

CONTENDA SOCIETÁRIA E CONCORRÊNCIA DESLEAL NO MERCADO DE *GAMES*

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Propriedade Intelectual pela PUC-Rio. Eleito pela OMC/OMPI para o IP Professor's Colloquium de 2012. Professor no Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Professor Convidado de P.I. e Direito Empresarial na PUCRS, Unicritiba, FGV, UERJ, EPM e USP. Coordenador da Pós-Graduação em Propriedade Intelectual da PUC-Rio. Perito de Propriedade Intelectual nas Varas Empresariais do TJERJ. OAB/SP 359.675 – OAB/RJ 144.889.

Sumário: **1** Síntese do contexto fático e histórico das consulentes e das demandadas – **2** Síntese do sistema nacional de tutela à propriedade intelectual – **3** O bojo fático da contenda perante o TJSP – **4** Os liames de W com as demandantes – **5** Os requisitos e a existência da concorrência – **6** Da concorrência desleal (CD) – **7** À guisa de conclusão

Ref. 041/2018 – Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 2018.

As sociedades empresárias X e Z, por seu patrono (Prof. Dr.), efetuaram consulta sobre a *fattispecie* litigiosa advinda de uma ação, em trâmite perante a 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que as consulentes contendem contra Y e W. O presente *parecer* se destina ao cotejo das consequências jurígenas e da apreciação dos fatos geradores, segundo o ordenamento pátrio adjetivo e substantivo, atinentes aos direitos intelectuais. Apesar da existência de diversas causas de pedir e equivalentes *teses defensivas*, este professor foi consultado a restringir sua análise, inclusive por uma questão de pragmaticidade, à premissa menor (fatos narrados na exordial – direito subjetivo) perante a premissa maior (juridicidade – direito objetivo). Como a questão de tutela jurígena dos segredos empresariais e a análise das métricas e formatos de assinatura das consulentes já foram tangenciadas por pareceres de outro escritório, este estudo irá se abster de reiterar tal tráfego argumentativo.

1 Síntese do contexto fático e histórico das consulentes e das demandadas

1.1 As consulentes e a propriedade intelectual

O grupo econômico das consulentes é titular de propriedades e pleitos proprietários imateriais como: (i) um pedido de marca mista, para a classe de serviço de assessoria e implementação do uso de sistemas de *hardware* e *software* para terceiros, resultou no indeferimento; (ii) uma marca mista, para a classe de produtos (programas de computador, videogames etc.) e (iii) um nome de domínio, que pode ser categorizado como o seu estabelecimento comercial virtual.

Entretanto, é fora do sistema atributivo de direito que as consulentes demonstram seu poder inovador, em especial no tocante aos *softwares*¹ que, em virtude de previsão legal, são tratados como *obras protegidas* por direitos autorais.² Ou seja, não se faz necessário o registro para a declaração e constituição proprietária.

No contexto dos *Apps*, dos jogos de computador, o *software* versa sobre uma universalidade técnica (uma interminável sequência binária de “0” e “1”) que *traduz* um contexto estético. Ou seja, a *exteriorização* do “conjunto organizado de instruções”, desenvolvendo o algoritmo, *verbi gratia*, é que é relevante à juridicidade.³ Outra característica dos programas de computador que merece ser ventilada é a longevidade da proteção dos direitos patrimoniais que galgam 50 anos⁴ de exclusividade. Contudo, pela celeridade de sua obsolescência e pela fugacidade do desejo dos interlocutores (os destinatários/consumidores), os titulares dos programas de computadores permanecem laborando em *versões aperfeiçoadas* e na produção de conteúdo inédito.

Como exemplo pragmático do conteúdo desenvolvido pelas consulentes, destaca-se um jogo que é de sucesso recorde: atingiu 10.000.000,00 (dez milhões) de *downloads* no primeiro mês de lançamento em 2014 e foi um dos *games* “mais baixados” na App Store no ano de 2016.

¹ *Software* ou programa de computador é “o conjunto de instruções que permite ao hardware executar suas funções, realizando operações úteis ao usuário – cálculos, edição, gráficos, processamento de textos etc.” (ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A propriedade informática*. Campinas: Russell, 2006. p. 36).

² O art. 10.1 do Acordo TRIPs determinou que os programas de computador fossem tutelados *como obras literárias*, vide BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 20 e seguintes (versão digital). Tal *equiparação* se deu no sentido de combinar as vantagens do regime jurídico dos bens imateriais não sujeitos ao ambiente da propriedade industrial, mas àqueles atinentes aos direitos autorais (ou seja, gozar da ausência do requisito atributivo e do prazo mais alongado de proteção).

³ LAVAGNI, Ivonne Preinfalk. *El derecho moral del autor de programas informáticos*. Valencia: Tirant, 2010. p. 134.

⁴ Lei nº 9.609/98, art. 2º, §2º.

Cuida-se, entretanto, de apenas um entre os mais de cem *Apps* para telefone e tabletes informáticos oferecidos pelas consulentes na plataforma App Store. Somando todos os *downloads* dos conteúdos disponibilizados em mais de 135⁵ países, o grupo consulente já atingiu mais de meio bilhão de *downloads*.⁶

Nesta senda, se antigamente se falava em *softwares* como produtos (compra e venda), hoje a manutenção da clientela e a vicissitude de conteúdos faz com que se esteja diante de contratos que rendem serviços⁷ de acesso.⁸ De outra monta, ressalta-se ser exigida extrema originalidade e funcionalidade para que um programa de computador (que pode demorar décadas para ser cotejado e elaborado) angarie a simpatia do mercado, estando sempre sensível à contrafação por tratar de um bem não rival.⁹

Aliás, é neste contexto que o mercado nacional de *Apps* de entretenimento se destaca como o 13^o maior do mundo, contemplando mais de sessenta e três milhões de utentes, e que gera a receita anual de US\$1,3 bilhão.¹⁰ Com as dificuldades estruturais de um país que pouco investe em pesquisa e inovação (P&D), os *Apps* nacionais são fincados no estilo *indie*,¹¹ com recursos menos expressivos do que aqueles dos *games* denominados “triple A”, funcionais em diversos consoles (videogames, computadores, celulares etc.). Por isso os *gamers* nacionais dirigem seus esforços para a criatividade e a originalidade de suas “arquiteturas” e jogabilidade.

Entretanto, o programa de computador *final* nada mais é do que o *fruto* de diversos anos de pesquisa e de emprego pragmático perante grupos de controle, até que se desenvolva uma *versão* que será exteriorizada ao grande público. Tal como num “laboratório farmacêutico”, o método científico por detrás da organização empresarial neste ramo faz uso da “tentativa e erro” até que se aprimore o ativo imaterial que será exteriorizado.

⁵ Tal número é obtido na soma dos 106 *Apps* disponibilizados pela Z e os 29 pela X na App Store: “[...]. Acesso em: 26 dez. 2017”.

⁶ Dados extraídos do sítio: “[...]. Acesso em: 26 dez. 2017”.

⁷ Tal distinção não é apenas pertinente à natureza tributária da obrigação perante o Fisco (de ICMS para ISS), ou de que tipo de obrigação se está diante do interlocutor (de dar para fazer), mas sim na compreensão do nexo contratual como um processo, um liame de prestações continuadas.

⁸ AREAS, Patrícia de Oliveira. Propriedade intelectual e computação em nuvens (cloud computing): aspectos do contrato de licença de uso do software como serviço (software as a servisse – SAAS). In: WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual & internet*. Curitiba: Juruá, 2011. v. 2. p. 276.

⁹ PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. *Proteção jurídica do software no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 80.

¹⁰ THE Brazilian Gamer. *Newzoo*, 15 jun. 2017. Disponível em: <https://newzoo.com/insights/infographics/the-brazilian-gamer-2017/>. Acesso em: 26 dez. 2017.

¹¹ *Vide* interessante reportagem: BRANCO, Mariana Games. Games brasileiros se destacam no mercado internacional. *E-Sports*, 25 dez. 2017. Disponível em: <https://esportes.r7.com/e-games/jogos/games-brasileiros-se-destacam-no-mercado-internacional-25122017>. Acesso em: 26 dez. 2017.

Por tal razão, há uma parcela considerável de *segredos*¹² empresariais absorvidos pela fase pré-mercantil e na expertise adquirida já no ambiente comercial propriamente dito.

Ou seja, entre o ambiente distintivo, utilitário, estético e ornamental, a consultante é titular de milhares de direitos de propriedade intelectual no Brasil (em especial programas de computador e segredos empresariais), fazendo uso de tais titularidades para se distanciar da concorrência e formar sua “identidade” diferenciada perante o público consumidor.

1.2 Um curto relato sobre a Y

Analisando o banco de dados do Inpi não se localizou um mísero direito de propriedade industrial registrado, concedido ou sequer pleiteado. Tampouco se encontrou em seu sítio *website*¹³ alguma explanação mais densa sobre as atividades exercidas. Tal fato induz ao raciocínio de que direitos intelectuais solenes não são priorizados pela sociedade empresária Y.

Entretanto, quando se pesquisa sua atuação comercial cibernética, o sítio de vendas da Apple®, a App Store, informa que a Y comercializa *um App* “H.B.”. Curiosamente, a Y tenta iludir seus interlocutores com informações (*on-line*) que, na melhor das hipóteses, são imprecisas.

* * *

Aos olhos dos ignóbeis, poderia aparentar que tal sociedade empresária seria titular (i) de “direitos autorais” sobre expressão “H.G.”, em si¹⁴ e que (ii) ela seria proprietária de marcas de produtos e serviços.¹⁵ No entanto, sua eventual titularidade recai sobre o conteúdo do programa de computador que é comercializado sob um signo *não registrado*. Nada há de marca(s) registrada(s) em prol da 1ª demandada.

¹² “O que inspira a consagração, no texto constitucional, da regra de que ora cogito é a verificação de que, hoje, o fator determinante do crescimento econômico, parcela do desenvolvimento nacional, já não é mais tão-somente a acumulação de capital, mas, também, a acumulação de saber e tecnologia. Esta, em verdade, a razão do declínio da importância relativa das patentes de invenção, ao qual corresponde a elevação da relevância dos contratos de *know-how*: a necessidade de reservar conhecimentos técnicos acumulados à ordem a manutenção em segredo – em “caixas pretas” – dos novos inventos” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 269).

¹³ Vide “[...]. Acesso em: 28 dez. 2017”.

¹⁴ Tal não seria possível, seja pela vedação do art. 124, VI e XVII da Lei nº 9.279/96, seja pelo óbice do art. 8º, VI, da Lei nº 9.610/98.

¹⁵ Foto do *Terms of Service* extraído de seu opaco *site* na internet.

Uma outra importante diferença da 1ª ré perante os consulentes é o uso dúbio da expressão *free*, uma vez que instalado o seu *App* tal é célere e automaticamente transformado em assinatura paga para o consumidor. Noutros termos, primeiro há a “matrícula” na assinatura que fará cobranças periódicas (e renovadas de pleno direito) para depois haver algum acesso ao seu conteúdo. Tal proceder, por sinal, não é o mais ortodoxo perante o princípio da veracidade.¹⁶ Há aqui uma distinção importante entre as arquiteturas empresariais da Y e das demandantes, ainda que, como se verá em capítulo próprio, atendam ao mesmo público-alvo.

Realizando buscas no sítio do Inpi, não se localizou qualquer pleito de registro de marca, desenho industrial, *software*, patente (modelo de utilidade ou de invenção), ou contrato de transferência de tecnologia de titularidade de W.

1.3 Conclusão provisória

Apesar de o escopo do presente parecer não ser o de realizar um cotejo maniqueísta e quantitativo pertinente à comparação meramente numérica de propriedades ou uma análise entre as consulentes e concorrentes;¹⁷ a proposta aqui prescrita tem como ênfase delinear que a liderança das consulentes em diversos nichos do entretenimento eletrônico é fruto de muitos investimentos que atingiram o parâmetro legal do que seja tido como distintividade, funcionalidade e originalidade.

2 Síntese do sistema nacional de tutela à propriedade intelectual

2.1 Ordem econômica e propriedade intelectual

A propriedade intelectual¹⁸ pode ser vista como uma entre tantas ferramentas disponíveis para a regulação de determinado mercado. Sob as lentes de quem

¹⁶ “A maior parte das marcas que carregam sedução às mercadorias na nossa vida são do primeiro tipo: indicam quem gerou aquele produto ou serviço, e a quem se deve atribuir as qualidades ou falhas que neles encontrarmos. Mas – como o Direito da Propriedade Intelectual não impõe que os produtos ou serviços assinalados tenham qualquer qualidade específica, ou a mantenham no tempo –, a relação entre o signo que cintila na embalagem do produto, e o produto ele mesmo, é simplesmente uma questão de fé do consumidor. Nada mais bíblico” (BARBOSA, Denis Borges. Prefácio. In: PORTO, Patricia Carvalho da Rocha. *Quando a propriedade industrial representa qualidade*. Marcas coletivas, marcas de certificação e denominações de origem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. XVII).

¹⁷ “Não há lógica empresarial sem lógica competitiva, que é assim. um fator *sine qua non* da intercomunicação das produções” (CARVALHO, Orlando de. Direito das empresas. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012. p. 209).

¹⁸ “Na lógica da sociedade de consumo, tudo o que não serve ao processo vital é destituído de significado. Até o pensamento torna-se mero ato de prever consequências e só nessa medida é valorizado. Entende-se

rege as políticas públicas de Estado, na qualidade de *instrumento* para o desenvolvimento¹⁹ tecnológico, é possível observar que os direitos de propriedade intelectual podem ser tão eficazes quanto os incentivos fiscais (*vide* Lei do Bem – nº 11.196/05), as compras públicas (*vide* a Lei de Licitações – nº 8.666/93) ou os variados sistemas de premiações (*vide* o Nobel, o Jabuti, os reconhecimentos da Finep etc.).

Sendo a solução de resguardo à propriedade intelectual apenas uma entre as arquiteturas²⁰ possíveis, o Estado poderá combinar soluções (cumulativamente) ou ter alternativas (adversativas) de como realizar um mosaico de funtores hábeis ao direcionamento das políticas públicas pertinentes.

Entretanto, a partir do momento em que o domínio econômico se aperfeiçoa por meio do sistema capitalista²¹ de produção, qualquer tipo de barreira à entrada (livre iniciativa)²² ou à concorrência (liberdade competitiva) deverá ser a *mínima necessária*²³ para não travar a diretiva liberal²⁴ de capitais e sociedade.

assim a valorização dos saberes técnicos, sobretudo quando se percebe que os instrumentos eletrônicos exercem a função calculadora muito melhor do que o cérebro. E no direito essa lógica da sociedade de consumo torna-o mero instrumento de atuação, de controle, de planejamento, tornando-se a ciência jurídica um verdadeiro saber tecnológico” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7).

¹⁹ “Algumas vezes o que visa no futuro é manter o estado atual, mas não tem importância. Neste caso tem intuito conservador. Outras vezes, o que visa é transformar o estado ideal num estado futuro e isto é o que acontece mais frequentemente como regra. Esse caráter da norma jurídica assinala o sentido de transição que existe. Todo sistema de direito, todo sistema jurídico marca uma transformação que vem de alguma coisa e vai para outra, e o dogmatista precisa estar imbuído desta flexibilidade histórica para que seu raciocínio não o conduza a uma espécie de metafísica, de metafísica vazia” (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil (parte geral)*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 31).

²⁰ “I mean an architecture-not just a legal text but a way of life-that structures and constrains social and legal power, to the end of protecting fundamental values-principles and ideals that reach beyond the compromises of ordinary politics” (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. Nova York: Basic Books, 1999. p. 5).

²¹ “Walter Eucken elaborou os seus dois «tipos puros» de ordem econômica («economia de mercado», «economia-centralmente-dirigida»), capazes de dar conta de qualquer realidade historicamente acontecida ou de qualquer modelo teoricamente concebível” (MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 20).

²² “Por isso o texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica *está* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem de necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem de necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 196).

²³ “A disciplina jurídica da proteção à propriedade intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. Exatamente porque constituem ‘garantia de monopólios’, restringindo a livre-iniciativa, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como *exceção*. A interpretação que a eles se dá será restritiva e não *extensiva*. E mais: o *direito da propriedade intelectual (e s exclusividades por ele garantidas) deve ser interpretado em consonância com direito concorrencial*” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 342).

²⁴ “Se não fossem feitos de borracha, o comércio e o tráfico em geral jamais conseguiriam superar os obstáculos que os legisladores continuamente colocam em seu caminho” (THOREAU, Henry David. *Desobediência civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&M, 2011. p. 9).

Nota-se, portanto, que as exclusividades advindas da propriedade intelectual só serão legítimas na *proporção adequada* – um genuíno equilíbrio –²⁵ entre desenvolvimento estático (ingressos imediatos e irrestritos a determinadas oportunidades mercantis) e dinâmico (delimitações temporárias que induzam agentes econômicos a se superarem, bem como a prevalecer ante seus “rivais”).

Por isso é possível endossar entendimento doutrinário que reputa a propriedade intelectual como uma *exceção temporária*, diante da regra geral consagrada pelo direito fundamental da *liberdade*.²⁶

2.2 Sanções e legitimidade

Nos termos do direito administrativo contemporâneo, o significante “sanção” é expressão com dois distintos²⁷ e opostos significados: (i) importa em técnica de desestímulo à algum agente econômico, tal como a multa de trânsito realiza uma coerção pedagógica/conformativa para que alguém não conduza seu veículo automotor fora dos limites de velocidade ou pela contramão; (ii) tem o direcionamento semântico de *estimular* alguém a determinada prática quista pelo ordenamento, tal como o desconto no *quantum debeatur* do IPTU na hipótese de o contribuinte adimplir o montante de maneira antecipada ao vencimento.

²⁵ Vide o preâmbulo do Acordo TRIPS: “Desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo”. No mesmo sentido o seu art. 7º: “A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

²⁶ “O critério com respeito à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas da norma jurídica, por exemplo. Deste modo: se de duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva. Esse critério parece razoável, e correspondente a um dos cânones interpretativos mais constantemente seguidos pelos juristas, que é o de dar preponderância, em caso de ambiguidade ou incerteza na interpretação de um texto, à interpretação *favorabilis* sobre a *odiosa*. Em linha geral, caso se entenda por *lex favorabilis* aquela que concede uma liberdade (ou faculdade, ou direito subjetivo) e por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida por uma sanção), não há dúvida de que uma *lex pertissiva* é *favorabilis*, e uma *lex imperativa* é *odiosa*” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 98).

²⁷ “Em boa hora, a doutrina contemporânea, ao redescobrir a *natureza binária da sanção*, com ela restabeleceu o conceito de *premiação pela adimplência*, como alternativa construtiva à alternativa polar da *punição pela inadimplência*, abrindo, desse modo, um imenso espaço de aplicação às *sanções premiais* no Direito Administrativo, particularmente nas atividades, agora examinadas, de *fomento público*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 578).

Neste campo, a propriedade intelectual dialoga com ambas as facetas significativas deste signifiante “sanção”, pois (i) cerceia²⁸ o *oportunismo*²⁹ ao anteparar o titular do DPI com uma pretensão de índole civil (art. 210 da Lei nº 9.279/96, *v.g.*), sem prejuízo da pretensão de natureza penal (*vide* art. 184 do CP e art. 195 da LPI, *v.g.*); e (ii) é um *catalisador* aos agentes econômicos que vislumbram a inovação como uma possibilidade.

2.3 A propriedade intelectual no mercado de entretenimento cibernético

O nicho representado pelos serviços virtuais de entretenimento foi um dos poucos que cresceram exponencialmente mesmo durante o ápice do derradeiro ciclo econômico depreciativo no Brasil, durante 2014-17. Segundo dados contemporâneos,³⁰ enquanto a deflação e a queda de receita atingiram quase todos os setores, o ambiente dos *games* e outros aplicativos de *diversão virtual* alicerçou uma hipertrofia de 25% no período.

Se há cerca de uma década o mercado de entretenimento virtual era profundamente concentrado no Brasil (*circa* 43 sociedades empresárias para tal mister), hoje o mercado é considerado pulverizado visto contar com cerca de 300 sociedades empresárias. A pulsão expansiva do consumo e criação de produtos de entretenimento desta estirpe chamou a atenção da grande mídia norte-americana, que noticiou a maior feira mundial – “Brasil Game Show” – que reuniu cerca de trezentas mil pessoas em São Paulo, no ano de 2017.³¹

Note-se, entretanto, que a pulverização mercantil (de produção de conteúdo) no Brasil se deve ao ambiente dos jogos de interface mais simples, que não demandam centenas de milhões de dólares³² no desenvolvimento (também

²⁸ “O direito existe para subjugar, para domesticar os determinismos econômicos próprios à lógica mercantil. Não fora assim e os efeitos autodestrutíveis do mercado comprometeriam o seu funcionamento” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 290).

²⁹ “Poderíamos dizer que o moralismo representa a forma como as pessoas gostariam que o mundo funcionasse, enquanto a economia representa a forma como ele *realmente* funciona” (LEVITT, Steven D.; DUBNER Stephen J. *Freakonomics*. O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 13).

³⁰ SILVEIRA, Daniel. Número de desenvolvedores de games cresce 600% em 8 anos, diz associação. *G1*, 10 fev. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/numero-de-desenvolvedores-de-games-cresce-600-em-8-anos-diz-associao.ghtml>. Acesso em: 26 dez. 2017.

³¹ PARKER, Laura. Where Video Game Conventions Draw 300,000: Not in the U.S. *The New York Times*, 4 out. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/10/04/technology/personaltech/video-brasil-game-show.html>. Acesso em: 26 dez. 2017.

³² Interessante reportagem do *The Economist* noticia que um dos *games* mais famosos do mundo, o Grand Theft Auto V, custou cerca de US\$265 milhões para ser desenvolvido. *Vide* WHY video games are so

conhecidos como “*triple A*”). Para tais jogos sofisticados o Brasil é basicamente um mercado importador de conteúdo. Em tal nicho de *games* e conteúdo de entretenimento virtual *luminoso*, a realidade nacional é ainda muito tímida, visto que as barreiras à entrada (regulatórias, tecnológicas ou de investimento) cerceiam interessados em realizar o direito prescrito no art. 1º, IV, da CRFB – ou seja, a livre iniciativa.

Repita-se que uma das principais causas para a parca quantidade de agentes econômicos nesta senda tem a ver com o *custo inaugural* para a participação mercantil. Afinal, quantos sujeitos de direito dispõem de bilhões de dólares para edificar uma “indústria” cibernética, dependente de *designers*, engenheiros, publicitários, advogados, distribuidores de “matéria-prima” imaterial, que raras vezes é semeada nas faculdades de *design* ou informática, todos aptos à criação em escala?!

Ressalve-se, contudo, que a *ordinária* aglutinação de poder econômico pela escassez de agentes não torna mais fácil a vida de quem disputa a oportunidade de mercado. Pela natureza abrasiva da concorrência setorial cujos *sunk costs* são elevadíssimos, o “tempo de liderança” havido com eventual produto que faça sucesso é rapidamente *devorado* pelas tranças do tempo, por meio do fenômeno da *cópia* ou da *obsolescência*.

Por tais razões o investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação é incessante, tal como num círculo virtuoso de criações de todos os gêneros, de modo a manter e conquistar nova clientela e freguesia. Aliás, é o acervo informacional – sobre a interação dos destinatários com os bens imateriais – que compõe um dos maiores ativos destas estirpes empresariais: um rico banco de dados (*big data*) para *empreitadas vindouras*.

2.4 Conclusão provisória

A propriedade intelectual é uma forma arquitetural de regulação do comportamento econômico, dialogando com contextos não variáveis como (i) o oportunismo,³³

expensive to develop. *The Economist*, 25 set. 2014. Disponível em: <https://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/09/economist-explains-15>. Acesso em: 26 dez. 2017.

³³ “Essa preocupação moderna do direito concorrencial está absolutamente em linha com os desenvolvimentos da teoria microeconômica, que, com base no estudo da racionalidade econômica do comportamento dos agentes no mercado, afirma ser possível presumir que uma posição de excessiva concentração de poder tenderá a ser utilizada de forma abusiva” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial, as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17). “By opportunism I mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both ex ante and ex post types are included” (WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism. Firms, markets, relational contracting*. New York: TheFree Press, 1985. p. 47).

(ii) a assimetria informacional³⁴ e (iii) a racionalidade limitada³⁵ dos atores. Não obstante, tendo em vista que o capitalismo é avesso aos *monopólios*,³⁶ em geral as circunscrições mercantis só serão toleradas pelo *menor tempo possível*, de modo a não se tornarem ilegítimas obstaculizadoras de preços marginais.

Contudo, conforme será explanado, o mesmo capitalismo faz uso da arquitetura jurídica para evitar tocaias, condutas embusteiras que vilipendiam o que é *normal* dentro de determinado setor econômico.

3 O bojo fático³⁷ da contenda perante o TJSP

3.1 Petição inicial

No dia 14.12.2017, X e Z intentaram demanda visando à “obrigação de não fazer c/c indenização por danos materiais, com pedido de tutela antecipada” (fl. 1), concretizada pela “tutela inibitória [...] bem como o ressarcimento pelos danos decorrentes dessa conduta desleal” (fls. 4), em desfavor de Y e W. A peça exordial descreve que o segundo demandado era amigo de infância de M, fundador de ambas as demandantes e, nesta qualidade, fora convidado no ano de 2011 (fl. 104) a participar como sócio titular de 0,002% (fl. 98), para já no ano seguinte atingir 1% (fl. 106) do capital social da X. Ventilou-se que o capital não foi integralizado por W e que, em virtude do forte vínculo fiduciário/fraternal,

³⁴ “A informação e o conhecimento aplicados à indústria já haviam se transformado definitivamente em fatores de produção, dividindo e, por vezes, ocupando o espaço historicamente reservado aos bens de capital na maior parte das atividades produtivas. O peso do mercado se deslocava rapidamente para os bens informacionais. E a ‘intangibilização’ da economia, diante disso, já se firmava como tendência inexorável” (VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual*. A crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1).

³⁵ “Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação. Por conta disso, afirmam os economistas que os agentes econômicos agem impelidos não por uma racionalidade plena e onisciente – que existiria se tudo fosse perfeito – mas pela *racionalidade limitada*” (FORGIANI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 40-44).

³⁶ “Novos métodos de produção ou novas mercadorias, especialmente: as últimas, não conferem por si a posição monopolista, mesmo se usadas ou produzidas por uma única firma. Os produtos decorrentes de um novo método têm de concorrer com os fabricados de acordo com sistemas antigos e a nova mercadoria deve ser promovida, isto é, criar a sua própria curva de procura. De maneira geral, nem as patentes nem as práticas monopolistas podem evitar essa situação. Mas o podem especialmente em casos de superioridade espetacular do novo método, sobretudo se pode ser alugado, como ocorre com a maquinaria na indústria de calçados, ou no caso de novas mercadorias, cuja curva permanente de procura foi estabelecida antes do prazo de caducidade da patente” (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 129).

³⁷ Pede-se escusa pelo resumo alongado da *fattispecie*, mas a descrição apurada do que foi alegado e provado é fundamental, entretanto, para que se possa ter uma compreensão conglobante da tecnicidade envolto no feito.

exercia tríplice função na gestão (jurídica, financeira e administrativa) (fl. 228) das sociedades demandantes.

Descrevem que, como contrapartida à percepção de quotas em ambas as sociedades do grupo econômico, o 2º demandado (1) “assumiu a obrigação de manter sigilo sobre toda e qualquer informação sensível” (*vide* documento firmado em 25.7.2011, cerca de quatro meses após a constituição da X) (fl. 90) e que (2) o ele – na qualidade de diretor jurídico – laborou com “escritórios renomados” na confecção dos documentos para a proteção do grupo econômico neste sentido (fls. 3 e 8). Mencionam que o conteúdo da cláusula penal na hipótese de vilipêndio do dever de sigilo seria (a) a cessão gratuita das quotas societárias no grupo econômico dos demandantes + (b) a devolução dos proventos percebidos (fls. 9 e 53).

Porém, apesar de o 2º demandado também ter obtido 1% (fls. 79 e 174) do capital da Z (responsável, com exclusividade, por testar os aplicativos desenvolvidos pela X) e ter percebido “vultosas quantias à título de pró-labore e dividendos” (fl. 3), cinco anos depois “W arquitetou um golpe [...] quando se apropriou de informações confidenciais estratégicas das sociedades para com elas concorrer” (fl. 2).

Nesta senda, no mesmo ano de 2016, um mês após pleitear seu desligamento das funções de gestão (mas permanentes os vínculos societários/contratuais), inaugurou o 1º demandado, com um excerto do signo, dos conceitos e métodos criados pelos demandantes. Tal proceder seria ofensivo às esferas jurídicas dos demandantes tanto (i) pela incidência da Lei nº 9.279/96 (art. 195, XI) (fls. 46), (ii) pela existência de contratos (de índole laboral e pactos adjacentes a tanto) entre o 2º demandado e cada um dos demandantes, quanto (iii) pelos deveres de lealdade impostos aos sócios (o 2º demandado permanece como sócio da 2ª demandante), na forma dos arts. 1.010, §3º e 1.030 do CC (fls. 3 e 31).

Narrou-se que logo no primeiro ano de atuação empresarial o grupo econômico demandante desenvolveu um *App* – “R.P.” – que protagonizou o *ranking* dos 10 *games* mais baixados nos EUA para Iphones. Com esta ascensão meteórica, os milhões de consumidores e seus hábitos começaram a preencher uma “robusta base de dados” (fl. 6), que permitiu o conhecimento e a previsibilidade de êxito de novos programas de computador.

Cientes do risco sobre a titularidade de um ativo intangível não protegível por direitos de exclusividade (*v.g.* teor secreto insuscetível de patenteabilidade), os fundadores dos demandantes convidaram o 2º demandado para auxiliá-los societária e administrativamente visando resguardar os segredos empresariais (fl. 6). A eleição pelo 2º réu foi feita em virtude da maior simetria informacional sobre a *persona* de W, já que contava com a fraterna convivência com um dos fundadores de ambos os demandantes, há mais de uma década.

Com o desenvolver da exitosa atividade econômica, as consultentes foram procuradas por um fundo de investimento (de origem estrangeira), que se mostrou

interessado em aportar capital e, por outro lado, em adquirir participação societária e remodelar a arquitetura de controle da sociedade (fl. 10). Neste sentido, já no exercício de uma estrutura de usufruto de quotas (fl. 71, quinta cláusula, §2º – fls. 137, 149, 158 e 167) que geraram dividendos significativos, W teria violado seu dever de lealdade e passou a concorrer com os consulentes, “a partir da utilização das estratégias de negócio desenvolvidas no seio da T” (fl. 11).

Narram a contradição em terem como sócio, usufrutuário e dirigente o 2º demandado que zelava “pela segurança das informações e ativos da companhia”, exatamente quem conduziu a “estratégia de proteção [...] contra práticas de concorrência desleal e desvio de informações”, para depois sofrer com sua abrupta conduta desviada (fl. 12). Consignam os autores que W teria realizado um “golpe premeditado”, uma vez que passou a “desenvolver projetos paralelos ocultos”, no qual a apropriação “de informações confidenciais e estratégicas” do grupo demandante era o insumo necessário para, contra ele, “concorrer diretamente” (fl. 14).

Ademais, além do exercício da condição de sócio, usufrutuário e da direção administrativa/financeira/jurídica, W também teria se valido da condição de “gerente de produto” (fl. 219) de um aplicativo para se apropriar de “especificações do protótipo” e dos resultados de “milhões de dólares dispendidos em experimentação e descoberta das métricas-chave que reagem ao modelo de assinatura” (fls. 14 e 51). Aliás, teria sido no desenvolvimento do êxito deste projeto que as sociedades empresárias elegeram o uso de estratégias de fidelização dos interlocutores com (a) mensagens astrológicas (fl. 222) e (b) missivas eletrônicas diárias para inspirar os usuários (fls. 15 e 222). Tal, por sinal, seria o cerne do principal aplicativo de entretenimento religioso empenhado pelos demandados.

Segundo a petição inicial, a ruptura teria sido sinalizada em junho de 2016 quando o 2º demandado almejou assumir o múnus de “Gerente de Projeto dos aplicativos envolvendo o conceito” de assinatura (fl. 16). De outro lado, para tal função, W desejou auferir 20% dos lucros gerados sob sua gerência, sem a contrapartida do investimento financeiro equivalente nas sociedades (fl. 16).

Consolidada formalmente a saída (em 15.7.2016) do 2º demandado das funções de direção da 1ª demandante, W enviou (fl. 227) missiva eletrônica ao sr. integrante do grupo de investidores e sócios do grupo consulente em que *futura-mente* daria notícia sobre o que ele viria a fazer, assim que tivesse um plano mais “detalhado” (fl. 17). Narram que esta dissimulação sobre o *porvir* de W também teria sido reiterada em seu discurso de despedida, no qual ventilou sua provável e vindoura atuação à gestão de pessoas (fl. 228).

Contudo, logo após seu “êxodo”, W constituiu a 1ª demandada e rapidamente lançou produtos na App Store, preservando alguns dos *conceitos* que absorveu junto às demandantes (como a monetização, a métrica dos pacotes de assinaturas e cobrança, a ancoragem psicológica, as formas de avaliação do aplicativo e o

período da amostragem grátis), além de uma colidência parcial nos signos quanto ao teor cibernético “gratuito” (fls. 18, 37 e 41). Não obstante, descreveram que W teria compartilhado arquivos secretos dos demandantes junto a uma “nuvem” acessível por seu *e-mail* pessoal, e, o que seria ainda mais grave: o 2º demandado continuou a fazer uso deles após sua “despedida” (fls. 18 e 242).

Não obstante, a ciência da competição de seu antigo aliado só ocorreu quando W teria buscado investidores empenhando uma apresentação que continha “dados sigilosos” das demandantes, conteúdo informacional este obtido como “sócio, diretor e funcionário” (fls. 21 e 52). Ademais, mesmo antes de sua ruptura com os consulentes, os demandantes descobriram que W já havia constituído³⁸ outra sociedade concorrente (em 2015), denominada P, junto com um ex-funcionário das demandantes.

Tal alicerçamento societário teria ocorrido apenas dois dias após a demissão do futuro sócio de W que, por sua vez, não lhe exigira a formalização do dever de não concorrer (ao sair do grupo consulente). Ou seja, a inércia de W teria pavimentado o caminho para que este terceiro iniciasse – após, com a proatividade do 2º demandado – o vilipêndio dos consulentes (fl. 24).

Colacionaram diversas missivas eletrônicas de março de 2017, em que W ventiloou que as demandantes não teriam exercido o direito de não concorrer, razão pela qual seria livre para desenvolver os seus “produtos” (fl. 26). Ato contínuo, foram iniciadas as tratativas para um acordo de aquisição da participação societária de W, não concorrência e outras avenças – ainda num cenário em que as consulentes não tinham conhecimento de “toda a estratégia arquitetada por [W] para apropriar-se dos segredos comerciais da [T] para utilizá-los na [B]” (fl. 28). Entretanto, já em agosto de 2017, ficou clara a impossibilidade de formação da transposição de vontades visto não haver consenso quanto à não concorrência (fl. 29).

Sem que se atingisse um acordo, e realizada a troca de missivas extrajudiciais pelas partes, os investidores estrangeiros que se tornaram sócios dos consulentes decidiram por realizar a aquisição das “ações detidas por W” (fl. 30). Entretanto tal não serviria para apagar os *atos de concorrência* havidos no hiato temporal no qual W era sócio de ambos os consulentes (fl. 34), o que é vedado independentemente de um pacto acessório de não concorrência.

Suscitam os autores que os atos de W resultam no “desvio de clientela” visto que (a) empenhou aplicativo munido das temáticas diferenciadas do portfólio das demandantes e (b) “cria proposital confusão entre os produtos” (fl. 54). Portanto, pleiteiam a tutela de urgência para que os demandados cessem a concorrência

³⁸ Segundo dados da Receita Federal, tal sociedade tem como situação cadastral seu encerramento por liquidação voluntária em 28.8.2017.

no setor de aplicativos com a adoção do “modelo de venda usado e desenvolvido” pelas demandantes (fl. 57) e, no mérito, a condenação dos demandados – inclusive no tocante a elementos compensatórios.

Entre a grande massa de documentos acostados aos autos pelos demandantes, ganham relevo: (i) uma ata notarial com acessos à base de dados das demandantes, pelo 2º demandado, além do diálogo do W com um ex-funcionário da X (fls. 242 e subsequentes); (ii) uma série de trocas de missivas eletrônicas entre as partes (seja na esfera negocial) (fls. 329; 363 e seguintes), (iii) bem como uma notificação enviada pelo grupo consulente aos demandados (fls. 383-387), a resposta dos últimos (fls. 388-397), e as novas notificações dos demandantes (fls. 411-417; 419 e seguintes).

3.2 Juízo da 19ª Vara Cível Central declina *ex officio* de sua competência

No dia 15.12.2017, a culta magistrada Inah de Lemos e Silva Machado entendeu pela redistribuição (art. 44 do CPC/2015) do feito às recém-criadas Varas Empresariais do TJSP (fls. 532-533), nos termos da Resolução nº 763 do Tribunal.

Tal decisão não foi objeto de oposição das consulentes que, por sinal, informaram que sequer recorreriam (fl. 534) de tal *decisum*.

3.3 Os demandados espontaneamente intervieram no feito

Ainda no dia 15.12.2017, os demandados Y e W peticionam no feito, sem qualquer citação ou intimação realizada, a concessão de vinte e quatro horas para que possam se manifestar sobre o pedido de tutela de urgência formulado pelos demandantes (fls. 535-538).

Ventilam que a peça exordial seria proveniente de uma distorção fática e que estaria recheada de “mentiras para conseguir, por capricho e revanche, uma inconcebível liminar que impeça *um ex-funcionário* seu de exercer regularmente o seu ofício em uma nova empresa, *em área absolutamente distinta*” (grifos nossos) (fl. 536).

Não obstante, suscitam que o fato de W não ter percebido “compensação estabelecida” contratualmente permitiria que este “*competisse com elas*” (grifos nossos). No mesmo sentido, como o aplicativo de W estava no mercado há mais de ano, não haveria perigo na demora a justificar uma tutela de urgência sem a oitiva das partes rés (fl. 537).

No tocante ao mérito, anteciparam sua ótica de que a demanda seria “leviana”, visto que os métodos de negócio e assinatura invocados pelos demandantes seriam banais no metiê. Por tal razão, alegam que as demandantes arguem conteúdos já correntes no mercado e que não são de sua propriedade intelectual (fl. 538).

3.4 Nova manifestação das demandadas

No dia 18.12.2017, as demandadas espontaneamente peticionaram (fls. 539-580) antecipando³⁹ o cerne de sua defesa com onze elementos distintos que serão, a seguir, resumidos.

Em primeiro lugar as demandadas ventilaram que as demandantes teriam perpetrado “fraude processual” (fl. 540), visto que teriam alocado imagens das páginas da T como se das demandadas fossem. Alegaram que tal falsa atribuição teria sido ventilada no intuito de obter a tutela de urgência por uma “falsa similaridade”. Tal como fora antecipado em sua primeira manifestação espontânea, apontou que a presença do aplicativo há mais de um ano e a troca de comunicações com negociação entre as partes seria suficiente para fulminar o *periculum in mora* (fl. 541). Para embasar sua ótica, anexou parecer de ex-presidente de autarquia, que teria concluído pela ausência de concorrência desleal por parte das demandadas (fls. 602 e 607). Ademais, registraram que os documentos de número 09-12, 16, 18-19, e 21-24, não foram anexados aos autos, dificultando sua defesa (fl. 543).

Em segundo lugar, ventilaram que as demandantes estariam praticando *sham litigation*, ajuizando demandas em diversas jurisdições (como Ilhas Cayman e Estados Unidos da América),⁴⁰ apenas para coibir o “sucesso profissional” de “um ex-funcionário da [X]” (fl. 544). Aliás, como as demandantes não teriam exercido a prerrogativa da cláusula 5.1 do acordo de confidencialidade para a cláusula de não concorrência, nenhuma discussão judicial deveria haver. Por isso, toda a demanda deveria ser interpretada como um “arrependimento velado” (fl. 545)

³⁹ A leitura da peça denota clara contestação, ainda que não tenham apostado tal nome. Tal conclusão pode ser obtida: (i) pela extensão de quarenta e uma páginas, (ii) pelo pedido de prova (pericial etc.) e realização de renúncia de direitos, (iii) pela resistência à maioria de pedidos, (iv) pela apresentação de sua própria narrativa, e (v) por ter colacionado um parecer. Isso não significa que o prazo do NCPC para apresentação da contestação tenha sido extinto, ou que ela apresentará outra peça com o *nomen iuris* de contestação. Entretanto, tal basta para que se conheça a linha defensiva dos demandados – e subsidie a *fattispecie* para efeitos deste parecer.

⁴⁰ Neste segundo caso, contudo, os documentos n.ºs 608/614 e 615/620 denotam uma notificação (em versões anglo e lusófona) enviada por patronos da TFG. Não há demanda judicial comprovada, tampouco, uma notificação importa naquilo que as demandadas consignam às fls. 544 como “ameaçam”. Ameaça consiste naquilo disposto no art. 147 do Código Penal.

de quem viu preclusa a prerrogativa de compensar e obter a não concorrência de W. Tal seria corroborado pela longa negociação que se arrastou após a saída de W para a implementação de um “instrumento de não concorrência” (fl. 546). Contudo, segundo os réus, a ilegalidade teria sido praticada pelas demandantes ao lançarem no mercado um aplicativo “idêntico” ao dos demandados (fls. 547).

Em terceiro lugar, defendem que o 2º demandado “*Não possui qualquer relação com a [X]*” (grifos nossos) de cunho societário, desde maio de 2012 (fl. 549), mas que, simultaneamente, as demandantes vinham realizando convocações fora do prazo para a “recompra das ações” (fl. 550). Não obstante, sua participação na Z seria de natureza “simbólica” e que nesta petição estaria renunciando “qualquer direito político”, o que independeria da anuência dos “demais sócios” (fl. 551). Tratando-se de sócio minoritário, o “dever de lealdade de [W] não o impediria de concorrer” (fl. 551).

Em quarto lugar, ventilam que W não estaria “utilizando informações privilegiadas”, mas sim empregando o seu *know-how* adquirido por anos de experiência em seu novo ambiente de trabalho (fl. 553) e que as demandantes atuariam no mercado de jogos, enquanto a 1ª demandada exerceria o mister no mercado religioso e esotérico (fl. 554).

Em quinto lugar, aduzem que (i) W não teria utilizado dados sigilosos da X quanto ao aplicativo C, (ii) que W teria adquirido dados na internet, (iii) que a sociedade P “tinha como finalidade a criação de um website com uma plataforma” (fl. 556) e que o fato de seu ex-sócio na P ter declarado a competição de W significaria que ele “sucumbiu às mesmas chantagens”⁴¹ das demandantes (fl. 556).

Em sexto lugar, ventilam que o sistema de *subscription* conhecido seria paradigmático e “muito comum em todo o mercado” (fl. 558). Aliás, a X não teria criado tal modelo de assinatura e que no ano de 2015 apenas na App Store mais de dez milhões de amostras grátis “já haviam sido feitas” (fl. 559).

Em sétimo lugar, a H.B. não empenharia o uso das três opções de *sku*, mas apenas um modelo com a *amostra grátis* de uma semana, seguida da assinatura (fl. 561). Anexaram duas atas notariais (fls. 587-600) atestando que a tela inicial da H.B. não corresponderia àquela noticiada na petição inicial, o que também se repetiria quanto à alegada âncora psicológica – resultando em “fraude processual” das demandantes (fl. 564). Ainda, versaram que o “botão de rating” não seria criação da X, mas o parâmetro blasê do mercado.

⁴¹ Este parecerista leu e releu os autos com cautela e não encontrou alguma demonstração sobre tais “chantagens”. Não se sabe se os demandados imputaram o crime de extorsão (art. 158 do CP) aos demandantes, mas certamente tal uso expressivo de linguagem precisará ser corroborado por documentos.

Em oitavo lugar, as demandadas ventilam que as demandantes buscam se apropriar de “métodos e conceitos”, o que seria incompatível com o regime da propriedade intelectual nacional, com os arts. 8º, I, II e VII da LDA (fl. 567) e 10, III e VI da LPI (fl. 569). Na mesma toada, “botões e comandos de aplicativos” tampouco poderiam ser objeto de exclusividade, na forma do art. 6º, III, da Lei de Software (fl. 570).

Em nono lugar, narram que “tampouco podem as autoras ser consideradas detentoras⁴² [sic] de algum segredo industrial e/ou de negócio violado pelos réus” (fl. 571), e que tal seria corroborado pelo fato de que o feito não tramita sob segredo de justiça. Neste esteio, como os dados *supostamente* usados por W seriam de “conhecimento público”, a exceção permissiva do art. 195, XI, da LPI se faria presente (fl. 572).

Em décimo lugar, descrevem que era corriqueiro que funcionários da X usassem o Gmail e o Google para compartilhar arquivos corporativos entre si e que W só teria acessado tais dados da X (após sua saída) “para verificar, unicamente, se podia excluí-los ou não” (fl. 575). Contudo, W não resistiria à pretensão e “se dispõe a devolver todos os arquivos” (fl. 575), além de pleitear a realização de perícia para investigar se o 2º demandado “se apropriou, de alguma forma, de seu conteúdo”.

* * *

Ressalte-se ser curioso notar que a notificação de W (elaborada por seu patrono alhures) às fls. 631, salienta informação contraditória a esta: “Além disso, [W] não fez uso de qualquer informação [X] [sic], através do Google Docs ou do e-mail pessoal ou de outra forma, depois de deixar a empresa” (grifos nossos). Este documento foi anexado pelos próprios demandados.

* * *

Por fim, em décimo primeiro lugar, suscitaram (i) que W não conduzia o departamento jurídico ou a gerência administrativa e financeira da T, (ii) que o conceito de *subscription* já era amplamente conhecido no mercado e não há “uma exclusividade da T”, (iii) que W não “despistou” sobre seus planos após sair do grupo econômico das consulentes, (iv) que a criação da P seria fato irrelevante e falso para efeitos de concorrência, (v) que as informações sobre a TFG utilizadas na apresentação constam no SensorTower (sítio cibernético), (vi) que W utilizou

⁴² Como não se ignora, detentor é o fâmulos da posse, a exemplo do caseiro. No ambiente dos bens imateriais, tecnicamente se versa sobre o gênero “titularidade” que congloba a propriedade, a posse, enfim, a pertinência econômica com o *iter intelectual*.

suas próprias âncoras psicológicas para a B, (vii) que o aplicativo H.B. adotou, tal como o C o fez, abordagem comum da Apple, (viii) que o período da *amostragem grátis* de uma semana é o blasê na Apple, (ix) que não teria havido descumprimento do dever de lealdade, visto que desde 2012 W não seria sócio da X e a Z não seria titular de qualquer aplicativo em disputa (fls. 576-579).

Pleiteou o indeferimento da tutela de urgência e a condenação em litigância de má-fé por parte das demandantes.

3.5 Nova manifestação das demandantes

No dia 18.12.2017, as demandantes pleitearam a retificação das imagens apresentadas na exordial, visto que houve um equívoco em apontar a origem delas junto ao aplicativo H.B. comercializado pelas demandadas. Contudo, tal não alteraria a tese das autoras (fl. 687) quanto à origem de tal conceito no aplicativo C (fl. 688). Não obstante, os documentos alegados pelas demandadas como ausentes, em verdade, foram anexados como sigilosos – exatamente para tutelar a circulação destas informações.

Em seguida, ventilaram a agressividade dos demandados e a escusa de W em admitir ser sócio, ex-gestor e ex-dirigente dos demandantes. Assim, além da propriedade intelectual, a lide teria esteio contratual. Atestam que W exerceu o papel de diretor jurídico, cuidando da elaboração de contratos (remissão às fls. 198/200) e da tutela contra a concorrência (fls. 186/197 dos autos), além de que a estratégia sobre aplicativo bíblico e com conteúdo esotérico teria sido objeto de ata da reunião societária em 12.7.2015 (fls. 222/223).

Portanto, reiteram seu pleito de concessão de tutela de urgência.

3.6 Nova manifestação das demandadas

No dia 19.12.2017, as demandadas imputaram às demandantes (i) atos de “chicana e fancaria” (fl. 695), (ii) que onze dos documentos da exordial persistem não aparecendo no sistema e que o feito não teve pedido de trâmite sigiloso, (iii) que a Z não teria vínculo com os aplicativos *sub judice* e que W não mais seria sócio das sociedades demandantes, (iv) que os demandantes ajuizaram pretensão de revogação da doação dos percentuais societários destinados ao W, o que consistiria em má-fé processual.

Reiteraram as razões dispendidas em suas manifestações pretéritas para a não concessão da tutela de urgência (fls. 698-699).

3.7 Decisão interlocutória que denega a tutela de urgência pleiteada

No dia 20.12.2017, o juízo negou o pleito da tutela de urgência, uma vez que não identificou o preenchimento de “todos os elementos do art. 300 NCPC” (fl. 703). Especificamente ventilou que “os quatro aplicativos desenvolvidos pelo requerido no seio da sociedade Y não se referem a jogos, mas a outros temas” (fl. 704). Não obstante, entendeu (i) pela “impossibilidade técnica do Juízo, neste momento, de ter segurança em se convencer de que a sistemática da subscrição utilizada pelas autoras foi copiada nos aplicativos dos requeridos” e que tal seria “corriqueiro”; (ii) que não teria desvio de clientela; (iii) que os aplicativos H.G. já teriam sido lançados “há bastante tempo” e (iv) e que o pedido de abstenção de acesso das informações das requerentes seria desnecessário, bastando a estas “promover o cancelamento do acesso” (fl. 705).

3.8 Conclusões provisórias

Lidos os autos é possível anotar certos aspectos importantes: (1) há uma clara animosidade que afeta os litigantes provavelmente impactando na linguagem agressiva⁴³ das peças processuais; (2) há o dissenso entre as partes sobre a relação societária de W; (3) não há consenso entre as partes sobre o exercício de posição fiduciária de W nas demandantes; (4) as partes discordam sobre a atuação concorrente de W (seja com relação a P ou a Y) e da Y; (5) os litigantes não estão uníssonos sobre qual a natureza do uso feito por W dos dados dos demandantes junto ao Google Drive, após seu êxodo; (6) as partes não estão confluentes sobre a eventual ruptura do pacto de confidencialidade e de não concorrência e (7) deve ser dirimido se os fatos descritos na exordial configurariam concorrência desleal pelos demandados.

4 Os liames de W com as demandantes

4.1 Contexto crítico-econômico do 2º demandado a partir de 2011

Um dos pontos conflituosos no litígio sob análise versa sobre o múnus exercido pelo 2º demandado perante os demandantes e as demais sociedades

⁴³ Levando-se à risca o disposto na Lei nº 8.906/94, art. 7º, §2º. Tal, contudo, não será objeto de análise deste parecer.

partícipes do grupo econômico consulente. Em suma, enquanto os demandados edificaram uma tese de que W seria um hipossuficiente ex-empregado dos demandantes, ora perseguido numa *caça às bruxas* pelos *malévolos* requerentes; de outro lado, os demandantes imputam-no como partícipe societário, dirigente e ex-funcionário que violou a fidúcia dos autores. Dessa forma, há um maniqueísmo na narrativa fática que merece cautelosa análise documental.

Como não se desconhece, a presente lide é de cunho empresarial,⁴⁴ fazendo com que o intérprete deva se afastar de soluções paternalísticas como é a práxis em vínculos assimétricos de poder, a exemplo de um nexo consumerista ou na relação administração-administrado. Não existe no vínculo interpartes o popular arquétipo do *pro misero*, popularizado nos corredores forenses como o “princípio do coitadinho”.

Segundo dados fornecidos pelos consulentes,⁴⁵ W recebeu da X o montante de R\$974.278,71 (novecentos e setenta e quatro mil, duzentos e setenta e oito reais e setenta e um centavos) durante os anos de 2014-2016, à título de *dividendos*. Tendo em vista a inexistência de tributação sobre a distribuição de lucros, a percepção mensal durante tais 36 meses foi superior a R\$27 mil líquidos, o que supera *v.g.* o subsídio líquido de um órgão julgador do STF.

Para que não se ventile quaisquer superposições de funções e responsabilidades, é preciso frisar que tais dividendos não excluía a remuneração de W pelas suas atividades corporativas/intrassocietárias. Neste fato gerador W percebia – a partir de setembro de 2015 – um fixo mensal de R\$16.000,00 (dezesesseis mil reais), o que permaneceu recebendo até que cessou seu labor junto à X.

Nesta soma de cenários, pode-se concluir que a percepção (média) bruta mensal de W era de (a) R\$27 mil (vínculos societários) + (b) R\$16 mil (vínculos laborais) = (c) total de R\$43 mil (quarenta e três mil reais).

Seja pela natureza das percepções econômicas (dividendos) ou pela sua extensão pecuniária, já causaria estranheza a tese defensiva de que W seria um frágil ex-empregado das sociedades demandantes. Aliás, sua própria representação no Brasil e alhures, por uma pluralidade de sociedades de advocacia –⁴⁶ nesta lide, por exemplo, são dois conhecidos escritórios mais um parecer jurídico anexado –, também não coaduna com uma ótica de proteção ao “vulnerado trabalhador”.

⁴⁴ Inclusive tramitando sob vara judicial especializada nesta disciplina.

⁴⁵ Recebi missiva eletrônica, no dia 2.1.2018, com tais informações.

⁴⁶ Ao menos lendo as peças processuais não se deu conta de que o patrocínio seria *pro bono*.

4.2 Cotejo documental da X

Perpassada tal pontuação holística, faz-se necessário reiterar e cotejar documentos anexados aos autos. O primeiro documento que merece ser analisado é a 1ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da X (fls. 96-104), firmado em 16.11.2011, no qual W ingressou como sócio com 2 quotas (fls. 98 e 100) da sociedade. O segundo documento que precisa ser detidamente estudado é a 2ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da X (fls. 105-110), firmado em 14.5.2012, em que W ampliou sua participação social, multiplicando-a em 500%, para atingir 1.000 quotas.

O terceiro documento que merece atenção cuida da 3ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da X (fls. 111-113), firmado em 28. 5.2012, em que W retira-se da sociedade e seus dois outros sócios, V e A, cederam, cada um, 49.499 quotas em favor da nova sócia T. Ou seja, a oblação da participação formal das pessoas físicas na X foi tamanha que V e A só permaneceram com 0,001% do capital com uma quota cada. Tal documento – lido isoladamente – poderia transmitir a falsa percepção de que W teria saído da rotina societária do 1º demandante, em prol da pessoa jurídica de direito privado externo (TFG LTD). Contudo, a 6ª Alteração do Contrato Social da X (fls. 136-144), firmada em 14.4.2014, melhor revelaria o planejamento societário, visto que a sociedade X passou a ser titularizada – apenas – por duas pessoas jurídicas: TL (99,99% do capital) e T (0,01% do capital). Neste arranjo societário, os antigos sócios V (1.533.418), A (1.533.418) e W (30.978) passaram a figurar como usufrutuários de tais quotas. Ou seja, visando à lícita prática de elisão tributária e arranjo societário intrínseco, todos permaneceram vinculados à sociedade, agora como usufrutuários ao invés de coproprietários.

O quarto documento que precisa ser cotejado é a 7ª Alteração do Contrato Social da X (fls. 146-153), firmado em 28.4.2015. Neste pacto social a principal alteração adveio de uma pequena redução das quotas sujeitas a usufruto (no que foi pertinente a V, A e W). Entretanto, todos os três permaneceram como usufrutuários de quotas. Ressalte-se que mesmo com a 8ª Alteração do Contrato Social da X (fls. 155-161), firmada em 28.10.2015, W continuou como usufrutuário das mesmas 30.930 quotas.

O quinto documento de análise imperativa é a 9ª Alteração do Contrato Social da X (fls. 68-74 e repetido às fls. 164-171), firmado em 18.5.2016, em que W aparece como usufrutuário (fl. 71) de 30.689 quotas.

Desta forma, analisando o histórico dos vínculos diretos e imediatos com a X, pode-se perceber que W (1) foi sócio minoritário com 0,002% do capital social de 16.11.2011-14.05.2012; (2) foi sócio minoritário com 1% do capital em 14.05.2012-28.05.2012; (3) alterou seu vínculo societário para usufrutuário a partir de 14.4.2014 em diante. Assim, pode-se concluir que W sempre manteve

laços societários diretos (seja como titular ou usufrutuário de quotas) com a X a partir de 2011, excluindo-se o período de 28.5.2012/14.4.2014. Ulteriormente será explanado que tal hiato temporal não importou em efetivo distanciamento de W dos vínculos societários da X.

4.3 Breve exame documental da Z

No tocante a Z, a história de W não é munida de tantas vicissitudes da natureza jurídica do vínculo, visto que desde o seu contrato social de constituição (fls. 78-82), em 26.3.2012, até o presente momento, W consta como titular de 100 quotas (fl. 79).

Ou seja, W jamais deixou de ser sócio da 2ª demandante. Tal se dá visto que a suposta renúncia a “qualquer direito político” (*e não à titularidade societária em si*) realizada pelos seus patronos judiciais no dia 18.12.2017 (fl. 550) não se perfectibilizou. Esta conclusão é obtida visto que o instrumento de mandato (fl. 582) *não outorgou aos patronos o poder jurídico de renunciar*, razão pela qual não se sabe se as demandadas pretendem ignorar o comando do art. 105 do CPC, ou se se tentou camuflar a condição de sócio do W junto a Z para efeitos do juízo perfunctório realizado na denegação da tutela de urgência.

4.4 Célere análise documental da T

Apesar da T não ser, *per se*, parte neste feito, há dois excertos – de uma ata desta sociedade (fls. 178-185) de 1º.6.2012 – que precisam ser destacados: (a) “Emissão de Ações Ordinárias em troca de quotas na [X]. Considerando que se observou que os Diretores atuais e [W] (em conjunto, os ‘Fundadores’) são os portadores de todas as quotas (as ‘Quotas’) de [X]” (grifos nossos – fl. 178) e (b) “[W] [...] Quantidade de Ações Ordinárias [...] 50.000 [...] Consideração [...] Troca por 1.000 Quotas detidas em [X]” (grifos nossos) (fl. 179).

Ou seja, se em 28.5.2012 W “terminou sua condição de sócio da X”, em verdade este documento da T melhor explana a realidade dos fatos: o 2º demandado passou a ser sócio da controladora da X, com cinquenta mil ações ordinárias da T e, em seguida, vendeu 23.495 delas para a própria T (por mais de US\$61 mil), mantendo-se sócio da controladora com 26.505 ações ordinárias (fl. 182).

Aliás é curioso que na leitura do próprio *e-mail* de despedida de W do grupo consultante, o 2º demandado tenha cristalizado a manutenção de seu liame: “*Obviamente, continuarei a fazer parte da família T e continuarei a ser sócio da empresa*” (grifos nossos) (fl. 228 dos autos). De tal assertiva não avulta uma

parca relação trabalhista, como é insinuado ao longo das intervenções das demandas no processo judicial.

4.5 Obrigações e atuação de W perante as demandantes

A atuação de W, contudo, não era restrita à mera participação *formal* da vida social da X/Z ou de outra sociedade do grupo econômico, visto que o 2º demandado laborava *materialmente* em funções administrativas estratégicas.

Além de ter sido (a) mencionado como um dos “fundadores” da X em ata da sua atual controladora T (fl. 178), é possível verificar que W tinha (b) a função de supervisionar o *departamento jurídico* e cuidar dos riscos trabalhistas da sociedade (*vide* seu próprio *e-mail* resguardando a cautela para com as horas extras dos empregados) (fl. 197), (c) era responsável por alimentar as auditorias, cuidar da vida bancária, organizar possíveis participações societárias (opções de compra) de empregados, pagamentos de contas e funcionários etc. (*vide e-mail* enviado pelo sócio W para o sócio V) (fl. 198), (d) exercia o múnus de acautelar o grupo econômico demandante com relação aos acordos de “não-competete” (fl. 199) (*vide* seu próprio *e-mail* para o sócio V) e (e) realizou a gerência do fundamental projeto C, coordenando muitas pessoas.

Entretanto, tão ou mais decisiva do que tais documentos (muitos vindos do próprio 2º demandado) é a apresentação que W realizou perante investidores *após seu êxodo* laboral junto ao grupo dos demandantes. Às fls. 295, W se autointitulou “COO at T Co [...] Creator of C App” (grifos nossos). COO é a sigla anglófona que traduzida para o português significa executivo chefe de operações.

Nesta esteira, é indubitável que W exerceu de 2012-2016 inúmeras funções fiduciárias que em muito ultrapassam um corriqueiro vínculo empregatício. Com tal constatação é imune de dúvidas de que o 2º demandado teve contato com toda sorte de informação (contábil, tributária, contratos, estratégias jurídicas, segredos, *know-how*, futuros projetos) sensível dos demandantes.

4.6 Obrigações de um sócio minoritário e do usufrutuário de ações ou quotas

A maior parte da doutrina⁴⁷ do direito societário se dedica ao estudo da responsabilidade dos sócios administradores, do bloco de controle e da possível

⁴⁷ Aqui se consigna a importância do magnífico estudo de VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Abuso de minoria em direito societário*. Orientador: Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Tese (Doutorado) – FADUSP,

“opressão” que os minoritários podem sofrer pela assimetria de poder perante os majoritários.

Isso, contudo, não impede que qualquer prática de um *dano injusto*⁴⁸ (a exemplo do abuso do direito,⁴⁹ vedação ao enriquecimento sem causa, ato unilateral ou ilícito) pelo quotista/acionista minoritário⁵⁰ seja cerceada pelo ordenamento. Afinal, a própria isonomia que rege o Estado de direito determina que os vilipêndios às regras sejam reprováveis aos titulares majoritários e aos minoritários.⁵¹

Por isso, é necessário recordar que a qualidade de sócio importa a participação num negócio jurídico plurilateral⁵² sinalagmático, engendrando uma série de deveres⁵³ jurídicos para com o *bem comum*,⁵⁴ a universalidade. Entre tais deveres ganham destaque a colaboração e a lealdade, que previnem, por exemplo, um

São Paulo, 2010. p. 52: “O abuso de minoria é abuso que pode se verificar no exercício pelo sócio de cada uma e todas as posições jurídicas subjetivas ativas inerentes à sua situação jurídica, à sua posição contratual na complexa relação jurídica societária” (grifos nossos).

⁴⁸ “É possível que o sócio, em qualquer das sociedades mencionadas, venha praticar atos que violem a lei e, como consequência, se sujeite a responsabilidade decorrente dessa infração. Esse tipo de responsabilidade ultrapassa aquela ordinária pretendida no momento em que se convencionou a sociedade e, portanto, é excepcional ou extraordinária. Numa tentativa de sistematização dos casos nos quais se admite uma extensão da responsabilidade, é perfeitamente admissível agrupá-las em três classes de ocorrência: a) violação de regras societárias” (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial & de empresa*. Teoria Geral da empresa e direito societário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 302).

⁴⁹ “De início chama atenção o fato de se tratar de abuso do direito, não de direito, haja vista que não se abusa do ordenamento como um todo, mas de um determinado direito. O abuso configura-se, justamente, no exercício de um certo e determinado direito subjetivo de modo contrário à ordem jurídica” (CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: MORAES, Celina Bodin de (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 67).

⁵⁰ “Se o interesse do sócio enquanto sócio não se destina ao interesse comum ou conflita com aquele da companhia, inclusive quando extra-societários, transmuda-se em abusivo. Uma minoria temerária e irresponsável é tal [sic] prejudicial quanto uma maioria arbitrária” (FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Direito empresarial II*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 216-217).

⁵¹ “A expressão governança corporativa abarca um conjunto de princípios relacionados à transparência, à boa-fé, à equidade e à lealdade entre a administração da companhia, os acionistas controladores e os demais stakeholders” (PENNA, Paulo Eduardo. *Alienação de controle de companhia aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 259. Grifos nossos).

⁵² “Ao contrário, Ascarelli acentua, desde logo, na apresentação da tese, que a existência de interesses opostos entre os contratantes é característica que se acha também nos contratos de sociedade. Os interesses antagônicos dos contratantes, entretanto, são, no contrato plurilateral, coordenados pelo escopo comum” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 392).

⁵³ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 44.

⁵⁴ “Em decorrência da condição de sócio, surgem deveres consistentes primordialmente na obrigação de “velar nos interesses da sociedade, prestando a esta a sua cooperação e jamais preferindo o interesse individual ao social com o prejuízo da sociedade” (dever de lealdade)” (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 382, dialogando com um excerto extraído do inesquecível J. X. Carvalho de Mendonça).

sócio de se portar de modo *desfavorável*⁵⁵ à sociedade, pois tal representaria um grave⁵⁶ conflito⁵⁷ de interesses.⁵⁸

Deste modo, o fato de que W ocupa e ocupou a situação jurídica de sócio minoritário não o tornou livre ao adimplemento integral dos seus deveres societários. Tampouco há imunidade de W de observar o melhor interesse da sociedade X no hiato temporal em que seu vínculo foi alterado para o usufruto de quotas.

Como não se desconhece, o usufruto é uma espécie do gênero dos direitos reais, podendo incidir sobre uma coisa ou um bem imaterial. No ambiente societário o usufruto de ações e quotas é algo corriqueiro, muitas vezes fruto de um planejamento estratégico empresarial ou tributário, fazendo com que seu titular possa perceber os *bônus*⁵⁹ da vida societária.

Ou seja, a titularidade de uma posição societária não se esgota na propriedade, visto que situações de posse (inclusive *ad usucapionem*⁶⁰) ou de usufruto também são frequentes.

⁵⁵ “No decorrer da vida social, o sócio tem o dever de cooperação para a consecução do objeto e dos objetivos sociais. A todo poder corresponde uma responsabilidade o sócio deve agir para promover o objetivo social ou, pelo menos, abster-se de agir em sentido contrário. Ações ou omissões do sócio que venham a pôr em risco a atividade empresarial desenvolvida pela sociedade podem ser motivo de sua exclusão como, por exemplo, quando o sócio faz, individualmente, concorrência à sociedade, sem o devido ajuste entre os sócios para tanto” (BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232-234).

⁵⁶ “No Conflito Material, as circunstâncias com relação às quais o voto foi exercido, e sempre posteriormente a seu exercício, são avaliadas como forma de se buscar identificar qualquer espécie de prejuízo para a sociedade com a aprovação daquela matéria” (BARBARESCO, Marcelo. *Compropriedade e sociedade*. Estrutura, segurança e limites da autonomia privada. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 122). Se a doutrina dirige boa parte do seu foco para os conflitos formais e materiais em matéria do exercício do direito de voto, tal não extirpa a incidência de conflitos de interesse advindos de outras práticas, *v.g.*, o vazamento de dados, a concorrência para com a sociedade etc.

⁵⁷ “Quando um único indivíduo é diretor de duas empresas cujos interesses estão em conflito, pode ter de fazer algumas escolhas difíceis. Segundo uma ética rigorosa, a comunidade comercial considera ser seu dever resolver a situação de acordo com o maior bom senso comercial que possa ter. Uma sensibilidade moral mais refinada poderia levá-lo a renunciar a uma das diretorias” (BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 193).

⁵⁸ “A proibição do conflito de interesses é uma das consequências logicamente necessárias do dever de agir no interesse da companhia quando o acionista ou dirigente escolhe exercer seus direitos e poderes violando o interesse comum, seja para satisfazer um interesse pessoal exterior à sociedade” (FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 299).

⁵⁹ “Ora, consoante o supramencionado art. 205, caput, da Lei de S.A., a companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, for proprietária ou usufrutuária da ação. Ademais, não bastasse a clareza do dispositivo legal, em uma interpretação sistemática do mencionado Diploma, fica nítido que essa é a única possível, visto que a existência de lucro líquido, aferido do exercício em que se tiver realizado, é pressuposto essencial à distribuição de dividendos, conforme o art. 202, parágrafos, da Lei de S.A” (STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.326.281/RS. Min. Luis Felipe Salomão. DJ, 1ª set. 2017).

⁶⁰ “Esse raciocínio direciona, finalmente, a conclusão acerca da susceptibilidade à usucapião das ações escriturais. Aceita, no plano teórico-dogmático, a *possessio iuris*; realizada, no plano positivo, a extensão

Aliás, os precedentes e a doutrina dão conta que tanto o nuproprietário⁶¹ quanto o usufrutuário⁶² gozam de relações jurídicas complexas⁶³ perante a sociedade e que, havendo o liame de controle⁶⁴ intersocietário,⁶⁵ tais relações jurídicas também se espraiam para as demais pessoas jurídicas.

Assim, é preciso salientar que, além dos direitos do usufrutuário de ações/quotas (em especial o de perceber os dividendos), há uma série de deveres⁶⁶ que devem ser observados, mas o maior deles é o de velar pela conservação do bem, *in casu*, da universalidade de direito que compõe a sociedade.

conceitual da propriedade e da posse aos bens imateriais; e confirmada, no plano prático, a documentabilidade de *res incorporea*, que segue, no direito societário, formas e registros próprios, nada há a impedir a aquisição da propriedade (titularidade) por usucapião àqueles que, no prazo legalmente cominado à usucapião de coisas móveis, detêm a posse (legitimidade) dessas ações” (MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. Usucapião de coisa incorporea: breves notas sobre um velho tema novo. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo – Embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 653).

⁶¹ “Acrescente-se, por oportuno, que o usufruto – direito real transitório de fruir temporariamente de bem alheio como se proprietário fosse – pressupõe a obrigação de preservar a substância da coisa, sem qualquer influência modificativa na sua propriedade. Ainda que, como regra, a legitimidade para contestar operações internas da sociedade seja dos sócios, não de ser excepcionadas situações nas quais terceiros estejam sendo diretamente afetados, exatamente como ocorre na espécie, em que a administração da sócia majoritária, uma holding familiar, é exercida por usufrutuário, fazendo com que os nuproprietários das quotas tenham interesse jurídico e econômico em contestar a prática de atos que estejam modificando a substância da coisa dada em usufruto” (STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.424.617/RJ. Min. Nancy Andrighi. *DJ*, 16 jun. 2014).

⁶² “De se notar que o problema não é solucionado com a simples atribuição desses poderes, pelo legislador, a um dos titulares de direito real sobre a ação, como ocorre, por exemplo, na Itália com o voto, atribuído pelo Código Civil daquele país (art. 2.352) ao usufrutuário e ao credor pignoratício, salvo pacto contrário. É que esse poder não deve ser exercido de modo a prejudicar o interesse do outro titular de direito real” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio. Pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 83).

⁶³ “As figuras clássicas de relações jurídicas complexas são aquelas em que já se encontra introjetada a bilateralidade que se estabelece entre sujeitos (poderes e deveres), visando a tutela de um interesse, tais como matrimônio, parentesco, locação, condomínio etc. O encaixe da propriedade nessa categoria tem a vantagem do reconhecimento da existência de um feixe complexo e indissociável de direitos e deveres, inerentes ao próprio instituto” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 45).

⁶⁴ “A existência da relação jurídica entre as empresas controladas e as holdings familiares está intimamente relacionada com o liame jurídico entre estas e a recorrente, defluindo-se daí interesses diretos e indiretos sobre todas as sociedades empresariais do grupo, uma vez que o aviltamento do patrimônio das sociedades controladas acarretará, consequentemente, o esvaziamento do patrimônio das sociedades controladoras, da qual a recorrente integra diretamente o quadro social. 6. Sob a ótica de que, in casu, a personalidade jurídica no grupo de empresas deve ser tomada dentro da realidade maior da junção das empresas componentes, e não no seu aspecto meramente formal, a confiança que deve reinar entre os sócios da empresa também deve imperar no relacionamento entre os sócios da holding e as empresas coligadas, constituindo-se em um dos pilares da *affectio societatis*” (STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.223.733/RJ. Min. Luis Felipe Salomão. *DJ*, 4 maio 2011). É importante recordar que as sociedades demandantes foram constituídas e permanecem administradas como “entidades” familiares, sob a batuta dos irmãos V e A.

⁶⁵ “As sociedades podem ligar-se por relações de controle ou coligação, como subsidiária integral, participação em grupos, por consórcio ou em joint venture” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 503).

⁶⁶ *Mutatis mutandi*, vide a lista exemplificativa dos arts. 1.400-1.409 do CC/2002, arts. 40, 114, 169, §2º, 171, §5º da LSA.

Deste modo, quando às fls. 137 dos autos se lê que “Os usufrutuários têm o direito exclusivo de receber dividendos e quaisquer outras distribuições a serem realizadas pela Sociedade”; tal atrai, também, uma série de ônus⁶⁷ àqueles que se beneficiarão dos montantes a serem distribuídos. Entre tais obrigações é possível ventilar que nem o titular da ação/quota ou o usufrutuário poderão atuar em prejuízo à universalidade societária.

Resta asseverar, ainda, que as alterações estruturais⁶⁸ havidas na X perante W (sócio minoritário/sócio minoritário da controladora/usufrutuário) não impactaram materialmente em seus deveres para com a sociedade, em seu *status socii*.⁶⁹

4.7 Conclusão provisória

Vistos os documentos é possível concluir que a tese de que W foi um mero ex-empregado dos demandantes é de todo improcedente pois (1) (a) W foi sócio minoritário da X por anos; (b) W passou a ser sócio da controladora (T) da X e (c) W passou a ser usufrutuário das ações da X; (2) W permanece como sócio minoritário da Z até o presente momento; e (3) W exerceu funções de diretor, gestor e gerente de produto junto aos demandantes, não se tratando de múnus fungível ou de menor importância. Cuidam, de fato, de labores fiduciários.

Por fim, a comparação feita pelas demandadas às fls. 551 (“um ex-executivo do Banco Itaú, que ainda detenha [sic] ações do Banco, não pudesse vir a trabalhar no Banco do Brasil, apenas por ser um mero acionista minoritário do empregador anterior”) é no mínimo descabida. Em primeiro lugar o ambiente bancário não encontra paralelo no mercado de entretenimento virtual. Em segundo lugar não se vê similitudes entre uma sociedade de economia mista e aquelas que compõem o polo ativo desta demanda. Em terceiro (e derradeiro) lugar é útil recordar que as demandantes são *sociedades de pessoas* em que cada partícipe do corpo social

⁶⁷ Entre tais ônus, incide a “não competição” da cláusula 9.1 do acordo de quotistas, devidamente mencionado às fls. 415 dos autos.

⁶⁸ “Para se compreender um instituto jurídico, não basta analisá-lo estaticamente, mas importa, também, observar e discutir os problemas que suscita a sua aplicação, na vida social, ou seja, estudá-lo sob o aspecto dinâmico. A fisiologia completa a anatomia” (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 265).

⁶⁹ “É definido pelos autores como um pressuposto, cuja verificação acarreta uma série de direitos e obrigações” (MARINO, Daniela Ramos Marques. *O status socii*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 182).

a integra por razões personalíssimas,⁷⁰ diferentemente de uma *sociedade de capitais*⁷¹ como o Banco do Brasil.

Sim, é plenamente possível que a restrição de concomitância de participações societárias, distintas de um grupo econômico, seja qualitativamente mais forte no que tange às sociedades *personalíssimas* do que naquelas em que apenas o capital é relevante.

5 Os requisitos e a existência da concorrência

5.1 Teoria da concorrência no âmbito privado ou micro

Antes de perquirir qualquer alegação de *deslealdade* entre os litigantes, mister se faz o cotejo acerca da existência dos requisitos basilares da *concorrência*, que cuida da *disputa pela idêntica oportunidade mercantil*.⁷²

Segundo a doutrina tradicional,⁷³ três elementos são imperativos para perscrutar tal ato ilícito, quais sejam: (i) simultaneidade⁷⁴ cronológica dos agentes econômicos; (ii) identidade de produtos/serviços (manteiga vs. manteiga) ou, ao

⁷⁰ “Bem por isso, a análise da atuação da pessoa física na condução dos rumos que a pessoa jurídica deve trilhar, deve ser pautada por lealdade própria destinada a não obstruir nem obstar os fins e interesses perseguidos pela pessoa jurídica” (NERY JUNIOR, Nelson. Abuso dos direitos de sócio minoritário – Abuso do direito de demandar. *Revista dos Tribunais On-line*, São Paulo, v. 4, set. 2014. p. 10).

⁷¹ Aliás, como não é incomum que um sujeito de direito exerça o direito de adquirir ações de companhias *rivais*, o direito positivo estabelece uma série de limites para que se mantenha a assimetria informacional: “A regra não se aplica às sociedades anônimas, em virtude do disposto na norma do art. 105 da lei acionária. E isto se justifica. É que, em virtude da instabilidade do quadro societário (característica das companhias abertas), não se pode admitir a qualquer acionista o acesso livre aos livros da companhia. Se isso fosse possível, qualquer concorrente poderia adquirir uma participação mínima no mercado, habilitando-se a desvendar os segredos da companhia” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresário, as sociedades*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 86).

⁷² “O vocábulo ‘concorrência’ designa também *competição, disputa* pela mesma oportunidade de troca. Trata-se, então, da ‘disputa da clientela’, como quer a nossa jurisprudência quando é chamada a decidir sobre práticas desleais de mercado”. Estamos, aí, no campo da proteção direta do *concorrente* (e não mais da concorrência). O interesse juridicamente tutelado é o do *agente econômico* e o sistema tem por escopo assegurar-lhe condições de leal disputa pelo mercado, no exercício das suas vantagens competitivas” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 303).

⁷³ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 271.

⁷⁴ “Para a configuração da concorrência desleal, para além disso, revela-se indispensável a simultaneidade da utilização dos nomes, em que um dos litigantes se valeu da notoriedade e popularidade da marca já existente e circulante no mercado para angariar a clientela a ela vinculada. Não há como aplicar, analogicamente, este entendimento à espécie dos autos. O periódico editado pela autora não era produzido há mais de mais de cinco anos – o que, em se tratando de publicação diária, é um lapso considerável de tempo –, e seus consumidores da época, provavelmente, migraram para outros produtos do mesmo gênero” (TJPE, 4ª Câmara Cível. AC nº 133.994-0 Des. Jones Figueiredo, j. 3.6.2009).

menos, sua intercambialidade (manteiga vs. margarina, requeijão ou patê) e (iii) idêntico território⁷⁵ de disponibilização/atuação.

É preciso atentar, contudo, que, paulatinamente, a jurisprudência, a doutrina e as novas tecnologias vieram a trazer certos temperamentos aos três requisitos mencionados. *Verbi gratia*, (i) desde os anos oitenta o STF⁷⁶ reconhece a tutela da concorrência privada também pela *potencialidade de ingresso mercantil* de um dos agentes e desde os anos 60 a doutrina⁷⁷ salvaguarda as hipóteses de *lingering goodwill*; (ii) a doutrina ventila a importância da elasticidade de demandas como algo a ser cotejado quanto ao requisito da identidade⁷⁸ e (iii) o comércio eletrônico de bens imateriais suplantou, parcialmente, o requisito da territorialidade.⁷⁹

Ressalte-se que há julgados que, ainda por cima, incorporam um quarto requisito para a constatação de uma *concorrência efetiva* entre agentes econômicos, qual seja o preço. Por exemplo, numa hipótese em que duas empresas de vestuário (identidade da seara mercantil), no mesmo ano, no mesmo país/

⁷⁵ “Como pode ocorrer ‘concorrência’ entre dois restaurantes situados em cidades, ou melhor, em estados diferentes? Por óbvio que não existe disputa pela preferência dos clientes. Ninguém virá ao restaurante da apelada, localizado nesta Capital, num sábado a noite, por exemplo, quando o apelante estiver lotado ou o chopp não estiver gelado! Não há como visualizar a alegada “concorrência desleal” (TJGO, 4ª Câmara Cível. AC nº 121.286-0/188. Des. Carlos Escher. DJ, 28 abr. 2008).

⁷⁶ “Aliás, é ao menos temerária, no direito brasileiro, a tese no sentido de que um concorrente potencial não possa prejudicar um concorrente atuante, incidindo em conduta típica de concorrência desleal” (STF, 1ª Turma. RE nº 116.089/RJ. Min. Sydney Sanches, j. 7.3.1989).

⁷⁷ “La cessazione (indipendentemente dal trasferimento del marchio) definitiva (73) da parte del titolare della produzione o del commercio dei prodotti ai quali il marchio si riferisce [v. art. 43, n. 2, 1. marchi; non importa però necessariamente cessazione definitiva, la dichiarazione di fallimento (74)], provoca (75), a sua volta, l’estinzione del diritto e forse più esattamente del bene, dato il venir meno di una connessione con un genere di prodotti al quale dovrebbe riferirsi l’efficacia distintiva. In quest’ultima ipotesi può domandarsi se il segno non possa poi da altri essere adottato come marchio e, come già per l’analoga questione in tema di ditta (e v. dei resto l’orientamento già ricordato dell’art. 100, 1. d. aut. in tema di testata del periodico), inclinerei a rispondere che ciò è possibile quando, pel decorso del tempo, il segno abbia riacquisito efficacia distintiva, abbia cioè perso la connessione con i prodotti che precedentemente indicava” (ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 469).

⁷⁸ “Mesmo uma empresa com grande participação nas vendas de determinado produto pode não ter qualquer poder de aumentar os preços. Basta que existam (a) vários substitutos para seu produto ou, então, (b) vários concorrentes prontos a entrar no seu mercado tão logo preços mais elevados tornem maiores as possibilidades de sucesso e de lucro daquele mercado. As letras ‘a’ e ‘b’ correspondem, respectivamente, aos conceitos microeconômicos de elasticidade cruzada da demanda (*demand cross elasticity*) e elasticidade cruzada da oferta (*supply cross elasticity*)” (SALOMÃO, Calixto Filho. *Direito concorrencial, as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 96).

⁷⁹ “Com relação à territorialidade, ressalvados os países que restringem o acesso de certos nomes de domínio (por questões de política pública legítima, censura ou picuinha), uma das *belezas* da internet é a *ignorância* das separações físicas entre o titular aziendale e o consumidor. Acaso a mercadoria/serviço comercializado seja tão intangível quanto o estabelecimento virtual acessado, é possível se constatar a identidade *territorial* (quanto à atuação) entre agentes econômicos com sede física na Guatemala e outro na Mongólia” (BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 86. No prelo).

estado/cidade, comercializavam elementos de indumentária, o STF entendeu pela plena continuidade de tal convivência, eis que o público da Hérmes (patuleia) não se confundia com o consumidor da francófona empresa Hermès (aristocracia).⁸⁰ Ou seja, disparidades grosseiras de montante pecuniário são hábeis a obstar a constatação de *efetiva* concorrência, ainda que os três requisitos elementares para a *concorrência-potencial* possam estar consagrados no caso em concreto.

5.2 A existência de concorrência no caso concreto

Vistos os *arquétipos* e *requisitos* da concorrência-privada perante suas premissas maiores, faz-se necessário densificá-los. Com relação à exigência da simultaneidade cronológica, todas as sociedades empresárias mencionadas na lide conviveram (até o último semestre de 2017) ou ainda convivem:

Sociedades empresárias	Elemento cronológico
X	4.4.2011 – Até a presente data
Z	26.3.2012 – Até a presente data
T	1º.6.2012 – Até a presente data
P	5.2.2015 – Até 28.8.2017
B/Y	19.8.2016 – Até a presente data

Analisadas as datas é possível constatar que (i) o grupo econômico das demandantes foi todo constituído preteritamente às sociedades criadas pelo 2º demandado e (ii) uma das sociedades (P) edificadas pelo W foi criada durante seu pleno vínculo societário e laboral para com as demandantes. Assim, como quase todas estão em pleno funcionamento, isto resulta no atendimento do requisito competitivo da simultaneidade cronológica.

No tocante ao requisito da identidade de objetos (tanto nos “clones” quanto nos afins) é necessário cotejar os contratos sociais das sociedades empresárias relevantes. *In casu* todas elas versam sobre o desenvolvimento de programas de computador e seu uso cibernético.

⁸⁰ “também se afigura duvidoso se os produtos de fabricação de sua casa-matriz francesa, ilustrados no catálogo por seu notório e indiscutível grau de sofisticação, são conhecidos por uma parcela maior dos consumidores locais do que os artigos identificados com a marca Hermes” (STF, 1ª Turma. Rex nº 115.820-4. Min. Sydney Sanches. *DJ*, 19 fev. 1993).

Sociedades empresárias	Objeto social – Atuação
X	“exercerá as atividade de desenvolvimento de aparelhos de comunicação e softwares em geral” (fl. 100 dos autos)
Z	“objeto social as atividades de desenvolvimento de aplicativos para aparelhos de comunicação e softwares em geral, bem como a exploração de propaganda e publicidade através de anúncios” (fl. 174 dos autos)
T	“The objects for which the Company is established are unrestricted” (documento fornecido pelo consulente) – entretanto exerce o controle da X, atuando, também, mediatamente nos mesmos mercados.
P	“portais, processamento de dados, provedores de conteúdo, assinatura e outros serviços de informação na internet” (fls. 306 e 671 dos autos)
B/ Y	“desenvolvimento e licenciamento de software e outros serviços de informação na internet” (fls. 276 e 583 dos autos)

Com relação aos litigantes X, Z e Y, é importante ressaltar que estes atuam no ambiente de *aplicativos on-line para entretenimento e educação*.⁸¹ Ou seja, independentemente da temática (mística, jogos, coloração etc.), o exercício mercantil das partes funciona conforme os dizeres do Imperador Vespasiano: *pecunia non olet*. Pode-se afirmar ser característico daqueles que produzem programas de computador (que se tornarão um aplicativo cibernético) realizar a maior amplitude de escopo e de variedades para ampliar sua clientela.

Aliás, conforme antecipado na primeira parte deste parecer, a 1ª demandada classifica (no App Store) seu aplicativo *dogmático* (H.B.) como “B” (grifos nossos) e as demandantes exploram fortemente o mercado dos jogos *on-line*. Há, por sinal, outro fato importante que merece lembrança, que foi a preparação das demandantes para atuarem no mercado místico/esotérico/religioso⁸² conforme

⁸¹ Vide o aplicativo que facilita o aprendizado da matemática, titularizado pelo grupo consulente, que pode ser encontrado no sítio: MATH Learner: Class Teacher. *App Store*. Disponível em: <https://itunes.apple.com/ph/app/math-learner-easy-mathematics/id1148728253?mt=8>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁸² Se originalmente o múnus religioso poderia ser considerado algo estranho ao capitalismo, e, portanto, de incidência da concorrência, têm se popularizado demandas de *concorrência desleal* e violações a bens imateriais entre seitas. V.g.: “Por derradeiro, não tenho como conflitantes as denominações das recorridas, Igreja Gnóstico Cristã Universal Samael Aun Weor do Brasil e Movimento Gnóstico Cristão Universal Samael Aun Weor do Brasil – Antiga Ordem, e da recorrente, Movimento Gnóstico Universal do Brasil na Nova Ordem, porque comuns os termos ‘Movimento Gnóstico Universal’, ‘Gnóstico Cristã Universal’ e ‘Samael Aun Weor’ no âmbito religioso, utilizados não apenas nos nomes das partes litigantes, como também de inúmeras outras associações religiosas nacionais e estrangeiras” (TJMS, 4ª Turma Cível. AC nº 2004.008581-8/0000-00. Des. Pachual Leandro, j. 16.8.2005).

ata de reunião do dia 12.7.2015 (fls. 222/223 dos autos – *vide* que a data é pretérita à constituição da 1ª demandada). Neste sentido, hoje as demandantes também exploram o “mercado dos *fiéis*”.

Nesta esteira, seja (a) pela superposição *temática* dos objetos nos contratos sociais, seja (b) pela elasticidade do mercado de *entretenimento on-line* ou (c) pelo exercício recíproco da atuação das partes com os *games* e os aplicativos *religiosos*; é possível ventilar que o requisito da identidade/elasticidade se faz presente.

O terceiro requisito (da territorialidade) também se faz presente.

Sociedades empresárias	Sede	“Território” de atuação
X	São Paulo/SP (fl. 100, cláusula 2ª do CS)	Internet – acesso em todo país e alhures
Z	São Paulo/SP (fl. 173, cláusula 2ª do CS)	Internet – acesso em todo país e alhures
T	Elgin Avenue, George Town, Grand Cayman KY1-9005, Ilhas Cayman, mas controlando a sociedade X com sede em São Paulo/SP – documento enviado pelo consulente	Internet – acesso em todo país e alhures – na qualidade de controladora da X
P	São Paulo/SP (fl. 306, cláusula 1ª)	Internet – acesso em todo país e alhures
B/ Y	São Paulo/SP (fl. 276, cláusula 1ª)	Internet – acesso em todo país e alhures

Tomando como base as sociedades empresárias descritas acima, com exceção da T, é possível concluir (a) que *todas* estão sediadas na capital do estado de São Paulo e que, (b) com relação aos destinatários finais (consumidores/utentes), todas, incluindo a T, atendem aos mesmos territórios,⁸³ virtualmente. Aliás, os litigantes basicamente atendem às demandas advindas do mesmo *sítio cibernético*: a App Store.

Mesmo que se perquiria os preços praticados pelos litigantes em seus aplicativos *on-line*, tampouco se denota uma disparidade suficiente a apartar os *públicos*.

Vistos os requisitos abstratos: (a) simultaneidade, (b) identidade/elasticidade, (c) territorialidade e concreto, (d) preço, é indubitável a existência de superposição de atividades por parte dos litigantes. Aliás, tal raciocínio linear – sobre

⁸³ É particularmente curioso notar que os endereços das sociedades P (constituída “secretamente” durante os vínculos laborais e societários de W com os demandantes) e Y coincidem.

a existência de concorrência – acabou sendo ratificado pelos nobres patronos do 2º demandado, quando enviaram notificação extrajudicial aos demandantes enfatizando sua ótica de que, *ausente a assinatura* do acordo de não concorrência, as atuações *simultâneas* poderiam ser exercidas: “*encontrando-se o [W], desde então, livre e desimpedido para desenvolver as suas atividades, inclusive no mesmo ramo de negócios da [X]*” (fl. 389 dos autos) (grifos nossos).

Destarte, uma das premissas da r. decisão judicial de fl. 704⁸⁴ é tecnicamente imprecisa, visto que (1) a própria 1ª demandada classifica seu *aplicativo* como um tipo de *game* (ou entretenimento) e a (2) 2ª demandante também explora o mercado de aplicativos religiosos.

Uma vez constatado que os litigantes (somada a sociedade P constituída pelo 2º demandado) exercem atividades concorrentes; é preciso aferir se é lícito a um integrante do corpo social-empresarial concomitantemente ao *status socii* imbuir-se de atividades caracterizadas pela *rivalidade*.

5.3 Concorrência interdita⁸⁵

Como já foi explanado, o 2º demandado permanece até a presente data como sócio da 2ª demandante, por anos foi sócio da 1ª demandante e até o mês de dezembro de 2017 fora usufrutuário de quotas da controladora da 1ª demandante. Não obstante, conforme foi explicitado no primeiro capítulo deste parecer, as sociedades demandantes têm como principais ativos (i) seus *programas de computador* (tutelados por direitos autorais de *softwares* – Lei nº 9.609/98) e (ii) seus *segredos empresariais* (resguardados tanto por um direito constitucional de privacidade – art. 5º, X, quanto especificamente contra seu acesso por vias ilegítimas – art. 195, da Lei nº 9.279/96) imbricados para o aperfeiçoamento e a criação de novos aplicativos.

Segundo as lições de Ulpiano, há uma tríade de princípios gerais de direito que informam qualquer relação humana (e também incidem nesta contenda): *honeste vivere, alterum non laedere e suum cuique tribuere*.⁸⁶ Tais seriam as

⁸⁴ “É pacífico nos autos que os quatro aplicativos desenvolvidos pelo requerido no seio da sociedade Y não se referem a jogos, mas a outros temas” – excerto da decisão do culto magistrado Luis Felipe Ferrari Bedeni, j. 18.12.2017.

⁸⁵ “É interdita, por lei, a concorrência de um competidor do titular da patente quanto ao objeto do privilégio; é interdita por via contratual a concorrência do vendedor de um fundo de comércio No caso da concorrência interdita, o parâmetro de proibição é a lei, o privilégio ou o contrato pertinente” (BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 456).

⁸⁶ “Honeste vivele, neminem laedere, suum cuique tribuere (viver onestamente, non far male ad alcuno, dare a ciascuno il suo); ma il Cristianesimo ha ridotto la trinità in unità con quella che i teologí chiamano la regala d’oro: fa agli altri quello che vorresti fatto a te stesso” (CARNELUTTI, Francesco. *Come nasce il diritto*. Milano: RAI, 1942. p. 55).

bases do ordenamento jurídico civilizado, composto de regras, princípios, valores e postulados. Por tal razão, ainda que a *livre iniciativa* e *concorrência* seja um *ponto de partida* comum ao capitalismo, há circunstâncias em que tais prerrogativas devam ser temperadas.⁸⁷

Aliás, o próprio direito positivo parte de premissas de vedação à *competição*, a exemplo do que (i) ocorre no *trespasse*⁸⁸ (com obrigações pós-contratuais de abstenção) ou no *usufruto do estabelecimento* (com a circunscrição concorrencial vigente enquanto durar o usufruto); (ii) nos contratos de trabalho⁸⁹ com a sanção de demissão com justa causa (obrigação vigente enquanto perdurar o liame laboral); (iii) nos monopólios⁹⁰ e (iv) na advocacia.⁹¹

Na vida societária-empresarial também é precatada a atuação de seus membros em atividades colidentes e em outras pessoas jurídicas que se proponham a realizar concorrência. Este dever jurídico inicia com o ingresso do sujeito na sociedade e, por óbvio, só termina, *a priori*, com seu êxodo.⁹² Tal conclusão⁹³ independe de uma peculiar cláusula no estatuto social ou de um pacto adjacente específico para vedar a concorrência, posto que incide imediatamente do ordenamento jurídico, sua coerência e dever de lealdade.⁹⁴

⁸⁷ “Veda-se ao empresário a prática da concorrência indevida, como estratégia destinada a tutelar os interesses dos partícipes do mercado” (FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 104).

⁸⁸ Código Civil, art. 1.147: “*Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato*” (grifos nossos).

⁸⁹ CLT, art. 482: “*Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço*” (grifos nossos).

⁹⁰ Decreto-Lei nº 204/1967, art. 1º: “*A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei*”.

⁹¹ Lei nº 8.906/94, art. 15, §4º: “*Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, constituir mais de uma sociedade unipessoal de advocacia, ou integrar, simultaneamente, uma sociedade de advogados e uma sociedade unipessoal de advocacia, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional*”.

⁹² Código Civil, art. 1.001 “*As obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais*”.

⁹³ “enquanto não estiver formalizada sua retirada da sociedade, não pode o agravante integrar quadro societário de empresa que desempenhe função no mesmo ramo de atividade da agravada e que concorra com ela” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AI nº 189311-54.2015.8.26.0000. Des. Pereira Calças, j. 2.3.2016).

⁹⁴ “o respeito pelo interesse social é a principal manifestação do dever de lealdade dos sócios; estes devem sempre orientar a sua conduta, dentro e fora da sociedade, de modo a não pôr em causa o interesse social e os interesses dos outros sócios que deste derivem Como exemplo de comportamentos que substanciam uma violação do dever de lealdade em função do tipo societário ou da posição dos sócios na sociedade Jorge Manuel Coutinho de Abreu/Alexandre Soveral Martins indicam a obrigação de não concorrência resulta, tradicionalmente, o entendimento de que o dever de lealdade é mais intenso nas sociedades por quotas do que nas anônimas, por ser mais estreita a ligação dos sócios à sociedade no

É preciso destacar que aqui não se versa sobre a hipótese de um ex-sócio constituir sociedade para competir com a pretérita empresa (no perfil subjetivo), mas sim de um agente econômico integrante do corpo social (sócio/usufrutuário de quotas) *que durante tal hiato de tempo* fundou sociedades concorrentes (P e Y/B). Isto é flagrantemente ilícito,⁹⁵ inclusive aos sócios minoritários⁹⁶ de uma sociedade de pessoas.

Desse modo, até por um truísmo, os contratos sociais das demandantes averbaram cláusula recordando (i) X (fls. 102, 108 dos autos) (com grifos) “sócios no exercício de suas respectivas *funções e atribuições* farão jus a uma retirada mensal [...]”; “*os usufrutuários têm o direito exclusivo de receber dividendos e quaisquer outras distribuições*” (fls. 137, 149, 158 e 167 dos autos) (grifos nosos) e (ii) Z (fl. 175) (com grifos) “sócios no exercício de suas respectivas *funções e atribuições* farão jus a uma retirada mensal [...]”. Não teria como haver distribuição de dividendos sem que aqueles vinculados à sociedade arcassem com os ônus de tal mister.

5.4 Conclusão prefacial deste capítulo

Não há como se afastar a incidência de concorrência entre litigantes, visto que se está diante (i) de superposição territorial (do estado de São Paulo para

primeiro tipo” (RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica*”. Coimbra: Almedina, 2009. p. 543; 548; 552).

⁹⁵ “Ação de dissolução parcial de sociedade por culpa de sócio. Concorrência desleal. Caso em que se deferiu tutela antecipada diante de prova inicial suficiente de que o réu desempenha a mesma atividade noutra sociedade, sediada no mesmo endereço, de que são sócias sua esposa e sua filha” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AI nº 20160654620178260000. Des. Cesar Ciampolini. DJ, 23 maio 2017).

⁹⁶ “Concorrência desleal. Pessoa jurídica ré constituída pelo corréu enquanto ainda sócio da autora, para atuar no mesmo ramo. Enquanto ainda era sócio minoritário da autora, em janeiro de 2012, constituiu uma nova sociedade denominada MITRAX – Indústria e Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda (cf. fls. 57), porém e sintomaticamente de cujos quadros sociais se retirou apenas um mês depois, voltando a atuar na empresa, segundo reconheceu, depois de sua exclusão da autora, e malgrado a asserção desta de que, na verdade e de fato, a atuação nunca cessou. Seja como for, a explicação para ter constituído outra empresa e ter dela se retirado logo depois, tudo enquanto ainda sócio e enquanto trabalhava na autora o réu não demonstrou de forma bastante. Disse que o fez porque tinha restrições cadastrais. Todavia, não explicou porque, apesar delas, teve que se retirar, mas pôde constituir a outra empresa. Ademais, a comparação dos objetos sociais e a verificação da própria Daí entender-se demonstrada a prática de concorrência desleal pelos corréus, aqui sendo oportuna a advertência de Fábio Ulhoa Coelho no sentido de que, “como as motivações e os efeitos da concorrência leal e desleal são idênticos, a diferença entre elas se encontra no meio empregado para conquistar a preferência dos consumidores”. (Curso. Direito de empresa. 12ª ed., Saraiva, v. 1. p. 191). Significa dizer que, ainda não se impeça o réu de concorrer no mesmo ramo da autora, como se pondera na sentença, os meios de que a tanto se utilizou são, como visto, abusivos, constituindo empresa de que procurou se ocultar quando ainda era sócio da apelada e, depois de desligado, valendo-se ainda de seus sinais identificativos ou com eles confundidos para responder a clientes que procuravam negócios com a demandante” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AC nº 10964564620148260100. Des. Claudio Godoy, j. 13.2.2017).

todo o mundo via internet), (ii) em temporariedade sincrônica, (iii) com identidade de bens (aplicativos de entretenimento em geral, jogos e programas de computador com acesso a conteúdo religioso) e sem (iv) disparidades de preços nos serviços/produtos.

Ademais, o ordenamento jurídico (dever jurídico)⁹⁷ impõe que os integrantes (minoritários ou não) e usufrutuários de quotas de sociedades de pessoas não se imiscuam na prática de atividades colidentes, independentemente da existência de um *pacto obrigacional* adicional neste sentido.

6 Da concorrência desleal (CD)

6.1 Deslealdade e o mercado relevante

A partir da adesão do Brasil à Convenção da União de Paris,⁹⁸ um dos conceitos mais consagrados quanto à noção de deslealdade concorrencial versa sobre *um padrão de conduta desconforme* daquilo que é o *normal*,⁹⁹ dentro de determinado setor. Reitere-se: não se parte da ótica utópica de que o *bioma* econômico seja composto de santos, anjos, partícipes da ordem das carmelitas, que ostentem uma elevada moralidade,¹⁰⁰ ou de uma ética de *bonzinhos beatos*.¹⁰¹ É dentro do meandro *comercial* que se apura o que é *desleal ou não*.

⁹⁷ “O dever jurídico consiste na exigência de se adotar certo comportamento em razão de imposição do ordenamento jurídico e, como tal, é reputado dever genérico imposto a toda a coletividade” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*. Obrigações. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11).

⁹⁸ Art. 10, bis, 2: “Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial”.

⁹⁹ “a deslealdade concorrencial é o comportamento imprevisível do agente econômico, segundo o parâmetro das informações de acesso comum a todos agentes, excetuado o exercício normal da atrição concorrencial, e as mutações do contexto concorrencial resultantes da inovação” (BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1. p. 477-478).

¹⁰⁰ “A palavra desleal no termo concorrência desleal não pode ser entendida como concorrência moralmente recusada. Alguns atos de concorrência, apesar de nem sempre serem “moralmente” aceitos, podem ser lícitos, legais, de acordo com as regras do mercado em que se atua” (BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1. p. 488).

¹⁰¹ “Na Natureza não há crueldade nem compaixão. Na selva, toda a gazela termina os seus dias nos dentes do leão. Nenhuma morre de morte natural. Mas tudo acontece sem que o leão seja cruel, e sem que tenha também piedade. Os sentimentos são alheios à vida da selva. Na concorrência não há crueldade nem compaixão. Tudo se passa de modo muito semelhante ao da selva. Mata-se e morre-se com inocência. Em relação à vida da selva aperfeiçoou-se espantosamente o engenho, mas há uma idêntica neutralidade em relação a camadas superiores da vida do espírito [citando ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 422-423]” (STJ – Portugal. Processo nº 3/05.9TYLSB.P1.S1, 6ª Secção. Rel. Fonseca Ramos, 13.7.2010).

Como um dos exemplos clássicos¹⁰² da doutrina, na luta de boxe ou na arte marcial,¹⁰³ é esperado que um atleta *domine* e *prevaleça* sobre o outro (isso é leal), mas nunca que o nocaute tenha sido obtido pela introdução de um pedaço de ferro escondido dentro da luva do vitorioso (isso seria desleal). Fato é que a liberdade¹⁰⁴ como regra, princípio e valor não serve para finalidades daninhas.

O mesmo ocorre dentro do perfil comercial (que é agressivo): não há nada de ilícito no ato de um agente econômico de conquistar a clientela de outrem, inclusive levando-o à bancarrota,¹⁰⁵ se o fizer por meio de vias legítimas.

Se a concorrência não é só lícita, mas é o *principal* instrumento do capitalismo para atingir uma *eficiência* ótima de preços, qualidade e variedade, tal não significa – mesmo num perfil de liberalismo econômico – que todo expediente ou *truque*¹⁰⁶ será admitido, especialmente quanto à imitação¹⁰⁷ ou o acesso a informações confidenciais por caminhos tortuosos. Como não se desconhece, no mercado dos aplicativos é possível que se copie *trade dresses virtuais*, *teores* ou *argumentos* de jogos, *métricas* e informações confidenciais. Contudo, a “possibilidade” da clonagem não legitima o ato que permanece sendo desleal.

O ato lícito de *causar danos* ao “adversário” poderá significar abuso do direito,¹⁰⁸ a exemplo da escolha de uma série de *íteres* que não sejam apropriáveis

¹⁰² DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975. p. 12.

¹⁰³ “A guerra hoje, pode-se dizer (parafrazeando a famosa fórmula de Clausewitz), parece cada vez mais uma “promoção do livre comércio por outros meios” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 19).

¹⁰⁴ “Não se deve abusar do sagrado nome da liberdade para encobrir uma ação perversa” (BOËTIE, Etienne de La. *Discurso da servidão voluntária*. Tradução e Apresentação de Gabriel Perissé. São Paulo: Nós, 2016. p. 48).

¹⁰⁵ “A concorrência agressiva, ainda que com a finalidade de desviar a clientela alheia e arrogar-se uma melhor posição no mercado, não é reprimida pelo ordenamento, sendo, aliás, inerente ao próprio funcionamento do capitalismo. A entrada no mercado de novos concorrentes e o ataque à clientela alheia são antes incentivados pela própria Constituição Federal, que em seu artigo inicial estabelece a livre iniciativa como um dos fundamentos da República e no artigo 170, inciso IV, ressalva a livre concorrência dentre os princípios que regem a atividade econômica” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado. AC nº 4.719.054.600. Des. Francisco Loureiro, 29. 1.2009).

¹⁰⁶ “Toda luta é baseada em algum truque. Assim, se esta os prontos para o ataque, devemos parecer incapazes; ao usar toda nossa força, devemos dar a impressão de inatividade; quando estivermos próximos, é preciso que o inimigo pense que estamos longe; quando estivermos longe, ele deverá achar que estamos próximos. Jogue algumas iscas para excitá-lo. Finja desordem e o aniquile” (TZU, Sun. *A arte da guerra*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18).

¹⁰⁷ “Os homens andam, quase sempre, por caminhos já trilhados por outros e agem por imitação” (MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Centauro, 2001. p. 41).

¹⁰⁸ “A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o. Com efeito, a caracterização do ato abusivo depende do estabelecimento de limites ao exercício do direito subjetivo, além dos quais o titular ingressa no plano da antijuridicidade, sujeitando-se às sanções correspondentes. Importa, portanto, no reconhecimento de sua relatividade e significa uma valorização da conduta segundo determinados critérios, os quais serão examinados adiante. A teoria aplica-se também a outras prerrogativas individuais, como as liberdades, faculdades, funções ou poderes, visto que todas as possuem igualmente um fundamento axiológico. O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente

com exclusividade – *por si só* –, na tentativa de se aproximar¹⁰⁹ *demais* do outro. Nestas hipóteses, quem *abusa* das liberdades concorrenciais poderá ser enquadrado como demandado, um devedor,¹¹⁰ alguém que viola um comando legal.

Desse modo, como os consulentes investem¹¹¹ pesadamente em ativos intangíveis para criar um *aura identitária* apartada dos demais membros do mercado de *entretenimento digital por aplicativos*, precisa ser protegido pelo ordenamento.¹¹²

6.2 Deslealdade e o público imediatamente afetado

Conforme denotam os documentos anexados ao feito, de fato o destinatário imediato dos serviços e produtos dos litigantes são *utentes de internet*, consumidores dos mais variados espectros (religiosos, crianças em busca de *jogos eletrônicos*, adultos a procura de aplicativos para colorir) que perquirem entretenimento.

Como a interface de um *smartphone* (visto que os litigantes comercializam para IOS e Android) é hoje acessível a todas as classes econômicas, não haverá, necessariamente, um alto grau de discernimento dos interlocutores.

Tal faz com que o crivo da deslealdade não seja apurado sob o enfoque de um nível intelectual dos laureados¹¹³ com prêmios Nobel ou, ao menos, que todos os utentes dos aplicativos *sub judice* sejam mestres e doutores em informática

age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais” (CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 403-405).

¹⁰⁹ “Em definitivo, tem-se abuso toda vez que um comportamento, ainda que coincidindo com o conteúdo do direito considerado de um ponto de vista formal, substancialmente constitui um seu desvio” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 684).

¹¹⁰ “O devedor, em minha consciência, encontra-se na mesma linha do ladrão, procura cientemente defraudar-me do que é meu; na sua pessoa existe a injustiça consciente que se dirige contra o meu direito” (JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 54).

¹¹¹ *Mutatis mutandi*, “Nesse sentido, a busca pela obtenção dos mecanismos de proteção da propriedade industrial, mediante a concessão de patentes, *mostra-se relevante, para que os investimentos continuem a ser gerados, produzindo-se novos medicamentos*” (TRF2, 2ª Turma Especializada. AC nº 2005.51.01.507811-1. Voto vista da Des. Liliane Roriz, 22.9.2009. Grifos nossos).

¹¹² “Protege o comércio honesto contra a ganância ou o inescrúpulo dos especuladores. Converte-se, por todos esses atributos, em elemento considerável de propaganda e de conquista de mercados, assim nacionais, como estrangeiros. Está, por esses e outros motivos, que são evidentes, sujeita à cobiça dos aproveitadores do trabalho alheio. Padece os golpes dos concorrentes desleais” (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. O estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6. p. 594).

¹¹³ “a segurança de um aparato diferenciador de produtos não está baseada somente na necessidade de proteger pessoas incultas e ignorantes, mas, sim, na regulamentação da atividade construtiva, evitando que cópias e plágios fiquem imunes diante dos prejuízos das marcas notórias e vencedoras” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 2.813.834.200. Des. Ênio Zuliani, j. 15.2.2007).

para discernir com precisão detalhes que diferenciem, por exemplo, as diminutas variações dos textos advindos dos “botões” de avaliação dos *Apps* dos litigantes.

6.3 Atos específicos de CD por parte dos demandados

6.3.1 Y ventila titularidades marcárias que não possui

Um ponto já suscitado quando as atividades dos litigantes foram descritas (primeiro capítulo deste parecer) versa sobre uma *falsa atribuição de titularidades* de propriedade industrial. Nesta senda é imperativo aferir que no sítio virtual da 1ª demandada esta se arvora proprietária de marcas vinculadas a um signo determinado. Contudo, sequer há um pedido de registro perante o Inpi, quanto mais marca registrada.

A legislação pertinente (Lei nº 9.279/96) leva tal aspecto tão seriamente, que, para os casos de patentes e desenhos industriais, introduziu tipo penal de concorrência ilícita quando alguém se atribui proprietário sem o sê-lo (art. 195, XIII). Factualmente os preceitos penais devem ser interpretados *restritivamente* e seus róis, taxativamente; mas a ausência de um tipo penal para tal prática com uma marca não torna a conduta *menos reprovável*, ao menos para o âmbito cível da concorrência desleal.

Além de esta conduta poder atrair a incidência abstrata da cognominada concorrência desleal *abstrata* (art. 195, III, da LPI) na seara cível, a práxis da 1ª demandada/Y/B nesta toada não parece coadunar com o art. 4º, VI, do CDC.

6.3.2 W acessou conteúdo informacional restrito das demandantes

Consigne-se que o fato de um ex-empregado resolver persistir na atividade econômica numa outra sociedade¹¹⁴ não importa, *por si só*, concorrência desleal. Contudo, a legislação de regência (nº 9.279/96) destaca especial atenção à utilização dos conhecimentos obtidos durante um extinto vínculo contratual,¹¹⁵ para que

¹¹⁴ “Justamente entre ex-sócios é que, desavindos por alteração contractual, bem pode ocorrer a modalidade de CD em apreço, levando o ex-sócio, para a nova sociedade que fundou, o cabedal de experiência dos técnicos aliciados e com o qual passará a fazer manifesta CD ao sócio remanescente” (DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 215).

¹¹⁵ “There is no requirement of intention. Thus acts in good faith, unconscious use and drawing on information obtained in long forgotten circumstances can still be in breach of confidence” (MACQUEEN, Hector; WAELDE, Charlotte; LAURIE, Graeme. *Contemporary intellectual property: law and policy*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 779).

se evite a ocorrência¹¹⁶ do lamentável fato bem exortado na canção popular: “Você pagou com traição/A quem sempre/Lhe deu a mão”.¹¹⁷

Nesta esteira, um segundo ponto não leal por parte do 2º demandado cuida dos acessos ilícitos à “nuvem”, *rectius* usos,¹¹⁸ com uma parcela relevante dos segredos de negócio das demandantes, após o término da relação laboral de W. Tal fato foi contundentemente descrito em ata notarial (que goza da fidúcia – presunções de validade, legalidade e liceidade pelo império da lei) de fls. 242 e seguintes. Tal conduta foi efetivada, por exemplo, em 8.8.2016 e 18.9.2016. Nesta segunda data, aliás, a 1ª demandada já estava constituída¹¹⁹ e em pleno funcionamento.

Estas condutas além de *per se* configurarem a ilicitude de que trata o art. 195, XI, da LPI (“[...] explora ou *utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais [...]* a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato” – grifos nossos), no âmbito cível, foram majoradas pelas tentativas de *dissimulação* dos acessos. Conforme a mesma ata notarial relata (fl. 245), “W moved an item to the trash”, ou seja, o 2º demandado tentou “deletar” o conteúdo de seu acesso.

A segunda tentativa de *esconder* os atos de acessar a base de dados com conteúdo secreto das demandantes se deu na notificação em língua inglesa e portuguesa enviada pelos patronos de W (e anexada aos autos pelo próprio). É preciso atentar que a data das notificações é 14.12.2017, ou seja, hiato temporal ulterior aos fatos aqui discutidos. Por sinal, seja por um lapso de atenção à estratégia originária ou com o receio da manutenção da inverdade perante a autoridade judiciária brasileira, na manifestação judicial dos demandados (fls. 575 e seguintes) já passaram a admitir o acesso dos documentos.

¹¹⁶ “Ao passo que a deslealdade – como nô-lo indica o próprio vocábulo – condiciona a preexistência de um vínculo moral que subordina o contrafator à sua vítima. E’ o exemplo clássico dos empregados que desvendam os segredos de fábrica; que abusando da confiança do patrão, pleiteiam para si aquilo que, concientemente, sabem pertencer a êle, e de cuja Bôa fé se valem para envolve-lo na trama ardilosa da fraude. Êstes, para alcançarem seus objetivos, lançam mão da infidelidade e da hipocrisia” (RODRIGUES, Clóvis Costa. *Concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Peixoto, 1954. p. 64-65).

¹¹⁷ Música denominada *Vou festejar*, do álbum “De pé no chão”, de 1978, inesquecível na voz de Beth Carvalho.

¹¹⁸ “Diferencia-se da ação de ‘explorar’ que o inciso criminal precedente registra, por não expressar o verbo um móvel particular de proveito, bastando o mero uso, sem dependência de finalidade especial. É formal o crime, encontrando seu acabamento no simples ato de divulgar ou de utilizar o segredo de negócio alheio. É suficiente o perigo de desvendamento do sigilo em que tais ações, elas mesmas, importam. Não se requer que tragam proveito ao autor ou causem prejuízo efetivo ao titular do segredo” (DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Jose Bushatsky, 1937. p. 240).

¹¹⁹ “não há dúvida que a discricção e o sigilo no trato de informações privilegiadas constituem decorrências necessárias do dever societário de lealdade” (VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Abuso de minoria em direito societário*. Orientador: Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Tese (Doutorado) – FADUSP, São Paulo, 2010. p. 240).

Notificação em língua inglesa de W	Notificação em língua portuguesa de W	Manifestação judicial do demandado alterando a versão dos “fatos” descritos nas notificações
<p>“Moreover, W has not made use of any X information, through Google Docs or personal email or otherwise, after leaving the company” (fl. 624).</p>	<p>“Além disso, o W não fez uso de qualquer informação X [sic], através do Google Docs ou do e-mail pessoal ou de outra forma, depois de deixar a empresa” (fl. 631).</p>	<p>“Especificamente, quanto ao acesso dos documentos em 18.08.16, o que aconteceu foi que W, ao entrar em sua conta particular e perceber que lá tinham arquivos antigos, acessou o conteúdo de alguns deles para verificar, unicamente, se podia excluí-los ou não” (fl. 575).</p>

Na leitura da inverossímil versão de fl. 575 ficam duas dúvidas: (i) por que no dia 14.12.2017 os patronos dos demandados alegaram que W não havia acessado qualquer conteúdo da X *on-line* para no dia 18.12.2017 os outros causídicos admitirem que seu cliente de fato teve acesso aos “arquivos” (no plural) em agosto de 2017? Bem se sabe que o ordenamento jurídico nacional não admite a tergiversação argumentatícia; e (ii) qual a razão de não terem se pronunciado sob o outro acesso feito por W em setembro de 2017?

Será que outros acessos também não foram feitos depois de um possível *download* junto à nuvem para ulteriores consultas *off-line*? Isto não se pode afirmar com base na documentação já acostada aos autos, mas não é impossível que tenha ocorrido. O banco de dados da X é de titularidade desta, só desta e não de seus ex-sócios¹²⁰ e ex-empregados, não sendo lícito¹²¹ a ninguém – sem autorização da X – consultar¹²² tais dados.

Na leitura da petição das demandadas protocolizada no dia 18.12.2017, por sinal, é nítida a alteração do “tom” entre a estratégia defensiva da maioria das teses pleiteadas pelas demandantes, para com esta específica causa de pedir. Se

¹²⁰ “Constitui obrigação dos sócios de todas as sociedades empresárias não aplicar os fundos sociais nos seus interesses particulares porque os bens dessas sociedades pertencem a elas próprias e não aos sócios. Em tais condições, não poderão os sócios dispor de referidos bens, que constituem o patrimônio da pessoa jurídica” (MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 182).

¹²¹ *Mutatis mutandi*; “Concorrência desleal. Prática reconhecida. Informações comerciais sigilosas transmitidas a terceiro. Endereço eletrônico que materializava a prática ilegal” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado. AC nº 01.582.228.220.088.260.100. Des. Rômulo Russo, j. 27.11.2017).

¹²² “Essa utilização pode tomar muitas feições. Pode ser listas de clientes; de projectos de expansão da empresa que abandonou; de processos de fabrico. Se o faz durante a pendência do contrato de trabalho há a violação do dever de não concorrência deste emergente E se o faz após terminado o contrato? A lei brasileira n.º 9279 É assim categórica no sentido de não admitir a utilização pelo empregado daqueles segredos (perpetuamente, parece)” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 474).

ao longo de suas laudas (dos demandados) a linguagem é áspera, aqui se nota que a “justificativa” é a de que W não se oporia a devolver o material secreto das demandantes (“W se dispõe a devolver todos os arquivos”), como se fosse algo de sua benemerência.

Destaque-se que o próprio pedido de perícia para investigar se “de fato, W se apropriou” do teor secreto acessado em uma pluralidade de datas, após seu término contratual/laboral com as demandantes, é despiciendo, visto que a lei veda *até a mera utilização* – e não apenas a apropriação. Tendo em vista que os acessos ilegais de W junto ao banco de dados das demandantes (um deles inclusive quando já constituída a Y/B) se deram após o término da relação laboral que o legitimou tais *saberes*, é lógica a conclusão de que a 1ª demandada foi diretamente beneficiada por tais atos.

6.3.3 W orientou terceiros – durante o integral vínculo societário e laboral com as demandantes – a iniciar, desenvolver e aperfeiçoar aplicativo rival

Conforme descrito em capítulo próprio, o ato de W fundar a P¹²³ constituiu violação de *concorrência interdita*, o que sequer demanda a apuração de deslealdade. Entretanto, seu proceder foi *qualificado* pelos diversos diálogos “instrutivos” havidos como seu sócio (também ex-empregado das demandantes), que foram objeto de uma segunda ata notarial (*vide* fls. 262 e seguintes).

Durante tais comunicações eletrônicas de 2014, W estava a utilizar¹²⁴ o *know-how* adquirido nas demandantes para organizar seu “novo projeto” do ano de 2015 (P) referente ao *software* “paralelo”. Não é preciso dispender maiores fundamentações para vaticinar ser desleal que um sócio e colaborador laboral divida instruções (fl. 311) e conteúdo informacional *sigiloso* com um terceiro – ainda mais quando este último também está vinculado ao termo de confidencialidade (fls. 315-322). Aliás, além de violar seu acordo de sigilo para com as demandantes, ao assim proceder, W colaborou¹²⁵ para que tal terceiro não adimplisse o seu contrato.

¹²³ O objeto desta sociedade, é útil recordar, é o de laborar com: “portais, processamento de dados, provedores de conteúdo assinatura e outros serviços de informação na internet” (fls. 306; 671).

¹²⁴ “An individual may owe another a duty of confidence through an express promise of confidentiality. Such promises are most typically made by employees [...]” (SCHECTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property the law of copyrights, patents and trademarks*. St. Paul: Thomson West, 2003. p. 534).

¹²⁵ “Where the interest in contractual stability is Strong (as with valid term contracts), even interference for bona fide business reasons is unjustified and thus actionable” (MCMANIS, Charles R. *Intellectual property and unfair competition*. St. Paul: Thomson West, 2004. p. 88).

Por sinal, a declaração deste “terceiro” foi categórica: “*O declarante tem ciência de que a P concorre com a X na contratação de engenheiros e designers [...] O declarante tem ciência que ser sócio da P era incompatível com seu cargo de gestor da X, e por essa razão o declarante só se envolveu na sociedade P após a sua saída da X*” (fl. 311).

Para manter seu estratagema de “tudo negar”, o 2º demandado teve a “frieza” de enviar missiva eletrônica (em 16.3.2017) ao sócio-fundador das demandantes, V, e consignar: “o que quis deixar claro no meu e-mail é que, enquanto eu trabalhei na X, nunca trabalhei para o desenvolvimento de nenhum outro aplicativo fora da empresa” (fl. 323). Esta historieta, entretanto, é desmentida (a) pela ata notarial (fls. 262 e seguintes) anexada ao feito; (b) pelas informações disponíveis no *site* da Receita Federal (e o contrato social) acerca da P e (c) pela declaração do sócio de W.

Cabe aqui recordar que W jamais comunicou¹²⁶ aos demandantes que havia constituído a P ou que estava a instruir um terceiro, previamente vinculado aos consulentes, sobre o aperfeiçoamento de outros aplicativos. Aliás, não deve ter sido aleatória a escolha de sua residência como sede da *empreitada paralela*, pois tal obstaculiza, ainda mais, a ciência de qualquer interessado. Fato é que se o 2º demandado “não via nada de errado” em constituir sociedade no âmbito de aplicativos de internet, paralelamente à sociedade junto a X/Z, por que o atuar *clandestino* de não avisar seus sócios e colaboradores laborais? Tal acabou por vilipendiar os deveres de proteção, informação e lealdade.¹²⁷

¹²⁶ “No caso dos autos, os autores representam a maioria do capital social, podendo, portanto, pleitear a exclusão do réu, sócio minoritário, parecendo inequívoco o desaparecimento da *affectio societatis*, porque a convivência entre os sócios se tornou inviável. Destaque-se que a sentença, com ampla cognição fático-probatória, consignando a quebra da *affectio societatis*, salientou uma série de fatos tendentes a ensejar a exclusão do ora recorrente da sociedade, porquanto configuradores da justa causa, tais como: o réu, sem conhecimento dos autores, constituiu outra sociedade, denominada ‘KBRG Auditores e Consultores Ltda.’, a qual, além da semelhança dos nomes, contém o mesmo objeto social e o mesmo campo de atuação da autora ‘BKR’; 3) o réu não logrou demonstrar que os autores soubessem da existência da KBRG e consentiam com a concorrência, inclusive tendo se manifestado, em mais de uma oportunidade, pelo julgamento antecipado da lide (v. fls. 655/661, 663/664, 708/710)” (TJRJ, 6ª Câmara Cível. AC nº 01.827.662.820.148.190.001. Des. Nagib Slaibi. DJ, 26 jan. 2016. Grifos nossos).

¹²⁷ “Do dever de atuar segundo a boa-fé derivam três deveres específicos: a) os deveres de proteção, que determinam que as partes devem evitar qualquer atuação suscetível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; b) os deveres de informação, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca; c) deveres de lealdade, para evitar comportamentos que traduzam deslealdade para com a outra parte” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 81).

6.3.4 A violação ao pacto de confidencialidade pelo 2º demandado e os consequentes benefícios à 1ª demandada

Para além dos deveres¹²⁸ jurídicos *ipso facto* violados com as diversas condutas supracitadas, é preciso cotejar que o proceder dos demandados também importou em vilipêndio a direito de cunho obrigacional.¹²⁹ Ou seja, uma coisa é a conduta *contra legem* que atraia a incidência do art. 195, XI, da LPI, que independe de qualquer negócio jurídico *inter partes* estabelecendo condutas omissivas quanto às informações sigilosas; outro vilipêndio, porém, é o ato de firmar e não adimplir obrigação voluntária de confidencialidade assumida em contrato que está além da baliza legal.

Por conseguinte, quando a parte opta por ignorar a parêmia do *pacta sunt servanda*, além do império da lei, sofrerá também as consequências previstas no negócio jurídico. Consigne-se que a 1ª demandada¹³⁰ certamente já tinha ciência de que seu principal sócio-administrador, o 2º demandado, estava vinculado ao pacto de sigilo, razão pela qual deveria, no mínimo, não se *intrrometer*¹³¹ nesta esfera.

Tendo em vista a ata notarial que comprovou *acessos* de W¹³² à nuvem que continha dados das demandantes, após o término de seu vínculo laboral, é cristalino que rompeu-se¹³³ com as obrigações inscritas nas cláusulas 1 e 14 do contrato de confidencialidade (fls. 83 e 89).

¹²⁸ “O direito objetivo ou a regra de direito é a norma de conduta que se impõe aos indivíduos que vivem em sociedade, norma cujo respeito se considera, em dado momento, pela sociedade, como a garantia do interesse comum e cuja violação determina reação coletiva contra o autor de tal violação” (DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Servanda, 2008. p. 7).

¹²⁹ “Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 43).

¹³⁰ “Por outro lado, o comportamento do terceiro não pode manifestamente interferir, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes. Nesse último sentido, o terceiro não pode se associar a uma das partes para descumprir com a obrigação. Nesse caso, seria um terceiro-cúmplice no inadimplemento daquela prestação” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 51).

¹³¹ “Os comportamentos, as ações ou omissões são focalizados em relação ao outro, destinatário ou declaratório, e também se pronuncia tutela jurídica no empenho dos não titulares. Fim da concepção insular. E por isso, como sustentado, quem contrata não contrata apenas com quem contrata. O exercício da esfera jurídica se edifica e se ajusta aos demais exercícios, dentro ou fora dos contratos, ou do patrimônio” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 325).

¹³² “Certainly public policy should require that an ex-employee should be able to make use of his learned skill and knowledge as a general principle. This should not, however, extend to information in Goulding J’s third category, specific trade secrets so confidential that there is a continuing duty of confidence after employment [...] adding that the court would restrain the use of such information by injunction” (BAINBRIDGE, David L. *Intellectual property*. 6. ed. Edimburgo: Pearson, 2007. p. 326-327).

¹³³ “O ato que leva à contratação exige *justificação objetiva*, cujo reconhecimento reclama a adoção de perspectiva dinâmica (e não estática) da autonomia privada. Para a compreensão do acordo, é necessário deixar de considerar apenas a letra fria do instrumento (i.e., sua *estática*) e passar a admitir que as partes, valendo-se da autonomia privada, lançam mão dos contratos para consecução de *certos fins*. Ou seja, indo além de sua *dimensão escrita*, o negócio jurídico há de ser visto como meio empregado pelas partes na concreção de seus escopos” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 59).

Termo de confidencialidade, propriedade intelectual e não concorrência – Cláusula 1	Termo de confidencialidade, propriedade intelectual e não concorrência – Cláusula 14	Atos de inadimplemento contratual de W
<p>“O Contratado reconhece que, em função de seu cargo ou dos serviços prestados, tem acesso a INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS (conforme definido abaixo) da X e se compromete a não divulgá-las, explorá-las ou utilizá-las, para benefício próprio ou de terceiro, tanto durante quanto após o vínculo empregatício mantido entre as partes por período ilimitado, salvo se autorizada sua divulgação, exploração ou utilização por escrito pela X”.</p>	<p>“Todos os textos, projetos, desenhos, informações, livros folhetos, listas, relatórios, manuais, registros, DVDs, CDs, hardwares, equipamentos contendo dados eletrônicos, dados impressos, senhas, patentes, programas de computador, algoritmos, códigos, contratos e outros documentos objetos ou equipamentos de propriedade da X ou contendo qualquer PROPRIEDADE INTELECTUAL ou INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL, sob custódia ou posse do Contratado, não devem ser copiados, exceto no interesse da X, e devem ser entregues à X juntamente com outros documentos, quando do término do vínculo empregatício/contratual mantido entre as partes, ou a qualquer momento se assim solicitado pela X, sob pena de aplicação da mesma multa estipulada na cláusula 12”.</p>	<p>(1) W fez uso do <i>know-how</i> adquirido nas demandantes para (a) constituir sociedade colidente (P) durante a plena vigência de seus vínculos com as autoras, (b) instruir seu sócio Mathieu¹³⁴ na P, explorando tal conhecimento sigiloso, e (c) constituir sociedade concorrente (Y) na plena vigência de seu vínculo societário com a 2ª demandante; (2) W utilizou os dados das demandantes junto à nuvem¹³⁵ em período de pleno funcionamento da 1ª demandada, e, provavelmente, para seu benefício; (3) W não entregou o acesso a tais dados disponíveis na nuvem quando da ruptura dos vínculos laborais com a demandante, a seu próprio pedido.</p>

¹³⁴ “o pacto é incumprido sempre que haja a revelação ou a divulgação das informações delimitadas pelo pacto como confidenciais, bastando, para tanto, que exista a comunicação dos factos a uma ou mais pessoas que não tinham conhecimento do segredo, independentemente da sua extensibilidade. Embora a informação se contenha num círculo de destinatários restrito, a violação do dever de confidencialidade opera para lá de essa violação poder consubstanciar a prática de um acto de concorrência desleal e de constituir crime (planos que independem da existência do pacto)” (MARTINS, João Zenha. Dos pactos de limitação à liberdade de *trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 817-818).

¹³⁵ “Trata-se de crime de perigo consumando-se com a prática da conduta típica dos verbos reitores. É óbvio que para a consumação é necessário que o segredo chegue ao conhecimento de outra ou outras pessoas. O desvalor da ação está no obrar do sujeito ativo, e o desvalor do resultado ocorre quando colocada em perigo a capacidade competitiva da empresa no instante em que sua competidora é ciente do conteúdo do segredo” (IDS. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 407).

Aliás, levando em conta a cláusula 16 (fl. 89), estes três inadimplementos das cláusulas de sigilo e não uso informacional¹³⁶ também se estendem à 2ª demandante, sendo sua eficácia¹³⁷ indiscutível.

6.3.5 Concorrência ilícita pela 1ª demandada – Art. 195, XII da LPI¹³⁸

Em suas manifestações nos autos a Y/B não rechaça a parcial¹³⁹ coincidência¹⁴⁰ de métricas, mensagens de avaliação dos serviços, *skus* e outros elementos do perfil objetivo das empresas demandantes. Contudo, a tanto atribui tratarem-se de meros padrões mercantis que fugiriam à titularidade das demandantes.

Contudo, conforme aventado nas peças processuais e no curso deste parecer, a legalidade constitucional e a jurisprudência¹⁴¹ cerceiam aqueles que se

¹³⁶ “[...] pois o inciso XI do art. 195 da Lei nº 9.279 Protege também informações ou dados confidenciais, que apesar de não constituírem segredo no sentido estrito do termo, são elementos fundamentais de qualquer empresa contemporânea. O cadastro de clientes e fornecedores, as propostas que serão apresentadas em licitações, a data de lançamento de um produto novo ou as campanhas promocionais de uma empresa na eventualidade de caírem nas mãos de concorrentes, poderão causar terríveis estragos” (DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009. p. 624).

¹³⁷ “A eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36).

¹³⁸ “A proteção contida no inciso XII do art. 195 da Lei da Pro. Ind. De 1996 alcança especificamente a chamada espionagem industrial No caso, a norma legal alcança tanto a pessoa que divulga quanto quem explora ou utiliza sem autorização os conhecimentos ou informações obtidas mediante meios ilícitos ou fraude” (DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009. p. 631-633).

¹³⁹ “If the action were limited to identical uses, it would enable a defendant to avoid liability by changing the information slightly. To ensure that this does not occur, the law has long recognized that the information used or disclosed by the defendant need not be identical to the confidential information. It is clear, for example, that the information can appear in another format and still breach” (BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad. *Intellectual property law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 1037).

¹⁴⁰ “Pela definição legal de programa de computador da Lei 9.609/98, a proteção específica abrange não só o conjunto de instruções em forma legível por máquina, – o código. Abrangerá, igualmente, a sua formulação em linguagem de outra natureza, assim como determinados elementos formais além do código fonte ou transformado” (BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. t. III. p. 1885).

¹⁴¹ “Ainda que os réus-apelantes tenham exercido comércio online em outros segmentos (ingressos para shows), é certo que a criação da referida sociedade só foi possível mediante utilização de conhecimentos de organização e logística absorvidos quando da prestação de serviços para a autora-apelada. Como já salientado, a constituição de pessoa jurídica exige estudos acerca da demanda consumerista, da rentabilidade da atividade, do perfil dos compradores e de padrões de acessos, dados estes disponibilizados pela contratante autora, sob cláusula de confidencialidade. Os réus-apelantes não demonstraram qualquer investimento nesse sentido. Pelo contrário. Limitaram-se a afirmar que a demandante não detém exclusividade na venda eletrônica de bilhetes rodoviários e que a houve apenas a adaptação de atividades que já

beneficiam¹⁴² de informações obtidas por meio ilegítimo na seara concorrencial. Não pode ser tido como mera coincidência¹⁴³ que os serviços/produtos comercializados pela Y/B para o sistema App Store sigam pelas *arquiteturas estratégicas* dos demandantes, logo depois de seu sócio-fundador (2º demandado) acessar (via nuvem) conteúdo secreto das demandantes.

Este “atalho” informacional foi possível aos demandados uma vez que as demandantes arcaram¹⁴⁴ com os ônus econômicos para o P&D e conhecimento do público-alvo. Por conseguinte, no âmbito cível, diante das provas dos autos, há a incidência da concorrência ilícita de que trata o art. 195, XII da LPI.

6.3.6 Negociações de W sem a estrita observância da boa-fé¹⁴⁵

Conforme os documentos de fls. 323 e seguintes denotam, antes da presente contenda ter sido ajuizada houve a tentativa de os demandantes atingirem um acordo com o 2º demandado, numa negociação iniciada em março 2017. Em abril (fl. 326) W já antecipara: “Estou de acordo com a ideia da proposta”, fazendo ressalvas quanto à linguagem “refletida no documento final”.

exerciam. Com efeito, merece ser mantida a sentença atacada, que reconheceu a violação contratual pelos réus-apelantes que, em posse de dados e estatísticas da autora-apelante, constituíram pessoa jurídica para exploração do mesmo objeto social. Frise-se que a conduta dos réus-apelantes também se mostrou violadora do princípio da boa-fé objetiva. As relações privadas estão submetidas a uma compreensão ética, que impõe deveres implícitos de atuação e geram legítima expectativa quanto à sua observância. Por certo, aquele que durante a vigência de contrato que lhe permite acesso a informações sigilosas, constitui sociedade voltada a exploração do mesmo serviço prestado pela sociedade contratante, não atua conforme padrões sociais de confiança e sigilo. Os réus-apelantes se tornaram concorrentes da autora-apelada enquanto ainda prestavam serviços para ela e retinham dados e relatórios de desempenho essenciais ao desenvolvimento da atividade da demandante. Não se trata de existir ou não direito ao exercício exclusivo da atividade de venda digital de bilhetes rodoviários, mas evidente infração à boa-fé objetiva” (TJRJ, 20ª Câmara Cível. AC nº 01.671.825.220.138.190.001. Des. Alcides da Fonseca. *DJ*, 9 ago. 2017).

¹⁴² “la violazione di segreti di un imprenditore concorrente costituisce concorrenza sleale a prescindere dalle modalità con cui vien realizzata” (GRAUSO, Maria. P. *La concorrenza sleale*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 84).

¹⁴³ “[...] finalmente, en el supuesto de la imitación sistemática, se trata de evitar que el imitador realice una actividad imitativa que, empleando de forma sistemática el contenido informativo ajeno, tenga efectos imitativos para la actividad de mercado del competidor imitado, y pueda además, en su caso, provocar serias alteraciones en el correcto funcionamiento del mercado” (DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva. *Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003. p. 97-98).

¹⁴⁴ “O parasita visa, deste modo, oferecer uma prestação sem esforço material ou intelectual próprio, privando o parasitado dos frutos do seu trabalho, uma vez que ao vender o produto ou ao prestar o serviço a um preço mais baixo, impede a amortização do investimento realizado pela empresa inovadora” (AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo econômico e direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 79).

¹⁴⁵ “A boa-fé opera como um princípio do sistema jurídico, desdobrado em dois subprincípios: o da tutela da confiança e o da primazia da materialidade subjacente. Assim, não são atendíveis usos que defrontem aquilo com que, legitimamente, os interessados poderiam contar (confiança). E tão-pouco são operativos os usos que desvirtuem a função sócio-econômica do instrumento de cuja concretização se trate” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito comercial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 253).

No dia 8.6.2017 (fl. 359) W recebeu uma minuta com todas as minúcias expressas pelas demandantes, tendo respondido no dia seguinte (fl. 358) que estava viajando, mas que analisaria a proposta a partir do dia 19.6.2017. Por sua vez, no dia 21.6.2017, novo *e-mail* de representante das demandantes foi enviado a W indagando se havia alguma resposta ou se o 2º demandado precisava de algum esclarecimento. No dia 22.6.2017 W apenas respondeu “Ok, valeu” sem estipular quando responderia ou faria considerações sobre a proposta.

Sem o *feedback* do 2º demandado, novamente, o representante das demandantes mandou missiva eletrônica 26.6.2017 (fl. 357) perguntando sobre o *feedback* da proposta e que não obtivera êxito em diversos contatos telefônicos com W. Ato contínuo, no mesmo dia, W informou que não concordava com alguns pontos do acordo informando que preferia “não me comprometer com esta proposta” (fl. 357).

Surpreso pela opacidade da conduta do 2º demandante, o representante dos demandantes escreveu novo *e-mail* (fl. 354) no dia 28.6.2017:

W, Sua posição não está clara. Como combinado, a T procedeu com a elaboração do acordo [...] Para que suas ações não sejam interpretadas como sendo de má-fé, esperamos que rapidamente você apresente uma versão do acordo que na sua visão represente o acordo de non-competite previamente combinado.

No dia seguinte, 29.6.2017, W alegou não estar de má-fé e pleiteou a exclusão (cláusula sobre aplicativos competidores e sobre mudança de objeto) de cláusulas (fl. 354). Contudo neste último *e-mail* o 2º demandado não mandou uma versão minutada do termo de acordo.

Nesta toada, o representante da T cobrou (10.7.2017) (fl. 352), novamente, que W enviasse uma versão do acordo que refletisse seu entendimento sobre a negociação. Ultrapassados dez dias (20.7.2017) (fl. 352) sem uma resposta de W, o representante dos demandantes cobrou de W se havia uma minuta por ele formulada. Contudo, apenas no dia 26.7.2017 (fl. 351) W respondeu fazendo uso de gerúndios “Estou ainda analisando o documento” e sem especificar quando remeteria uma minuta.

Em seguida, instado pelo representante dos demandantes no dia 27.7.2017 (fl. 351) se W poderia “dar uma posição até [...] (01/Ago)”, o 2º demandado apenas responde no próprio dia 1º.8.2017, informando que “Meus advogados pediram mais algum tempo”.

Irresignado com a mora e a protelação do 2º demandado, o representante da demandante pleiteou (2.8.2017 e 4.8.2017) uma reunião com os advogados de W para diminuir os custos de transação e a troca de missivas eletrônicas (fl. 350).

Entretanto, apenas uma semana depois de seu último *e-mail* (já em 8.8.2017), W envia uma minuta do contrato com a revisão de seus advogados (fls. 349-350). No dia 28.8.2017, ainda sem resposta quanto à reunião com a presença dos advogados, o representante dos demandantes reforçou o pedido de reunião presencial, o que não foi respondido por W que, por sua vez, no dia 4.9.2017 enviou missiva eletrônica acusando os autores de terem lançado no mercado um aplicativo cujo “nome é idêntico ao meu” (fl. 349).

Em síntese, a correspondência eletrônica evidencia que W (i) não atendeu às ligações feitas pelos demandantes; (ii) demorava para responder a maioria das mensagens; (iii) protraiu por meses o envio de uma minuta com as modificações sugeridas por seus advogados; (iv) não respondeu aos pedidos de reuniões presenciais com os advogados de ambas as partes, enfim, postergou ao máximo a situação.

Como não se desconhece, diante de uma ruptura das tratativas depois de meses de negociações, o 2º demandado acabou se beneficiando de uma extensão de tempo¹⁴⁶ que acabaria por dificultar a obtenção de uma tutela de urgência, diante de uma análise puramente formal do *periculum in mora*. Isso certamente não coaduna com a regra (art. 422 do CC) e princípio da boa-fé objetiva.¹⁴⁷ *Mutatis mutandi*, o CPC/2015 considera que o manifesto propósito protelatório da parte é causa suficiente para a obtenção de uma tutela da evidência (art. 311), razão pela qual seja pelo direito substantivo ou pelo direito adjetivo, o “tempo ganho” – ao retardar a conclusão de negociações – pelo 2º demandado está em desacordo com o direito positivo nacional.

Tomar em consideração o hiato temporal elasticizado pelo 2º demandado como critério para não conceder a tutela de urgência seria a desconsideração do *nemo auditur propriam turpitudinem*.

6.4 Conclusão provisória

Tendo em vista a práxis pouco agressiva do mercado de aplicativos de entretenimento virtual; tendo em vista a inexistência de uma alta qualificação dos

¹⁴⁶ A dilatação do tempo não passou incólume ao Juízo quando da decisão que negou a antecipação dos efeitos da tutela: “pois os aplicativos da Y foram lançados já há bastante tempo” (fl. 704).

¹⁴⁷ “Esta transformação resulta no princípio da Boa-fé em sua concepção objetiva, isto é, não mais apenas como estado subjetivo de ignorância de vícios, mas como uma norma que impõe juridicamente uma conduta ética tanto na celebração e execução do contrato, como nos períodos pré e pós-contratual. A boa fé atua não apenas como parâmetro interpretativo, mas também na limitação do exercício de direitos subjetivos e mesmo na imposição de deveres laterais, como cuidado, informação, colaboração e sigilo” (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Grupos de contratos. Redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23).

consumidores; levando em conta que terceiros (P e Y) se beneficiaram de informações confidenciais extraídas dos demandantes; considerando que o pacto de sigilo foi vilipendiado em duas de suas cláusulas (1 e 14); contemplando-se que os demandados *tomaram um atalho* em seus investimentos ao se aproveitarem do perfil objetivo da empresa das demandantes, que tal proceder importa uma *performance anormal* daquilo que se espera neste nicho e, por fim, constatando que não se atendeu ao *standard* de *probidade específica*,¹⁴⁸ à boa-fé do esteio empresarial, nas negociações que antecederam o litígio *sub judice*; conclui-se pela prática – no âmbito cível – de concorrência ilícita (art. 195, XI e XII da LPI) e desleal (genérica e art. 195, III, da LPI) e de violação contratual (pacto de sigilo) por parte das demandadas, nos termos acima fundamentados.

7 À guisa de conclusão

Examinada a *fattispecie conglobante* pertinente; tomando-se como premissa todos os pareceres anexados pelas partes (demandantes e demandadas) no processo; valorando os atos administrativos (atas notariais, contratos sociais registrados perante a autarquia competente, dados societários disponíveis no órgão federal da Receita Federal) que são munidos de presunções de legalidade, validade e liceidade; cotejando-se as variações de estratégias das demandadas na fase pré-processual, é possível concluir o seguinte:

- a) Até a presente data o 2º demandado é sócio da 2ª demandante.
- b) Até dezembro de 2017 o 2º demandado era usufrutuário de quotas da 1ª demandante, tendo sido seu sócio por anos (desde 2011) e, depois (2014), sócio de sua controladora.
- c) Até meados de 2016 o 2º demandado laborava junto aos demandantes em funções de extrema confiança (diretor jurídico/administrativo/financeiro, gerente de projetos), razão pela qual teve contato com o valioso banco de dados da 1ª demandante.
- d) Em 2014 o 2º demandado já iniciara a conduta de vilipendiar o pacto de sigilo ao instruir um futuro sócio sobre como organizar, melhorar e formar um aplicativo para um *software* de *design*.

¹⁴⁸ “Por essa razão, essa atividade está sujeita às normas jurídicas. Dentre elas, a boa-fé que nela incide. O que há de peculiar ao Direito Empresarial é a maior imantação pela prática, que condiciona o sentido da boa-fé, apresentando-a em conformidade com o *standard* da *probidade específica*” (MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 285-289).

- e) Em 2015 o 2º demandado constituiu sociedade empresária, ao arrepio da vedação legal sobre concorrência interdita e sem a ciência das autoras, de objeto superposto ao das demandantes.
- f) A sociedade P concorreu com as demandantes, conforme seu contrato social e a declaração do sócio de W bem expressam.
- g) Em 2016 o 2º demandado pede para encerrar seu vínculo laboral (e não o societário) para com as demandantes, e através de *e-mails* e até do seu discurso de “despedida” ventila que não laboraria em seara colidente para com as autoras, num ato de dissimulação do que estava a fazer.
- h) Em 2016, findo o seu vínculo laboral, acessa numa pluralidade de vezes conteúdo sigiloso dos demandantes via *nuvem*, conforme atestado por ata notarial. Tais acessos foram, num primeiro momento, desmentidos por seus advogados no exterior, mas processualmente confessados por seus patronos na lide judicial perante o TJSP.
- i) Conforme a previsão do pacto de sigilo, o mero fato de que W resguardou conteúdo informacional numa *nuvem*, não tendo tal *iter imaterial* sido “devolvido” às demandantes, constitui frontal violação à cláusula 14 deste contrato.
- j) Em 2016 o 2º demandado constitui a 1ª demandada, em concorrência interdita com sua vinculação societária na Z, 1ª demandante.
- k) Em 2017 o 2º demandado, vilipendiando a boa-fé objetiva, protraiu por meses as negociações de cessação dos seus atos de concorrência, possivelmente visando aniquilar as possibilidades de as demandantes obterem uma tutela de urgência ante uma leitura conservadora sobre o hiato temporal atinente ao perigo na demora.
- l) Conforme os pareceres acostados, a 1ª demandada está a empregar as métricas e a arquitetura cibernética de avaliação dos serviços, *skus et alii*, que são objeto do segredo empresarial dos demandantes.
- m) Conforme o parecer acostado aos autos do ex-presidente de uma autarquia federal, os demandados poderiam concorrer com os demandantes, segundo uma leitura *libertária* da cláusula 5.1 do pacto de sigilo e não concorrência firmado entre as partes. O conhecido ex-presidente de autarquia, contudo, não se espraizou em explanar as questões versando sobre concorrência interdita (P) com ambas as demandantes ou com a 2ª demandante (Y/B), visto que o 2º demandado constituiu pessoas jurídicas com objeto social e mercado colidente na vigência de seus plenos vínculos societários.
- n) É indubitável que o mercado relevante dos litigantes é o do entretenimento e da educação via aplicativos acessados via internet e não apenas dos *games* ou programas de computadores de natureza religiosa (em que

pese ambos os polos explorarem tal serviço). Desse modo é possível observar haver concorrência *inter partes*.

- o) *Ope legis* (art. 1.001 do CC) é interdita a participação, concomitante, em sociedades concorrentes (fundadas no mesmo estado, e atendendo ao mesmo público-alvo).
- p) Além da concorrência interdita, a leitura dos documentos encartados aos autos denotou a presença da concorrência ilícita de parte do 2º demandado (art. 195, XI) da LPI e do 1º demandado (art. 195, XII da LPI) além do art. 10, bis, da CUP, no ambiente cível.
- q) Ao exibir em seu sítio virtual a informação de que seria proprietária de marcas, sem que o Inpi informe, sequer, a presença de pedidos, há, *mutatis mutandi*, o exercício de ato de concorrência desleal na forma do art. 195, XIII, da LPI, no âmbito cível.
- r) Não obstante, a 1ª demandada se beneficiou da violação do pacto de sigilo por parte do 2º demandado, tendo se ignorado a parêmia do *pacta sunt servanda* com relação à obrigação de não utilização e divulgação dos dados sigilosos dos demandantes.

Salvo o juízo dos mais doutos, este é o parecer.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Contenda societária e concorrência desleal no mercado de games. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 193-244, jul./set. 2019. Parecer.
