo-se, relativamente a estes, que o regulamento de isenção seria aplicável apenas quando a quota de mercado do comprador não fosse superior a 30 % do mercado relevante de aquisição dos bens ou serviços contratuais<sup>5</sup>.

Em síntese, o novo regime jurídico evidencia a necessidade de analisar os efeitos associados aos acordos que contenham restrições verticais procedendo a uma ponderação tanto do poder de mercado do vendedor como do comprador.

A alteração ora introduzida reflete o reequacionar da ideia, inicialmente dominante, de que as restrições contratuais de âmbito vertical eram, em regra, impostas pela oferta, isto é, por poderosos produtores / fornecedores sobre agentes destituídos de poder de mercado situados a jusante. Com efeito, a constatação, cada vez mais frequente, da presença de poder de mercado do lado da procura (*poder de compra*), designadamente em determinados sectores de venda a retalho tais como a distribuição alimentar, tem orientado a doutrina para a análise dessas situações e chamado a atenção das instâncias de defesa da concorrência<sup>6</sup>, determinando alterações normativas neste domínio.

---

<sup>4</sup> Artigo 3º n.º1 do Regulamento (CE) N.º 2790/1999 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, J.O. L 336/21, 29.12.1999.

<sup>5</sup> Artigo 3º n.º2 do Regulamento (CE) N.º 2790/1999.

<sup>6</sup> *Monopsony and Buyer Power*, Competition Committee, OCDE, 17.12.2009, <http://www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf>; *The supply of groceries in the UK market*, Competition Commission, 2008 [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf);

*Relações Comerciais entre a Grande Distribuição Agro-Alimentar e os seus Fornecedores*, Autoridade da Concorrência, Gabinete de Estudos Económicos e de Acompanhamento de Mercados, Relatório Preliminar, Dezembro de 2009 (a seguir AdC (2009)) [http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio\\_Preliminar\\_GrandeDistribuicao\\_Jan2010.pdf](http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio_Preliminar_GrandeDistribuicao_Jan2010.pdf).

Neste contexto, importa perceber em que consiste o poder de mercado dos compradores, quais os factores que estão na sua origem e, sobretudo, proceder a uma análise dos efeitos que o exercício desse poder gera sobre o bem-estar.

## 1. Poder de compra: conceito, origem e critérios de aferição

O poder de compra pode ser definido como a capacidade de um comprador fixar, com lucro, o preço abaixo do preço normal de venda do fornecedor ou obter termos de troca mais favoráveis do que os termos normais do fornecedor<sup>7</sup>. Trata-se, portanto, de alcançar condições, relativas ao *preço* ou de *outros aspectos que não o preço*, mais favoráveis do que aquelas que seriam expectáveis numa dada situação concorrencial. Isso significa que o exercício de poder de compra se pode traduzir na obtenção de preços mais baixos ou descontos, mas também que o comprador pode usar o respectivo poder negocial para impor restrições contratuais aos fornecedores (*restrições verticais determinadas pela procura*).

O poder de mercado por parte da procura pode ter origem na existência de um único comprador (*monopsónio*) ou um número limitado de compradores (*oligopsónio*). Na sua base também poderão estar *acordos de compras* através dos quais agentes de menores dimensões se agrupam a fim de reproduzirem os resultados obtidos em monopsónio. O poder de compra pode ainda assentar *noutros factores*, tais como, a reputação do comprador no mercado a jusante.

---

<sup>7</sup> Cheng, Z. (2007), p. 19; AdC (2009), pp. 100-101.

A análise do poder de compra começou por ser feita a partir das estruturas de monopsónio entendidas, nos seus efeitos, como uma simetria invertida do modelo de monopólio. Na actualidade, a teoria económica acolhe um conceito mais amplo de poder de compra entendido enquanto o *poder negocial* que um comprador exerce junto dos fornecedores, e que lhe obter condições de troca mais favoráveis.

Também sobre o conceito e efeitos do poder de compra obtido em virtude de operações de concentração: *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*. J. O. C 031, 05/02/2004 p. 5 - 18, pontos 61 a 67.

Em virtude da estrutura de mercado do lado da procura, de acordos de compra ou de outros factores os compradores detêm, portanto, a capacidade de, através da respectiva conduta, influenciarem o preço e/ou as condições da transacção exercendo essa influência tanto sobre contextos de *oferta concorrencial* como em contextos de *concorrência imperfeita* do lado da oferta.

No primeiro caso, isto é, quando uma estrutura concorrencial do lado da oferta coexista com a ausência de atonicidade do lado da procura assiste-se ao exercício de *poder de monopsonio* ou de *oligopsónio*. Por seu turno, nos mercados caracterizados por estruturas concorrenciais imperfeitas, tanto do lado da oferta como do lado da procura, o exercício de poder de compra pode ser entendido como um *contrapoder (poder de compensação)* ao poder de mercado dos vendedores. Como é sabido, os incentivos à maximização de rendas impelem o monopolista ou os oligopolistas a praticarem preços acima dos custos marginais. Ora, os compradores com poder de mercado exercerão pressão para que aqueles diminuam os preços. Este abaixamento dos preços – que tem como limite o nível concorrencial de igualização do preço ao custo marginal – traduzir-se-á numa erosão das rendas monopolísticas e num aumento de bem-estar dos consumidores quando aquela redução é repercutida no preços finais de venda<sup>8</sup>.

A determinação da presença de poder de compra faz-se, em regra, a partir de um critério quantitativo, isto é, atendendo à *quota de mercado*. No entanto, deve fazer-se um apuramento deste critério considerando diversos prismas, designadamente, (i) a quota de mercado de um comprador no total do mercado do produto; (ii) a quota de um comprador no total das vendas de um fornecedor; (iii) a quota de mercado de um comprador num dado mercado geográfico. Enquanto que a partir da primeira metodologia será

---

<sup>8</sup> A teoria do contrapoder da procura (*countervailing power*) de Galbraith assume que os preços mais baixos obtidos pelos grandes compradores nos mercados a montante se traduzem em preços também mais baixos praticados no mercado a jusante, designadamente, se este for concorrencial. Galbraith, J. K. (1952)(1954).

possível realizar comparações entre diversos mercados nacionais, o recurso à segunda possibilitará determinar diferenças de poder de compra exercidas num mesmo mercado. Por seu turno, a análise do poder de compra num contexto geograficamente delimitado permitirá aferir em que medida o comprador funciona como uma porta de entrada no mercado, essencial para a comercialização dos produtos do fornecedor (*efeito de “gatekeeper”*)<sup>9</sup>.

A dimensão do comprador pode não ser o único critério de aferição da presença de poder de compra, devendo também ser tida em conta a *flexibilidade ou capacidade de adequação da estrutura produtiva do fornecedor*, a *natureza dos bens transaccionados* e o *tipo de relações contratuais* em presença. Assim, se um fornecedor pode ajustar a sua produção de forma rápida e sem custos significativos em consequência da perda ou da alteração de um importante canal de escoamento não estaremos perante uma forma de exercício de poder de compra relevante para a configuração do ambiente concorrencial. O mesmo se dirá quanto se esteja em presença de relações contratuais de curto prazo ou que têm por objecto uma única transação pois, nestes casos, a substituição do comprador afigura-se mais facilitada. Inversamente, a presença de vinculações contratuais de longo prazo dificultará essa substituição ao mesmo tempo que pode determinar significativas perdas, para o fornecedor, associadas a investimentos específicos.

Os efeitos do exercício de poder de compra, sobre o preço final do bem e sobre as estruturas concorrenciais dos mercados em presença, irão portanto depender (i) do grau de concorrência no mercado a que pertence o seu detentor e nos mercados adjacentes; (ii) das características da curva da procura do bem final; e (iii) da configuração das relações contratuais entre o comprador e os fornecedores<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Quando a concorrência é limitada numa dada área geográfica o comprador detém um importante “gatekeeping power” relativamente aos produtos do fornecedor, isto é, o poder de controlar o respectivo acesso ao mercado.

<sup>10</sup> Inderst, R.; N. Mazzarotto (2008).

Em síntese, uma empresa de grande dimensão retira vantagens concorrenciais desse facto. Algumas delas decorrem de reduções de custos associadas à sua escala, outras advêm do poder negocial de que é detentora. O exercício deste poder permite-lhe obter reduções de preços e determinar restrições verticais com as quais os respectivos fornecedores se devem conformar, as quais merecem uma atenção mais detalhada.

## 2. Restrições verticais determinadas pela procura

Como se fez notar, o poder de compra é exercido com duas finalidades genéricas: (a) obter dos fornecedores preços mais baixos, e (b) obter condições de troca - não relativas ao preço unitário - mais vantajosas por via do aumento dos custos económicos dos fornecedores e dos rivais<sup>11</sup>. No primeiro caso o exercício daquele poder corporiza-se na obtenção de descontos, isto é, na aquisição de bens a preços relativamente mais baixos obtendo o comprador uma vantagem concorrencial consubstanciada naquele diferencial de preço. Para além destes diferenciais de preços, o exercício do poder de compra pode traduzir-se na obtenção de outras condições de troca mais favoráveis que permitam ao comprador alcançar vantagens financeiras diretas ou indiretas.

O poder do comprador formaliza-se, neste caso, através de *restrições verticais determinadas pela procura*<sup>12</sup>, isto é, de condições contratuais aceites pelos fornecedores em virtude da força negocial de um dado comprador<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> *The impact of private labels on the competitiveness of European food supply chain*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011, p. 24.

<sup>12</sup> A tipificação a seguir apresentada tem por base Dobson, P. (2008), pp. 110-111, também acolhida em *The impact ...* pp. 27-28.

<sup>13</sup> Nem todas as restrições verticais determinadas pela procura têm como origem o exercício de poder de negocial por um comprador; com efeito, estas podem ser fixadas por razões de interesse mútuo ou por corresponder a usos da atividade comercial, a instrumentos de reforço da cartelização entre fornecedores ou entre compradores, etc. Dobson, P. (2008), pp. 108-109; *The impact ...* p. 26.

Aquelas restrições verticais podem assumir a forma de (i) *restrições relativas às condições de compra*, quando se condiciona a aquisição à exclusividade para com o comprador ou a outras limitações na relação do fornecedor para com terceiros através, designadamente, de obrigações de *fornecimento exclusivo*, de *fornecimento mínimo*, de *distribuição exclusiva*, de *compras subordinadas*<sup>14</sup> ou de *reciprocidade de operações*.

Outras restrições verticais determinadas pela procura assumem a forma de (ii) *pagamentos adicionais*, feitos diretamente ao comprador ou através de descontos especiais, a fim de aceder ao sistema de distribuição do comprador ou de compensar despesas de promoção ou perdas decorrentes de incumprimento pelo fornecedor. Fazem parte deste tipo de restrições os *pagamentos para integrar listas de fornecedores*, os *custos de referenciação de novos produtos (entrada em linha)*, os *pagamentos por espaço na prateleira* (“*slotting allowances*”) ou para a *manutenção de um produto nas prateleiras* (“*pay-to-stay fees*”)<sup>15</sup>, os *pagamentos de acesso a campanhas promocionais*, os *descontos retroactivos*, etc.

Há também que considerar a imposição de (iii) *cláusulas de não discriminação*, mediante as quais se procura garantir que o fornecedor não atribui melhores termos de troca a outros compradores ou que acompanha o comprador quando este concorre com os rivais. Integram-se neste tipo de restrições as cláusulas de *cliente mais favorecido*, de *compensação de margens*, de *partilha de informação relativa a custos e ao processo produtivo* (“*open book accounting*”).

O exercício do poder de compra pode traduzir-se, igualmente, na imposição de cláusulas contratuais que representem uma (iv) *transferência do risco*. O comprador “alivia” parte do risco económico ou incerteza inerente à sua atividade transferindo-o para o fornecedor quando, nomeadamente, contratualiza *prazos de pagamento*

---

<sup>14</sup> Ver apreciação pela Autoridade da Concorrência da conduta da *Sugalidal* (Comunicado 20/2009).

<sup>15</sup> Sobre as taxas de acesso pagas antecipadamente ver *Orientações relativas às restrições verticais* J. O. C 130, 19.5.2010, (203) a (208).

*excessivos, impõe atrasos nos pagamentos, impõe a aceitação de vendas à consignação ou de contratos manifestamente incompletos*<sup>16</sup>.

As restrições verticais determinadas pela procura podem respeitar a (v) *requisitos relativos a serviços adicionais ou a inputs específicos* quando o comprador impõe que o fornecedor preste determinados serviços, para além dos normalmente oferecidos ou utilize determinados *inputs* na produção dos seus bens. Neste caso fixam-se obrigações contratuais respeitantes a *condições especiais de entrega, à apresentação diferenciada de produtos, bem como, acordos de gestão por categoria*<sup>17</sup> e obrigações de *utilização de fornecedores específicos de inputs*.

A conduta de um comprador com poder negocial pode ainda assumir a forma de (vi) *recusa de compra* quando aquele boicota um fornecedor ou limita as compras que efetua junto dele, através da *recusa em negociar, da quebra injustificada de uma relação contratual, ou da retirada unilateral e não justificada de linha de produtos*. Estas práticas visam, essencialmente, levar o fornecedor a sair do mercado, como intuito último de aumentar os custos dos rivais.

### 3. Efeitos sobre o bem-estar

Ao contrário do exercício de poder de mercado por parte dos vendedores, o qual afecta negativamente o bem-estar dos consumidores, do exercício de poder de compra podem resultar aumentos daquele bem-estar. Nesta medida, a análise dos efeitos associados ao poder de mercado dos compradores torna-se mais

---

<sup>16</sup> A celebração de contratos incompletos pode ser eficiente pois a possibilidade de os retalhistas adequarem os termos contratuais (através p. ex. de atrasos nos pagamentos sem penalização de juros) reduz os incentivos ao comportamento oportunista dos fornecedores relativamente ao incumprimento de prazos de entrega ou à garantia de qualidade dos produtos; isto expõe os fornecedores ao oportunismo dos retalhistas mas, no entanto, este tende a ser mitigado pela necessidade de manter intacta a respectiva reputação. Arrunada, B. (2000).

<sup>17</sup> Sobre os acordos de gestão por categoria ver *Orientações relativas às restrições verticais* J. O. C 130, 19.5.2010, (209) a (213).



complexa por reclamar uma cuidada ponderação dos diversos contextos em que esse poder se exerce<sup>18</sup>. Com efeito, os resultados decorrentes do exercício de poder de compra serão, tendencialmente, distintos consoante a estrutura dos mercados em presença e os incentivos a elas associados.

### 3.1. Efeitos negativos

Os contextos de *monopsónio* puro tendem a afectar negativamente o bem-estar dos consumidores em virtude do aumento dos preços. A maximização do lucro pelo monopsonista ocorre por via da diminuição dos custos médios, através da diminuição da quantidade adquirida; nestes termos, mesmo que aquele agente pague um menor preço a montante o preço final a pagar pelos consumidores tenderá a ser mais elevado pois uma menor quantidade adquirida traduz-se, no mercado final, numa menor quantidade oferecida a um preço mais elevado<sup>19</sup>. Para além destes efeitos negativos, são ainda de considerar os efeitos nefastos que o exercício de poder de monopsónio pode provocar sobre a estrutura concorrencial no(s) mercado(s) a montante (*efeito de encerramento*).

Aos contextos de *oligopsónio* podem, no entanto, associar-se efeitos tanto de melhoria como de perda de bem-estar dos consumidores. Para a compreensão destes efeitos revelam-se de extrema utilidade as análises relativas ao exercício de *poder de compra por parte dos grandes retalhistas*. Trata-se, em geral, de mercados em oligopsónio confrontados com mercados concorrenciais ou oligopolistas a montante.

---

<sup>18</sup> Inderst,R; N. Mazzarotto (2008), p. 21.

<sup>19</sup> Um monopsonista é, por definição, monopolista no mercado imediatamente a jusante; porém, tanto pode ser também monopolista em sucessivos mercados a jusante, como revender o bem em mercados que apresentem uma estrutura concorrencial. No primeiro destes casos, isto é, quando o monopsonista é simultaneamente monopolista no mercado final o referido efeito negativo sobre os consumidores tenderá a ser maior pois não será amortecido dada a ausência de pressão concorrencial ao longo da cadeia vertical.

Determinados segmentos do sector do retalho, tais como a distribuição alimentar, evidenciam, com frequência, uma elevada concentração em certos mercados geográficos. Os agentes que os integram apresentam, portanto, uma importante dimensão e um considerável poder de compra<sup>20</sup>. A exploração de economias de escala, a partir da gestão de *stocks*, a adequação das técnicas de vendas às preferências dos consumidores e a produção e comercialização de marcas próprias (*verticalização*)<sup>21</sup>, geram e reforçam o poder negocial das grandes cadeias de distribuição alimentar. Como já ficou dito, a criação ou o reforço do poder de negociação da procura pode também ser propiciado pela aglutinação de retalhistas de menores dimensões em grupos de compras, de âmbito nacional ou internacional<sup>22</sup>.

Muito frequentemente os grandes retalhistas garantem o fornecimento do mesmo tipo de bens junto de diversos vendedores os quais, por sua vez, não vendem apenas a um único retalhista. O preço de venda praticado por um retalhista dependerá, naturalmente, do respectivo preço de compra, mas também do preço a que o mesmo bem é vendido pelos seus concorrentes, o que influenciará as negociações que o retalhista empreende a montante com os seus fornecedores. Neste quadro, os resultados finais sobre o bem-estar e sobre a concorrência dependerão de uma multiplicidade de factores, devendo ser perspectivados atendendo à teia de negociações e de estratégias competitivas que se desenvolve entre os vários agentes que, a montante e a jusante, concorrem entre si.

---

<sup>20</sup> Inderst, R.; N. Mazzarotto (2008).

<sup>21</sup> A existência de marcas próprias (marcas brancas) aumenta o poder de negociação uma vez que estas são promovidas como alternativas a produtos com a marca de fornecedores, concorrendo diretamente com elas. Tendencialmente, não será a marca líder a mais afectada mas sim os sucedâneos de reputação inferior que verão as suas quotas diminuídas. Quando os retalhistas se confrontem com uma redução das margens de lucro dos seus produtos ou quando a diminuição de marcas concorrentes possa pôr em perigo a comparações de preços por parte dos consumidores, tenderão a “aliviar” a presença e a promoção daquelas marcas próprias, o que se traduz numa menor pressão negocial sobre os fornecedores de bens concorrentes.

<sup>22</sup> AdC (2009), pp. 100-101.

Num contexto em que vários retalhistas de grandes dimensões exercem o seu poder de negociação os ganhos totais, relativos à produção e venda do mesmo tipo de produtos, vão depender, em muito, das *externalidades* geradas a partir de cada uma das negociações bilaterais que se estabelecem, isto é, dos efeitos gerados, no mercado de fornecimento e de retalho, pelo relacionamento entre cada um dos compradores e dos respectivos vendedores. Cada retalhista procurará aumentar a respectiva vantagem competitiva sobre os seus rivais através da obtenção de preços mais baixos ou de soluções contratuais que recorrendo, designadamente, a *restrições verticais* disciplinem a conduta dos fornecedores.

Um comprador com poder negocial procurará obter, junto dos fornecedores, as melhores condições de preço e dos demais termos de troca. Nas transações com novos fornecedores o exercício daquele poder traduz-se na imposição de condições contratuais a que a contraparte terá de *aderir* se quiser concretizar a venda. Quando exista já uma relação contratual a *ameaça credível de quebra* da mesma forçará os fornecedores a renegociarem os termos das transações.

O fornecedor de um grande retalhista sabe que a quebra desta relação contratual pode implicar custos muito significativos, pois terá não só de procurar um canal alternativo de escoamento dos seus produtos como ainda, eventualmente, poderá ter de praticar preços mais baixos e/ou reduzir as quantidades transaccionadas. Há também de considerar a hipótese de o retalhista ser monopolista o que isso significa que constitui a única porta de acesso a um dado mercado (“*gatekeeper*”). O encerramento efetivo ou a ameaça encerramento de um canal de escoamento, por parte de um comprador, será tanto mais gravosa quanto maior for a relevância relativa deste no total das vendas, bem como quanto mais expressiva for a realização de investimentos específicos e a assunção de compromissos financeiros conexos com a anterior relação contratual. Nestes casos, a dependência económica do fornecedor relativamente ao comprador amplifica o respectivo poder de compra.

O exercício de poder de compra nestes moldes pode não gerar qualquer efeito negativo sobre os consumidores; por seu turno, os fornecedores serão forçados a aceitar uma diminuição dos seus lucros e/ou a proceder a substituições ineficientes para outros produtos. Se um retalhista obtém melhores termos de troca do que os seus rivais beneficiando, por exemplo de descontos, essa vantagem poderá repercutir-se nos consumidores sob a forma de diminuições de preços. A existir esta repercussão das condições favoráveis de compra, o exercício de poder de compra teria, desde logo, um efeito imediato e virtuoso de acréscimo do bem-estar do consumidor. No entanto, este abaixamento dos preços pode ser responsável por outros efeitos significativos sobre a configuração do ambiente concorrencial conduzindo, designadamente, ao encerramento de mercados.

Assim, quando um grande retalhista obtém um desconto e o repercute, ainda que parcialmente, sobre o preço final aumenta as suas vendas e com isso reforça o respectivo poder negocial<sup>23</sup>. Perante este cenário os retalhistas rivais poderão concorrer diminuindo também os preços, mas em face de um crescente poder de compra dos grandes retalhistas e da sistemática obtenção de condições de troca (cada vez) mais vantajosas por parte destes, os retalhistas de menores dimensões poderão ser empurrados para fora do mercado. Como é fácil de alcançar este cenário determina não só a saída do mercado de agentes anteriormente instalados como impõe também elevadas barreiras de entrada, ou seja, determina fortes limitações de acesso ao mercado por parte de potenciais novos agentes económicos.

O exercício de poder de compra terá sempre como efeito ou objectivo colocar os rivais numa posição de desvantagem concorrencial. De facto, um agente com poder de compra pode usá-lo *estrategicamente* com o intuito forçar a saída de concorrentes do mercado ou de limitar o acesso a potenciais novos concorrentes. Com

---

<sup>23</sup> O exercício de poder de compra representa um factor adicional e cumulativo de diferenciação entre rivais ao permitir, por parte daqueles que o exercem, o sucessivo reforço da respectiva quota de mercado.

aquela finalidade, um comprador de grandes dimensões pode pressionar os seus fornecedores vincularem-se a *acordos de exclusividade*, a *recusarem a venda* dos seus produtos a rivais, ou a conceder-lhe *descontos selectivos e objectivamente injustificados*<sup>24</sup>. Por seu turno, estas práticas podem determinar o encerramento do mercado a montante, na medida em que limitam a possibilidade de entrada lucrativa por parte de novos fornecedores os quais apenas teriam à sua disposição quotas de mercado residuais. A utilização do poder de compra com o intuito estratégico de conduzir os concorrentes a saírem do mercado, pode também concretizar-se sob a forma de *compras predatórias*. Nestes casos, um comprador de grande dimensão adquire quantidades superiores às suas necessidades ou paga um preço superior ao preço concorrencial, aumentando, por esta via os custos dos rivais<sup>25</sup>. Ora, enquanto que relativamente às vendas predatórias se reconhece existir, no curto prazo, um acréscimo de bem-estar dos consumidores sob a forma de reduções de preços, tais benefícios poderão não existir no caso de compras predatórias, perspectivando-se ainda que, no longo prazo, aquele bem-estar possa vir a ser negativamente afectado pela diminuição da concorrência.

A melhor compreensão do *efeito de encerramento* nos contextos acima descritos pressupõe que se considere a presença de um efeito de deterioração progressiva dos termos de troca dos compradores sem

---

<sup>24</sup> Há também que considerar que, com finalidades predatórias ao serviço de uma estratégia de exclusão, um comprador de grandes dimensões realize sobre-compras. Salop, S. (2005). Blair, R.; Lopatka, J. (2008).

<sup>25</sup> Quando combinada com práticas de vendas predatórias, esta estratégia de encerramento do mercado poderá ser muito eficaz mas será também muito dispendiosa.

No caso *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.* 05-381 (2007) a jurisprudência norte-americana entendeu existirem compras predatórias quando a aquisição de uma quantidade superior ao necessário ou a preços mais elevados impede os concorrentes de adquirirem as quantidades de que necessitam a um preço justo. Os termos imprecisos usados como fundamento desta decisão não permitem definir critérios claros de distinção entre estratégias predatórias e “legítimas” estratégias concorrenciais de mérito.

poder de mercado (“*waterbed effect*”)<sup>26</sup>. À medida que os termos de troca obtidos pelos compradores de maiores dimensões são mais favoráveis os dos demais compradores tendem a deteriorar-se; tal acontece porque, para preservarem os seus níveis de lucro, os fornecedores que efetuaram descontos a grandes distribuidores procuram compensar as suas “perdas” através da elevação dos preços praticados junto dos retalhistas sem poder negocial<sup>27</sup>.

A descrição deste efeito em termos tão simplistas suscita, no entanto, a legítima dúvida de saber porque razão o fornecedor se conformava anteriormente com um dado preço quando teria possibilidade de praticar níveis mais altos de preços, ficando também por apurar em que medida uma eventual diminuição das quantidades procuradas – como resultado do aumento do preço – permitiria uma efetiva recuperação das perdas<sup>28</sup>. A explicação para a referida elevação dos preços pode, no entanto, radicar no facto de, no longo prazo, o mercado a montante se tornar mais concentrado em virtude da saída de alguns fornecedores ou da fusão entre empresas que ocupam este nível da cadeia vertical. O exercício de poder de mercado a jusante teria pois como consequência um reforço do poder de mercado a montante. Há ainda de considerar uma outra explicação, associada ao facto de os distribuidores mais pequenos, por transacionarem menores quantidades, passarem a ser progressivamente menos atrativos. A perda de valor enquanto canais alternativos de escoamento dos produtos torna a ameaça de mudança de fornecedor menos credível, o que se salda num enfraquecimento da posição negocial dos distribuidores de menores

---

<sup>26</sup> Trata-se de um efeito colateral em espiral, que estreitará progressivamente o mercado conduzindo, no limite ao seu encerramento. Existe uma forte externalização das relações verticais com efeitos verticais e horizontais. Dobson, P; Inderst, R. (2007) e (2008); Inderst, R.; Valletti, T. (2011).

<sup>27</sup> Pressupõe-se que o fornecedor tem capacidade para efetuar uma *discriminação* eficaz dos compradores, isto é, de praticar preços mais baixos aos grandes retalhistas e preços mais elevados aos retalhistas de menores dimensões.

<sup>28</sup> Inderst, R.; N. Mazzarotto (2008).

dimensões, isto é, numa maior vulnerabilidade que os conduz a terem de aceitar preços mais elevados.

Em suma, o exercício continuado do poder de compra dos grandes fornecedores gera um *efeito dinâmico* de sucessiva deterioração dos termos de troca<sup>29</sup>. Os retalhistas de menores dimensões verão a sua posição negocial progressivamente debilitada à medida que adquirem cada vez menores quantidades a preços mais elevados, enquanto que os poderosos retalhistas aumentam as quantidades adquiridas a preços mais baixos. Por seu turno, a pressão exercida sobre os fornecedores irá impeli-los a procurarem reforçar o respectivo poder negocial através, por exemplo, de fusões, ou forçá-los-á a saírem do mercado. Nesta medida, o “*waterbed effect*” tem como consequência uma maior concentração dos mercados a montante e a jusante, os quais tenderão a apresentar-se como estruturas em oligopólio.

A presença deste efeito não afecta, no curto prazo, o bem-estar dos consumidores que beneficiarão de reduções de preços significativas em virtude da pressão competitiva reciprocamente exercida entre retalhistas. A longo prazo, os efeitos sobre a estrutura do mercado retalhista e sobre os consumidores dependerão do tipo e da natureza das estratégias que os rivais de menores dimensões venham a empreender, pois estes poderão, por exemplo, começar a comercializar outros produtos e com isso manter-se no mercado, beneficiando os consumidores por via do aumento de variedade.

### 3.2. Efeitos positivos

O poder negocial dos compradores pode gerar importantes *ganhos de eficiência*, sob a forma de redução de custos de transação em virtude da eliminação de intermediários, da criação de canais de compra específicos, da presença de estruturas organizacionais

---

<sup>29</sup> Quando as condições de troca mais favoráveis são tornadas públicas, outros compradores com capacidade negocial idêntica à daquele que as obteve em primeiro lugar exigirá que as referidas condições também lhes sejam aplicadas, o que neutraliza o “*waterbed effect*”.

especializadas em recolher informação sobre os preços e as características dos produtos, da utilização de contratos-tipo, etc. Tais reduções de custos, bem como as reduções dos preços pagos aos fornecedores podem repercutir-se em *diminuições dos preços* de venda praticados a jusante; no entanto, não é líquido que assim seja podendo o comprador apropriar-se desses benefícios sem que os transmita, não se gerando assim melhorias de bem-estar. No entanto, sempre se dirá que, tendencialmente, o exercício de poder de compra - mesmo em contextos pouco concorrenciais - permite diminuir o preço de aquisição e, em consequência, aumentar as quantidades transaccionadas e reduzir os preços de venda, pelo que, no curto prazo não haverá perda de bem-estar dos consumidores. No longo prazo, tal exercício pode afectar a estrutura concorrencial mas mesmo assim, não deve existir uma presunção de perda de bem-estar dos consumidores, designadamente, porque eventuais elevações de preços resultantes da concentração dos mercados podem ser mais do que compensadas por ganhos associados a *melhorias de serviços conexos*, a *reduções de custos*, a *investimentos* e à *inovação*.

Com efeito, a saída de pequenos retalhistas do mercado, ou o facto de estes deixarem de comercializar determinados produtos, pode configurar uma ineficiência alocativa ao determinar maiores custos de deslocação por parte dos consumidores. Há, no entanto, de considerar que mesmo nestas circunstâncias podem verificar-se ganhos de eficiência ou melhorias de bem-estar - associadas à prestação de serviços de melhor qualidade ou de serviços conexos por parte de retalhistas de maiores dimensões - superiores àqueles resultado ineficientes.

Por seu turno, e como se fez notar, a pressão exercida pela procura pode não se traduzir na saída do mercado dos retalhistas de menores dimensões mas sim a incentivos que os conduzam a procurar formas alternativas de organização que reforcem a sua capacidade negocial (p. ex. fusões; grupos de compras), ou que tornem mais atrativa a sua presença no mercado (p. ex. oferecendo serviços personalizados ou de maior qualidade). Nesta medida, o exercício de



poder de compra poderá funcionar como um importante incentivo a *eficientes reduções de custos e alternativas inovadoras*.

Outros efeitos positivos associados ao poder de compra resultam da modelação dos incentivos à conduta dos fornecedores. Assim, a existência de compradores de grandes dimensões, ao possibilitar reduzir custos de transação e mitigar problemas de coordenação<sup>30</sup>, pode incentivar os fornecedores a aumentarem os níveis de investimento e de inovação<sup>31</sup>. Um fornecedor já instalado que pretenda desenvolver novos produtos terá de suportar importantes custos, esperando recuperá-los através da renegociação das condições contratuais com os seus distribuidores. Num contexto de atomicidade do mercado a jusante nenhum dos compradores terá capacidade e incentivos para partilhar, antecipadamente, aqueles custos. O risco de ficar cativo de investimentos específicos – e de consequente debilitação da posição negocial –, o risco de partilha de informação e os elevados custos de transação funcionam nestas circunstâncias como desincentivos ao investimento inovador. Inversamente, um comprador de grandes dimensões poderá estar disposto a partilhar os custos e riscos associados à inovação, por saber que também partilhará os respectivos benefícios. É também de considerar que, ao garantir o escoamento da sua produção junto de grandes compradores, os fornecedores têm incentivos para adquirir tecnologias produtivas mais eficientes que lhes permitam aumentar a produção e assegurar a regularidade dos fornecimentos, com evidentes benefícios para os consumidores. Nestes casos, a presença de restrições verticais constituirá uma condição constitui indispensável à obtenção de ganhos de eficiência.

É igualmente de levar em conta que os incentivos ao investimento e inovação por parte dos fornecedores poderão ainda resultar do facto de estes pretenderem “libertar-se” da dependência económica em que se encontram face a grandes compradores, quer

---

<sup>30</sup> Chen, Z. (2003). Battigalli, P.; Fumagalli, C.; Polo, M. (2006). Inderst, R.; Wey, C. (2007).

<sup>31</sup> Inderst, R.; Wey, C. (2007a).

através da diversificação de produtos e dos respectivos canais de escoamento, quer ao tornar os compradores de maiores dimensões mais dependentes de produtos de maior valor ou com características únicas.

#### **4. Aplicabilidade do critério do balanço económico às restrições verticais determinadas pela procura**

Através da análise precedente procurou clarificar-se o conceito de poder de compra e os efeitos associados ao seu exercício atentando, em particular, ao facto de que aquele poder se expressa, frequentemente, através da imposição de restrições verticais.

Do que ficou dito resulta que ao exercício de poder de compra estão, com frequência, associados efeitos simultaneamente positivos e negativos pelo que o apuramento dos efeitos sobre o *bem-estar total dos consumidores* parece remeter para a uma ponderação entre ganhos e perdas.

O regime jurídico da União Europeia estabelece a presunção de que os acordos verticais restritivos celebrados por um comprador com uma quota de mercado inferior a 30%, preenchem as condições previstas no artigo 101º nº3 do TFUE, beneficiando por isso da isenção por categoria estabelecida no *Regulamento 330/2010*. No entanto, acima do limiar de quota de mercado de 30% não pode presumir-se que os acordos verticais, que se subsumam à previsão do artigo 101º nº1º do TFUE, não possam preencher as condições do artigo 101º nº3. Será pois relativamente a estes que ganha relevância a aplicabilidade do critério do balanço económico entre ganhos eficiência e perdas de concorrência.

As dificuldades associadas à aplicação deste critério são conhecidas e decorrem sobretudo do facto de remeter para uma ponderação entre factores de natureza muito distinta e de elevado grau de complexidade. No que respeita à análise das restrições verticais determinadas pela procura é possível concluir que os efeitos negativos a elas associados se reconduzem ao encerramento do mercado, bem

como ao efeito de distorção das condições concorrenciais. Por seu turno, os efeitos positivos podem consubstanciar-se em reduções de preços e aumento das quantidades transaccionadas, assim como em incentivos ao investimento e à inovação.

É também de considerar que, nalgumas situações, quando o limiar de quota de mercado de 30% for ultrapassado a apreciação das condutas de mercado sob o prisma do *abuso de posição dominante* tenderá a prevalecer. Nesta medida, compreendem-se as orientações da política de defesa da concorrência tendentes a prevenir o surgimento ou o aumento do poder de compra, designadamente, através do controlo prévio das operações de concentração<sup>32</sup>. Embora não se esgotando nele, é ainda em estreita conexão com o prisma analítico do abuso de posição dominante que deve ser perspectivada a *imposição* de restrições verticais a fornecedores. Esta imposição traduz-se no facto de um fornecedor em *dependência económica*, se ver obrigado a aceitar termos de troca abusivos, tais como, reduções retrospectivas de preços, atrasos de pagamentos, alterações unilaterais e injustificadas de especificações contratuais.

Para além dos contextos acima equacionados há que considerar as situações em que, não existindo dependência económica do fornecedor, um comprador com poder negocial obtém condições de troca mais favoráveis. Tais condições - relativas ao preço ou a outros aspectos essenciais da troca - representam, por definição, uma discriminação positiva do comprador com poder negocial face aos seus concorrentes. Como é sabido, os ordenamentos jurídicos europeu e nacional, no artigo 101º nº1 d) do TFUE e no artigo 4º nº 1 e) da Lei 18/2003, proíbem a aplicação de condições desiguais relativamente a prestações equivalentes<sup>33</sup> mas,

---

<sup>32</sup> No âmbito da apreciação de projetos de concentração, a Comissão considerou a criação ou o reforço de poder de compra em diversas decisões: Decisões da Comissão Europeia nos Processos IV/M. 784 - *Kesko/Tuko*, de 19.2.1997; 890 - *Blokker/Toys "R" Us*, de 26.6.1997; 833 - *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*, de 11.9.1997; 938 - *Guinness/Grand Metropolitan*, de 15.10.1997; 1221 - *REWE/Meinl*, de 3.2.1999; COMP/M. 1684 - *Carrefour/Promodes*, de 25.1.2000; 1245- *VALEO/ITT Industries*, de 30.7.1998.

<sup>33</sup> Artigo 101º nº1 TFUE: “d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.”

tal como ocorre relativamente às demais restrições verticais previstas naquelas normas, a diferenciação dos termos de troca pode considerar-se justificada quando gere efeitos globalmente positivos.

É certo que uma solução liminar de proibição de práticas de desconto, designadamente a um nível intermédio, colocaria todos os retalhistas em paridade, permitindo-lhes concorrer entre si sem desvantagens apriorísticas. Também a fixação de obrigações de revelação de informação sobre os fornecedores relativa aos descontos que atribuem, teria a vantagem de evitar a colusão entre eles com vista a aumentarem os respectivos preços. No entanto, soluções deste tipo tenderiam a ser globalmente ineficientes uma vez que representam a negação das vantagens competitivas inerentes ao processo concorrencial e a assunção de que delas não decorrem acréscimos de bem-estar do consumidor, nomeada sob a forma de reduções de preços. Não é esta a orientação normativa consagrada nos ordenamentos jurídicos em análise os quais preveem a admissibilidade das restrições verticais determinadas pela procura, quer por via legal através de regulamentos de isenção por categoria, quer por via casuística<sup>34</sup>, assente numa lógica de balanço económico.

Com efeito, as práticas verticais originadas na detenção de poder de compra podem aumentar a eficiência na distribuição e constituir, em determinadas circunstâncias, incentivos essenciais a investimentos ao nível da produção. Para além da verificação destes ganhos de eficiência produtiva, a admissibilidade daquelas práticas dependerá ainda da demonstração de que ocorra um aumento do bem-estar dos consumidores e de que não se verifique uma eliminação substancial da concorrência. Quanto ao primeiro destes aspectos sempre se dirá que a avaliação da condição de benefício do consumidor em face de restrições verticais determinadas pela

---

Artigo 4º nº1 da Lei 18/2003, 11/7: “e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preços ou outras relativamente a prestações equivalentes.”

<sup>34</sup> A qual tem como base jurídica o nº3 do artigo 101º do TFUE e o artigo 5º da Lei 18/2003.

procura, em particular por segmentos do retalho, afigura-se ser mais fácil do que a apreciação daqueles benefícios associados a práticas restritivas determinadas pela oferta. As maiores dificuldades na aplicação da análise de balanço económico às restrições verticais determinadas pela procura parecem estar associadas à apreciação da condição de preservação da concorrência. Como se fez notar, a doutrina tem evidenciado os efeitos colaterais, tanto verticais como horizontais, gerados a partir daquele tipo de práticas contratuais restritivas (“*waterbed effect*”); no entanto, se é certo que nestes casos as externalidades negativas criadas a partir de um comportamento bilateral podem assumir características específicas, não é menos certo que todos os tipos de restrições verticais são sempre externalizadores de uma multiplicidade de efeitos mais ou menos difusos e dificilmente computáveis. É por isso, em geral, a apreciação deste critério que merece a maior cautela e representa o maior desafio.

## Referências

- Arrunada, Benito “The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: An Efficiency Hypothesis of their Relation with Suppliers”, *Economic and Business Working Papers Series* n<sup>o</sup>445, 2000
- \_\_\_\_\_ *Revue d’Economie Industrielle*, 92, 277-296.
- Blair, Roger D.; John E. Lopatka “Predatory Buying and the Antitrust Laws”, *Utah Law Review*, pp. 415-469, 2008
- Battigalli, Pierpaolo; Chiara Fumagalli; Michele Polo, “Buyer Power and Quality Improvements”, 2006  
([http://www.csef.it/2nd\\_C6/Battigalli\\_Fumagalli\\_Poli.pdf](http://www.csef.it/2nd_C6/Battigalli_Fumagalli_Poli.pdf))
- Chen, Zhiqi “Countervailing Power and Product Diversity”, 2003  
(<http://repec.org/esNAWMo4/up.22575.1049049134.pdf>)
- \_\_\_\_\_ “Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy”, *Research in Law and Economics* 22, pp. 17-40, 2007

- \_\_\_\_\_ “Defining buyer power”, January 10, 2008 (<http://http-server.carleton.ca/~zchen/Defining%20Buyer%20Power%20Revised.pdf>)
- Dobson, Paul W., “Buyer-Driven Vertical Restraints” in *The Pros and Cons of Vertical Restraints*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, Bromma, pp. 102-134, 2008
- Dobson, Paul; Roman Inderst, “The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together”, *Wisconsin Law Review* 2, pp. 331-357, 2008
- \_\_\_\_\_ “Differential Buyer Power and the Waterbed Effect: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers?”, *European Competition Law Review* 28, pp. 393-400, 2007
- Doyle, Chris; Inderst, Roman, “Some Economics on the Treatment of Buyer Power in Antitrust”, *European Competition Law Review* 28, pp. 210-219, 2007
- Galbraith, John Kenneth, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power* (1<sup>a</sup> Ed. 1952), Basil Blackwell, Oxford, 1993
- \_\_\_\_\_ “Countervailing Power,” *American Economic Review* 44, 2, pp. 1-6, 1954
- Inderst, Roman; Nicola Mazzarotto, “Buyer Power in Distribution”, *ABA Antitrust Section Handbook, Issues in Competition Law and Policy*, W.D. Collins, ed., 2008
- Inderst, Roman; Tommaso M. Valletti “A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets”, *European Competition Law Review* 28, pp. 84-91, 2007
- \_\_\_\_\_ “Price Discrimination in Input Markets” *Rand Journal of Economics* 40, pp.1-19, 2009
- \_\_\_\_\_ “Buyer Power and the “Waterbed Effect” *Journal of Industrial Economics* 59, 1, pp. 1-20, 2011
- Inderst, Roman; Christian Wey, “Countervailing Power and Dynamic Efficiency”, 2007<sup>a</sup> ([http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition\\_Policy/countervailing\\_power\\_07.pdf](http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/countervailing_power_07.pdf))
- \_\_\_\_\_ “Buyer Power and Supplier Incentives”, *European Economic Review* 51, pp. 647-667, 2007<sup>b</sup>

Marx, Leslie M.; Shaffer, Greg, “Slotting allowances and scarce shelf space”, CCP Working Paper 10-14, 2009 ([http://www.uea.ac.uk/polopoly\\_fs/1.172462!ccp10-14.pdf](http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.172462!ccp10-14.pdf))

Noll, Roger G., “Buyer Power” and Economic Policy”, *Antitrust Law Journal* 72, pp. 589-624, 2005

Rey, Patrick; Thal, Jeanine; Verge, Thibaud, “Slotting Allowances and Conditional Payments”, 2006 (<http://idei.fr/doc/by/rey/slotting.pdf>)

Salop, Steven, “Anticompetitive Overbuying by Power Buyers”, *Antitrust Law Journal* 72, 2, pp. 669-715, 2005

Scheelings, Richard; Joshua D. Wright, ‘Sui Generis’?: An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union”, *Akron Law Review* 39, pp. 207, 2006

### **Autoridade da Concorrência**

*Relações Comerciais entre a Grande Distribuição Agro-Alimentar e os seus Fornecedores*, Autoridade da Concorrência, Gabinete de Estudos Económicos e de Acompanhamento de Mercados, Relatório Preliminar, Dezembro de 2009, ([http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio\\_Preliminar\\_GrandeDistribuicao\\_Jan2010.pdf](http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio_Preliminar_GrandeDistribuicao_Jan2010.pdf))

### **OCDE**

*Monopsony and Buyer Power*, Competition Committee, OCDE, 17.12.2009, (<http://www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf>)

### **União Europeia**

*The impact of private labels on the competitiveness of European food supply chain*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011 ([http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/study\\_privlabo4042011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/study_privlabo4042011_en.pdf))

### **UK Competition Commission**

*The supply of groceries in the UK market*, Competition Commission, 2008 ([http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf))