

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A responsabilidade pela LGPD no *interim period* dos contratos de aquisição de controle societário

Gabriela Lotufo Cintra Ferreira

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 17.10.2020

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

É comum que os contratos de aquisição de controle societário prevejam datas diferentes para a assinatura (*signing*) e o fechamento (*closing*) do negócio. O objetivo dessa diferença entre as datas é, principalmente, o de se verificar a implementação de condições precedentes e o cumprimento de obrigações pré-fechamento (*covenants*), das quais dependerá o aperfeiçoamento do negócio jurídico. Esse período entre o *signing* e o *closing*, por se tratar de um período transitório, é chamado na prática de mercado de *interim period*.

Durante o *interim period*, os poderes de administração da sociedade alvo (*target*) são compartilhados entre o comprador e o vendedor, em maior ou menor medida, a depender da estrutura do negócio. Os poderes da administração da *target* podem, ainda, ser limitados no que se refere a alterações sobre a sociedade e suas atividades durante o *interim period*, a fim de evitar que as partes manipulem o preço final a ser pago, quando houver cláusulas de ajuste de preço no contrato.

Essas especificidades do *interim period* dos contratos de aquisição de controle societário geram muitas dúvidas e conflitos quanto às responsabilidades de cada uma das partes, no que se refere ao implemento das condições precedentes e ao cumprimento das obrigações pré-fechamento.

Considerando que, atualmente, o exercício da atividade empresária sempre envolve, de alguma forma, a manipulação de dados pessoais, as dúvidas e conflitos relacionados ao *interim period* certamente serão agravados com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018, "LGPD"), em 18.9.2020.

Conforme vem sendo noticiado amplamente pela mídia, o mercado encontrará dificuldades em definir claramente quem são os controladores e os operadores responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, os quais devem prezar pela proteção e pela privacidade desses dados. Além disso, ainda não se sabe se a responsabilidade pelo descumprimento da LGPD será entendida como objetiva ou subjetiva, visto que o legislador não foi claro sobre esse ponto.

Assim, o presente trabalho se propõe a fazer uma pesquisa exploratória sobre (i) as práticas adotadas pelo mercado quanto à distribuição de responsabilidades gerais do comprador e do vendedor, durante o *interim period* dos contratos de

aquisição de controle societário; **(ii)** como deverá ser entendida e aplicada, no *interim period*, a responsabilidade prevista na LGPD; e **(iii)** a existência de norma cogente na LGPD, que não poderá ser afastada pelas partes em contrato.

Serão estudadas diversas hipóteses, divididas nos seguintes grandes temas: **(i)** a proteção e a privacidade de dados como condições precedentes; **(ii)** a proteção e a privacidade de dados como obrigações pré-fechamento; **(iii)** a responsabilidade pela privacidade de dados **a)** dos funcionários da *target*, **b)** das partes do contrato, e **c)** dos clientes ou consumidores da *target*; e **(iv)** a responsabilidade pela proteção de dados **a)** dos funcionários da *target*, **b)** das partes do contrato, e **c)** dos clientes ou consumidores da *target*.

O propósito deste trabalho é, ao final, apresentar soluções e melhores práticas, para que as partes de um contrato de aquisição de controle societário delimitem com clareza as suas responsabilidades quanto ao tratamento de dados pela empresa alvo durante o *interim period*.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

1. O que é o *interim period* em um contrato de aquisição de controle societário e qual é a sua qualificação jurídica?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: contratos e experiência na área, doutrina nacional e estrangeira.

2. Quais são as principais discussões sobre responsabilidade durante o *interim period*? Como geralmente funciona a distribuição de responsabilidades entre as partes durante esse período?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: contratos e experiência na área, doutrina nacional e estrangeira, e jurisprudência.

3. Em que hipóteses que há o tratamento de dados em um contrato de aquisição de controle societário?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: contratos e experiência na área, doutrina nacional e estrangeira.

4. Quem são os controladores e os operadores de dados pessoais (agentes de tratamento), de acordo com a LGPD?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: lei, doutrina nacional, doutrina europeia sobre o *General Data Protection Regulation* (GDPR), e decisões das autoridades europeias de proteção de dados.

5. Durante o *interim period*, quem pode ser considerado como agente de tratamento dos dados pessoais em poder da empresa alvo? Há uma zona cinzenta com relação às atividades e responsabilidades do comprador e do vendedor durante esse período?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência na área, lei, doutrina nacional, doutrina europeia sobre o GDPR, e decisões das autoridades europeias de proteção de dados.

6. A responsabilidade civil prevista no art. 42, *caput*, da LGPD deve ser interpretada como responsabilidade subjetiva aos moldes do art. 927, *caput*, do Código Civil Brasileiro, ou pode ser encarada como responsabilidade objetiva nos termos de seu parágrafo único?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: lei, doutrina nacional, e direito comparado.

7. As partes podem dispor livremente sobre a responsabilidade civil prevista no art. 42, *caput*, da LGPD? Quais regras da LGPD são cogentes e quais são dispositivas?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: lei, doutrina nacional, e direito comparado.

8. Quais são os riscos jurídicos para o vendedor e o comprador, associados ao tratamento de dados pessoais pela empresa alvo durante o *interim period*?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência na área, lei, doutrina nacional, doutrina europeia sobre o GDPR, e decisões das autoridades europeias de proteção de dados.

9. Como estabelecer o grau de responsabilidade de cada uma das partes sobre ilícitos previstos na LGPD, ocorridos durante o *interim period*?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência na área, lei, doutrina nacional, doutrina europeia sobre o GDPR, e decisões das autoridades europeias de proteção de dados.

10. Os mecanismos contratuais são suficientes para a correta alocação de riscos entre as partes?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência na área, jurisprudência nacional, e decisões das autoridades europeias de proteção de dados.

11. Quais são as estruturas contratuais mais recomendadas para a distribuição de riscos da LGPD durante o *interim period*?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência na área, lei, doutrina nacional, doutrina estrangeira sobre *interim period*, doutrina europeia sobre o GDPR, e decisões das autoridades europeias de proteção de dados.

12. O que fazer em casos em que o contrato é omissivo?

Fontes de pesquisa e formas de acesso: experiência na área, e decisões das autoridades europeias de proteção de dados.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O objeto de estudo deste trabalho apresenta relevância prática, na medida em que, por meio das conclusões e das proposições nele expostas, será possível delimitar mais precisamente as responsabilidades das partes durante o *interim period* de um contrato de aquisição de controle societário, com relação à proteção dos dados pessoais em poder da empresa alvo. O estabelecimento de uma divisão

clara de responsabilidades sobre a proteção de dados durante o *interim period*, proporcionará às partes maior segurança e conforto para a realização do negócio.

O caráter inovador deste trabalho está no fato de que, até o momento, não foi produzido nenhum estudo sobre a responsabilização de acordo com a LGPD durante o *interim period* e das respectivas práticas adotadas pelo mercado. Aliás, ainda que tratados de maneira individual, os temas do “*interim period*” e da “responsabilização conforme a LGPD” foram pouco explorados ou, ao menos, foram explorados de maneira insuficiente no direito brasileiro.

As práticas adotadas pelo mercado em contratos de aquisição de controle societário são sub-formalizadas (i.e., não estão regulamentadas pela lei), inclusive, no que se refere ao *interim period*. Assim, a doutrina brasileira sobre o tratamento legal do *interim period* é praticamente nula e a doutrina estrangeira também é escassa. Além disso, o estudo do *interim period* também é dificultado pelo fato de que há pouca jurisprudência sobre o tema, visto que, muitas vezes, adota-se a arbitragem sigilosa como forma de resolução de conflitos de contratos de aquisição de controle societário.

Quanto à responsabilização dos agentes de tratamento de dados de acordo com a LGPD, já há um número razoável de textos publicados sobre o tema, mas poucos com um estudo de fato aprofundado e com bases teóricas firmes.

Considerando-se que a responsabilidade prevista na LGPD é aplicável a qualquer pessoa (física ou jurídica) que manipule dados pessoais, e que, atualmente, toda empresa de alguma forma manipula dados, o presente trabalho tem relevante potencial de impacto sobre o mercado brasileiro. Com a entrada em vigor da LGPD, será de preocupação, tanto do comprador, quanto do vendedor, que as responsabilidades sobre a proteção de dados pessoais em poder da empresa alvo, durante o *interim period*, sejam muito bem definidas no contrato por eles celebrado.

Por fim, a divulgação do presente trabalho e das suas respectivas conclusões e proposições poderá ser realizada por meio de seminários e apresentações ao mercado, matérias em revistas e jornais, bem como por meio de divulgação no site do escritório do qual atualmente sou sócia.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

Atuo há quase sete anos com contencioso empresarial, e trabalhei em escritórios especializados em direito societário, como o Cescon Barriou e o Barbosa, Mussnich, Aragão. Assim, tenho experiência em disputas envolvendo contratos de aquisição de controle societário, seja na esfera judicial, seja na esfera arbitral. Também tenho experiência em análise dos riscos na execução de contratos durante o *interim period*, diante de dúvidas apresentadas pelos clientes sobre os limites de suas responsabilidades nesse período.

Com relação à LGPD, venho acompanhando as discussões relativas à sua aplicação, por meio da leitura de artigos e livros sobre o tema, e da participação em eventos, mentorias, e grupos de estudos promovidos pela Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), da qual sou associada desde 2017. Ainda, tenho

recebido demanda crescente de consultas sobre adequação à LGPD e sobre os riscos litigiosos gerados pela referida lei, o que envolve a análise das responsabilidades nela previstas.

5. Bibliografia preliminar

BAINBRIDGE, Stephan M. **Mergers and Acquisitions**. EUA: Foundation Press, 2003.

BARROS, Betania Tanure de. **Fusões e aquisições no Brasil: entendendo as razões dos sucessos e fracassos**. São Paulo: Atlas, 2003.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Livro Virtual – Biblioteca Digital – PUC-SP. Forense, Rio de Janeiro, 2019.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik; MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Compra e venda de participações societárias de controle**. 2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CRUZ, Gisela Sampaio. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DEPAMPHILIS, Donald M. **Mergers, Acquisitions, and other Restructuring Activities**. EUA: Elsevier, 2010.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Fusões, aquisições, participações e outros instrumentos de gestão de negócios: tratamento jurídico, tributário e contábil**. São Paulo: Atlas, 2005.

FILIPPELL, Mark A. **Mergers & Acquisitions: Lessons from the Middle-Market Trenches**. EUA: John Wiley & Sons., Inc, 2011.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho; MCNAUGHTON, Charles William. **Fusões e aquisições: prática jurídica no M&A**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GAUGHAN, Patrick A. **Mergers, acquisitions, and corporate restructuring**. 3. ed. New York: John Wiley, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. Saraiva, São Paulo, 6ª edição, 2016.

PIRES, Catarina Monteiro. **Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios**. Coimbra: Almedina, 2018.

TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

6. Cronograma de execução

Atividade	2020			2021												Horas
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
Pesquisa bibliográfica	■	■	■													30
Leitura da bibliografia		■	■	■	■	■										120
Coleta de decisões europeias					■	■										20
Coleta de decisões brasileiras													■			20
Atualização das decisões europeias e brasileiras														■		10
Estruturação do sumário				■												10
Redação				■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■		160
Conclusão da redação													■			30
Revisão														■		30
Depósito															■	[...]