

Contratos de colaboração empresarial na economia digital: atipicidade, inadimplemento e critérios de delimitação indenizatória

Dias Toffoli

Ministro do Supremo Tribunal Federal

André Mendonça

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Otávio Luiz Rodrigues Jr

*Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo*

RESUMO

O artigo analisa os contratos de colaboração empresarial na economia digital, destacando sua atipicidade, complexidade e relevância na formação de novos modelos de negócios baseados em inovação e tecnologia. Os autores examinam a evolução desses contratos diante da insuficiência normativa do Código Civil e da influência da globalização e das novas tecnologias. Discutem também os desafios do sinalagma e da contraprestação em ambientes colaborativos, especialmente em startups e unicórnios, e propõem critérios para a quantificação de perdas e danos em casos de inadimplemento, como o princípio do *going business concern*, a prova pericial e o plano de negócios. O texto ressalta a importância da autonomia privada e da confiança como fundamentos da economia digital contemporânea.

Palavras-chave: Atipicidade contratual. Economia digital. Inovação tecnológica. Colaboração empresarial.

ABSTRACT

The article analyzes non-standard business collaboration agreements in the digital economy, highlighting their flexibility, complexity and relevance in shaping new business models based on innovation and technology. The authors examine the evolution of these agreements in light of the insufficiency of legislated Private Law and the influence of

globalization and new technologies. They also discuss the challenges concerning bilateral contracts and consideration in collaborative environments, especially within startups and unicorns, and put forward some criteria for assessing damages in cases of breach of contract, such as the “going business concern” principle, expert evidence, and business plan. The article emphasizes the importance of freedom and trust as the foundations of the contemporary digital economy.

Keywords: Non-standard contracts; Digital economy; Technological innovation; Business collaboration.

Sumário: 1. Contratos de colaboração empresarial e economia digital; 2. Obrigações, sinalagma e contraprestações em contratos colaborativos; 3. Inadimplemento e perdas e danos nos contratos colaborativos: o caso especial dos negócios tecnológicos.

1 Contratos de colaboração empresarial e economia digital

A complexidade das relações contratuais contemporâneas é representada pelo fenômeno dos negócios associativos. Das tipologias contratuais clássicas – compra e venda, prestação de serviços, locação de coisas etc. –, passou-se ao amplo reconhecimento da atipicidade contratual, que se revelou um mecanismo eficaz para compreender diversas atividades econômicas insusceptíveis de enquadramento terminológico, finalístico ou operativo no *typus* negocial codificado.¹ Esse é um fenômeno que, primeiro, se desenvolveu no Direito Comercial.² Mais precisamente, esse setor do Direito Privado apresentou-se como mais apto a trabalhar essa mudança de foco e de estilo na contratualística por 2 razões historicamente identificáveis: (i) o notório enfraquecimento de sua base normativa, representada pelo Código Comercial de 1850, ainda parcialmente em vigor, que foi ainda mais debilitada a partir da vigência do Código Civil de 2002, com a unificação do tratamento legislativo dos contratos em espécie em um único corpo de regras; (ii) a flexibi-

¹ Os autores sentem-se honrados em participar desta homenagem ao ministro Antonio Carlos Ferreira, do Superior Tribunal de Justiça, uma das grandes lideranças da magistratura brasileira e uma pessoa conhecida pela elevação moral e de caráter, além de predicados intelectuais que o distinguem como juiz e doutrinador. Este artigo é uma pequena contribuição a quem é merecedor de todo o reconhecimento da sociedade e da cidadania.

² As opiniões expressas neste artigo não refletem posições dos autores sobre questões eventualmente submetidas a juízo.

lidade e o antiformalismo próprios dos negociantes, em comparação com a estabilidade e o formalismo do Direito Civil, ao menos na clássica clivagem dos autores do século XX.³

A atipicidade, contudo, não foi a solução exauriente para os problemas de qualificação dos novos modelos negociais, os quais surgiram com a nota da complexidade das operações econômicas. Quatro causas determinaram a ineficiência do programa normativo de omnicompreensão dos contratos pela atipicidade: (a) a redação absolutamente lacônica do art. 425 do Código Civil, que dispõe apenas ser “às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais” fixadas no próprio Código; (b) a regulação dos antigos contratos comerciais no Código Civil, que nasceram por efeito da autonomia privada e da experiência mercantil, os quais foram posteriormente acaparados por leis extravagantes, com ulterior incorporação ao Código de 2002; (c) a recepção no Direito brasileiro de novas modalidades contratuais concebidas na *lex mercatoria* ou no Direito privado estrangeiro e depois adaptadas ao Direito interno, conservando, muitas vezes, a nomenclatura anglicizada; (d) especialmente no século XXI, a explosão dos negócios jurídicos criados para dar suporte à revolução tecnológica associada à internet e às novas tecnologias digitais.

Essas quatro razões podem ser melhor apreciadas a partir da seguinte narrativa:

(a) *Deficiência do programa normativo do art.425, CC/2002*: A pobreza da única regra sobre a atipicidade contratual no Código Civil é chocante se comparada com a tradição da doutrina privatística no exame do tema ao longo do século XX.⁴ Mesmo

³ “O dinamismo deste ramo da atividade comercial apresenta características ligadas à sua onerosidade, posição cosmopolita, menor informalismo possível, com a interdisciplina invasiva espalhada pelos demais segmentos vez que projeta conotação coletiva e pública na sedimentação do negócio empresarial” (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Atualizado por Carlos Henrique Abrão. 38. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.4.); “Caracteriza-se, assim, o Direito Comercial, como já anteriormente assinalamos, pela simplicidade de suas fórmulas, pela internacionalidade de suas regras e institutos, pela rapidez de sua aplicação, pela elasticidade dos seus princípios e também pela onerosidade de suas operações. Neste sentido, distancia-se grandemente o Direito Comercial do Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito” (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. rev. e aum. por Osmar Brina Corrêa-Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2010 p.10-11).

⁴ A título de exemplo, citem-se algumas referências anteriores ao Código Civil de 2002: PINTO, Paulo J. da Silva, Dos Contratos atípicos. *Revista Forense*, v. 40, n. 95, p. 14-198, 286-299, jul./set. 1943; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contra-*

após a edição do Código de 2002, a interpretação desse dispositivo é geralmente associada à ideia de que as partes podem “fixar relação jurídica não prevista normativamente, desde que não haja vedação legal ou moral”, o que implica reconhecer, “pelo sistema de direito positivo”, a força “da autonomia privada como fonte normativa individual”⁵.

E é igualmente óbvio que não é admissível examinar o conceito de “tipicidade” negocial ao estilo do Direito Romano clássico, como bem adverte Antonio Junqueira de Azevedo: até mesmo “os contratos uninominados têm *tipo*”, submetendo-se “às regras dos contratos em geral”⁶. Esse reconhecimento, todavia, não permite que se equiparem os contratos atípicos aos contratos típicos para se forçar o enquadramento dos primeiros às regras dos segundos. É também possível encontrar contratos típicos com cláusulas atípicas, o que cria uma zona cinzenta entre as duas modalidades; ou, ainda, a transformação de espécies típicas em atípicas pela mera “adição de uma cláusula que os transforma”, como ressalta Orlando Gomes.⁷

(b) *Transposição dos contratos comerciais para o Código Civil*: A unificação das obrigações no Código de 2002 não extinguiu nem obliterou o Direito Comercial ou seus institutos. Deuse, porém, a reunião em um único corpo legislativo das normas

tos uninominados ou atípicos. São Paulo: J. Bushatsky, 1975; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A liberdade de contrato: contratos típicos e contratos atípicos. *Revista do Advogado*, v. 2, n. 8, p. 10-17, jan./mar. 1982; BARBOSA, Mario Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, v. 79, n. 282, p. 29-38, abr./jun. 1983; FRANÇA, Pedro Arruda. Introdução ao estudo dos contratos atípicos. *Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro*, n. 8, p. 35-36, jul./dez. 1987; SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no Direito Privado. *Revista de Direito Público*, v. 21, n. 86, p. 237-241, abr./jun. 1988.

⁵ LOTUFO, Renan. Código Civil comentado: contratos em geral até a doação (arts. 421 a 564). São Paulo: Saraiva, 2016. v.3, t.1. p.41.

⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), 15. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p.146.

⁷ “Ao lado dos contratos atípicos vicejam contratos com cláusulas atípicas. São os que têm todos os elementos configurativos de um contrato típico nos quais se acrescenta uma cláusula atípica. Importantes contratos típicos, como a venda e a locação, tornam-se atípicos em consequência da adição de uma cláusula que os transforma. Tais são, dentre outros: a venda de controle acionário; a venda do solo em troca da construção de apartamentos; a locação de um terreno para afiação de outdoor; a locação *intuitu personae* de casa para o empregado morar enquanto dure a relação de emprego; nos contratos associativos, o consórcio e a joint venture; e, por fim, os contratos da informática” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.107).

regulatórias de espécies contratuais típicas do Código Comercial de 1850 e outras tantas atípicas, presentes ou não em leis extravagantes. Esse fenômeno, que não se operou de modo completo, é perceptível em contratos como os de comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte, administração fiduciária de garantias ou, ainda previstos em leis especiais, os de arrendamento mercantil (*leasing*) ou de faturização (*franchising*).⁸

Nesse aspecto, tem-se a colocação sob o guarda-chuva dos contratos de colaboração empresarial como um gênero do qual se apresentam como espécies os contratos mercantis clássicos de agência, corretagem, representação comercial, concessão, mandato, faturização, franquia e arrendamento mercantil, ao estilo do que propõem Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello. Para esses autores, “O direito empresarial contemporâneo criou quase um microsistema, a que, na Europa, se deu o título de Contratos de Distribuição – integrado à visão maior da *Colaboração Empresarial* – para sistematizar o complexo de negócios jurídicos destinado a cumprir a importante função de inter-mediar a circulação de produtos e serviços entre os produtores e os consumidores.”⁹

Na doutrina portuguesa, desde o final do século XX, havia respeitáveis entendimentos de que os contratos de cooperação seriam espécies do gênero contratos associativos¹⁰. Tem-se um campo fértil para o desenvolvimento de contratos nos quais o núcleo da atividade é a cooperação tecnológica ou orientada à inovação.

(c) *Recepção ou legal transplant de contratos desenvolvidos na experiência estrangeira, comparada ou na lex mercatoria*: A circulação de institutos jurídicos é um fenômeno estudado e co-

⁸ “Assim como há contratos típicos em total desuso, como a constituição de renda, há contratos atípicos cuja reiteração está a exigir (ou exigiu) sua regulamentação, como ocorre com o arrendamento mercantil (*leasing*), faturização, *franchising* etc. Essas manifestações contratuais que serão tanto mais profusas quanto o desenvolvimento da economia, criam, no dizer de Jorge Mosset Iturraspe (1988, p. 63), uma verdadeira tipicidade social, em consequência de existirem primeiro na realidade social de uma época, na consciência social, econômica ou ética, antes que o legislador as esquematize. A recepção pelo legislador de um fenômeno social tem a ver diretamente com a própria criação e dinamismo do Direito” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. Com a colaboração de Cláudia Rodrigues. 5. ed. Barueri: Atlas, 2022. p.431).

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Contratos de colaboração empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.vi.

¹⁰ VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de. O contrato de consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p.159.

nhecido há décadas no Direito Comparado e tem recebido diferentes denominações totais ou parciais (*legal transplant*, recepção jurídica, etc). No marco das complexidades das relações negociais contemporâneas, é profundamente rica a internalização dessas figuras ou várias espécies no Direito Privado brasileiro contemporâneo, com uma crescente literatura em sua gravitação. Podem ser citados os contratos *built to suit*; de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*); *turnkey*; de construção *FIDIC new red book*; de aliança; de garantia à primeira demanda, etc.¹¹

Na base dessa circulação jurídica internacional está a evolução do sistema capitalista, timbrado pela globalização e pela necessidade de congregação de esforços empresariais para atingir níveis de competição e de inovação cada vez mais intensos. A associação é a chave para o desenvolvimento de novos produtos, a ampliação de mercados e o atendimento de demandas até então imprevisíveis. É o que Rachel Sztajn qualifica de uma tendência ao surgimento de novas formas de associação.¹²

(d) *Novas tecnologias digitais e contratos atípicos*: Como já realçado em outra publicação, a influência das novas tecnologias digitais e da internet sobre o Direito Privado é de tal ordem que se mostram superados antigos paradigmas do século XX sobre uma suposta prevalência da publicização e da tipicidade contratuais: “A quantidade de contratos que um ser humano celebra diariamente é incomparável com qualquer outro período histórico. O agricultor, o pequeno comerciante, o fazendeiro, o militar e o sacerdote dos fins da *Belle Époque* nem sonhavam que seus descen-

¹¹ A moderna dogmática sobre esses contratos tem-se ampliado significativamente na literatura nacional: SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. A locação *built to suit* no direito brasileiro: análise das cláusulas gerais em confronto com a cláusula impeditiva de revisão. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 11, n. 38, p. 145-167, jan./mar. 2024; MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. *Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction): Primeira aproximação. Conteúdo e qualificações*. São Paulo: Almedina, 2019; DEUS, Adriana Regina Saara de. *O contrato de EPC: engineering, procurement and construction*. São Paulo: Almedina, 2019; MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de construção. “Contrato aliança”. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do poder de indenizar. Parecer. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 1, n. 1, p. 315–352, 2016; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O contrato EPC e o princípio do equilíbrio econômico. *Revista brasileira de direito civil*, v. 3, p. 113-139, jan./mar. 2015; FACHIN, Luiz Edson. A relação obrigacional e responsabilidade solidária em contrato *turnkey*. In. FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de direito: pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 137-156.

² SZTAJN, Rachel. Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 1989, p.107-110.

dentes precisariam contratar com tal intensidade um século depois da chegada dos cavaleiros do Apocalipse em 1914. (...) Na atualidade, inúmeros são os contratos que se substituíram os tradicionais instrumentos particulares por *tickets*, correspondências eletrônicas, imagens na Internet ou por atos puramente mecânicos, reservando-se os instrumentos públicos para atos mais solenes e aparentemente representativos de objetos mais valiosos.”¹³

Se até o início do século XXI o exemplo de manual de contratos atípicos voltava-se para instrumentos de elaboração complexa com os negócios, envolvendo franqueadores de cadeias de *fast-food*, como o McDonald’s, a internet coloca-se como a fonte primaz da criação de novos modelos econômicos e, por consequência, de espécies contratuais hipercomplexas e que não se amoldam a enquadramentos simplistas. É extremamente comum, à falta de um modelo típico consolidado, recorrer-se aos contratos de prestação de serviços, de locação ou de empreitada, v.g., para se qualificar juridicamente operações econômicas que ultrapassam as previsões normativas do Código Civil (ou de alguma lei extravagante) aptas a incidirem sobre aquelas. O setor financeiro é a última fronteira dessa evolução dos eixos tradicionais da ordem econômica. Passou-se de uma realidade em que a assimetria econômica, a patrimonialidade, o modelo de negócios estável e o recurso a contratos típicos eram os vértices desse modelo para um universo em que *everything as a service*: a cadeia de valor não está mais na compra e venda e sim na organização para viabilizar outros negócios. No mercado financeiro, isso fica evidente com o crescimento exponencial das *fintechs* em um ambiente tradicionalmente controlado pelo sistema bancário tradicional. A literatura contemporânea tem-se ocupado crescentemente desse fenômeno, que passa a ser examinado sob a óptica neo-schumpeteriana de uma verdadeira “destruição criativa de mercados”.¹⁴

As relações colaborativas demarcam o novo arranjo econômico e colocam no centro dos negócios jurídicos a base da cadeia de valor. Essa nova economia digital até se aproveita de antigas estruturas, como os contratos de mútuo, de compra e venda ou de prestação de serviços. Eles, contudo, são negócios

¹³ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 3. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p.117-118.

¹⁴ QUATROCHI, Gabriel; SILVA, Ana Lúcia G. da; CASSIOLATO, José Eduardo. Banks 4.0 in Brazil: Possibilities to ensure fintechs financing role through its market positioning. *Innovation and Development*, v.13, fascículo 3, p.561-581, 2023.

ancilares em uma economia integrada por arranjos orientados à inovação, ao desenvolvimento tecnológico e ao serviço, como bem destacou Carmen Lilian Oliveira de Souza, ao exemplificar a realização de pagamentos (Paypal), de investimentos (*Funders Club*) e, paradoxalmente, até a venda de produtos (Ebay e Amazon).¹⁵

2 Obrigações, sinalagma e contraprestações em contratos colaborativos

Os contratos colaborativos empresariais da economia digital podem assumir, por conseguinte, diferentes formas de obrigação entre as partes, ao exemplo de: (a) *joint ventures*; (b) transferência de controle acionário ou de quotas; (c) cessão de direitos; (d) credenciamento, acreditação ou certificação perante autoridades públicas ou entidades privadas de *soft law*, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT; a *International Organization for Standardization* – ISO (Organização Internacional para a Padronização); ou os *International Commercial Terms* – INCOTERMS (Termos Internacionais de Comércio), da Câmara de Comércio Internacional (CCI);¹⁶ (e) desenvolvimento de um novo modelo de negócios baseado em inovação ou transferência tecnológica; (f) cláusulas de nãoconcorrência; (g) domínio de zonas comerciais; (h) bonificação por pontos; (i) compartilhamento ou assunção exclusiva de custos de publicidade, propaganda e marketing. Essa enumeração de obrigações contratuais é obviamente exemplificativa e, muito provavelmente, é a face menos problemática desses negócios, quando examinados à luz dos padrões clássicos de objetos prestacionais.

E é precisamente sob as estruturas clássicas que se precisa compreender a transformação da economia digital no sensível campo do sinalagma e da contraprestação nessas espécies. Três exemplos podem ser úteis nessa demonstração: (i) *os programas de milhagens* – Não há uma contraprestação evidente quando

¹⁵ SOUZA, Carmen Lilian Oliveira de. *A atuação dos provedores de serviços de internet no controle de conteúdos postados por terceiros e a necessidade de intervenção judicial*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, 2024. p.30, citando também: FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 333.

¹⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. p.63-64.

um passageiro é creditado em um programa de milhagens aéreas. Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido que “os programas de milhas estabelecidos pelas companhias aéreas não possuem regulamentação legal, aplicando-se as regras gerais dos contratos e das obrigações dispostas no Código Civil, bem como a legislação consumerista, pois indubitavelmente está configurada uma relação de consumo entre a companhia aérea e seu cliente”. Ademais, “os pontos do programa de milhas são bonificações gratuitas concedidas pela companhia aérea ao consumidor em decorrência da sua fidelidade, de modo que não está caracterizada a abusividade da cláusula que restringe sua cessão”;¹⁷ (ii) *operações financeiras de alto risco* – É irrelevante o *nomen iuris* da operação e sim sua aproximação com investimentos tradicionais ou aqueles que se caracterizam como “aplicações especulativas e de alto risco financeiro (como recursos em bitcoin, etc.);”¹⁸ (iii) *transporte de cortesia e responsabilidade contratual* – O regime jurídico do contrato de transporte de pessoas no Código Civil de 2002 formalizou na lei o reconhecimento da responsabilidade objetiva, além de proibir qualquer cláusula excludente de responsabilidade (art. 734). Exceção fez-se ao transporte gratuito, por amizade ou cortesia, que é considerado insubordinável às normas desse contrato, ao estilo do art. 736, *caput*, CC/2002. Se o transporte, porém, “embora feito sem remuneração”, permitir ao transportador “auferir vantagens indiretas” (parágrafo único do art. 736, *§ 2º*/2002), volta-se ao regime geral da responsabilidade objetiva. É o que também afirma a doutrina contemporânea “A toda evidência, esse transporte não é gratuito, porquanto tem seu custo incluído no valor global da tarifa e repassado aos demais usuários do serviço. Tanto é assim que a empresa transportadora não opera com prejuízo, buscando, sempre que necessário, o reajuste das tarifas junto ao Poder concedente, para manter a lucratividade do seu negócio.”¹⁹

Esses exemplos, que se colocam nas fronteiras do Direito Contratual e do Direito Delitual, demonstram a aceitação de que existem contraprestações *não aparentes* e menos óbvias em negócios jurídicos tradicionais, como se observa no contrato de transporte.

¹⁷ STJ. REsp n. 2.011.456/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 12/3/2024.

¹⁸ STJ. REsp n. 1.677.144/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 21/2/2024, DJe de 23/5/2024.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 16. ed. Barueri: Atlas, 2023.p.393.

Nos contratos de colaboração empresarial de base tecnológica, de modo particular, naqueles cujo objeto é a inovação ou o desenvolvimento de novas formas de exploração econômica de serviços tradicionais, essa é uma realidade inerente à chamada economia 4.0. A parceira de inovação tem recebido diferentes nomes, ainda que inexista uniformidade conceitual, ao estilo de “unicórnio” ou “*startup*”. São exemplos dessa categoria empresas como 99, Nubank, iFood, Loggi, Pismo ou Gympass. A história da concentração de riqueza mundial no século XXI tem sido escrita a partir dos acertos e erros na identificação do potencial de uma *startup*, que se revela ou não um unicórnio. A destruição criativa de mercados em setores aparentemente estáveis e prósperos deu-se nesse caminho pedregoso e cheio de manhas, que é a identificação do potencial disruptivo de novos negócios ou empreendimentos. A remuneração ou a contraprestação nesses contratos define-se por meio de legítimas expectativas de crescimento dos negócios associados às empresas parceiras, que se associam a incubadoras ou a grandes corporações, devidamente estabelecidas no setor econômico e que pretendem, por meio de associações e cooperações, evitar sua “destruição criativa”. A lógica contraprestacional clássica de uma compra e venda, de uma locação ou de uma prestação de serviços é inviável para quantificar ou delimitar estritamente o elemento sinalagmático nos contratos de colaboração empresarial, de modo específico no campo tecnológico.

Conjugam-se, nesse aspecto, alguns diferenciais na avaliação do sinalagma nesses contratos associativos, cujo resultado último só será conhecido após uma fase relativamente longa de investimentos para a criação de um modelo de negócios ou de uma tecnologia disruptiva. Perceba-se que, além da inovação em si, que é dependente de fatores internos da pesquisa técnica ou científica, há um estudo de mercado, capaz de responder a um problema nuclear: há demanda para uma tecnologia ou um produto específico no ecossistema setorial? Adicionalmente, existe a questão da *escalabilidade*. O êxito da associação entre empresas é dependente da capacidade de escalar o emprego da tecnologia (ou da técnica, do serviço, do hardware ou do software) desenvolvida em um número predeterminado (ou projetável) de operações. De nada adianta a concepção, a fabricação ou a programação do artefato ou do software se ele não consegue atingir um público-alvo economicamente apreciável em termos qualitativos ou quantitativos.

O funcionamento em condições ótimas desse negócio cooperativo não expõe as dificuldades em se fixar a chamada causa

de atribuição no “deslocamento patrimonial”, um conceito nuclear para o estudo do Direito Restituitório, mas que é apreciável no Direito dos Contratos.²⁰ As dificuldades surgem quando há o inadimplemento contratual, que se dá, de modo geral, antes que a tecnologia (ou o produto, o serviço, etc) esteja plenamente desenvolvida ou haja alcançado as condições de escalabilidade.

Alguns parâmetros existem para se aferir a quebra do sinalagma, quando se objetiva, por exemplo, a revisão do contrato de colaboração empresarial ou, o que vem a ser o foco deste artigo, a quantificação dos danos, na hipótese de o inadimplemento resolver o negócio em perdas e danos. É dessa matéria de que se cuidará na próxima seção.

3 Inadimplemento e perdas e danos nos contratos colaborativos: o caso especial dos negócios tecnológicos

O inadimplemento culposo dos contratos cooperativos ou colaborativos empresariais admite regimes específicos de quantificação das perdas e danos. Nos contratos envolvendo a concessão comercial de veículos automotores, submetidos à Lei Ferrari (Lei n.º 6.729, de 28 de novembro de 1979),²¹ seu art. 24, inciso III, “não distingue entre danos emergentes e lucros cessantes, fazendo referência a ‘perdas e danos’”. Trata-se de prefixação *ex lege* de verba indenizatória, sendo impossível diferenciar o que compõe danos emergentes e o que compõe lucros cessantes”.²² Identicamente, ocorre no âmbito da Lei da Representação Comercial (Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965), em cujo art. 27, alínea “j”, encontra-se a definição prévia da “natureza indenizatória das verbas recebidas no âmbito de rescisão unilateral imotivada do contrato de representação, estabeleceu esta Corte que a lei não diferenciou qual proporção da referida verba indenizatória teria característica de dano emergente ou lucros cessantes para fins de incidência do imposto de renda, de forma que, diante da impossibilidade de fazê-lo no caso concreto, deve ser reconhecida a não incidência do imposto de renda sobre a totalidade da verba recebida”.²³

²⁰ SIRENA, Pietro. Towards a European law of unjustified enrichment. Bolonha: Il Mulino, 2012, p. 115.

²¹ Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

²² STJ. AgInt na TutPrv no REsp n. 2.113.780/SP, rel. Min. Daniela Teixeira, Terceira Turma, julgado em 25/8/2025, DJEN de 28/8/2025.

²³ STJ. AgInt na TutPrv no REsp n. 2.113.780/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Terceira Turma, julgado em 25/8/2025, DJEN de 28/8/2025.

Esses dois exemplos de tarifação e de delimitação dos conceitos de lucros cessantes e danos emergentes são emblemáticos para um exame de contraste com outros contratos de colaboração empresarial. Na concessão de automóveis e na representação comercial, tanto a lei quanto a interpretação do Superior Tribunal de Justiça estabeleceram balizas de elevado grau de objetividade para controle das externalidades do inadimplemento e da causação de danos nessas espécies. Como bem salientou o min. Antonio Carlos Ferreira, mesmo as alegações fundadas na boa-fé objetiva devem ser contemporizadas ante o regime normativo específico.²⁴ Na representação comercial, tendo o órgão de apelação “verificado a incidência dos arts. 27 e 34 da Lei n. 4.886/1965, e havendo pedido claro no sentido de que todos os prejuízos materiais suportados em virtude da denúncia contratual injustificada sejam ressarcidos pela ré, não é possível afastar o direito à indenização correspondente na hipótese”.²⁵

Nos contratos de distribuição, especificamente no grupo de casos da distribuição de bebidas, que começou a se formar ainda nos anos 2000, o Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, há afastado a regra do parágrafo único do art. 473, do Código Civil, que criou um obstáculo ao direito potestativo de resilição em negócios jurídicos mutualísticos e de longo período de execução, a partir da qual se constituiu uma relação de dependência entre as partes. Desse modo, em coerência com a min. Nancy Andrighi, “é lícita a cláusula contratual consagrada em contrato de distribuição de bebidas e/ou alimentos que assegura às partes a não renovação do contrato mediante aviso prévio, razão pela qual inexistente ato ilícito ensejador do dever de indenizar”.²⁶

Nos contratos de colaboração empresarial cujo objeto se encontre o desenvolvimento de novas tecnologias, a realidade é di-

²⁴ STJ. AgInt no AREsp n. 1.903.091/MG, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 13/3/2023.

²⁵ STJ. AgInt no AREsp n. 1.954.005/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/5/2025, DJEN de 19/5/2025.

²⁶ STJ. REsp n. 2.115.768/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 10/4/2024. Em sentido idêntico: “Na vigência do Código Civil de 1916, é permitida ao fornecedor a resilição unilateral do contrato de distribuição de produto alimentício celebrado por prazo indeterminado, exigindo-se, entretanto, aviso prévio com antecedência razoável para que a parte contrária - o distribuidor - possa se preparar, sob todos os aspectos, para a extinção do contrato” (STJ. REsp 1.169.789/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/08/2016, DJe de 23/09/2016). Idem: STJ. AgInt no AREsp n. 1.098.200/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 3/5/2023.

versa. Note-se que chega a ser comóvente encontrar na obra de autores clássicos, como Orlando Gomes, o reconhecimento dado aos “contratos *na* informática” como espécies negociais atípicas.²⁷ O requinte linguístico está na denominação de “contratos *na*” e não de “contratos *de*” informática, este último conceito de caráter limitante em face do primeiro empregado por Orlando Gomes.²⁸ A grande transformação tecnológica do século XXI, contudo, foi de tal ordem que o próprio nome da pretensa disciplina regulatória das intersecções entre Direito e Informática alterou-se de modo permanente desde os anos 1980: Informática Jurídica; Direito da Tecnologia; Direito das Tecnologias da Informação e das Comunicações; Cibernética Jurídica; Direito e Internet; Direito da Internet; Direito Digital, etc.²⁹ Não há mesmo clareza sobre a existência de um objeto epistemológico próprio e autônomo, continente de uma disciplina com contornos próprios.

O inadimplemento e a consequente indenização por quebra de contratos associativos que tenham por objeto o desenvolvimento e a inovação de produtos ou serviços tecnológicos, em especial aqueles destinados a destinatários de massa, como os bancários, financeiros e de telecomunicações, que ocupam o ápice do Produto Interno Bruto na década de 2020, não possuem parâmetros objetivos na legislação. Propõem-se nesta última seção do artigo três critérios para a configuração do incumprimento e sua consequente reparação:

(1) *Consideração do chamado* going business concern – Expressão inglesa, equivalente a “*going concern value*”, traduzível por princípio da continuidade operacional do negócio, representa o incremento em valor de uma atividade econômica já organizada ou em desenvolvimento, compreendendo bens tangíveis e intangíveis de uma empresa. O essencial aqui é a apreciação do conjunto dos valores da companhia ou sociedade, mas

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.107.

²⁸ “*Contratos na informática*. A invenção do computador e sua disseminação levantou problemas jurídicos importantes, dentre os quais o da natureza dos contratos que seu uso determina e o da proteção dos programas necessários ao seu aproveitamento” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.510).

²⁹ A literatura jurídica serve de comprovação a esses câmbios de nomenclatura disciplinar desde a década de 1970: TENÓRIO, Igor. Cibernética e direito. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 2, n. 3, p. 153-168, maio/ago. 1970; BEL, Jean. *Informatique et droit compare*. *Revue internationale de droit comparé*, v. 22, n. 2, p. 269-295, avr./juin 1970; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Manual de informatica y derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

considerando também a expectativa legítima que a atividade produz, fundada em seu êxito provável. Entra nesse cálculo, por exemplo, a capacidade de retorno da empresa ou atividade, além do conjunto de investimentos anteriormente feitos no escopo do negócio.³⁰ Esse conceito é nuclear quando se examina a situação de *startups* ou unicórnios, bem como de empresas com grau de desenvolvimento estabelecido, mas que possuem produtos ou serviços com elevado grau de rentabilidade. Esta última, contudo, é dependente do elemento da escala de produção, distribuição, comercialização ou divulgação, a depender do objeto e do propósito da inovação ou da tecnologia.

(2) *Prova pericial como fundamento da avaliação dos efeitos do incumprimento: a formação do quo interest.* Em uma relação sinalagmática clássica, na qual o preço e a coisa ou o uso e o aluguel são objetiva e imediatamente comparáveis, é absolutamente singela a técnica de aferição dos danos emergentes. Os lucros cessantes podem corresponder a elementos igualmente conhecidos, como a privação do uso do bem; a perda de um negócio que se deixou de realizar por efeito do inadimplemento; a expectativa de remuneração frustrada por negócios incumpridos. Tudo isso entra na zona de confluência entre elementos como: (a) critérios de prova: confiança razoável na outra parte e sua frustração pela quebra de legítimas expectativas, todas elas demonstradas por meio de correspondências reversais, investimentos estimulados por *inputs* ou projeções de outras inversões; (b) distinção entre danos diretos (em geral, despesas com o desenvolvimento do produto ou com a inovação tecnológica) e danos indiretos, quase sempre associados ao chamado interesse positivo ou ao interesse negativo (na hipótese de culpa *in contrahendo*); (c) o valor global do litígio, apreciando fatores como o escopo de proteção da norma.³¹

³⁰ ELLINGSEN, John E., PANY, Kurt, FAGAN, Peg. SAS n. 59: How to evaluate going concern. *Journal of Accountancy*, p. 24-31, Jan. 1989; MUTCHLER, J. F. A multivariate analysis of the auditor's going-concern opinion decision. *Journal of Accounting Research*, p.668-682, 1985; STERLING, Robert R. The going concern. An examination. *The Accounting Review*, p. 481-502, July 1968.

³¹ Entram em cena aqui os conceitos de interesse contratual negativo e as legítimas expectativas dos investidores, ainda que, na doutrina nacional, o foco esteja em temas como a responsabilidade pré-contratual: TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo e interessi negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento. *Rivista di diritto civile*, n. 5, v.48, parte prima: dottrina, p. 637-648, sett./ott. 2002; STAUT, Maria Gabriela, Interesse positivo e negativo como mecanismo de aferição do dano reparável no Direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 61, n. 241, p. 237-254, jan./mar. 2024.

De essencial, a delimitação desses danos em prova pericial é a forma por excelência de seu arbitramento. A discricionariedade judicial na escolha desses elementos probatórios foi profundamente abalada pelo novo Código de Processo Civil, especialmente em seu art. 375.³²

(3) *Plano de negócios*: O plano de negócios (*business plan*) é outra ferramenta indiciária ou probatória, a depender de seu grau de complexidade ou de completude, para se confrontar o programa contratual e sua efetiva execução. A má formulação de contratos, algo bastante comum em áreas disruptivas ou nas quais há elevado grau de incerteza quanto aos desenvolvimentos tecnológicos, é contemporizada ou atenuada pela investigação do plano de negócios. Quanto maior for a atipicidade contratual e maior a dependência do contrato de um conceito canônico de inovação, terá ainda mais importância analisar objetivos, cronograma de desenvolvimento de projetos e desembolsos, projeções financeiras, metas, expectativas econômicas, retornos de inversões e planos de escalabilidade ou de difusão do produto ou serviço. No Direito estrangeiro, essa relevância do plano de negócios no âmbito da responsabilidade civil é reconhecida há algumas décadas em áreas sensíveis como a Medicina.³³ No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado o *business plan* em alguns julgados, mas sempre exigindo a apreciação baseada na prova pericial.³⁴

As novas fronteiras tecnológicas criaram um espaço para a atipicidade contratual incompatível com as clássicas conformações teóricas orientadas a simplesmente identificar a formação de um novo tipo ou a inadequação das espécies típicas a um novo molde negocial. Os contratos de colaboração empresarial da sociedade da informação ressentem-se de previsões legais e, mesmo que estas existissem, o nível acelerado de transformação tecnológica rapidamente a tornaria obsoleta. Assiste-se, portanto, a um momento em que a atipicidade se uniu à autonomia privada e à inovação para conformar um modelo de investimentos e de cumprimento negocial baseado na confiança, no *business*

³² “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.” (CPC/20215).

³³ HECKMAN, Frank D.; ZAREMSKI, Miles J. The business plan to manage high-damage liability lawsuits. *Physician Executive*, vol. 20, n. 8, Aug. 1994.

³⁴ STJ. REsp n. 2.117.094/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 11/3/2024.

plan e na ideia de *going business concern*. O início do século XXI é o tempo em que grandes companhias automobilísticas cederam suas posições primazes no Produto Interno Bruto a empresas disruptivas que se organizaram sob a égide do *everything as a service*. Uma boa síntese desses câmbios está na percepção de que não há mais bancos no sentido tradicional da palavra, mas empresas de tecnologia que atuam em serviços financeiros. Os meios probatórios passam a gozar também de uma maior relevância, o que envolve a reafirmação do Superior Tribunal de Justiça como “supremo tribunal da jurisdição ordinária” em toda sua plenitude.³⁵

³⁵ RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; RODRIGUES JR., Otavio Luiz ; LEONARDO, Rodrigo Xavier. O Superior Tribunal de Justiça como “Supremo Tribunal da Jurisdição Ordinária”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias de; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. (Org.). *Ensaio sobre Direito Constitucional, Processo Civil e Direito Civil*. Uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim. 1ed. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2023, v. , p. 401-410.