
Vicente Bagnoli
Daniel Francisco Nagao Menezes
Fabiano Dolenc Del Masso
Pedro Alves Lavacchini Ramunno
(Organizadores)

Direito, Empresas e Empreendedorismo

1^a Edição

2021

ESENI
EDITORIA

Direito, Empresas e Empreendedorismo



A **ESENI Editora** é a editora da *Escola Superior de Ética, Negócios & Inovação* (ESENI) e tem por objetivo publicar obras de excelência nas suas três linhas de atuação, Ética, Negócios & Inovações. Suas publicações são todas direcionadas a temas do ambiente corporativo e correlatos. Além disso, busca uma aproximação entre teoria e prática, conciliando textos acadêmicos com textos desenvolvidos por e para profissionais de mercado. A ESENI Editora acredita que só a partir desse diálogo podemos gerar desenvolvimento sustentável e progresso no conhecimento.

In business, be excellence!

Direito, Empresas e Empreendedorismo

Organizadores
Vicente Bagnoli
Daniel Francisco Nagao Menezes
Fabiano Dolenc Del Masso
Pedro Alves Lavacchini Ramunno



São Paulo
2020

Organizadores: Vicente Bagnoli, Daniel Francisco Nagao Menezes, Fabiano Dolenc Del Masso e Pedro Alves Lavacchini Ramunno. **Coordenador:** Giovani Agostini Saavedra. **Autores:** Vicente Bagnoli, Fabiano Dolenc Del Masso, Christiane Bedini, Patricie Barricelli, Vivian Leinz, Amanda Athayde, Bárbara Mendes Peres, Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Daniel Bushatsky, Marlon Tomazette, Uinie Caminha, Liliane Gonçalves Matos, Bruno Boris Carlos Croce, Daniel Francisco Nagao Menezes, Vanessa Ferreira de Almeida, Irene Patrícia Nohara, Leandro Pereira Moraes, Miguel Juan Bacic, Fabiano Dolenc Masso, Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin, Rogério Aparecido Grof, Vicente Bagnoli, Rodrigo Albuquerque Maranhão, Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira, Pedro A. L. Ramunno, Armando Luiz Rovai, Luís Renato Vedovato, Viviane de Arruda Pessoa Oliveira, Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini, Carolina Piccolotto Galib e Amanda de Souza Camargo. **Editor:** Felipe Rijo. **Revisor:...Capa e Diagramação:** Agência Tweed. **Diretora Geral:** Hella Isis Gottschefsky. **Diretor Comercial:** Marcio Luz. **Assistente Administrativo:** Carla Espíndola

ISBN nº 978-65-89485-08-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito, empresas e empreendedorismo [livro eletrônico] / (organizadores) Vicente Bagnoli...[et al.]. -- 1. ed. -- São Paulo : Eseni Editora, 2020.
ePub

Vários autores.

Outros organizadores: Daniel Francisco Nagao Menezes, Fabiano Dolenc Del Masso, Pedro Alves Lavacchini Ramunno
Bibliografia.

ISBN 978-65-89485-08-7

1. Artigos - Coletâneas 2. Direito empresarial
3. Empreendedorismo I. Bagnoli, Vicente. II. Menezes, Daniel Francisco Nagao. III. Del Masso, Fabiano Dolec. IV. Ramunno, Pedro Alves Lavacchini.

21-62363

CDU-34:338.93

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito empresarial 34:338.93

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da ESENI Editora. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998.

Todos os direitos reservados à
ESENI Editora

Rua Arquiteto Olavo Redig de Campos, 105 Torre B – 24º Andar

Chácara Santo Antônio, São Paulo, SP, CEP 04711-905

E-mail: contato@esenzi.com.br

www.eseni.com.br

SUMÁRIO

Questões Concorrenciais Num Mundo De E Após Covid-19

Vicente Bagnoli, Fabiano Dolenc Masso, Christiane Bedini, Patricie Barricelli e Vivian Leinz.

Breves Acenos Sobre As Possíveis Condutas Anticompetitivas Horizontais E Verticais Implementadas Via Blockchain.

Amanda Athayde e Bárbara Mendes Peres.

Os Contratos Empresariais De Cooperação E Os Mecanismos De Governança: Elementos de operacionalização dos contratos relacionais ou híbridos.

Ana Frazão e Angelo Prata de Carvalho

O Princípio Da Segurança Negocial No Direito Contratual: Aumento Da Previsibilidade No Tráfego Comercial.

Daniel Bushatsky

Os Créditos Abrangidos Ou Não Pela Recuperação Judicial.

Marlon Tomazette

Quotas Preferenciais: A Polêmica Sobre A Supressão Do Direito De Voto Em Limitadas.

Uinie Caminha e Liliane Gonçalves Matos

Aspectos Jurídicos Do Marketplace – O Novo Estabelecimento Empresarial.

Bruno Boris Carlos Croce

Controle Interno Nas Sociedades Cooperativas Na Legislação Latino Americana.

Daniel Francisco Nagao Menezes e Vanessa Ferreira de Almeida

Empreendedorismo Das Pequenas Empresas Nas Compras Públicas.

Irene Patrícia Nohara

Das Empresas Sociais Aos Empreendimentos Econômicos Solidários No Brasil: Um Giro Conceitual Através Das ‘Noções Emergentes’ Da Economia Social E Solidária.

Leandro Pereira Morais e Miguel Juan Bacic

Influências Da Cultura De Consumo No Desenvolvimento Do Brasil: A Compatibilização Da Defesa Do Consumidor Com O Desenvolvimento Econômico E Tecnológico.

Fabiano Dolenc Masso e Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin

Reorganizar As Pequenas Empresas – Uma Proposta.

Rogério Aparecido Grof

O Novo Marco Do Saneamento Básico: Dignidade Humana Pelo Mercado.

Vicente Bagnoli, Rodrigo Albuquerque Maranhão e Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira

Direito De Empresa, Estruturas E Poder Econômico: Um Ensaio Estruturalista.

Pedro A. L. Ramunno

Da Arbitragem Em Tempos De Pandemia.

Armando Luiz Rovai e Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior

Empresas e a Proteção ao Trabalho da Pessoa Migrante Frente a Crise Sanitária.

Luís Renato Vedovato, Viviane de Arruda Pessoa Oliveira, Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini, Carolina Piccolotto Galib e Amanda de Souza Camargo

O Impacto Da Pandemia No Direito Do Consumidor À Luz Da Lei Federal N° 14.034/20 (Antiga Medida Provisória N° 925).

Rafael Quaresma Viva

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie celebra 20 anos dedicados à pesquisa em duas frentes: O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos e A Cidadania Modelando o Estado.

Durante esses anos, professores contribuíram e contribuem para a consolidação de pesquisas consistentes que levaram ao reconhecimento da excelência do Mestrado e, posteriormente, do Doutorado em Direito Político e Econômico do Mackenzie. Mas não só. A qualidade dos discentes foi sendo testada e comprovada ano a ano com dissertações (aproximadamente 800) e teses (aproximadamente 140), muitas com tanto brilhantismo que passaram a ser referências em suas áreas.

Comemorar essas duas décadas com a edição de um livro que trata do universo da empresa é trazer para o mundo do ser a necessidade de se compreender a empresa e os institutos a ela relacionados. Compreender a empresa é enxergar o seu protagonismo dentro de uma economia de mercado, por meio da qual a partir de uma ordem econômica eficiente se alcança a dignidade humana com a justiça social. Compreender o poder econômico e seus limites jurídicos é viabilizar a cidadania modelando o Estado.

O Programa em Direito Político e Econômico, concentra-se, portanto, no Direito Econômico, disciplina jurídica que interpreta a ciência econômica e com o valor da justiça se ocupa do funcionamento do mercado, estabelecendo princípios, criando regras e diretrizes de modo a garantir a justiça social. Ao se ocupar do funcionamento do mercado, o Direito Econômico lida diretamente com o poder econômico, e é justamente um ramo do Direito Econômico, o Direito Concorrencial que tem como seu objeto o tratamento jurídico da política de concorrência, com normas a assegurar a proteção de interesses individuais e coletivos, em conformidade com a ideologia adotada no ordenamento jurídico.

À altura dos 20 anos do Programa de Pós-graduação em Direito político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, o presente livro reúne artigos de juristas e acadêmicos, cada qual com a sua valorosa e interessante contribuição, que confirmam a necessidade de continuar pesquisando e debatendo os temas da empresa, e consequentemente do mercado, para uma ordem econômica pujante e uma ordem social justa.

Para iniciar as leituras, um artigo que reflete a visão do Programa às demandas atuais e elaborado pelos professores Vicente Bagnoli e Fabiano Dolenc Masso em conjunto com as doutorandas Christiane Bedini, Patricie Barricelli e Vivian Leinz no âmbito da disciplina *Competition Policy and Development* e intitulado “Questões Concorrenciais num Mundo de e Após Covid-19”. O referido artigo é parte também das atividades do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência - GEDC-Mack, criado em 2001 e, desde 2009, está vinculado ao Conselho Nacional de Pesquisa - CNPq como um grupo de pesquisa. O principal objetivo do GEDC é estudar e pesquisar o marco regulatório jurídico e econômico da concorrência no Brasil, questões de ponta relacionadas à concorrência, bem como a concorrência como política de desenvolvimento, seguindo as melhores práticas internacionais, promovendo debates e a busca da inter-relação entre os estudos acadêmicos, o mercado e a promoção de uma cultura da concorrência. O GEDC promove o desenvolvimento acadêmico interdisciplinar, notadamente para estudantes de graduação e pós-graduação em Direito, no âmbito da Concorrência, capacitando-os com os conceitos necessários para a aprendizagem da disciplina, sua reflexão e os desafios contemporâneos relacionados à Concorrência e sua inserção acadêmica e profissional. O GEDC ajuda a aprofundar as discussões iniciadas no curso de graduação em Direito, na disciplina Direito Econômico e Concorrencial, e no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) nas disciplinas Teoria do Mercado Jurídico e *Competition Policy and Development*. As atividades do GEDC também se concentram em publicações baseadas em suas pesquisas científicas realizadas, bem como em palestras e eventos que promove periodicamente no Brasil e também junto a uma extensa rede de parceiros nacionais e internacionais.

Ainda seguindo a temática concorrencial, que tão somente confirma que pensar Direito Econômico é reconhecer a sua intrínseca relação com o Direito Concorrencial, o artigo de Amanda Athayde e Bárbara Mendes Peres que traz também as novas tecnologias intitulado “Breves Acenos Sobre As Possíveis Condutas Anticompetitivas Horizontais E Verticais Implementadas Via Blockchain”.

Entre os artigos do livro com temas diretamente centrados no dia a dia da empresa, Ana Frazão e Angelo Prata de Carvalho brindam o leitor com o artigo intitulado “Os Contratos Empresariais De Cooperação E Os Mecanismos De Governança: Elementos de operacionalização dos contratos relacionais ou híbridos”. Daniel Bushatsky

contribui com o artigo “O Princípio Da Segurança Negocial No Direito Contratual: Aumento Da Previsibilidade No Tráfego Comercial”. Já Marlon Tomazette se dedica ao tema “Os Créditos Abrangidos Ou Não Pela Recuperação Judicial”. Uinie Caminha e Liliane Gonçalves Matos contribuem com o artigo “Quotas Preferenciais: A Polêmica Sobre A Supressão Do Direito De Voto Em Limitadas”. Bruno Boris Carlos Croce participa da obra com o artigo “Aspectos Jurídicos Do Marketplace – O Novo Estabelecimento Empresarial”.

Com temas relacionados à realidade da empresa, Daniel Francisco Nagao Menezes e Vanessa Ferreira de Almeida oferecem o artigo “Controle Interno Nas Sociedades Cooperativas Na Legislação Latino Americana”. Irene Patrícia Nohara traz ao leitor o artigo “Empreendedorismo Das Pequenas Empresas Nas Compras Públicas”. Leandro Pereira Morais e Miguel Juan Bacic participam com o artigo “Das Empresas Sociais Aos Empreendimentos Econômicos Solidários No Brasil: Um Giro Conceitual Através Das ‘Noções Emergentes’ Da Economia Social E Solidária”. Fabiano Dolenc Masso e Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin trazem o artigo “Influências Da Cultura De Consumo No Desenvolvimento Do Brasil: A Compatibilização Da Defesa Do Consumidor Com O Desenvolvimento Econômico E Tecnológico”. Rogério Aparecido Grof contribui com o artigo “Reorganizar As Pequenas Empresas – Uma Proposta”. Vicente Bagnoli, Rodrigo Albuquerque Maranhão e Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira escrevem o artigo “O Novo Marco Do Saneamento Básico: Dignidade Humana Pelo Mercado”. Pedro A. L. Ramunno é o autor de “Direito De Empresa, Estruturas E Poder Econômico: Um Ensaio Estruturalista”.

Já os artigos atentos à pandemia do Covid-19, mas sempre relacionados à realidade da empresa, o livro traz as contribuições de Armando Luiz Rovai e Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior com o artigo intitulado “Da Arbitragem Em Tempos De Pandemia”. Luís Renato Vedovato, Viviane de Arruda Pessoa Oliveira, Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini, Carolina Piccolotto Galib e Amanda de Souza Camargo com o artigo “Empresas e a proteção ao trabalho da pessoa migrante frente a crise sanitária”. Rafael Quaresma Viva com o artigo “O Impacto Da Pandemia No Direito Do Consumidor À Luz Da Lei Federal Nº 14.034/20 (Antiga Medida Provisória Nº 925) ”.

Por fim, um especial agradecimento ao doutorando Rodrigo Albuquerque Maranhão que tanto se empenhou para que o presente livro se tornasse realidade.

Saudações mackenzistas!

Vicente Bagnoli, Daniel Nagao, Fabiano Dolenc Masso e Pedro Ramunno
(professores da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie)

QUESTÕES CONCORRENCIAIS NUM MUNDO DE E APÓS COVID-19

COMPETITION ISSUES IN A WORLD OF AND AFTER COVID-19

Vicente Bagnoli¹

Fabiano Dolenc Masso

Christiane Bedini

Patricie Barricelli

Vivian Leinz

Resumo: O objetivo do presente artigo consiste na análise de alguns dos aspectos mais importantes decorrentes das relações de concorrência no pós-COVID-19. Um dos pressupostos levado em consideração pelos autores considera que a disciplina jurídica da concorrência deverá apontar caminhos a retomada do desenvolvimento econômico, o que poderá implicar em possíveis novas interpretações da legislação antitruste. Assim, os temas sobre controle de preços, a cooperação entre concorrentes, a advocacia da concorrência e, de uma maneira geral, a promoção de mudanças nas políticas industrial e de concorrência são essenciais para os próximos tempos.

Palavras-chave: COVID-19; defesa da concorrência; tabelamento de preços; cooperação entre concorrentes; advocacia da concorrência.

¹ Vicente e Fabiano são professores da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Christiane, Patricie e Vivian são doutorandas do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. O presente artigo foi elaborado na disciplina Competition Policy and Development no contexto da pandemia do Covid-19 no 1º semestre de 2020.

Abstract: The aim of this article is to analyze some of the most important aspects arising from the competition relations in the post-COVID-19. One of the assumptions considered by the authors considers that the legal discipline of competition should point the way to the resumption of economic development, which will may imply possible new interpretations of antitrust legislation. Thus, the themes of price control, cooperation between competitors, competition advocacy and, in general, the promotion of changes in industrial and competition policies are essential for the near future.

Keywords: COVID-19; competition protection; price table; cooperation between competitors; competition advocacy.

Introdução

Neste trabalho a intenção é de tratar alguns dos desafios pelos quais passa e passará o direito da concorrência com as transformações nos mercados resultantes da crise econômica provocada pelo COVID-19. A gravidade da crise econômica ainda não pode ser corretamente dimensionada, mas já provoca consequências que a qualificam como de efeitos gravíssimos na economia.

Tempos de crise endereçam diversos desafios para a economia de mercado e seus agentes. A contemporaneidade marcada pela sociedade da informação na era digital força a atividade empresarial a não apenas preparar-se para uma crise, mas também como conseguir inovar durante o seu curso, como mecanismo não só de defesa, mas de superação.

A crise instaurada pela pandemia de COVID-19 deixará seu legado não apenas para a atuação Estatal e para a Medicina, mas também para a concorrência, notadamente quanto à reação empresarial e atuação imediata para acomodações e criação de soluções produtivas que possam ser instauradas em caráter excepcional.

O mais importante a se tratar consiste no papel que o Estado deverá exercer na recomposição da atividade produtiva, o que é parece ser impossível sem a revisão de algumas políticas de defesa da concorrência. O artigo tratará de temas do Direito da Concorrência suscitados com a Covid-19 e o que se esperar para o pós-crise, considerando que a partir de políticas de concorrência o funcionamento eficiente dos mercados promove o desenvolvimento.

Nem todas as questões são novas, mas aparecem em contexto específico da economia nacional, e internacional, e merecem ser tratadas de forma específica pelos especialistas em concorrência para que a recuperação da economia seja a mais rápida possível.

1. Preços máximos, mínimo e tabelamento (*Exploitative pricing*)

Em situações de instabilidade econômica e social a questão atinente ao estabelecimento de preços máximos, mínimos e tabelamento, frequentemente vem à tona. Consistindo em forma de regulação da atividade econômica e meio de proteção ao consumidor em situações extremas, o controle e fixação de preços privados pelo Estado já foi usado algumas vezes ao longo da trajetória econômica brasileira. Exemplo bastante emblemático, o congelamento de preços instituído à época do Plano Cruzado (1986), com a criação da tabela da Sunab e os “fiscais do Sarney”, que denunciavam às autoridades o descumprimento dos valores determinados pelo governo, acarretando a interdição de estabelecimentos comerciais que descumpriam as normas estatais. Mais recentemente, o anúncio do tabelamento do frete com vistas a findar a paralisação dos caminhoneiros em 2018. Com a pandemia ocasionada pela COVID-19 e todas as suas consequências, o assunto retorna mais uma vez, sendo uma alternativa avaliada por alguns governos como medida de combate ao aumento expressivo do preço de insumos e mercadorias essenciais ao enfrentamento da crise ocasionada pela expansão mundial da doença.

A abusividade dos preços de determinados produtos em razão da pandemia causada pelo coronavírus, também denominada *price gouging*², e que tem relação direta com o excesso de demanda, não aconteceu somente no Brasil, sendo um fenômeno mundial. Na Grã-Bretanha, por exemplo, sprays de limpeza e desinfetantes estavam sendo vendidos por 30 libras ao invés das usuais 3.5 libras.³ Na África do Sul máscaras tiveram um incremento de 1120 por cento em seus preços.⁴

Em âmbito nacional essa elevação nos preços levou à apresentação de vários projetos de lei, dentre eles destacando-se o PL nº 881/2020, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, que "dispõe sobre o congelamento de preços de medicamentos durante a vigência da Pandemia de Coronavírus", e o PL nº 1008/2020, de autoria do Deputado Túlio Gadêlha, que "dispõe sobre o controle do Estado no combate à manipulação e ao abuso de preços em casos de decretação de Pandemia ou Estado de Calamidade Pública", esse último englobando não só medicamentos, mas também itens

² OECD. *Competition policy responses to COVID-19*. p. 4.

³ NOBLE, John. *Competition law in times of crisis – tackling the COVID-19 challenge: a producer perspective*. Journal of Antitrust Enforcement, Cidade, volume, p. 293-295, ago. 2020. p. 294.

⁴ RATSHISUSU, Hardin. MNCUBE, Liberty. *Addressing excessive pricing concerns in time of the COVID-19 pandemic – a view from South Africa*. Cidade, volume, p. 256-259, ago. 2020. p. 257.

de extrema necessidade. Na esfera internacional, alguns países, dentre eles França, Austrália e Portugal, aprovaram limites aos preços de produtos considerados essenciais.⁵ No entanto, seria a adoção de preços máximos ou seu tabelamento a melhor solução para coibir o aumento desenfreado do preço de máscaras, álcool em gel, medicamentos e afins?

A fixação de preços, apesar de largamente considerada, é bastante polêmica. Se por um lado, em curto espaço de tempo e sob um ponto de vista imediatista, pode ser mecanismo muito útil à proteção do consumidor, garantindo-lhe acesso aos produtos de que necessita sem desembolsar valores exorbitantes, de outro pode ocasionar desequilíbrios na concorrência e outras anomalias, vindo a prejudicar a longo prazo o próprio beneficiário dessa política regulatória, o consumidor. Vários problemas circundam essa prática. A primeira delas reside na dificuldade em se diferenciar o abuso de preço de seu mero aumento ocasionado por fatores legítimos⁶, como incremento do custo dos insumos ocasionado pela alta demanda e dificuldade de acesso a eles em virtude de barreiras sanitárias. Em outras palavras, o que seria um preço abusivo? Como diferenciar o aumento justo, decorrente de circunstâncias que incrementam o custo da produção e circulação de mercadorias, daquele ocasionado por mero desejo de obtenção de maiores lucros aproveitando-se de uma situação de calamidade pública? Uma outra questão concerne ao investimento em tecnologia. Empresas sérias estão em constante busca por melhorias que possam agregar valor aos seus produtos, o que beneficia de maneira direta o consumidor: esse tem acesso a uma mercadoria diferenciada, de ponta, com características que aprimoram a performance e desempenho do produto. Em um mercado onde há controle de preços, o investimento em tecnologia sofre um desestímulo. Sem condições de fazer frente aos custos de produção e muitos menos a investimentos tecnológicos, já que o repasse ao consumidor é submetido a um limite, as empresas deixarão de promover inovações em seus produtos, colocando no mercado produtos defasados e obsoletos. *“Há o risco de, ao não se remunerar corretamente a venda de mercadorias, acabe-se afetando questões de qualidade e conservação adequada de bens”.*⁷

⁵ OECD. *Exploitative pricing in the time of the COVID-19*. p. 13.

⁶ MOTA, Massimo. *Price regulation in times of crisis can be tricky*. Daily Maverick. Disponível em: <https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2020-04-22-price-regulation-in-times-of-crisis-can-be-tricky/>. Acesso em: ago. 2020. p.1-9. Ago. 2020. p. 3.

⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Nota técnica nº 16/2020/DEE/CADE*. p. 3-9. p. 5.

Ademais, o controle de preços não soluciona o problema do excesso de demanda. Primeiro porque há produtos que continuarão em falta, haja ou não política de preços imposta pelo governo, o que pode advir da ausência de insumos, infraestrutura para produção ou capital humano, além de dificuldades na distribuição. Em relação a produtos suscetíveis a variações decorrentes dessa política, caso o produto suba de preço é possível que haja um estímulo para que empresas aumentem a produção ou mesmo a iniciem, atraídas pela possibilidade de altos lucros. Por outro lado, eventual balizamento desses preços pode acarretar efeito contrário, levando à desistência da produção daquela mercadoria⁸, ao afastamento dos produtores do mercado ou ao desvio dos produtos para mercados onde não há regulação⁹, o que seria contraproducente. Ou seja, de nenhum modo o controle de preços contribui para a solução da escassez de produtos, seja porque em alguns casos nela não interfere, seja porque em outros a estimula.

Especificamente no que tange ao congelamento de preços, tal prática pode levar à concentração de mercado. Com efeito, empresas que no período pré-congelamento estavam produzindo um determinado produto com baixo lucro em comparação àquelas que estavam tendo um lucro maior tendem a ter mais prejuízos com essa política governamental, já que a elevação dos custos as atingirá de maneira mais incisiva. Isso pode inclusive levar à sua quebra, o que acarretará a diminuição do número de concorrentes em um dado mercado¹⁰.

Decorrencia direta dessa posição de vantagem em que se encontram empresas que possuíam maior lucratividade no período anterior ao congelamento é a elevação do preço dos produtos a longo prazo, como medida preventiva contra novo congelamento. Vale dizer, empresas que trabalhavam com lucros menores passarão a inflar seus preços a fim de que não sejam surpreendidas e prejudicadas caso o governo opte no futuro por implantar novamente uma política de congelamento de preços¹¹.

⁸ MOTA, Massimo. *Price regulation in times of crisis can be tricky*. Daily Maverick. Disponível em: <https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2020-04-22-price-regulation-in-times-of-crisis-can-be-tricky/>. Acesso em: ago. 2020. p.1-9. Ago. 2020. p. 1-2.

⁹ OECD. *Exploitative pricing in the time of the COVID-19*. p. 4.

¹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Nota técnica nº 15/2020/DEE/CADE*. p. 2-7. p. 2-3.

¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Nota técnica nº 15/2020/DEE/CADE*. p. 2-7. p. 3.

Outro problema recai sobre a fixação do preço em si. “*Dificilmente será possível conhecer a população dos preços de determinado produto, o que poderá gerar questionamentos judiciais sobre o correto cálculo do preço teto, bem como por eventual interferência indevida na liberdade de precificação*”, ocasionando possível revisão dessa política pelo Judiciário e maiores gastos públicos com o pagamento de indenizações¹².

Como se pode observar, são muitas as polêmicas que envolvem a fixação de preços pelo governo como forma de coibir o *price gouging*, seja por meio do estabelecimento de preços-teto ou porcentagem de lucro, tabelamento ou congelamento de preços. Sendo assim, antes da implantação dessa política, devem as autoridades públicas sopesar as possibilidades e ponderar suas vantagens e desvantagens, devendo, se possível, optar pela adoção de medidas alternativas.

A OCDE traça algumas recomendações para que os governos possam lidar da melhor forma com o aumento significativo de preços: (i) monitorar de perto incrementos rápidos e significativos nos preços, identificando onde e quando os preços subiram no âmbito da cadeia produtiva; (ii) adotar medidas tendentes a prevenir a conduta abusiva ou a advertir o infrator para que acesse imediatamente; (iii) avaliar todas as ferramentas existentes, dentro do direito da concorrência ou qualquer outro, a fim de escolher aquela que melhor se adeque à situação em termos de resultado e *timing*; (iv) ao submeter casos de abuso de preços ao direito da concorrência, realizar uma cuidadosa análise do mercado e do comportamento das empresas, devendo adaptar os conceitos de posição dominante e comportamento abusivo e levar em consideração a redução geográfica e temporal do mercado durante a crise; (v) coordenar ações com agências de proteção ao consumidor e (vi) enfatizar os riscos das medidas de controle de preços¹³.

¹² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Nota técnica n° 16/2020/DEE/CADE*. p. 3-9. p. 4

¹³ OECD. *Exploitative pricing in the time of the COVID-19*. p. 14.

2. Cooperação entre concorrentes (*Co-operation between competitors*)

A cooperação entre concorrentes está dentre os exemplos citados neste trabalho como aqueles que remodelam a concorrência e ganham roupagens aceitáveis para situações sempre vistas como condenáveis ou perigosas. As possíveis eficiências geradas pela colaboração concorrencial em dadas situações nunca foram suficientes para suplantar os riscos inerentes do alargamento permissivo desse tipo de prática. Condutas horizontais como a cooperação entre concorrentes convidam veementemente à atenção para o fato de que a linha entre colaboração, conluio e cartelização são tênues e fluidas. Acordos entre concorrentes sempre foram foco de atenção na legislação doméstica e internacional com vistas a coibir práticas anticompetitivas disfarçadas de cooperação, uma vez que a ideia de atuação de mercado pressupõe que as empresas concorram entre si e não cooperem entre si¹⁴.

Não obstante, comprovadas as eficiências, percebe -se que justamente para otimizar a concorrência certas colaborações são necessárias. Em tempos pandêmicos, a necessidade está atrelada ao consumidor, a sobrevivência empresarial em mercados relevantes e também a atuação coordenada visando benefícios e garantia de equilíbrio econômico e social. Nesse contexto, os benefícios pro-competitivos e as eficiências gerais para a concorrência ficam mais perceptíveis e mudam as lentes de análise das agências de defesa da concorrência ao redor do mundo.

Em rápida contextualização regulatória sobre o tema, a *Federal Trade Commission* (FTC) e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) - referências internacionais sobre a matéria – publicaram Guia conjunto de atuação na concorrência e colaboração entre concorrentes.

As diretrizes buscam direcionar o processo decisório para autorização e validação de determinada colaboração entre concorrentes trabalhando em cursos de análise direcionados a, por exemplo, (a) análise das potenciais benefícios pro competitivos; (b) se economia e consumidores podem se beneficiar da colaboração, com maior acessibilidade e rapidez de fornecimentos, melhores preços e melhor qualidade¹⁵;

¹⁴ Rodas p. 40

¹⁵ Nesse sentido, FEDERAL TRADE COMISSION;U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Guidelines for Collaborations among competitors**. Abril/2000. Disponível em https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-

(c) verificação de potenciais condutas anticompetitivas advindas da colaboração; (d) controle regulatório, pois a potencialidade anticompetitiva é mutável temporalmente¹⁶.

O sistema de defesa da concorrência no Brasil, mesmo sem ter textualizado algo semelhante, possui robusta experiência na repressão a infrações da ordem econômica que possam se originar de condutas anticompetitivas com acerto entre concorrentes e que possam gerar danos à concorrência, seja por meio de cartel ou de outras práticas anticoncorrenciais¹⁷.

Porém, em tempos de crise, o desafio das autoridades de concorrência é flexibilizar as possibilidades diante do ganho de eficiências e benefícios pro-competitivos sem deixar de considerar os riscos à ordem econômica, que devem ser objeto de correto mapeamento e gestão.

Com a crise mundial instaurada com a pandemia de COVID-19 o movimento dos organismos internacionais quanto à concorrência foi intenso e resultou em recomendações e diretrizes sobre diversas questões sensíveis em direito concorrencial, tais como os explanados ao longo do presente estudo. Especificamente quanto a cooperação entre concorrentes, a OCDE publicou documento para tratar do tema, fazendo todas as ressalvas quanto aos danos advindos de certas condutas horizontais e sobre a necessidade de permanência das cautelas devendo as autoridades ponderar sobre a forma de flexibilização e os desafios a serem enfrentados no processo de análise e tomada de decisão, a saber, correta aferição sobre a necessidade do acordo, ponderação sobre a

[guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/2014/07/guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf) p. 6. “The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways. For example, competitor collaboration may enable participants to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would be possible absent the collaboration. A collaboration may allow its participants to better use existing assets, or may provide incentives for them to make output-enhancing investments that would not occur absent the collaboration. The potential efficiencies from competitor collaborations may be achieved through a variety of contractual arrangements including joint ventures, trade or professional associations, licensing arrangements, or strategic alliances”.

¹⁶ **Ibidem** pp 6-8

¹⁷ Em 2018, em também num cenário de crise, o CADE autorizou colaboração entre empresas nos termos do “Protocolo de crise de abastecimento” apresentado pelas empresas Raízen Combustíveis, Petrobras Distribuidora e Ipiranga Produtos de Petróleo com o objetivo de atuação conjunta para, diante da situação critica advinda da greve continuada dos caminhoneiros, reorganizar a cadeia de abastecimento”. Vide <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-autoriza-cooperacao-logistica-entre-distribuidoras-para-normalizar-abastecimento-de-combustiveis>

adequada explicação aos agentes, indicação de diretrizes de atuação e estabelecimento do prazo em que o acordo vigorará¹⁸.

Na mesma toada, a FTC/DOJ publicou documento sobre colaboração entre concorrentes no contexto de COVID-19¹⁹ indicando uma otimização na forma de análise dos atos e consultas, estabelecendo prazo de sete dias para resposta e pontuando que existem muitos casos de acordo e colaboração entre concorrentes que podem imprimir efeitos positivos, como contratos que tenham como escopo a pesquisa e desenvolvimento, compartilhamento de know-how²⁰, desenvolvimento de parâmetros para gerenciamento de questões relevantes para a crise como tratamento de pacientes, contratos de compra conjunta entre fornecedores da área da saúde, desenvolvimento de lobby conjunto, incluindo encontros da indústria com o Governo para enfrentamento da pandemia²¹.

Exemplos de acordos autorizados no âmbito da FTC/ DOJ são a autorização em tempo recorde de acordos colaborativos entre fornecedores da área médica para fabricação e distribuição de produtos médicos e medicamente direcionados ao tratamento do vírus, além de apoio a *Federal Emergency Management Agency (FEMA)* e o *Department of Health and Humans Services (HHS)*. Flexibilizaram uma desqualificadora – o início da cooperação antes da homologação pelo órgão competente – em prol da urgência, necessidade e relevância das medidas²².

No Brasil, a autorização de colaboração entre seis empresas de material poder de mercado, quais sejam, Ambev S.A., BRF S.A., Coca-Cola Indústrias Ltda., Mondelez Brasil Ltda., Nestlé Brasil Ltda., Pepsico do Brasil Ltda. merece destaque por permitir adoção do programa ou movimento “Nós”. Segundo o protocolo apresentado ao órgão

¹⁸ OCDE. **Co-operation between competitors in the time of COVID-19**. Maio/2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf> p. 8 e ss.

¹⁹ FEDERAL TRADE COMISSION; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19**. Março/2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>

²⁰ Os órgãos fazem ressalva quanto a informações relacionadas a precificação, custos, outputs e remunerações.

²¹ Importante consideração sobre o recorte de colaboração para que seja “limited in duration and necessary to assist patients, consumers, and communities affected by COVID-19 and its aftermath, may be a necessary response to exigent circumstances that provide Americans with products or services that might not be available otherwise”

²² Para leitura complementar sobre as decisões do DOJ nesse sentido vide documentos disponíveis em <https://www.justice.gov/atr/page/file/1266511/download> E <https://www.justice.gov/atr/page/file/1269911/download>

para análise, o movimento coordenado objetiva atuação conjunta para auxiliar o pequeno varejo durante a crise pandêmica²³.

Logo depois, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) publicou uma Nota informativa “sobre colaboração entre empresas para enfrentamento de COVID-19”²⁴ tecendo considerações sobre as condutas coordenadas entre concorrentes e quais as diretrizes para que haja pertinência e aderência com a flexibilização de acordos desta natureza. Cita exemplos que ilustram justamente a necessária correlação do acordo com o cenário da crise e educa sobre o procedimento de consulta e homologação de atos.

Dentre os exemplos de condutas legítimas para colaboração entre concorrentes, cita manutenção e retomada de fabricação de produtos, reequilíbrio de fornecimento ou distribuição de bens e serviços que sofreram afetação substancial, retomada de cadeia produtiva e de abastecimento e desenvolvimento de novos produtos.

A *Competition and Markets Authority (CMA)* do Reino Unido se movimentou em sentido muito semelhante²⁵ focando as diretrizes de colaboração em questões que se dirijam ao bem-estar do consumidor e combatam a escassez de suprimentos e o reequilíbrio da cadeia de abastecimentos e serviços essenciais. Ao longo do texto, faz diversas ressalvas sobre a necessidade da concorrência permanecer como prerrogativa e

²³CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA – CADE. **Despacho da Presidência 99/2020. Processo 08700.002395/2020-51** Disponível em : https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEfBt3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPlqoilhpHzrBPPwmSBqPnKbW3f5D7XP3cinp8w_lPl2RGNNNo3rIhlaJkFTTncPvz-HLIUvyw0sXWK8wyR6RX

²⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA – CADE **Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID-19.** Julho/2020. p.5. Disponível em [http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-crise-de-covid19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf). “A estratégia de colaboração deverá ser específica e direcionada a tratar um problema delimitado, que tenha como causa a pandemia ou seus efeitos. De forma geral, a estratégia de colaboração não deverá abarcar medidas e meios mais amplos do que aqueles estritamente necessários para viabilizar os resultados pretendidos”.

²⁵ CMA – COMPETITION AND MARKET AUTHORITY. **Guidance: CMA approach to business cooperation in response to COVID-19.** Março/2020. Disponível em : <https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>.

que a autoridade não tolerará qualquer tipo de abuso.²⁶ Indica, ainda, que os contratos de cooperação devem ser criteriosos quanto a seus objetivos atrelados à crise.

Inúmeras outras autoridades de concorrência ao redor do globo preparam *guidelines* sobre a colaboração entre concorrentes, seja direcionando o tipo de mercado autorizado a cooperar, seja focando em diretrizes gerais, sempre com a preocupação de delimitar as questões e vieses de cooperação para evitar abusos²⁷.

A ideia de fortalecimento e união em momentos de necessidade reforça a ideia de equilíbrio entre os interesses público e o privado, mostrando de forma mais latente como coordenação e cooperação podem ser chaves importantes para o adequado tratamento de questões globais relacionadas a clima, abastecimentos, diminuição de assimetrias e tantos outros²⁸.

Tal como estressado por todos os organismos e autoridades concorrenenciais, a liberdade e flexibilização para atuações em condutas que normalmente seriam rechaçadas, não afasta a proteção à concorrência e a necessidade de coibição do abuso de poder econômico em quaisquer de suas formas de intenção ou concretização. As normas de defesa da concorrência permanecem priorizadas, cabendo às autoridades concorrenenciais a missão de adequada decisão sobre: (i) pertinência com o contexto da crise e suas afetações; (ii) tempo determinado de vigência da colaboração; (iii) controle e monitoramento; (iv) especificação de protocolos sobre as ações permitidas e seu escopo dirigido; (v) análise da relação entre os benefícios pro competitivos e de bem estar social e os potenciais danos advindo da conduta coordenada; e (iv) fluxo de processos internos frente aos pedidos de análise para cooperação.

A constante ênfase nos documentos publicados sobre a limitação de tempo de cooperação, traz ponto de atenção sobre como controlar a atuação; trata-se de difícil gestão de risco quanto a continuidade da prática além do prazo ou extração de atuação

²⁶ “At the same time, the CMA will not tolerate conduct which opportunistically seeks to exploit the crisis. Therefore, this guidance also explains when the CMA will take enforcement action to prevent consumer detriment.”

²⁷ Agências reguladoras na Europa, Canadá, Austrália. A OCDE, *op. Cit.* p. 2 e ss., menciona didaticamente as agências e documentos pertinentes.

²⁸ GOYENS, Monique; REYNA, Agustín. **Public interest in EU policymaking after COVID-19: five short-term lessons from a consumer perspective.** Journal of Antitrust Enforcement. Junho, 2020, N.8, pp. 280-282. doi: 10.1093/jaenfo/jnaa027. P.282

durante e pós-pandemia, reforçando opiniões de que muitas medidas poderiam ser tomadas pelas empresas sem necessidade de acordos colaborativos²⁹.

A pandemia trouxe superação humana em diversos níveis e formas e aumentou motivações altruístas das empresas; demonstrou que a concorrência tem um papel social muito mais importante do que se imaginou³⁰, mas isso não pode nuclar o fato de que o objetivo final da atividade empresarial continua sendo o lucro, o que demonstra a fragilidade das questões e a potencialidade de desvios³¹.

Dentre todos os desafios, o de equilíbrio parece ser o mais instigante e, talvez, cujo cumprimento seja o mais necessário. Equilíbrio entre novas políticas na área da concorrência que consigam proporcionar mecanismos de condução e controle em novas formas de cooperação pós-pandemia, sem que a dinâmica da concorrência seja afetada e seus propósitos precípuos prejudicados. Considerando as relações entre empresas, o jogo do Poder Econômico e a constante e virulenta prática dos cartéis, a tarefa certamente não é fácil, mas tampouco deve ser desmerecida.

Medidas cooperativas pós-pandemia entre empresas, governos e agências de defesa da concorrência, melhorando a governança global parece um dentre tantos exemplos de atuação conjunta entre empresas concorrentes cujas eficiências podem imprimir resultados positivos em âmbito econômico, político e social.

Ao longo da história, crises sempre tiveram seu caráter disruptivo. As disrupturas da pandemia de COVID-19, não só na área concorrencial, mas em tantas outras correlacionadas, ainda estão ensaiando sua demonstração e, especialmente, seus resultados.

²⁹ Nesse sentido , ORMOSI, Peter; STEPHAN, Andreas. **The dangers of allowing greater coordination between competitors during the COVID-19 crisis.** Journal of Antitrust Enforcement. Junho, 2020, N.8 pp.299-301. doi: 10.1093/jaenfo/jnaa028

³⁰ STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. **COVID-19 and competition—aspiring for more than our old normality?** Journal of Antitrust Enforcement. Junho, 2020, N.8, pp. 313-315 doi:

10.1093/jaenfo/jnaa031 p. 315

³¹ SCHINKEL, Maarten P.; D'AILLY, Abel. **Corona Crisis Cartels: Sense and Sensibility.**

Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2020-31;Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2020-03 . Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3623154> p.9

3. Teoria da empresa insolvente (*Failing firm defense*)

A Covid-19, além dos sérios problemas para a saúde humana, acentua em muito a crise econômica e social ao redor do mundo. Nesse contexto, diversas empresas se depararam com a impossibilidade de continuarem no exercício da sua atividade empresária de produção e circulação do capital. As soluções que se apresentam diante da fragilidade ou até iminente falência da empresa são a intervenção do Estado com vultosos aportes financeiros ou a sua aquisição, via de regra, por um concorrente.

Deve-se observar com atenção as mudanças em diversos setores, que dificilmente conseguiram ou conseguirão resistir aos efeitos da crise sem uma intervenção maior do Estado, vide companhias aéreas ao redor do mundo, e outros setores ou empresas que sairão da crise ainda mais fortes, mais valorizados e com maior poder de mercado, especialmente as *bigtechs*.

E justamente quando a alternativa adotada é a aquisição por um concorrente que se faz ouvir a teoria da "*failing firm defense*", que ecoou em 2008/2009 com a crise financeira mundial e agora retorna de maneira acentuada num mundo de, mas sobretudo, pós pandemia.

Em suma, segundo a teoria da "*failing firm defense*", ou ainda "*existing firm scenario*", seria mais benéfico ao mercado e à concorrência prosseguir com uma aquisição de determinada empresa, para que esta continue existindo no mercado, do que simplesmente reprovar a operação e a empresa se extinguir, por impossibilidade financeira de seu prosseguimento.

Nesses casos em que a teoria da "*failing firm defense*" são evocados, alguns requisitos devem ser analisados: (i) a falência da empresa é iminente?; (ii) existem alternativas com menores impactos concorrenenciais?; (iii) sem a operação os ativos sairiam do mercado?; (iv) como fica a estrutura do mercado com e sem a operação?

Em outras palavras, a devida análise concorrencial dos chamados atos de concentração deve seguir seu trâmite e as autoridades concorrenenciais não se deixarem levar por uma situação de momento, ainda que de crise, mas cuja sua decisão poderá se

perpetuar no mercado quando superada a crise. Como ressalta a OCDE³², a contingência econômico-financeira é certamente um fator relevante na análise da concentração, mas, por si só, não é suficiente para pressionar pela aprovação de uma operação anticompetitiva.

O próprio CADE, conforme consta no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, de junho de 2016, prevê a possibilidade da aplicação da teoria da “*failing firm defense*”, desde que os seguintes cenários sejam observados:

(i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras; (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico²¹; e (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.³³

A análise das aquisições de empresas, portanto, deve seguir seu trâmite normal num mundo de e pós pandemia, tanto para verificar a geração ou não de eficiências decorrentes da concentração, e assim os consequentes ganhos para a sociedade, quanto para coibir as chamadas *killing* ou *killer acquisitions*, aquisições que se realizam com o objetivo de excluir o concorrente do mercado, muitas vezes encerrando definitivamente a sua atividade empresária.

³² OCDE, MERGER CONTROL IN THE TIME OF COVID-19, 2020, p. 8.

³³ BRASIL, *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Publicado em 2016. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guia-de-ac-horizontal.pdf>>. Acesso em 21/06/2020.

4. Advocacia da concorrência (*Competition advocacy*)

A Advocacia da concorrência compreende atividades que são conduzidas por autoridades da concorrência e se refere à promoção de um ambiente competitivo por meio de mecanismos de *non-enforcement*, especialmente pelo seu relacionamento com outras entidades governamentais e também pela contribuição para conhecimento público sobre os benefícios da concorrência.³⁴ Em termos práticos, a advocacia da concorrência pode assumir diversos formatos. Pode ser exercida tanto por cartas informais da autoridade para um regulador interessado específico ou ainda por comentários formais e relatórios de *amicus curiae*³⁵.

No Brasil, inicialmente, a instituição responsável pela advocacia da concorrência era a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda, cuja denominação atual é Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade – SEAE do Ministério da Economia, órgão do Sistema de Defesa da Concorrência brasileiro, cujas principais competências em matéria concorrencial são: promover estudos que analisam, a partir da perspectiva concorrencial, políticas, autorregulações e atos normativos que interessem aos agentes econômicos, consumidores e usuários de serviços. Frequentemente, SEAE apresenta sua opinião em projetos de lei analisados pelo congresso, em propostas de agências reguladoras, em avaliações requeridas pelo CADE, pela Câmara de Comércio Internacional, pelos fóruns em que o Ministério da Economia participa ou ainda como *amicus curiae* em processos administrativos ou judiciais³⁶.

Nesse contexto é possível verificar a relevância da Advocacia da Concorrência, considerando os aspectos *soft law* que apresenta ao estimular a concorrência tanto nas áreas da economia pública como privada.

Enquanto as autoridades responsáveis pela implementação da advocacia da concorrência devem convencer os atores governamentais de que não devem implementar

³⁴ ICN ADVOCACY WORKING GROUP. *Advocacy and Competition Policy Report*. Conference, Naples, Italy, 2002. www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf. Acesso: 14 Jul. 2020. Ver também: JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Revista Brasileira de Direito Público, v. 24, p. 127---154, 2009, p. 4; e, COOPER, James C.; PAUTLER, Paul A.; ZYWICKI, Todd J., “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005. P.1091.

³⁵ COOPER, James C.; PAUTLER, Paul A.; ZYWICKI, Todd J., “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005. P.1091;

³⁶ SEPRAC. <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/seprac>. Acesso: 22 Jun. 2020.

medidas para proteger certos grupos sem considerar a livre concorrência e também o interesse público, eles devem também apresentar todos os benefícios que a concorrência, o papel da política antitruste e a lei e regulações que visam o bem-estar da sociedade, a fim de convencer os agentes econômicos e a sociedade civil como um todo a não criarem restrições à concorrência. Nesse sentido, há alguns elementos de pressão que podem ser aplicados para os agentes econômicos e consumidores. No primeiro caso, há o informe de violações como forma de prevenção e também a redução de barreiras administrativas e o estabelecimento de políticas transparentes, e no segundo caso, pode-se mencionar a criação da cultura concorrencial³⁷.

Considerando o papel relevante da advocacia da concorrência para a economia e para a sociedade como um todo, é importante enfatizar que as autoridades brasileiras estão concentrando esforços para implementar políticas concorrenceis³⁸.

Ainda, se a advocacia da concorrência é naturalmente relevante para a economia e para o bem-estar da sociedade, essa relevância ganha destaque em tempos de crise, como no caso da recente pandemia da COVID-19. É fato que a situação de calamidade sanitária pode criar a necessidade de contração pública emergencial. Atualmente, essa é uma realidade, considerando a necessidade de se adquirir diversos produtos e serviços como: máscaras de proteção facial, novos leitos hospitalares e serviços médicos. Todavia, as autoridades concorrenceis devem manter suas atividades de defesa da concorrência. As normas devem ser celebradas, ainda que se admita algumas flexibilizações pontuais e temporárias. Isso significa que as autoridades devem monitorar o uso e eventual abuso dessas normas excepcionais de contratação pública³⁹.

³⁷ KNYAZEVA, Irina. *Competition Advocacy: Soft Power in Competitive Policy*. In: Procedia Economics and finance 6. 2013 p. 285-286

³⁸ SEPRAC participou de diversas caoss importantes para promover a advocacia da concorrência: GANTOIS, Gustavo. PIMENTA, Guilherme. *Fazenda pede que Cade e MP investiguem plataformas públicas de táxi do RJ e SP*. JOTA. <https://www.jota.info/atributos-e-empresas/concorrencia/fazenda-cade-taxi-rj-sp-23102018>. Accesso: Jun. 24. Ver também: MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Notícias - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – Seprac*. <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/noticias-seprac> Accesso 24 Jun. DEE também desenvlveu atividades de advocacia da concorrência: CADE. *Publicações Institucionais*. <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais>. Access: June. 22th 2020.

³⁹ BURNIER, Paulo. CAPOBIANO, Antônio. POVOA, Marcos. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. 7-18 RDC, Vol. 8, nº 1. Jun. 2020

Nessas circunstâncias, muitas autoridades internacionais têm destacado a importância da advocacia da concorrência durante essa crise global, em especial no que tange a algumas transações específicas.

Em relação a operações de fusões e aquisições, a OCDE já havia alertado sobre a importância da advocacia da concorrência. No cálculo final da crise financeira de 2008, reconheceu-se que as autoridades concorrenenciais deveriam se utilizar de ferramentas de advocacia para identificar os perigos de minar os processos de mercado e assegurar que a fusão é proporcional e necessária para atingir os outros objetivos da política que o Estado busca. Então, em casos nos quais os objetivos das políticas públicas são invocados pelos governos, a autoridade concorrencial pode prover diretrizes para políticos.⁴⁰ Ademais, a OCDE, em sua nota recente de boas práticas relacionadas ao combate da COVID-19 apontou a necessidade de intensificar as iniciativas de advocacia da concorrência para alertar às entidades sobre os riscos e condições que devem ser cumpridas no caso de contratações emergenciais⁴¹.

Na mesma linha, o *International Competition Network Steering Group*, ao debater concorrência durante e após a pandemia da COVID-19 reconheceu que a advocacia da concorrência é fundamental para explicar os benefícios da concorrência para o público e oferecer conselhos aos governos sobre implicações concorrenenciais e efeitos para os consumidores em relação às medidas econômicas propostas. Tal conselho sobre política e medidas legislativas para assegurar que os mercados funcionem bem pode se demonstrar essencial nos próximos meses e além⁴².

É possível verificar que uma vez que a concorrência é essencial para assegurar o bom funcionamento dos mercados, a advocacia da concorrência não é importante apenas durante a pandemia, mas também pode auxiliar na recuperação econômica pós-pandemia. No momento não deveria haver suspensão de padrões de política de concorrência ou flexibilização de princípios e objetivos de cumprimento da lei concorrencial, bem como as ações das autoridades concorrenenciais devem ser realistas considerando as condições de crise no mercado e garantir que os efeitos dinâmicos sejam

⁴⁰ OCDE. *Merger control in the time of COVID-19* In. Tackling Coronavirus (COVID-19): Contributing to a global effort. 25 Mai. 2020.

⁴¹ OCDE. COVID-19: *Competition and emergency Procurement* In. Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a global effort. 25 Mai. 2020

⁴² ICN. *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*. Abr. 2020.

devidamente levados em conta. Nesse cenário, os esforços de advocacia empenhados pelas autoridades concorrenenciais deveriam focar, primariamente, nos setores da economia que sofrerão o maior impacto da crise (ex: saúde, aviação, turismo). Desse modo, a OCDE sugere que as autoridades concorrenenciais permitam ou incentivem e apoiem iniciativas que possam auxiliar acelerar a recuperação da economia e comunicar com transparência os ajustes relacionados às crises⁴³.

De acordo com essas recomendações internacionais muitos países ao redor do globo têm reforçado seus esforços de advocacia da concorrência a fim de mitigar os efeitos da crise.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a FTC, autoridade concorrencial, tem oferecido sua expertise para tomadores de decisões por meio de oferecimento de declarações que expressem a relevância da concorrência durante a crise (Ex: declaração conjunta com o DOJ, órgão de persecução penal norte-americano.)⁴⁴.

Da mesma forma, no Brasil, o CADE tem expressamente manifestado seu apoio à ICN - Steering Group Statement que reforça a relevância da concorrência em relação a preços de produtos e serviços, especialmente aqueles que se referem a necessidades públicas de saúde, ainda que seja necessária cooperação temporária entre os concorrentes, desde que esta seja baseada na lei e nas regulações, restringindo-se apenas aos momentos de crise⁴⁵.

Além disso, o DEE – Departamento de Estudos Econômicos do CADE tem apresentado diversas notas técnicas nas quais a advocacia da concorrência é exercida através de opiniões e pareceres relacionados a questões sobre a crise da COVID-19 e concorrência. Como exemplos, pode-se mencionar as notas técnicas nº 17, 20 e 21, de 2020 que, respectivamente referem-se a: os efeitos das imposições de desconto percentual nos serviços de educação; efeitos da concorrência da nova lei regulatória para

⁴³ OCDE. *COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*. In. Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a global effort. Mai 25. 2020

⁴⁴ FTC. Advocacy Filings. <https://www.ftc.gov/policy/advocacy/advocacy-filings>. Acesso: 22 Jun 2020.

⁴⁵ CADE. *CADE manifesta apoio a documento da ICN sobre concorrência durante a pandemia da Covid-19*. <http://www.cade.gov.br/mais-noticias/cade-manifesta-apoio-a-documento-da-icn-sobre-concorrencia-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso: 24 Jun. 2020

concessão de serviços funerários; o desconto sobre taxas de retenção de impostos de serviços de aplicativos de transporte e outros⁴⁶.

Em suma, é possível observar que a advocacia da concorrência tem um importante papel na promoção da concorrência e que sua relevância é enfatizada durante o período de crise, como no caso da pandemia COVID-19, no qual algumas flexibilizações de regras são permitidas. Assim, é essencial que as autoridades concorrenenciais que já vem desenvolvendo atividades de advocacia da concorrência continuem a fazê-lo, a fim de combater e mitigar os efeitos da crise para economia e auxiliar os mercados a se reestruturar.

5. Repensando a política industrial

Com a experiência adquirida na pandemia, muitas empresas já estão remodelando a forma de fazer os seus negócios, pois a crise enfrentada pelas dificuldades de comprar insumos do exterior, fez com que alguns produtores nacionais menores fossem mais valorizados. Dessa maneira, o governo brasileiro deve repensar as suas políticas industriais para que em épocas de escassez de produtos produzidos fora do Brasil, as empresas nacionais – entenda-se aquelas instaladas no Brasil - possam garantir o fornecimento de tais produtos.

O fomento por intermédio de financiamentos públicos que estimulem a inovação tende a contribuir para a internalização da produção de alguns produtos que podem ser identificados como essenciais para que a indústria nacional não perca velocidade em épocas de crise.

A aplicação absoluta da teoria das vantagens comparativas pode levar a situação do país ficar na dependência do fornecimento de algum insumo ou até produto necessário, como foi o caso dos materiais e aparelhos hospitalares como máscaras, respiradores e alguns medicamentos em época da pandemia. Dessa maneira, em alguns setores é prudente ter também competidores internos, mesmo que mais ineficientes, mas que possam suprir o mercado interno em caso do aumento inesperado de demanda.

⁴⁶ CADE. *Notas Técnicas*. <http://www.cade.gov.br/notas-tecnicas>. Acesso: 24 Jun. 2020.

Evidentemente não se defende, com isso, o protecionismo, tampouco o isolamento com relação às cadeias globais de produção. Pelo contrário. Uma economia aberta tende a fomentar a competição, de modo a oferecer produtos de melhores qualidade e preço para os consumidores, ao mesmo tempo que impulsiona a indústria nacional ser mais eficiente e participante da competição global. Para isso, estar inserido nas cadeias globais de produção geram eficiências consideráveis, mas como visto com a pandemia do Covid-19 e relatado acima, tal eficiência não pode ser entendida como dependência.

Referências

BURNIER, Paulo. CAPOBIANO, Antônio. POVOA, Marcos. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. 7-18 RDC, Vol. 8, nº 1. Jun. 2020.

CADE. Publicações Institucionais. <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais>. Acesso: 22 Jun. 2020.

CADE. Cade manifesta apoio a documento da ICN sobre concorrência durante a pandemia da Covid-19. <http://www.cade.gov.br/mais-noticias/cade-manifesta-apoio-a-documento-da-icn-sobre-concorrencia-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso: 24 Jun. 2020.

CADE, Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Publicado em 2016. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guia-de-ac-horizontal.pdf>>. Acesso em 21/06/2020.

CADE. Notas Técnicas. <http://www.cade.gov.br/notas-tecnicas>. Acesso: 24 Jun. 2020.

COOPER, James C.; PAUTLER, Paul A.; ZYWICKI, Todd J, “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, Antitrust Law Journal, Vol. 72, No. 3, 2005.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Revista Brasileira De Direito Público, v. 24, p. 127-154 2009.

FTC. Policy Planning Office. <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/office-policy-planning#:~:text=The%20Office%20of%20Policy%20Planning,complex%20policy%20and%20legal%20issues>. Acesso: 22 Jun. 2020.

FTC. Advocacy Fillings. <https://www.ftc.gov/policy/advocacy/advocacy-filings>. Acesso: 22 Jun. 2020.

GANTOIS, Gustavo. Pimenta, GUILHERME. Fazenda pede que Cade e MP investiguem plataformas públicas de táxi do RJ e SP. JOTA.

<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrencia/fazenda-cade-taxi-rj-sp-23102018>. Acesso: 24 Jun. 2020.

ICN ADVOCACY WORKING GROUP. Advocacy and Competition Policy Report.

Conference, Naples, Italy, 2002.

www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf. Acesso: 14 Jul. 2020.

ICN. ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic. Abr. 2020.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Revista Brasileira de Direito Público, v. 24, p. 127---154, 2009.

KNYAZEVA, Irina. Competition Advocacy: Soft Power in Competitive Policy. In: Procedia Economics and Finance 6 2013.

SEPRAC. <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/seprac>. Aceso: 22 Jun. 2020

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Notícias - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – Seprac. <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/noticias-seprac> Acesso: 24 Jun. 2020.

OCDE. Merger control in the time of COVID-19 in Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a global effort. 25 Mai. 2020.

OCDE. COVID-19: Competition and emergency Procurement in Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a global effort. 25 Mai. 2020.

OCDE. COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities. In. Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a global effort. 25 Mai. 2020.

BREVES ACENOS SOBRE AS POSSÍVEIS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS HORIZONTAIS E VERTICAIS IMPLEMENTADAS VIA BLOCKCHAIN

Amanda Athayde⁴⁷

Bárbara Mendes Peres⁴⁸

Resumo: O presente estudo tem como objetivo apresentar breves acenos sobre as possíveis condutas anticompetitivas horizontais e verticais que podem ser implementadas via blockchain. Para tanto, conceitua esta tecnologia, diferenciando blockchain pública e privada e as categorias de blockchain 1.0, 2.0 e 3.0. Elenca, em seguida, possíveis condutas horizontais implementadas na plataforma, quais sejam, cartel e troca de informações comercialmente sensíveis. Elenca ainda possíveis condutas verticais, como preços predatórios, venda casada, recusa em negociar, margin squeeze, inovação predatória e discriminação de preços. Expõe, por fim, a discussão acerca da definição do mercado relevante e do poder de mercado no âmbito da blockchain, com foco na *theory of granularity*, desenvolvida por Thibault Schrepel.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Blockchain. Definição do mercado relevante. Poder de mercado. Condutas anticompetitivas. Práticas restritivas verticais. Práticas restritivas horizontais.

⁴⁷ Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB e de Direito Econômico e da Concorrência IDP. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de dois livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior, tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Em 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

⁴⁸ Bárbara Mendes Peres é Graduanda em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Co-coordenadora acadêmica do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE/UnB/IDP). Estagiária no Supremo Tribunal Federal, no Gabinete do Ministro Luiz Fux. Extensionista do Projeto Habeas Liber, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Introdução

O conceito de blockchain foi descrito pela primeira vez em 2008 no artigo “*Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, de Satoshi Nakamoto – suposto pseudônimo do seu criador. Segundo Zheng, essa tecnologia pode ser conceituada como um livro-razão (*ledger*), no qual há o armazenamento de todas as transações efetuadas em uma cadeia que cresce progressivamente à medida que novas transações são confirmadas (ZHENG, 2018).

Desse modo, é possível a realização de operações entre participantes que estão dispersos em uma rede que se diferencia do modelo tradicional, na qual os fornecedores possuem o papel de disponibilizar serviços, e os usuários atuam somente como beneficiários. Na realidade, utiliza-se a rede *peer-to-peer*, em que cada nó (*peer*) desempenha funções como cliente e também como servidor (LOPES, 2014). Assim, a comunicação ocorre diretamente, inexistindo um ponto central capaz de controlar as informações ou decidir unilateralmente alterá-las.

As transações são vistas por todos os usuários, mas as razões pelas quais foram efetuadas e os polos participantes são sigilosos, tendo em vista a utilização do sistema de criptografia. Além disso, quando efetuadas, são inseridas em blocos e registradas na blockchain em formato de um “código alfanumérico”, denominado *hash*, que é gerado automaticamente e, à medida que operações são feitas, as informações anteriores são inseridas em um novo bloco juntamente com as novas, criando-se um novo *hash*. Tendo em vista essas e outras características da blockchain, a modificação de um bloco na cadeia é quase impossível. Em sua essência, os dados não podem ser apagados, somente atualizados (MOUGAYAR, 2016), e essa imutabilidade participa da criação de confiança, cujo estabelecimento é fundamental para a viabilidade da tecnologia e motivo de sua ampla adoção.

Assim, a blockchain oferece uma alternativa para o modelo tradicional de negócios, pois possibilita a criação de confiança, sem a necessidade de participação de um terceiro. No âmbito empresarial, a referida tecnologia possui diversas aplicações, como a possibilidade de utilização de *smart contracts*⁴⁹ e a realização de transações

⁴⁹O termo smart contract, cunhado por Nick Szabo no artigo intitulado “Smart Contracts”, publicado em 1994, foi conceituado à época como um protocolo de transação computadorizado que executa os termos de um contrato (SZABO, 1994). A definição é constantemente retrabalhada e, atualmente, inexiste

diretas⁵⁰, de modo rápido e seguro (CATALINI; TUCKER, 2018). Ademais, proporciona aos usuários um sistema composto por dados criptografados e descentralizados, gerando maior confiabilidade, criando uma infraestrutura de pagamento⁵¹ e reduzindo a burocratização e os custos (ALLESSIE; SOBOLEWSKI; VACCARI, 2019). Desse modo, a blockchain tem o potencial de criar eficiências substanciais na maneira pela qual as transações ocorrem e as informações são registradas (NAZZINI, 2018).

Embora a blockchain apresente a capacidade de proporcionar as mencionadas melhorias, está longe de ser perfeita (MASSAROTTO, 2019). Dentre as razões de sua imperfeição encontram-se a dificuldade de compreensão acerca do funcionamento da tecnologia pelo homem médio, a menor velocidade que as transações nacionais são realizadas em comparação com as que envolvem dinheiro ou cartão de crédito, por exemplo, bem como o fato de que a falta de regulamentação acarreta insegurança jurídica (MARR, 2020). Outra imperfeição consiste no objeto deste estudo, qual seja, a possibilidade de utilização da blockchain como meio para prática de condutas anticompetitivas (SCHREPEL, 2019).

Diante desse cenário, serão inicialmente apresentados, de modo breve, alguns conceitos relacionados a blockchain, como sua tipologia de blockchain pública/aberta/sem permissão e de blockchain privada/fechada/com permissão, bem como as suas categorias de blockchain 1.0, 2.0 e 3.0 (Seção 2). Em seguida, serão elencadas possíveis práticas horizontais e verticais anticompetitivas implementadas na plataforma (Seção 3). Feito isso, passa-se à análise de mercado relevante e poder de mercado, a fim de que se possa investigar, se for o caso, as condutas verticais implementadas via blockchain. Para tanto, será abordada a *theory of granularity*, desenvolvida por Thibault Schrepel (Seção 4). Por fim, serão apresentadas as conclusões.

consenso acerca de sua exata conceituação. Entretanto, smart contract pode ser definido como a manifestação digital de um contrato, no sentido de que o acordado entre as partes é transformado em um código computacional auto-executável quando cumpridas determinadas condições (SCHECHTMAN, 2019).

⁵⁰ Enquanto nas transações indiretas faz-se necessário a existência de um intermediário para realização de operações, nas transações diretas estas são realizadas de modo direto entre os polos.

⁵¹ A blockchain pode melhorar o sistema de pagamentos. Primeiro porque, ao reduzir o número de intermediários, diminui os custos. Ademais, a visibilidade e imutabilidade do banco de dados geram maior confiança. Além disso, facilita transações internacionais, as quais podem ser realizadas mais rapidamente (MUSIENKO, 2019).

1. Breves Conceitos Relacionados A Blockchain

Na blockchain pública, também chamada de blockchain aberta ou sem permissão, não é necessária permissão para acessar as transações, efetuá-las ou fazer parte do processo de consenso. Destarte, inexiste uma autoridade que detém poder de regulamentar as atividades realizadas dentro da rede, visto que a validação é realizada pelos próprios usuários, por meio do processo de consenso em cadeia. Além da descentralização e da distribuição, outro ponto essencial é a transparência, pois as transferências podem ser auditadas por todos os usuários.

Por sua vez, a blockchain privada, também denominada blockchain fechada ou com permissão, traz a necessidade de autorização para obter acesso às informações contidas em sua cadeia, ou seja, o convite deve ser validado de acordo com as regras implementadas inicialmente. Este sistema é subdividido em duas categorias: (i) blockchain de entidade única, na qual uma única entidade configurará o protocolo e executará o blockchain, enquanto a permissão de leitura pode ser pública ou restrita aos membros (ii) blockchain de consórcio, em que o processo de consenso é controlado por um conjunto pré-selecionado de nós (SCHREPEL, 2018). Quanto às blockchains semi-privadas, é importante frisar que são administradas por uma única empresa, que concede acesso a qualquer usuário que atenda aos critérios preestabelecidos. Diferentemente da blockchain privada, em que, nos casos de leitura restrita aos membros, estes estão presentes desde a implementação da blockchain, na blockchain semi-privada os usuários qualificados são posteriormente aprovados (SCHREPEL, 2018).

Ademais, de acordo com Swan, a tecnologia pode ser dividida em três categorias: (i) blockchain 1.0, que possui como principal característica a criação do conceito de criptomoedas virtuais; (ii) blockchain 2.0, que se refere aos *smart contracts* e aplicações descentralizadas, implementando operações automatizadas entre usuários quando executados algoritmos predefinidos e (iii) blockchain 3.0, que cinge-se à difusão da tecnologia em toda a economia e sociedade, sendo marcada pela sua utilização pelas ciências de forma geral (SWAN, 2015).

Tais diferenciações conceituais serão relevantes para que se analise, adiante, como suas implicações podem possibilitar a implementação de condutas anticompetitivas via blockchain, sejam elas horizontais ou verticais.

2. Possíveis Condutas Anticompetitivas Via Blockchain

A blockchain pode fomentar condutas que violam as leis concorrenceis, seja por meio de práticas restritivas horizontais (v.g., cartel e troca de informações) (2.1.), seja por meio de práticas restritivas verticais (v.g., preços predatórios, venda casada, recusa em negociar, *margin squeeze*, inovação predatória e discriminação de preços) (2.2.).

2.1 Possíveis Condutas Horizontais Via Blockchain

Será apresentado a seguir como a blockchain pode facilitar a formação de cartéis (2.1.1.), bem como a troca de informações sensíveis (2.1.2.) entre os usuários da tecnologia.

2.1.1 Cartéis Via Blockchain

O cartel pode ser definido como a realização de acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio (CADE, 2009).

Há autores que dizem, inclusive, que a blockchain facilita o gerenciamento de cartéis para grupos que não confiam uns nos outros, mas que precisam atuar conjuntamente para proteger o valor e a estabilidade dos mercados que atuam (KAMINSKA, 2015). Outros, entendem que essa preocupação é superestimada (NAZZINI, 2018).

Um dos principais motivos dessa possibilidade é a transparência da tecnologia, uma vez que, em princípio, os membros da blockchain podem ter acesso às informações presentes na plataforma. Isso sugere que a coordenação de preços pode surgir à medida que os concorrentes em uma blockchain veem os preços mudarem com maior velocidade e precisão do que antes, e adaptam suas ações futuras como resultado (DESAI, 2018). A ocorrência desta prática pode se dar, inclusive, através de um *smart contract* que imponha

o conluio, principalmente se associado a algoritmos de precificação que são ajustados automaticamente quando satisfeitas determinadas condições (LIANOS, 2019).

Thibault Schrepel aduz que a blockchain pode constituir em si um cartel, se criada com o único fim de implementar práticas anticoncorrenciais futuras ou pode ser um meio para posteriormente ocorrer essas práticas, caso haja um acordo entre concorrentes para fixar preços e dividir mercados, por exemplo. Como exemplo, o referido autor dispõe que pode haver união de empresas com o fim de criar um cartel para dividir o mercado entre elas e, para efetivar e garantir o cumprimento do acordado, utilizam *smart contracts* (SCHREPEL, 2019).

Alguns autores, porém, sustentam que os cartéis podem ser mais facilmente estabelecidos em blockchains privadas, uma vez que esta oferece imutabilidade e publicidade aos usuários e, ao mesmo tempo, detém opacidade em relação ao exterior (TAUFICK, 2020).

2.1.2 Troca De Informações Sensíveis Entre Concorrentes Via Blockchain

A troca de informações constitui elemento fundamental da blockchain, e seus efeitos serão benéficos ou danosos⁵² à sociedade a depender das características dos dados compartilhados e da natureza da concorrência no mercado (NITSCHE; HINTEN-REED, 2004). Informações estratégicas relacionadas, por exemplo, a investimentos, produção, preços, vendas e custos, são mais prováveis que produzam efeitos restritivos a concorrência (NAZZINI, 2018).

Na obra “*Collusion by Blockchain and Smart Contracts*”, inclusive, Schrepel aduz que a criação da blockchain pode constituir acordo proibido ou prática colusória, se concebida com o único fim de compartilhar informações sensíveis à concorrência. Ainda que criada com finalidade distinta, é possível, posteriormente, a implementação de práticas anticoncorrenciais, uma vez que podem ser compartilhadas na plataforma informações sensíveis. Se na blockchain pública, todos terão acesso aos dados, se na blockchain privada, apenas as empresas participantes (SCHREPEL, 2019).

⁵² Os principais motivos para levarem essa constatação pelos autores seria o fato de que, em que pese a blockchain promover avanços tecnológicos e institucionais, pode viabilizar a prática de condutas anticompetitivas.

É certo que, na maioria das vezes, o alto grau de confiança entre as empresas em conluio torna mais difícil a identificação de práticas colusivas. No âmbito da blockchain isso pode ser ainda mais difícil, tendo em vista que essa tecnologia pode aprimorar a cooperação entre os participantes envolvidos na prática anticompetitiva. Tal conduta pode ser reforçada por *smart contracts*, os quais podem ser desenhados para instituir punições automatizadas e direcionadas à parte que violou o acordo, além de diminuir a necessidade de as partes confiarem na ameaça de estratégias de punição, o que torna os resultados colusivos mais estáveis (MASSAROTTO, 2019). Isso ressoa ainda mais evidente nas blockchains privadas, que podem, ainda, garantir a exclusão de dados incriminadores, já que nesse âmbito é possível modificar a maneira como a próprio blockchain opera.

Desse modo, as sociedades empresárias devem estar cientes dos riscos de trocar informações competitivas por meio de transações registradas em blockchain e garantir que nos blocos que contenham esses dados a criptografia seja usada adequadamente (SIMPSON, 2016).

Percebe-se, portanto, que o compartilhamento de informações sensíveis via blockchain pode constituir uma prática anticompetitiva. Entretanto, deve-se averiguar a natureza dos dados que serão disponibilizados na plataforma, uma vez que, se de natureza pública ou não prejudicial à competição, muito possivelmente não constituirá violação às regras concorrenciais (SCHREPEL, 2019).

2.2 Possíveis Condutas Verticais Via Blockchain

Além das práticas restritivas horizontais que podem ser implementadas via blockchain, é possível a ocorrência de práticas verticais nesse âmbito, como preços predatórios (2.2.1.), venda casada (2.2.2.), recusa em negociar (2.2.3.), margin squeeze (2.2.4.), inovação predatória (2.2.5.) e discriminação de preços (2.2.6.).

2.2.1 Preços Predatórios Via Blockchain

Preço predatório é a deliberação por parte de uma empresa dominante em incorrer em perdas no curto prazo para eliminar concorrentes e auferir lucros a longo prazo através da cobrança de preços de monopólio (NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, 2011). Assim, esta prática pressupõe preços baixos, credibilidade e ausência de reentrada (EDLIN, 2012).

Nas blockchains públicas é improvável a ocorrência desta prática, tendo em vista a dificuldade de alterar a estrutura de governança após sua implementação, de modo que ela deveria ser criada de forma a possibilitar a posterior implementação da conduta. Entretanto, como nas blockchains privadas o protocolo pode ser modificado sem a autorização dos usuários, é possível que, com finalidades anticoncorrenciais, as taxas de transação sejam alteradas facilmente em resposta ao do concorrente, objetivando o encerramento das empresas concorrentes (SINANIOTIS, 2018).

Assim, como Østbye observa, o preço predatório pode ser uma preocupação quando estabelecidas taxas de transação abaixo do custo nas blockchain privadas, de modo a excluir concorrentes ou subsidiar cruzadamente certos comerciantes com o fulcro de inviabilizar a obtenção de lucros no mercado por determinado concorrente (ØSTBYE, 2017).

2.2.2 Venda Casada Via Blockchain

A venda casada pode ser definida como a prática que retira do consumidor a liberdade e a oportunidade de adquirir o bem ou serviço que deseja sem que seja compelido a adquirir outro bem ou serviço⁵³. No ambiente virtual, essa conduta pode ser utilizada por empresas dominantes que almejam estender seu poder de mercado para produtos ou serviços adjacentes (SAITO, 2016).

Considerando a dificuldade de modificar o modo de funcionamento da blockchain pública e o fato de que é da sua própria natureza o livre acesso, a ocorrência

⁵³ Segundo Forgioni, a venda casada ocorre nas hipóteses em que um sujeito subordina a venda de um bem à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou tied product). FORGIONI, Paula A. Direito Concorrencial e Restrições Verticais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 245.

dessa prática é improvável nesse âmbito. A implementação demandaria a incorporação a partir da criação da plataforma, o que resultaria redução no número potencial de usuários (SCHREPEL, 2019).

Entretanto, como as blockchains privadas podem posteriormente incorporar novas regras de governança (TAUFICK, 2020), podendo seu protocolo ser facilmente modificado, pois independe da aprovação dos demais usuários, é possível a ocorrência de venda casada.

Assim, se determinada blockchain condiciona a participação do usuário na plataforma ou a aquisição de criptomoedas à contratação de determinados serviços adicionais, isso pode constituir uma prática anticompetitiva (ØSTBYE, 2017). No mesmo sentido, Schrepel dispõe que a venda casada pode ocorrer nos casos em que é exigida uma conta em outra plataforma para conectar-se à blockchain.

É certo que a verificação desta prática deve se pautar em uma análise casuística, a qual deve considerar se: (i) o representado possui poder de mercado no setor do bem principal; (ii) o bem principal e o complementar são diferentes; (iii) os produtos são vendidos conjuntamente; (iv) a venda casada obsta a entrada de concorrentes; (v) a venda casada gera prejuízos ao consumidor; (vi) surgem eficiências dessa integração (EDELMAN, 2015 apud SAITO, 2016).

2.2.3 Recusa Em Negociar Via Blockchain

É certo que as sociedades empresárias possuem autonomia privada para optarem por quais negócios irão obter eficiência econômica. Entretanto, essa liberdade é mitigada nas hipóteses em que o *player* é fornecedor de um insumo ou uma infraestrutura considerada essencial ao agente econômico que sofreu a recusa, ocasionando a retirada deste do mercado ou onerando os custos de sua permanência (FRAZÃO, 2017).

Essa conduta é incompatível com a natureza das blockchains públicas, pois, como inexiste seleção de usuários, a recusa em conceder acesso nesse âmbito teria que ser implementada dentro de seu design de governança, o que é inviável. Por outro lado, a natureza das blockchains privadas facilita a prática, uma vez que a recusa ao acesso geral é característica essencial dessa modalidade, uma vez que a integração na plataforma

imprescinde de convite ou autorização de determinado(s) usuário(s). Segundo Ioannis Lianos, os riscos aumentam à medida que o acesso à blockchain se torna indispensável para não-membros competirem (LIANOS, 2019).

Destarte, devem-se estabelecer parâmetros mínimos para considerar em quais circunstâncias não é possível a recusa em negociar nas blockchains privadas, ou seja, nas hipóteses em que o acesso constitui elemento essencial para viabilizar a competição, é compulsória a submissão dessa plataforma às regras de acesso obrigatório e não discriminatório a terceiros (DOMINGUES; FRAGA; GABAN, 2019).

2.2.4 Margin Squeeze Via Blockchain

O *margin squeeze* ocorre quando uma empresa dominante verticalmente integrada, que atua no mercado a montante e a jusante, define um preço para inviabilizar a sobrevivência das empresas e a competição no mercado a jusante, tendo em vista o alto valor cobrado pelo do insumo em comparação ao valor do bem final (OCDE, 2009).

As blockchains públicas são descentralizadas e impedem o exercício vertical, inexistindo uma entidade que a controle, uma vez que as regras emergem do consenso dos participantes. Destarte, é improvável a implementação da conduta nesse âmbito.

Por outro lado, é possível a ocorrência de *margin squeeze* nas blockchains privadas, dada sua natureza verticalizada. Soma-se a isso o fato de que os diferentes tipos de blockchain (1.0, 2.0 e 3.0) possibilitam a execução de aplicativos na blockchain. Nesse sentido, Schrepel dispõe que a existência desses aplicativos possibilitam que a empresa dominante altere o preço cobrado na blockchain, culminando na ocorrência de *margin squeeze* na blockchain privada (SCHREPEL, 2019).

2.2.5 Inovação Predatória Via Blockchain

A inovação predatória pode ser conceituada como a alteração de um ou mais elementos técnicos de um produto com o objetivo de limitar ou eliminar a concorrência (SCHREPEL, 2018). Ana Frazão destaca que, para fins de averiguação desta prática, a

inovação não deve ser considerada algo necessariamente benéfico, caso contrário, não restaria caracterizado tal comportamento, mas apenas disfarces para encobrir condutas que, na sua essência, são anticoncorrenciais. Deveras, na inovação predatória as repercussões concorrenceias negativas superam consideravelmente os eventuais benefícios (FRAZÃO, 2017).

Schrepel dispõe que na blockchain pública essa prática somente pode ser implementada se um novo design de governança for adotado pela maioria dos mineradores, o que é improvável, pois, além de demandar o consenso dos usuários, não é possível substituir a blockchain original. Entretanto, ele aduz que a futura introdução de novos modelos de governança pode facilitar a inovação predatória.

Por outro lado, como na blockchain privada o design de governança pode ser facilmente modificado para impedir o acesso de determinado usuário ou impossibilitar a consulta às informações da tecnologia, o registro de transações e a participação no processo de validação de bloco, é possível implementação dessa prática (SCHREPEL, 2019).

2.2.6 Discriminação De Preços Via Blockchain

A discriminação de preços ocorre quando o produtor utiliza o seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando os compradores, apropriando-se de parcela do excedente do consumidor e, consequentemente, elevando seu lucro (CADE, 2016). A discriminação de preços não é intrinsecamente anticompetitiva, eis que, se vista sob sua forma mais ordinária, por exemplo, nos casos de descontos concedidos, é uma prática inerente às relações de mercado. Porém, em certas situações, a conduta acarreta efeitos anticoncorrenciais, pois permite ao vendedor, sob determinadas condições, comercializar o produto pelo valor máximo que cada consumidor aceita pagar (LEAL, 2003).

O *visible effect*⁵⁴ das blockchains públicas dificulta a ocorrência de discriminação de preços, uma vez que a visibilidade das atividades pelos demais usuários

⁵⁴ Expressão utilizada por Schrepel para elucidar o fato de que as atividades realizadas na blockchain pública são visíveis pelos demais usuários.

permitiria a identificação da prática anticompetitiva, bem como poderia reduzir o interesse na utilização da plataforma.

Schrepel aduz que a realidade nas blockchains privadas é diversa, pois a diferenciação de tratamento dos participantes é uma estratégia para estimular determinados usuários a ingressarem e utilizarem a blockchain privada. Assim, a discriminação de preços poderia ser utilizada como instrumento para obstar a entrada de alguns usuários e incentivar outros a permanecerem na plataforma. A título de exemplificação, o mencionado autor dispõe que a empresa que executa a blockchain privada pode implementar preços discriminatórios como forma de retribuir determinado participante por uma vantagem comercial concedida (SCHREPEL, 2019).

2.3 Quadro Resumo Das Condutas Horizontais E Verticais Implementadas Via Blockchain

Diante de todo o apresentado nas seções 3.1. e 3.2., apresenta-se um esquema que elenca as possíveis condutas anticompetitivas implementadas via blockchain, nos termos da doutrina:

Quadro 1 – Possíveis condutas anticompetitivas implementadas via blockchain

POSSÍVEIS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS IMPLEMENTADAS VIA BLOCKCHAIN



Fonte: elaboração própria.

3. Caracterização Do Mercado Relevante E Do Poder De Mercado No Âmbito Da Blockchain Diante Da *Theory Of Granularity*, Desenvolvida Por Thibault Schrepel

Uma vez apresentadas as possíveis condutas anticompetitivas implementadas via blockchain, cumpre também superar o passo da análise de mercado relevante e poder de mercado, a fim de que se possa investigar, se for o caso, as condutas verticais.

A determinação da existência de uma posição dominante requer a definição do mercado relevante e do poder de mercado exercido pelas entidades (LIANOS, 2019). Entretanto, os mercados digitais nem sempre se amoldam à ideia de recorte material e espacial para viabilizar a análise dos efeitos de determinado comportamento (GABAN; DOMINGUES; SILVA, 2019).

Para que as eventuais práticas anticompetitivas que eventualmente ocorram na blockchain sejam sancionadas, a recente obra intitulada “*The Theory of Granularity: A Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems*”, do autor Thibault Schrepel, busca traçar parâmetros que viabilizem a caracterização do mercado relevante e do poder de mercado no âmbito da blockchain. O referido autor assenta que a lei antitruste é baseada na teoria da empresa de Ronald Coase⁵⁵, a qual está apoiada no controle vertical que as sociedades empresárias exercem, bastando, portanto, a análise do topo da pirâmide. Entretanto, a natureza horizontal da blockchain pública impossibilita o exame anticoncorrencial nos mesmos moldes tradicionais⁵⁶. Soma-se a isso o fato de que a liberdade dos usuários para entrarem ou saírem da plataforma dificulta a delimitação de fronteiras com vistas a punir eventuais práticas (SCHREPEL, 2020).

Segundo Schrepel, a delimitação de fronteiras da empresa é essencial, pois possibilita (i) identificar a empresa e definir o tipo de atividade realizada, averiguando se

⁵⁵ A teoria da empresa foi desenvolvida pelo economista britânico Ronald Coase, em seu artigo *The Nature of the Firm*, em 1937. Ao estudar a natureza da empresa e suas características, o autor aduz que a organização das sociedades empresárias é necessária para diminuir os custos de transação que recaem sobre o empreendedor. O principal motivo para tanto é o fato de que nas sociedades empresárias há o exercício de comando e controle, ou seja, o poder é exercido verticalmente.

⁵⁶ Catalini e Tucker dispõem que a natureza descentralizada da blockchain dificulta identificação da(s) entidade(s) para fins de responsabilização, pois a lei antitruste baseia-se na premissa de que houve prévia delimitação da(s) empresa(s) que executaram práticas anticoncorrenciais (CATALINI; TUCKER, 2018). Da mesma forma, Østbye aduz que a incidência da referida legislação pressupõe a existência de uma entidade responsável e a blockchain se diferencia da organização padrão das empresas (ØSTBYE, 2017).

a lei antitruste é aplicável; (ii) avaliar o poder de mercado e a legalidade de práticas e (iii) atribuir responsabilidade quando caracterizada violação às leis antitruste.

Como mencionado, na teoria tradicional, a averiguação dos pontos supracitados se baseia na análise do controle vertical exercido pelas empresas. Contudo, o mesmo raciocínio não pode ser transposto para o contexto da blockchain, pois a inexistência de comando e controle verticalizado neste âmbito, bem como a ausência de bordas bem definidas, dificulta a responsabilização por práticas anticompetitivas.

Assim, a aplicação da lei antitruste e a definição do mercado relevante no contexto dessa tecnologia somente seria possível através da utilização da denominada “*theory of granularity*”, a qual visa a analisar os menores organismos da blockchain, o papel que eles desempenham e seu dinamismo, pois somente alcançando o nível de granularidade, a governança pode ser entendida adequadamente (SCHREPEL, 2020).

A fim de elucidar a teoria, o referido autor discorre que os participantes da blockchain podem ser divididos essencialmente em três grupos distintos: fundadores, usuários e mineradores, os quais garantem o funcionamento e o estabelecimento de confiança na blockchain. Contudo, não são capazes de exercer individualmente o controle completo sobre a plataforma, tendo em vista a descentralização da blockchain.

Schrepel destaca que a ausência de estrutura verticalizada não significa que inexiste exercício de controle, pois, no contexto da blockchain pública, há um conjunto de participantes que colaboram para garantir e maximizar a sobrevivência da plataforma, como nos casos daqueles que despendem alto investimento nesse âmbito. Desse modo, mesmo com governança descentralizada, um grupo de participantes pode obter uma forma de controle direto sobre o blockchain contornando restrições imposta a eles (SCHREPEL, 2020).

Destarte, apesar de ser possível que os interesses a curto prazo desses usuários sejam diferentes, eles cooperam entre si para garantir a sobrevivência da blockchain. Esse conjunto de usuários é denominado por Schrepel de “*blockchain nucleus*”, o qual pode ser identificado a partir da aferição de três elementos: (i) capacidade técnica para desfrutar de um poder restrito e horizontal de comando e controle; (ii) capacidade de interferir com o valor econômico da blockchain e (iii) capacidade de influenciar as normas da blockchain.

Saliente-se que os atributos que devem ser levados em consideração para avaliar os elementos supracitados dependem da análise casuística. O mesmo ocorre na aferição da dimensão geográfica dos mercados relevantes, pois, em que pese a utilização do idioma universal nas blockchains e o seu potencial para exceder as fronteiras físicas legais, nem todas competem em âmbito global, mas podem estar restritas a áreas locais (SCHREPEL, 2019).

Feita a caracterização do “*blockchain nucleus*”, torna-se possível determinar o mercado relevante e o poder de mercado, uma vez que é criada uma ficção jurídica à qual a lei possa ser aplicada, ou seja, a partir dessa definição resta possibilitada a delimitação de fronteiras para fins de responsabilização.

Note-se, portanto, que a natureza descentralizada da blockchain é um elemento diferenciador em relação às sociedades empresárias e impede a análise antitruste nos moldes tradicionais. Entretanto, em que pese a governança horizontal, é possível que um grupo tenha controle direto sobre a plataforma (*blockchain nucleus*).

A mencionada teoria, ao criar uma ficção jurídica, possibilita a identificação dos participantes que podem ser responsabilizados por uma violação ao direito antitruste, quando praticadas condutas anticoncorrenciais via blockchain.

É um desafio definir com precisão o tamanho do núcleo, pois sua caracterização não é feita nos mesmos moldes das sociedades empresárias. Entretanto, a delimitação compete aos tribunais e as autoridades antitruste, os quais, ao delineá-lo, observarão os critérios elencados acima, com base em elementos concretos, a fim de garantir segurança jurídica e impedir falhas (SCHREPEL, 2020).

Identificado o núcleo da blockchain, pode-se determinar o tipo de atividades em torno das quais ela é construída, bem como a dimensão geográfica na qual são exercidas. Delimitado o mercado relevante nas dimensões material e geográfica, cria-se condições para mensurar não apenas a participação dos agentes econômicos no mercado em geral, mas para identificar o poder de mercado (FERRAZ JR., 2018).

A definição de mercado relevante é de suma importância e possibilita aferir o poder de mercado. Assim, através de análise casuística, ao comparar os diferentes núcleos da blockchain no mesmo mercado relevante, bem como investigar a existência de posição

dominante e outras variáveis, como a existência de competição, torna-se possível averiguar a existência de poder de mercado (CADE, 2016). Com base nessa análise, portanto, é possível investigar, se for o caso, as condutas verticais, que demandam a verificação prévia do mercado relevante e do poder de mercado do agente que implementa a suposta prática anticompetitiva.

Conclusão

A blockchain é uma tecnologia que permite o registro seguro e transparente de dados. Por outro lado, podem ocorrer práticas anticompetitivas na plataforma, merecendo, portanto, análise sob a ótica do Direito Antitruste. É baixa probabilidade de implemento de práticas anticompetitivas nas blockchains públicas, pois estas possuem o denominado *visible effect*, em que as operações realizadas neste âmbito são visíveis pelos demais usuários. Soma-se a isso dificuldade de modificar o protocolo após sua criação, de modo que a plataforma deveria ser instaurada como instrumento de implementação da conduta, o que é improvável.

Diversa é a realidade das blockchains privadas, nas quais é provável a implementação de condutas anticoncorrenciais, pois, além de inexistir *visible effect*, é possível modificar o funcionamento da blockchain sem a aprovação dos demais membros, pois o processo de consenso é controlado por um conjunto pré-selecionado de nós. É nesse contexto que foram apresentadas as possíveis práticas restritivas horizontais implementadas na plataforma, quais sejam, cartel e troca de informações comercialmente sensíveis, além das possíveis condutas verticais, como preços predatórios, venda casada, recusa em negociar, margin squeeze, inovação predatória e discriminação de preços.

Identificada a ocorrência das possíveis condutas anticompetitivas horizontais e verticais implementadas via blockchain, para fins de responsabilização do agente que implementa a prática é essencial a definição do mercado relevante e do poder de mercado na blockchain, a qual é possível através da utilização *theory of granularity*, que visa analisar os menores organismos da blockchain, o papel que eles desempenham e seu dinamismo, a fim de alcançar o nível de granularidade e entender a governança neste âmbito (SCHREPEL, 2020).

Referências bibliográficas

- ALLESSIE; SOBOLEWSKI; VACCARI. *Blockchain for digital government an assessment of pioneering implementations in public services*, 2019. Disponível em: <<https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/document/2019-04/JRC115049%20blockchain%20for%20digital%20government.pdf>>. Acesso em: junho de 2020.
- ATHAYDE, Amanda. *Prova Indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo consciente e plus factors*. Economic Analysis of Law Review, v. 2, p. 41-64, 2011.
- EDELMAN, Benjamin. *Does google leverage market power through tying and bundling?*, In: Journal of Competition Law and Economics, vol. 11, n. 2, 2015, pp. 368-369.
- CADE, *Cartilha do Cade*, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: dez. 2019.
- CADE, *Perguntas gerais sobre defesa da concorrência*, 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>>. Acesso em: maio de 2020.
- CATALINI, Christian; TUCKER, Catherine. Antitrust and Costless Verification: An Optimistic and a Pessimistic View of the Implications of Blockchain Technology. MIT Sloan School Working Paper 5523-18, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3199453>>. Acesso em: maio de 2020.
- COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*, 1937. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>>. Acesso em: jun. 2020.
- EDLIN, A. S. *Predatory Pricing*. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012.
- FERRAZ JR., TERCIO SAMPAIO. *Mercado relevante*. Tomo Direito Comercial, 1^a Edição, Julho de 2018. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/249/edicao-1/mercado-relevante>>.

Acesso em: maio de 2020.

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

FRAZÃO, Ana. *Inovação predatória? Novos horizontes para o abuso da propriedade intelectual a partir do diálogo com o Antitruste*. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constitucional-empresa-e-mercado/inovacao-predatoria-06092017>>. Acesso em: fev. 2020

FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana; SILVA, Breno. *Direito Antitruste 4.0 e o Abuso de Posição Dominante nos Mercados Digitais - Um Desafio Atual para o Cade*. In: Direito Antitruste 4.0: Fronteiras entre a Concorrência e a Inovação. São Paulo: Singular, 2019, pp.169-176.

KAMINSKA, Izabella. *If we call it a blockchain, perhaps it won't be deemed a cartel?*, 2015. Disponível em: <<https://ftalphaville.ft.com/2015/05/11/2128849/exposing-the-if-we-call-it-a-blockchain-perhaps-it-wont-be-deemed-a-cartel-tactic>>. Acesso em: abril. 2020.

LIANOS, Ioannis. *Blockchain Competition*. In: Ph. Hacker, I. Lianos, G. Dimitropoulos & S. Eich, Regulating Blockchain: Political and Legal Challenges, OUP, Forthcoming, 2019. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3257307>>. Acesso em: maio de 2020.

LOPES, António Daniel da Mota. *VoIP em Redes Peer-to-peer*. 2014. 110 f.

Dissertação (Mestrado em engenharia de comunicações) – Universidade do Minho, Braga. Disponível em:

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35186/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Ant%C3%B3nio_Bento_da_Mota_2014.pdf>. Acesso em: nov. 2019.

LEAL, João Paulo G. *Discriminação de preços e o ‘Robinson-Patman Act’*. Revista do IBRAC, v. 10, n. 3, 2003, p. 149.

MARR, Bernard. *The 5 Big Problems With Blockchain Everyone Should Be Aware Of.* Bernard Marr & Co Intelligent Business Performance. Disponível em:
<https://www.bernardmarr.com/default.asp?contentID=1354>. Acesso em: jun. 2020.

MASSAROTTO, Giovanna. *From Digital to Blockchain Markets: What Role for Antitrust and Regulation*, 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3323420>>. Acesso em: abril de 2020.

MORABITO, Vincenzo. *Business Innovation Through Blockchain*. Milão: Springer International Publishing, 2017.

MOUGAYAR, William. *The Business Blockchain: Promise, Practice, and Application of the Next Internet Technology*. John Wiley & Sons, 2016, p. 27.

MUSIENKO, YURI. *5 Benefits of the Blockchain Payment System*. Merehead: FinTech and Blockchain Solutions, 2019. Disponível em: <https://merehead.com/blog/5-benefits-blockchain-payment-system/>. Acesso: jun. 2020.

NAZZINI, Renato. *The Blockchain (R)evolution and the Role of Antitrust*. King's College London Law School Research Paper N. 2019-20. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3256728>>. Acesso em: abril de 2020.

NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

OCDE. *Competition Law & Policy, Margin Squeeze, policy roundtables*, 2009, Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/30/17/46048803>>. Acesso em: jun. 2020.

SAITO, Leandro. *Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?*. 2016. 236 f. Dissertação (Mestrado em direito, na área de concentração Direito Comercial) – Universidade de São Paulo Faculdade de Direito, São Paulo. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016>>. Acesso em: fev. 2020

SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016-130405/publico/Leandro_Saito_INTEGRAL> Acesso em: jun. 2020.

SCHREPEL, Thibault. *Collusion by Blockchain and Smart Contracts* (January 14, 2019). Harvard Journal of Law and Technology (33 Harv. J.L. & Tech. 117). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3315182>>. Acesso em: fev. 2020.

SCHREPEL, Thibault. *Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox* (June 11, 2018). Georgetown Law Technology Review / 3 Geo. L. Tech. Rev. 281, 2019, p. 290. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3193576>>. Acesso em: dez. 2019.

SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition, 21 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 19, 2018, p. 22. Disponível em: <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/smulawjournals.org/dist/8/7/files/2018/11/3_Predatory-Innovation_-The-Definite-Need-for-Legal-Recognition.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

SCHREPEL, Thibault. *The Theory of Granularity: A Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems*, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3519032>. Acesso em: mar. 2020.

SCHECHTMAN, David. *Introdução a Implementação de Smart Contracts*, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3412187>. Acesso em: jun. 2020.

SIMPSON, Mark; COOKE, Jamie. *Blockchain: competition issues in nascent markets*, 2016. Disponível em: <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/81f70b38/blockchain-competition-issues-in-nascent-markets>>. Acesso em: fev. 2020.

SINANIOTIS; Dimitris. Blockchain and its competition law risks, 2018. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=531fd59d-9d3c-44e5-bce4-b2b6c8e6e726>>. Acesso em: março de 2020.

SWAN, Melanie. *Blockchain: Blueprint for a New Economy*. Sebastopol, California: O'Reilly Media Inc., 2015, p. 149.

SZABO, Nick. *Smart Contracts*. Universiteit Van Amsterdam, 1994. Disponível em: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. Acesso em: jun. 2020.

TAUFICK, Roberto. *Block Change: The Fallacy of Blockchain Immutability and Cartel Governance*, Revista do Ibrac, Vol. 25, N. 1, 2020. Disponível em: <<https://ibrac.org.br/revistas.htm>>. Acesso em: jun. de 2020.

ZHENG, Z. et al. *Blockchain challenges and opportunities: A survey*. *International Journal of Web and Grid Services*, v. 14, 2018, p. 3. Disponível em: <<https://www.henrylab.net/wp-content/uploads/2017/10/blockchain.pdf>>. Acesso em: março e 2020.

ØSTBYE, Peder. *The Adequacy of Competition Policy for Cryptocurrency Markets*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3025732>>. Acesso em: abril de 2020.

OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE COOPERAÇÃO E OS MECANISMOS DE GOVERNANÇA

Elementos de operacionalização dos contratos relacionais ou híbridos

COOPERATION CONTRACTS AND THE MECHANISMS OF GOVERNANCE

Elements for the operationalization of relational or hybrid contracts

Ana Frazão⁵⁷

Angelo Prata de Carvalho⁵⁸

Resumo: O dinamismo que é próprio da atividade econômica requer formas jurídicas adequadas aos anseios dos agentes de mercado, sob pena de serem frustrados os seus objetivos e solapadas potenciais eficiências. Embora a clássica distinção entre contratos de intercâmbio e contratos de sociedade ainda desempenhe função importante, ela mascara um conjunto significativo de negócios que se situam entre essas noções polares. Trata-se das formas híbridas de contratação, que congregam elementos de hierarquia e mercado ao produzirem estruturas cooperativas que preservam os interesses contrapostos das partes, de modo que não se amoldam à dogmática contratual ou societária. Assim, pretende-se apresentar a noção de contratos de cooperação e tratar dos mecanismos de governança necessários à sua operacionalização.

Palavras-chave: Contratos híbridos. Custos de transação. Mecanismos de governança.

⁵⁷ Advogada e Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília – UnB. Ex-Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB e Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Líder do GECEM – Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado. Sócia de Ana Frazão Advogados.

⁵⁸ Advogado. Mestre e Doutorando em Direito na Universidade de Brasília. Professor voluntário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Vice-líder do GECEM – Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado. Sócio de Ana Frazão Advogados.

Abstract: The dynamism that qualifies economic activity requires legal structures that adequately address the desires of the market agents. Otherwise, their goals and potential efficiencies may be hampered. Even though the classic distinction between exchange and association contracts still plays an important role, it hides a meaningful array of operations which are located between these polar notions. These notions are the hybrid forms of contracting, congregating hierarchical and market elements in order to produce cooperative structures that preserve opposing interests and, thus, do not fit into traditional Contract Law or Partnerships Law concepts. Therefore, this paper is going to present the concept of cooperation contracts and hence address them mechanisms of governance that are necessary to develop those instruments.

Keywords: Hybrid contracts. Transaction costs. Mechanisms of governance.

Introdução

A macroempresa verticalizada já não mais ocupa a posição de maior destaque entre as formas de organização da atividade econômica. As grandes estruturas verticais de controle de órgãos subordinados a um poder hierárquico central têm dado lugar a relações horizontais e pulverizadas, organizadas por intermédio de contratos extremamente sofisticados por meio dos quais se estabelecem regulamentos para relações de cooperação entre as partes. Por mais que esses acordos muitas vezes consistam no compartilhamento de riscos para a realização de finalidade comum, há casos em que a eficiência desejada pelas partes reside justamente na manutenção de sua autonomia e mesmo de interesses contrapostos entre os polos da relação jurídica.

Sendo certo que agentes econômicos inseridos em contextos de mercado possivelmente considerarão as opções pelas quais possam promover maior economia de custos de transação, é natural que esses *players* procurem superar as dificuldades operacionais que são próprias dos modelos clássicos de organização da atividade econômica. Nesse sentido, por mais que os contratos realizados livremente em mercado permitam a utilização do mecanismo de preços e, regra geral, possibilitem grande autonomia e liberdade de contratação, envolvem diversos ônus de negociação, de fiscalização e de execução das operações realizadas, dificultando em grande medida a expansão das atividades das partes. De outro lado, ao passo que os modelos hierárquicos que são próprios das sociedades forneçam meios para superar parte das assimetrias informacionais e para reduzir os custos de transação da contratação em mercado, tais organizações impõem padrões de subordinação e compartilhamento de riscos que podem não corresponder aos anseios das partes.

Frente a tais dificuldades e tendo em vista outros fatores como a globalização e a desagregação proporcionada pelos sistemas digitais, o poder econômico tem se estruturado por meio de novas formas que desafiam não apenas as concepções teórico-econômicas clássicas, mas sobretudo as formas jurídicas pelas quais esses fenômenos econômicos usualmente se manifestam. É no âmbito desse debate que se situam os contratos de cooperação, relacionais ou híbridos, negócios que, ao mesmo tempo que criam estruturas organizativas destinadas a gerir relações empresariais, mantêm as esferas particulares de cada uma das partes, que não visam compartilhar riscos e podem até ser concorrentes. Nesse contexto ganham espaço os contratos de cooperação, também

denominados contratos híbridos ou relacionais – expressões que, no presente trabalho, são adotadas como sinônimas –, que dizem respeito aos contratos em que há intensa cooperação entre as partes mas que, porém, ainda preservam os interesses contrapostos (diferentemente do que ocorre, por exemplo, nos contratos associativos).

Contudo, a estranheza de tais formas econômicas para as categorias de que dispõe o direito traz consigo uma série de dificuldades, sobretudo relativas à instituição de mecanismos de governança que sustentem essas relações de cooperação de maneira a adequadamente acomodar os interesses das partes diante das circunstâncias do mercado. Dessa maneira, o presente trabalho pretende tratar do desenvolvimento dos contratos de cooperação, discorrendo a respeito de seu posicionamento no âmbito do debate sobre as transformações das formas jurídicas de organização da atividade econômica e dos mecanismos de governança a serem adotados para a sua operacionalização.

1. A transformação das formas jurídicas de organização da atividade econômica e a ascensão das formas híbridas

A compreensão das formas pelas quais se organiza a atividade econômica é de suma importância para que a análise jurídica ofereça mecanismos adequados tanto à sua operacionalização quanto à responsabilização dos agentes que se beneficiam desses instrumentos. As transformações verificadas no âmbito das práticas comerciais e no volume de transações realizadas em mercados requerem, portanto, “regras que contemplem não apenas a necessidade de novos instrumentos que refletem as mudanças no processo negocial”⁵⁹.

Nesse sentido, as formas jurídicas pelas quais se operacionaliza a atividade econômica se traduzem em respostas exigidas pelas forças que fundamentalmente impulsionam o capitalismo, isto é, os novos mercados, novos bens de consumo, entre outros fatores que, como intuiu Schumpeter, revolucionam incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo o que era antigo para introduzir novos elementos⁶⁰. Não se pode esquecer que a atividade econômica exige segurança e

⁵⁹ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 22.

⁶⁰ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Trata-se, segundo o autor, do chamado “processo de destruição criadora”, compreendido como

estabilidade das relações jurídicas, de sorte a atender satisfatoriamente as necessidades sociais e a criar riquezas⁶¹.

Por esse motivo, segundo Rachel Sztajn⁶², o papel do jurista é o de delinear e esclarecer o âmbito de aplicação das normas destinadas a regular as relações entre agentes econômicos para que, “no exercício de atividades econômicas, atendam às especificidades e, sobretudo, às necessidades do tráfico negocial, das operações repetidas e igualmente estruturadas realizadas em mercados”.

A necessidade da criação de formas jurídicas capazes de, de um lado, endereçar adequadamente as demandas sociais ao fornecer a infraestrutura adequada para o desenvolvimento de empreendimentos comerciais e, de outro, promover estruturas de controle aptas a assegurar a segurança das transações e a observância de normas jurídicas cogentes. Perpassa-se, portanto, o esforço histórico em dar viabilidade jurídica a iniciativas econômicas sem gerar o que Teubner denominou por “irresponsabilidade organizada”⁶³. Tais observações servem para demonstrar a importância de estruturas conformadoras da interação humana para definir de forma clara os objetivos dos sujeitos envolvidos⁶⁴.

É por esse motivo que a regulação jurídica pode desempenhar mais do que simplesmente a função de fornecer formas predefinidas para o exercício de atividade econômica organizada, servindo também como ferramenta de acomodação de inovações, ao fornecer arcabouço normativo capaz de conferir segurança aos agentes envolvidos e também a terceiros⁶⁵. Adicione-se, contudo, embora a atividade econômica não raro anteceda à regulação jurídica, uma vez que determinada forma de organização internaliza os procedimentos institucionais vigentes, ela própria se torna o vetor da mudança institucional⁶⁶.

essencial para a compreensão da estrutura do capitalismo. “É dele que se constitui o capitalismo e a ele deve se adaptar toda a empresa capitalista para sobreviver” (SCHUMPETER, Op. cit., p. 110).

⁶¹ SZTAJN, Op. cit., 2004, p. 10.

⁶² SZTAJN, Op. cit., 2004, pp. 10-11.

⁶³ Ver: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

⁶⁴ Ver: NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. pp. 107-117.

⁶⁵ ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 23.

⁶⁶ NORTH, Op. cit., pp. 79-80.

Sendo certo que os agentes econômicos contam com uma multiplicidade de formas de organização de suas transações no mercado por intermédio da articulação de arranjos institucionais que correspondam às suas necessidades e às demandas a que pretendem responder⁶⁷, torna-se necessária a reflexão sobre os motivos de adoção de uma forma organizacional ou outra. Nas palavras de Kenneth Arrow⁶⁸, o fato de existirem incentivos para a integração vertical e a organização da atividade econômica em estruturas hierárquicas em lugar de simples trocas no mercado evidencia a existência de custos de operação do sistema econômico.

Diante desse cenário, Ronald Coase, em seu artigo clássico *The nature of the firm*, procurou compreender a razão pela qual os agentes econômicos optam por determinadas formas organizacionais hierárquicas (as “firmas”), ou pela contratação em mercado⁶⁹. A definição do alcance das atividades de determinado agente econômico tradicionalmente envolve a decisão entre “fazer ou comprar” (*make or buy*), o que determinará os limites da forma organizacional adotada, na medida em que uma dada transação seria realizada internamente sempre que seu custo for inferior ao da aquisição da mercadoria em questão no mercado⁷⁰. Entretanto, a constatação segundo a qual tais opções nem sempre levarão a arranjos organizacionais adequados⁷¹ justifica a criação de novas formas de organização da atividade econômica que sejam capazes de dar vazão à demanda pela redução de custos de transação.

A operação em mercados, nesse sentido, pode tornar-se onerosa para os agentes econômicos, seja em razão dos custos de obtenção de informações relevantes⁷², seja em virtude da ausência de mecanismos de mitigação do oportunismo e estabilização de expectativas⁷³. Nesse caso, trata-se de ambiente mais vantajoso quando o que vem ao

⁶⁷ Ver: MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações: formas plurais e desafios*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

⁶⁸ ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures*. v. 91, n. 1, 1969.

⁶⁹ The nature of the firm. *Economia: New Series*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937. p. 390.

⁷⁰ BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 2.

⁷¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 203.

⁷² Ver: ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review*. v. 62, n. 5, pp. 777-795, dez. 1972.

⁷³ WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova Iorque: The Free Press, 1985. p. 63.

caso são transações recorrentes cuja realização pode depender tão somente da experiência das partes contratantes para prever e mitigar os riscos aos quais estão submetidas⁷⁴.

Há transações, porém, que os mercados não são capazes de organizar de maneira eficiente. A necessidade de reduzir custos de transação mediante a adoção de estrutura capaz de centralizar o poder decisório para concluir negócios de forma mais eficiente enseja, segundo Coase⁷⁵, a criação de estruturas hierárquicas por meio das quais os recursos serão alocados de maneira mais adequada. Assim, a firma produz uma forma de divisão do trabalho na qual o empresário desempenha papel central no processo produtivo, coordenando as atividades de seus empregados para gerar bens negociáveis em mercado⁷⁶.

Contrariamente aos mercados, nos quais o mecanismo de preços prevalece sobre elementos oriundos da identidade dos agentes, a identidade das organizações integradas importa para que seja possível prever, em maior ou menor medida, seu *modus operandi*. Nesse sentido, tem-se que os limites das organizações integradas “são determinados pelo poder de decisão, isto é, pela capacidade de escolher o que fazer, como fazê-lo e quando fazer”⁷⁷.

Acontece que, como adverte Richardson, os dois polos da equação de Coase não são propriamente opostos, mas pontos extremos de um movimento contínuo que vai do mercado puro (*pure market*) à empresa pura (*pure firm*), havendo vários estados intermediários entre os dois: empresas como mercados (*firm-like markets*) ou mercados como empresas (*market-like firms*)⁷⁸. Basta lembrar que a cooperação do mercado caminha facilmente para a direção quando um contratante é predominante e o outro se encontra em posição de dependência econômica capaz de instaurar até mesmo relações de controle externo⁷⁹. Daí dizer Ronald Dore que a realidade atual é marcada pela fragmentação ou desagregação da empresa, ou seja, pela substituição de um sistema de produção coordenado dentro de uma empresa verticalmente integrada por um sistema de

⁷⁴ WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*. v. 22, n. 2, pp. 233-261, out. 1979. p. 248.

⁷⁵ COASE, Op. cit., 1937, pp. 389-392.

⁷⁶ WILLIAMSON, Op. cit., 1985, pp. 209-210.

⁷⁷ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 18.

⁷⁸ RICHARDSON, G.B. The organization of industry. In: BUCLEY, Peter; MICHELIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. pp. 59-74.

⁷⁹ PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Controle empresarial externo: a intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

produção coordenado entre um largo número de empresas que precisam encontrar arranjos contratuais que assegurem a estabilidade de suas relações⁸⁰.

Em suma, é racional que os agentes econômicos busquem a estrutura de governança mais adequada para gerir e reduzir seus custos de transação, sobretudo quando submetidos a pressões competitivas⁸¹. Ocorre que, da mesma forma que as relações interempresariais não se limitam à dinâmica competitiva, mercados e hierarquias não compreendem a totalidade dos arranjos adotados pelos agentes econômicos para desenvolver suas atividades. É por essa razão que ganham substancial importância os arranjos contratuais que se posicionam entre empresa e mercado, os chamados híbridos. Os híbridos, assim, fornecem estrutura de combinação das formas polares, servindo de “guarda-chuva conceitual” para uma multiplicidade de arranjos verificáveis na prática mercantil, desde contratos de longo prazo singulares até complexas redes de contratos⁸².

No entanto, formas híbridas não são tão somente combinações de outras formas, mas contêm características próprias que permitem diferenciá-las das formas polares: (i) os híbridos envolvem coordenação explícita, na medida em que têm por objetivo gerar sinergias a partir da cooperação de parceiros comerciais que, apesar disso, têm seus riscos segregados e independentes; (ii) os híbridos dispõem de mecanismos de adaptação que se distinguem do papel dos preços nos mercados ou da hierarquia nas organizações integradas, contando com estruturas específicas de regulação da cooperação entre as partes contratantes; (iii) por mais que os híbridos constituam forma de exploração da atividade econômica, os agentes envolvidos “permanecem legalmente distintos e autônomos organizacionalmente, competindo em diferentes graus”⁸³.

Afirma Teubner⁸⁴, nesse sentido, que arranjos híbridos desempenham importante papel de dissolução de paradoxos organizacionais (entre os extremos da empresa e do mercado) ao traduzir aparentes contradições que seriam achatadas pelas estruturas inadequadas das formas tradicionais. No sentir de Williamson⁸⁵, as formas

⁸⁰ DORE, Ronald. Goodwill and market capitalism. In: BUCLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. pp. 361-365.

⁸¹ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 25.

⁸² MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 19.

⁸³ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 20.

⁸⁴ TEUBNER, Gunther. Hybrid arrangements as de-paradoxifiers: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 59-64, mar. 1996.

⁸⁵ WILLIAMSON, Op. cit., 1991, p. 280.

híbridas elidem tais contradições, já que, ao operar por contratos de cooperação, preservam a autonomia das partes, de modo a permitir seu reposicionamento – como sói ocorrer no mercado –, porém contam com salvaguardas ao cumprimento das avenças que vinculam o comportamento dos envolvidos – o que ocorre em maior grau na hierarquia. Observe-se, com isso, que híbridos não são meros intermediários entre contratos e organizações, mas consistem em arranjos contratuais que ressaltam simultaneamente comportamentos de indivíduos e de empresas⁸⁶.

É necessário, portanto, que os instrumentos jurídicos destinados à operacionalização desse fenômeno econômico sejam melhor desenvolvidos, sob pena de categorias jurídicas antigas dificultarem manifestações legítimas da autonomia privada ou, de outro lado, não endereçarem adequadamente eventuais questões advindas de sujeitos afetados por tais arranjos que procurem responsabilizar as partes envolvidas, especialmente no que tange às áreas de regulação imperativa⁸⁷.

2. A necessária reformulação da teoria contratual para a compreensão dos contratos de cooperação

O reconhecimento de novas categorias jurídicas de direito contratual reflete a necessidade de modernização das teorias clássicas com vistas não a inserir mecanismos inovadores descolados da prática, mas a manter a economia de mercado funcionando normalmente, garantindo-se o fluxo normal da circulação de riquezas⁸⁸. Tal atualização é necessária pelo fato de a concepção segundo a qual contratos servem tão somente à transmissão da propriedade e à gestão de direitos de crédito não mais corresponder aos objetivos das relações celebradas no mercado. Os agentes econômicos passam a exigir, conforme defende Galgano⁸⁹, que contratos detenham enfática função regulatória, de

⁸⁶ TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. The parasitic role of hybrids. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 149, n. 4, pp. 706-715, dez. 1993. p. 707.

⁸⁷ PRATA DE CARVALHO, Angelo. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção. *Revista semestral de direito empresarial*. v. 19, pp. 181-230, 2016.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 96, pp. 423-433, 2001. p. 230.

⁸⁹ GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2.ed. Pádua: CEDAM, 2011. p. 25.

maneira a endereçar interesses de ordem geral das partes e mesmo o estado futuros das relações jurídicas por elas estabelecidas⁹⁰.

Embora seja tarefa árdua, a análise jurídica deve estar atenta às diversas reconstruções às quais seus conceitos são submetidos ao longo das décadas, sobretudo no que diz respeito a noções como a de contrato, sujeitas à flexibilidade e ao dinamismo de ambientes institucionais em constante e veloz transformação como ocorre no sistema econômico⁹¹. Tanto é assim que, de acordo com Hugh Collins⁹², o direito contratual paulatinamente deve ser reinterpretado e reconstruído para dar conta das mudanças sociais, especialmente no que toca à percepção de falhas de mercado a serem mitigadas por estruturas jurídicas. Em suma, defende Collins que o direito contratual deve ter por objetivo regular mercados, práticas comerciais e práticas sociais de contratação, de modo a ressaltar os valores fundantes do ordenamento e, ao mesmo tempo, proteger as esferas de autorregulação estruturadas pelas partes no âmbito de sua autonomia privada.

Daí defender Teresa Negreiros⁹³ que o contrato não pode estar submetido a uma teoria geral que o considere fenômeno monolítico. Segundo a autora, o direito, como fenômeno social que é, não pode ser subsumido a encadeamentos conceituais abstratos, sendo necessário que esteja aberto ao aperfeiçoamento de seu saber teórico, de modo que as classificações que adota para suas categorias – por mais que lhes sejam necessários os atributos de segurança e previsibilidade – sejam apenas aparentemente estáticas⁹⁴. É claro que, em direito, “é próprio das classificações que a sua validade seja aferida em função de sua relevância prática”⁹⁵.

Contudo, muito embora se possa esperar do direito respostas ágeis a problemas emergentes da prática econômica, não se pode atribuir às regras jurídicas toda a responsabilidade pela tradução de fatos em normas⁹⁶. Na verdade, o tratamento jurídico

⁹⁰ Ver: PRATA DE CARVALHO, Angelo. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. *Revista de direito setorial e regulatório*. v. 5, n. 1, pp. 91-114, maio 2019.

⁹¹ VÉKÁS, Lajos. Contract in a rapidly changing institutional environment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 40-54, mar. 1996.

⁹² COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. ed. Londres: LexisNexis, 2003. pp. 30-35.

⁹³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro Renovar, 2006. p. 300.

⁹⁴ NEGREIROS, Op. cit., p. 348.

⁹⁵ NEGREIROS, Op. cit., p. 350.

⁹⁶ DRUEY, Jean Nicolas. The path to the law: the difficult legal access of networks. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 94.

de determinada questão fática depende de conceituação teórica prévia, tendo em conta que, conforme pontuou Druey, o direito se posiciona entre a vontade das partes envolvidas e a vontade política de regular tal relação⁹⁷. Desse modo, não se pode querer atribuir ao direito uma elasticidade que seus conceitos jamais terão⁹⁸: pode haver casos nos quais contratos de intercâmbio e contratos de sociedade, por mais ampla que seja a lente pela qual se lhes analisa, não correspondam aos reais desejos e necessidades da vida econômica.

A reflexão a respeito dessa categoria deverá ser permeada por uma reformulação na teoria contratual, que passa a se preocupar não apenas com trocas pontuais ocorridas no mercado, de maneira que os contratos deixam de prever tão somente as condições para a realização de trocas para servir como instrumentos de planejamento de relações de longo prazo a serem travadas pelas partes⁹⁹. Em outras palavras, ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹⁰⁰ que “o direito obrigacional foi construído a partir da idéia do contrato instantâneo, como se a manifestação da vontade e a sua execução se dessem de uma só vez, tudo explicado pelas circunstâncias presentes no momento da celebração”. Tais premissas obviamente não se ajustam a contratos híbridos, marcados pela incompletude e pelo alto grau de cooperação¹⁰¹.

Os contratos de cooperação, relacionais ou híbridos, segundo Ricardo Lorenzetti¹⁰², apresentam objeto vazio, pois tratam, na verdade, de procedimentos de atuação das partes e de regras que servirão para coordenar o comportamento desses sujeitos de maneira a especificar as prestações do negócio ao longo de seu cumprimento. Assim, as prestações contratuais têm caráter processual, de sorte que não se perfarão em um dar ou fazer determinado, mas determinável ao longo do tempo¹⁰³. Com isso, tem-se que a relação obrigacional travada entre as partes adquire sentido dinâmico, sendo dotada

⁹⁷ DRUEY, Op. cit., p. 94.

⁹⁸ DRUEY, Op. cit., p. 94.

⁹⁹ É o que observa Stewart Macaulay (*Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein*. *Northwestern University Law Review*. v. 94, n. 3, pp. 775-804, 2000. p. 778), para quem as partes, nos contratos relacionais, procuram “trazer o futuro ao presente”.

¹⁰⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. v. 12, n. 45, pp. 91-110, jan./mar. 2011. p. 98.

¹⁰¹ FRAZÃO, Ana. A necessária diferenciação entre contratos associativos e contratos híbridos. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. p. 736.

¹⁰² LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. 1, p. 51.

¹⁰³ LORENZETTI, Op. cit., v. 1, p. 51.

de diversas fases interdependentes que concorrem para o sucesso da operação econômica subjacente¹⁰⁴.

A teoria dos contratos relacionais, nesse sentido, procura compreender a natureza do comportamento das partes submetidas a vínculos jurídicos de longo prazo, caracterizados pela enfática incidência de solidariedade, cooperação e confiança¹⁰⁵. A abordagem relacional advém da observação empírica do fenômeno contratual, que evidencia o papel desempenhado pelas normas sociais na definição do comportamento das partes.

Assim, os contratos de cooperação, relacionais ou híbridos se caracterizam sobretudo por exigirem das partes “comportamento adequado a cada nova situação”¹⁰⁶ surgida ao longo de seu vínculo de longo prazo, o que necessariamente requer o redimensionamento do formalismo interpretativo que caracteriza a teoria contratual clássica¹⁰⁷. A incompletude que é ínsita a tais negócios, dessa forma, levará à solução de controvérsias não necessariamente pela invalidação ou resolução, mas pela renegociação a partir de mecanismos de governança contidos em suas cláusulas¹⁰⁸. Daí a possibilidade de, em esforço de reflexão a respeito dos elementos estruturantes dos contratos de cooperação, apontar as características gerais dessa noção jurídica em construção e, ainda, os mecanismos de governança capazes de operacionalizar as operações econômicas consubstanciadas nesses negócios.

¹⁰⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 20.

¹⁰⁵ GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos relacionais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 321-322.

¹⁰⁶ AGUIAR JR., Op. cit., p. 99.

¹⁰⁷ AGUIAR JR., Op. cit., p. 99.

¹⁰⁸ AGUIAR JR., Op. cit., p. 99.

3. A incompletude como característica essencial dos contratos de cooperação e a necessidade de criação de mecanismos de governança contratual

A opção por menor ou maior detalhamento das previsões contratuais traduz uma escolha deliberada das partes sobre o grau de risco que pretendem enfrentar. Por isso, a incompletude consiste em traço fundamental dos contratos de cooperação, na medida que é ela que os posiciona no entremeio dos mecanismos de puros incentivos do mercado e da dissipação de risco proporcionada pelas soluções integradas¹⁰⁹. Certo é que, na formulação de contratos, as partes poderão optar por abordagem minudente das contingências que eventualmente virão a enfrentar ou, de outro lado, tão somente prever *standards* de cumprimento ou incumprimento, sem afetar diretamente a onerosidade do contrato no momento da pactuação¹¹⁰. No entanto, ainda que assim desejem, as partes jamais conseguirão regular todas as situações a serem enfrentadas na execução da operação¹¹¹, razão pela qual a decisão sobre maior ou menor acabamento não terá o condão de afastar a incompletude, mas de aumentar ou diminuir a rigidez dos termos do negócio¹¹².

A manutenção de “imperfeições e incertezas” no instrumento contratual não necessariamente será fruto da inépcia das partes, podendo ser, na verdade, medida eficiente levada a cabo em lugar de negociações que, por si só, geram custos de transação¹¹³. Nesse sentido, segundo Fernando Araújo, o inacabamento contratual resulta da ponderação entre custos marginais, isto é, “custos de completamento” dos contratos, e benefícios marginais do completamento, a exemplo da redução do oportunismo ou da possibilidade de renegociação futura¹¹⁴.

A incompletude que se estende por longo período requer regulação adequada pelo contrato, sob pena de os custos de transação economizados ao se adotar instrumento mais flexível serem desperdiçados em renegociações posteriores. Tendo isso em vista, é necessário que os contratos incompletos sejam dotados de cláusulas que disponham sobre

¹⁰⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147.

¹¹⁰ ARAÚJO, Op. cit., p. 148.

¹¹¹ SZTJAN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro, v. 44, p. 29-49, São Paulo, jul. 2005.

¹¹² Ver, nesse sentido: SZTAJN, Op. cit., 2004, pp. 14-15.

¹¹³ ARAÚJO, Op. cit., p. 150.

¹¹⁴ ARAÚJO, Op. cit., p. 161.

medidas procedimentais de alteração da relação contratual¹¹⁵. Daí a importância, aliás, do desenho adequado das cláusulas contratuais por indivíduos especializados que equacionem os riscos e incentivos componentes da operação econômica em concreto, de maneira a promover de maneira eficaz o objetivo de redução de custos de transação que qualifica esses mecanismos de organização da atividade econômica. Não sem motivo, ao analisar os meios de formalização jurídica das estratégias de organização da atividade econômica, Ronald Gilson qualificou os advogados como verdadeiros “engenheiros de custos de transação”¹¹⁶.

A previsão de estruturas procedimentais de renegociação é também medida estratégica, uma vez que a incompletude pode tanto ser súbita quanto deliberada. A incompletude do contrato, em suma, poderá ser consequência das técnicas de contratação diferenciadas em virtude da complexidade das operações econômicas a elas subjacentes¹¹⁷. Os contratos de cooperação, relacionais ou híbridos, nesse sentido, são caracterizados por apresentarem modalidade qualificada de mecanismos de gestão da incompletude. Não é por outra razão que tais instrumentos são considerados verdadeiros regulamentos ou, como se verá a seguir, “ordenamentos privados” dotados de mecanismos de resolução de controvérsias e mesmo de renegociação dos termos contratuais internos à relação entre as partes.

Daí sugerirem Cyert e March que, em lugar de procurar maneiras de lidar com a incerteza por intermédio de equivalentes à certeza, as organizações devem buscar procedimentos que minimizem a necessidade de previsão de eventos futuros incertos, de maneira a evitar a incerteza na maior medida possível, sendo estratégia comum para tanto a transformação de uma relação de cooperação em uma sucessão de objetivos de curto prazo com ações mais ou menos predefinidas ou, ainda, a elaboração de procedimentos padronizados de decisão¹¹⁸. Em outras palavras, o fato de serem lacônicos (por imperativo da própria natureza de longo prazo dessas relações) não torna os contratos incompletos menos complexos; pelo contrário, tornam-se muito mais complexos do que contratos que

¹¹⁵ BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000. pp. 100-115.

¹¹⁶ GILSON, Ronald. Lawyers as Transaction Cost Engineers. In: NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Nova York: Stockton Press, 1998. pp. 508-514.

¹¹⁷ CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo prazo. *Revista DireitoGV*, v. 10, n. 1, pp. 155-200, jan./jun. 2014. pp. 165-168.

¹¹⁸ CYERT, Richard M.; MARCH, James G. *A behavioral theory of the firm*. New Jersey: Prentice-Hall, 1969. p. 119.

pretendem exaurir o assunto a que dizem respeito. De toda sorte, essa incompletude não ocorre em um vazio normativo, motivo pelo qual Williamson se utiliza da expressão “*incomplete but farsighted contracting*” (contratação incompleta, porém previdente)¹¹⁹.

Não se pode esquecer, porém que cada contrato deve ser lido contextualmente, a partir de sua *ratio contractus*, denotativa de sua coerência interna, de maneira a permitir que o intérprete verifique em que medida a incompletude se afigura como impedimento da continuidade da relação como inicialmente pensada ou, ainda, se será necessária alteração dos termos pactuados¹²⁰. Dessa maneira, para além da identificação da incompletude – cuja causa corresponde à gestão do risco do contrato por intermédio da resolução de eventuais controvérsias no futuro –, é fundamental que se identifique a função econômica individual do contrato em questão – ou, ainda, a sua causa em concreto ou função prático-social –, de modo a identificar a rationalidade desejada pelos contratantes e as consequências daí decorrentes¹²¹.

Tais considerações são fundamentais à compreensão dos contratos incompletos pelo simples fato de que, para que se perceba a relação contratual em sua inteireza, faz-se necessário o desvelamento das dimensões implícitas do contrato, cuja existência é natural tendo em vista que, em razão do laconismo do negócio e de sua transformação ao longo do tempo, a relação contratual poderá tornar-se algo diverso daquilo que foi previamente acordado¹²². Daí argumentar Macaulay¹²³ que existe uma distinção fundamental entre o contrato real e o contrato de papel, que transcende o suporte documental em que se inscrevem os termos pactuados pelas partes, abrangendo instituições como costumes, a prática comercial, os precedentes da relação estabelecida

¹¹⁹ WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 9.

¹²⁰ Ver: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista jurídica luso-brasileira*. v. 1, n. 1, pp. 1247-1299, 2015.

¹²¹ BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. *Quaestio Juris*. v. 8, n. 4, pp. 2696-2718, 2015.

¹²² CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts, In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

¹²³ MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

entre as partes, entre outras “dimensões implícitas do contrato” que atuam como pano de fundo de todas as relações de mercado¹²⁴.

A previsão de estruturas procedimentais de renegociação é também medida estratégica, uma vez que a incompletude, como já se viu, pode tanto ser súbita quanto deliberada. A incompletude do contrato, em suma, poderá ser consequência das técnicas de contratação diferenciadas em virtude da complexidade das operações econômicas a elas subjacentes¹²⁵. Assim, se contratos são incompletos, é essencial que exista algum mecanismo que permita o preenchimento ao longo do tempo das lacunas deixadas pelas partes contratantes¹²⁶.

É claro que a normatização estatal pode ter o condão de reduzir custos de transação mediante a estruturação de disposições normativas que permitam o preenchimento das lacunas existentes nos contratos incompletos, nomeadamente por meio de normas e cláusulas gerais relativas à interpretação e integração contratual¹²⁷. De outro lado, porém, um *design* contratual eficiente permite que a definição da forma pela qual as lacunas contratuais serão preenchidas não dependa de um entendimento estatal ou arbitral, mas sim de uma escolha consciente de uma das partes envolvidas, de modo a substituir a interpretação pelo que as partes “gostariam que acontecesse” por um entendimento contextualizado das próprias partes¹²⁸.

Em síntese, é certo que a simplificação muitas vezes é a via natural para a evasão ao que Fernando Araújo denominou “colapsos de complexidade”¹²⁹. No entanto, “muitas situações da vida tornarão inevitáveis as estipulações contratuais complexas, bastando pensar-se em casos de elevado número e heterogeneidade de contingências de que dependa a onerosidade contratual”¹³⁰. Evidentemente que a complexificação dos

¹²⁴ CAMPBELL; COLLINS, Op. cit., pp. 32-37.

¹²⁵ CAMINHA; LIMA, Op. cit., pp. 165-168.

¹²⁶ HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm. *IMT Working Papers*. n. 448, maio 1987.

¹²⁷ Ver: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011; DRUEY, Jean Nicolas. The path to the law: the difficult legal access of networks. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 98.

¹²⁸ Ver: AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. *The Yale Law Journal*. v. 99, pp. 87-130, 1989; CATERINA, Rafaelle. Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale. In: ELGUETA, Giacomo Rojas; VARDI, Noah. *Oltre il soggetto razionale: fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*. Roma: Roma Tre Press, 2014.

¹²⁹ ARAÚJO, Op. cit., p. 190.

¹³⁰ ARAÚJO, Op. cit., p. 191.

contratos é motivada pela complexidade da gestão do risco, que será manejado pelas partes no limite de sua tolerância e, justamente por essa razão, pode requerer a instauração de mecanismos de gestão dinâmica que autorizem o seu rebalanceamento ao longo do tempo¹³¹.

Nesse sentido, pontuam Aline de Miranda Valverde Terra e Paula Greco Bandeira que o regulamento contratual incompleto, de um lado, fornece solução obrigatória, já que estabelece o procedimento que as partes deverão seguir diante da ocorrência do risco para a distribuição dos ganhos e perdas dele resultantes e, de outro, corresponde a resposta flexível a contingências imprevistas, pois as partes poderão amoldar o contrato ao novo contexto instaurado com a verificação do risco¹³².

Considerando essas premissas, a instituição de mecanismos contratuais de governança tem por finalidade introduzir amarras comportamentais destinadas a reduzir a incerteza advinda da incompletude dos contratos de longo prazo. É por esse motivo que, ao visualizar a diferença entre o “contrato de papel” (*paper deal*) e o “contrato real” (*real deal*), Macaulay¹³³ propõe a formulação de cláusulas de governança simples e transparentes para lidar com a complexidade das situações fáticas vindouras¹³⁴. A relevância do comportamento das partes, como já se disse, enfatiza em grande medida o papel da boa-fé objetiva, que servirá de parâmetro interpretativo para conformar as diversas obrigações – formais ou informais¹³⁵ – que estruturam a relação contratual ao longo de sua duração.

¹³¹ ARAÚJO, Op. cit., p. 191; SEGAL, Op. cit.

¹³² TERRA, BANDEIRA, Op. cit., p. 22.

¹³³ MACAULAY, Op. cit., pp. 53-56.

¹³⁴ Pode-se, aqui, mencionar o “minimalismo contratual” de Jonathan Morgan (*Contract law minimalism: a formalist restatement of commercial contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013), para quem o direito contratual empresarial deverá fornecer o arcabouço jurídico mínimo para satisfazer as preferências das partes.

¹³⁵ Importa notar que a relação entre formalidade e informalidade nos contratos relacionais também adquire características complexas, conforme ensina Fernando Araújo (Op. cit., p. 396): “Aliás, mesmo a opção entre <>formalidade<> e <>informalidade<> pode revelar-se equívoca, podendo notar-se a presença de tendências contraditórias subjacentes: por um lado, a existência de contratos formais reduz a margem de recurso aos contratos informais, até porque a disciplina jurídica dos contratos formais se esforçará por combater o recurso oportunista à informalidade para se adulterar ou incumprir os deveres contratuais; em contrapartida, a existência de contratos formais pode subverter o vínculo de contratos informais preexistentes, fornecendo o sucedâneo de contrato formais a quem queira desvincular-se de um contrato informal. O que há de contraditório é que a primeira situação tende a provocar o aumento do grau de incumprimento, e a segunda tende a provocar a redução – afigurando-se imprevisível o resultado líquido do entrechoque das duas tendências”.

A introdução de cláusulas claras e padrões interpretativos eficazes é essencial para que se afaste a crítica segundo a qual a flexibilidade operacional dos contratos é um eufemismo para a evasão à regulação jurídica¹³⁶. Embora seja verdade que a introdução de cláusulas excessivamente abertas ou vagas possa ser mero estratagema das partes para obter vantagem não admitida pela lei¹³⁷, não se pode ignorar que tais características podem consistir em idiossincrasias de “contratos complexos celebrados entre partes sofisticadas”¹³⁸ que consideram insuficientes “os regimes de responsabilidade e as presunções simplificadoras do regime contratual <<clássico>>”¹³⁹.

Assim, os contratos relacionais pretendem equilibrar a exigência de uma “base suficientemente estável para alicerçar compromissos sérios”¹⁴⁰ e “a preservação da flexibilidade suficiente para que esses compromissos resistam aos embates das futuras contingências”¹⁴¹. Desse modo, em estado de coisas que não se confunde com as trocas pontuais em mercado e tampouco com a organização societária – na qual, muito embora exista relação de longo prazo, as controvérsias se resolverão pela hierarquia –, o que se objetiva é, através da consolidação da confiança, criar estruturas capazes de reduzir custos de transação mediante a prevenção ao oportunismo e à redução das assimetrias informacionais¹⁴².

¹³⁶ TEUBNER, Op. cit., 1992, pp. 215-217.

¹³⁷ Ver: CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*. n. 119, pp. 848-924, 2010.

¹³⁸ ARAÚJO, Op. cit., p. 395. Aqui, é importante distinguir contratos relacionais de contratos duradouros. Embora contratos relacionais sempre sejam duradouros, contratos duradouros não necessariamente serão relacionais, conforme pontuou Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Op. cit., p. 100): “Os contratos relacionais, embora de ordinário se desdobrem no tempo, não podem ser confundidos com os contratos duradouros. O contrato de locação de imóvel para uma temporada de férias é duradouro, mas desde logo pode ser inteiramente definido quanto ao objeto, prestações principais e acessórias, sem perspectiva de mutabilidade a exigir um contrato flexível; por isso, é duradouro, mas não é relacional”.

¹³⁹ ARAÚJO, Op. cit., p. 396.

¹⁴⁰ ARAÚJO, Op. cit., p. 398.

¹⁴¹ ARAÚJO, Op. cit., p. 398.

¹⁴² ARAÚJO, Op. cit., p. 399. Vale notar que as assimetrias informacionais se farão presentes com maior ênfase nos contratos formalmente assimétricos, como é o caso das relações de consumo que, em diversos casos, também poderão decorrer de contratos relacionais que, em regra, constituirão relação de dependência econômica, como sói ocorrer em contratos de plano de saúde (STJ, 3^a Turma, REsp 1.613.644/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 20.09.2016, Data de Publicação: DJe 30.09.2016), de previdência privada (STJ, 2^a Seção, REsp 1.201.529/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ acórdão Min. Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 11.03.2015, Data de Publicação: DJe 01.06.2015), de seguro de vida (STJ, 3^a Turma, REsp 1.356.725/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 24.04.2014, Data de Publicação: DJe 12.06.2014), dentre outros. Nesse sentido, ver: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Partindo-se das premissas básicas de que contratos são lugares de desenvolvimento de relações de poder e de que as partes, embora interdependentes, mantêm desígnios autônomos, tais relacionamentos complexos impõem a formulação de regras de governança e solução de controvérsias que garantam a manutenção a longo prazo do vínculo¹⁴³. Dessa forma, estruturas procedimentais contratuais previnem o oportunismo e, se não evitam, traçam parâmetros claros de repactuação dos termos acordados¹⁴⁴. É justamente essa característica que afasta os contratos de cooperação do modelo societário que, por ser governado pela hierarquia, permite uma incompletude muito mais ampla do que a que se verificará no contratos relacionais, que no mínimo deverão delimitar as esferas de autonomia das partes e as atividades nas quais agirão de maneira interdependente¹⁴⁵.

Por conseguinte, existem soluções contratuais para incompletude que não podem ser descartadas, ou seja, é possível lidar com tamanho grau de complexidade sem o rompimento do vínculo contratual, nomeadamente, segundo Fernando Araújo: (i) uma solução “a montante”, que tem o condão de devolver a uma parte ou a ambas alguns direitos que as estipulações tenderiam a limitar, ou seja, partes realizando concessões mútuas quanto ao controle de determinados recursos; e (ii) uma solução “a jusante”, por intermédio da renegociação, que, por mais que possa incrementar a assimetria de informação e os riscos de oportunismo, pode apresentar custos mais reduzidos em comparação a uma negociação inicial abrangente¹⁴⁶.

Nesse sentido, pode-se mencionar, quanto à primeira hipótese, os estudos de Claude Ménard no sentido do desenvolvimento de mecanismos de tomada de decisão no âmbito de formas organizacionais híbridas¹⁴⁷, inclusive com vistas a garantir mecanismos de governança que eficientemente impeçam que empresas interligadas por tais negócios de interferir nas atividades das empresas que com elas se relacionam, por intermédio de estruturas de incentivos que promovam o compromisso e a garantia de controle adequado das atividades em conjunto ao mesmo tempo que se mantém a concorrência entre as

¹⁴³ ARAÚJO, Op. cit., pp. 402-403.

¹⁴⁴ Para pesquisa empírica a respeito de mecanismos de governança contratual, ver: ARRUÑADA, Benito. Completing contracts ex post: how car manufacturers manage car dealers. *Review of law and economics*. v. 1, pp. 149-173, 2005.

¹⁴⁵ WILLIAMSON, Op. cit., 1996, p. 104.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Op. cit., p. 168.

¹⁴⁷ MÉNARD, Claude. Le pilotage des formes organisationnelles hybrides. *Révue économique*. v. 48, n. 3, pp. 741-750, maio 1997.

partes.¹⁴⁸ Na mesma linha, tais mecanismos podem ser pensados em termos de operações econômicas em cadeia, nas quais é necessário atribuir a cada núcleo de produção e beneficiamento de produtos poderes de controle específicos sobre a produção.¹⁴⁹

Quanto à segunda hipótese, notabilizaram-se as chamadas cláusulas de renegociação ou de *hardship*, disposições negociais que estabelecem o dever de revisão dos negócios em razão da alteração superveniente das circunstâncias em que foram pactuados, de maneira a conservar a possibilidade do cumprimento do pacto diante de bruscas alterações conjunturais¹⁵⁰. Pode-se, no campo dos mecanismos de governança, diferenciar, segundo Judith Martins-Costa, (i) cláusulas de adaptação automática, que se efetivam quando o evento previsto se realiza; (ii) cláusulas que preveem adaptação semiautomática, nomeadamente as que estipulam “resolução-salvaguarda” ou “cláusulas de alinhamento” (por exemplo, pela oferta de um concorrente, de modo a assegurar ao cliente o melhor preço que um vendedor ofereça a qualquer outro agente); e (iii) cláusulas não automáticas, que implicam justamente na renegociação com vistas a possibilitar o reequilíbrio do contrato¹⁵¹.

No que diz respeito estritamente às cláusulas de renegociação, prossegue Judith Martins-Costa ao afirmar que, em linhas gerais, tais cláusulas servem (i) à garantia da preservação do equilíbrio econômico e à continuação do contrato, impedindo um rigor excessivo do princípio da intangibilidade do pactuado; (ii) como meio de repartição dos custos resultantes do evento superveniente e incerto; (iii) para impedir a extinção contratual em virtude de resolução por onerosidade excessiva quando um contrato possa ainda ser útil; (iv) para que se encontre um novo regime que se adapte aos interesses mútuos, assim reorganizando e adaptando os termos pactuados¹⁵². Em síntese, ocorrido o evento que as partes deixaram de especificar inicialmente no contrato, caberá a elas gerir

¹⁴⁸ MÉNARD, Claude; RAYNAUD, Emmanuel. Ulysses and the sirens: hands-tying governance in hybrid organizations. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228771631_Ulysses_and_the_Sirens_Hands-Tying_Governance_in_Hybrid_Organizations. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁴⁹ Ver: SAES, Maria Sylvia Macchione; SILVEIRA, Rodrigo Lanna Franco. Novas formas de organização nas cadeias agropecuárias brasileiras: tendências recentes. *Estudos sociológicos e agrícolas*. v. 22, n. 2, pp. 386-407, 2014.

¹⁵⁰ PEREIRA, Fabio Queiroz. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 15, pp. 209-237, abr./jun. 2018.

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. v. 25, pp. 11-39, abr./jun. 2010.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Op. cit., 2010.

os riscos econômicos previsíveis desse novo cenário, assim permitindo a continuidade da relação¹⁵³.

Em síntese, a noção de contrato incompleto parte da teoria econômica e se encontra com a doutrina jurídica para reduzir custos de transação por intermédio de estruturas contratuais capazes de lidar com relações econômicas de longo prazo e com todas as suas contingências, buscando no direito instrumentos capazes de lidar com tais contingências mediante a redução das incertezas que as orbitam. Em outras palavras, o contrato serve como um instrumento de gestão de riscos, atribuindo a momento futuro a definição das estratégias de enfrentamento de eventos que potencialmente alterem o curso da execução contratual, porém a criação de mecanismos de governança é essencial ao próprio atingimento de suas finalidades e à manutenção da relação de longo prazo.

¹⁵³ Ver: BANDEIRA, Paula Greco. As cláusulas de hardship e o dever de boa-fé objetiva na renegociação dos contratos. *Pensar*. v. 21, n. 3, pp. 1031-1054, set./dez. 2016.

Considerações finais

Os contratos de cooperação, relacionais ou híbridos constituem relevantes mecanismos de organização da atividade econômica que desafiam fundamentalmente as categorias jurídicas existentes, seja por corresponderem à formalização de operações econômicas que se posicionam entre os extremos da empresa e do mercado, seja por ensejarem uma série de reflexões a respeito dos mecanismos de governança a serem adotados para permitir o adequado desenvolvimento do seu programa contratual.

Reconhecer a existência e a relevância desses negócios, nesse sentido, exige especial atenção sobre as particularidades de cada operação econômica, considerando as distintas estruturas de riscos e incentivos que tanto levaram os agentes a se organizarem por intermédio de contratos de cooperação quanto ainda determinam a preservação da contraposição de interesses. Trata-se, por conseguinte, de relações contratuais fortemente influenciadas pelo meio em que se desenvolvem e pela necessidade de obtenção da forma organizacional que mais apropriadamente permita às partes administrar e reduzir custos de transação.

Nesse sentido, a impossibilidade de serem concebidos contratos absolutamente completos e a consequente dificuldade de eventos relevantes no curso da execução serem verificados e monitorados é aspecto teórico indissociável dos contratos de cooperação, relacionais ou híbridos. A noção de contrato incompleto, assim, parte da teoria econômica e se encontra com a doutrina jurídica para reduzir custos de transação por intermédio de estruturas contratuais capazes de lidar com relações econômicas com todas as suas contingências, buscando no direito instrumentos capazes de lidar com tais contingências mediante a redução das incertezas que as orbitam.

No caso dos contratos empresariais de cooperação, relacionais ou híbridos, tais reflexões são de importância central, porém não se pode adotar soluções genéricas para problemas fundamentalmente complexos e envoltos nas particularidades dos riscos os incentivos em torno dos quais orbita cada relação contratual. Em outras palavras, o contrato serve como um instrumento de gestão de riscos, atribuindo a momento futuro a tomada de decisão sobre o enfrentamento de eventos que potencialmente alterem o curso da execução contratual, porém estabelecendo de antemão os mecanismos de governança que posteriormente permitirão essa mesma tomada de decisão. Trata-se, por evidente, de

campo em franca expansão e que ainda deve ser sujeito a extensa reflexão tanto teórica quanto prática, sobretudo em virtude da complexidade da estruturação desses negócios.

O presente trabalho pretendeu, portanto, demonstrar algumas características dos contratos de cooperação, relacionais ou híbridos e as primeiras consequências do acolhimento dessa categoria no direito contratual brasileiro, que deve privilegiar o cumprimento da função econômica dos contratos e, ao mesmo tempo, fornecer *standards* claros e capazes de garantir a confiança no mercado.

Referências

- AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil.* v. 12, n. 45, pp. 91-110, jan./mar. 2011.
- ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review.* v. 62, n. 5, pp. 777-795, dez. 1972.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007.
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach.* Oxford: Oxford University Press, 2004.
- ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures.* v. 91, n. 1, 1969.
- ARRUÑADA, Benito. Completing contracts ex post: how car manufacturers manage car dealers. *Review of law and economics.* v. 1, pp. 149-173, 2005.
- AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. *The Yale Law Journal.* v. 99, pp. 87-130, 1989.
- BANDEIRA, Paula Greco. As cláusulas de hardship e o dever de boa-fé objetiva na renegociação dos contratos. *Pensar.* v. 21, n. 3, pp. 1031-1054, set./dez. 2016.
- BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. *Quaestio Juris.* v. 8, n. 4, pp. 2696-2718, 2015.
- BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia.* Milão: CEDAM, 2000.
- BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization.* Oxford: Oxford University Press, 1999.
- CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista DireitoGV,* v. 10, n. 1, pp. 155-200, jan./jun. 2014.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts, In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

CATERINA, Rafaelle. Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale. In: ELGUETA, Giacomo Rojas; VARDI, Noah. *Oltre il soggetto razionale: fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*. Roma: Roma Tre Press, 2014.

CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*. n. 119, pp. 848-924, 2010.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economia: New Series*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937.

COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. ed. Londres: LexisNexis, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CYERT, Richard M.; MARCH, James G. *A behavioral theory of the firm*. New Jersey: Prentice-Hall, 1969.

DORE, Ronald. Goodwill and market capitalism. In: BUCLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produtor de riscos. *Prim@facie*. v. 4, n. 6, pp. 62-85, 2005.

FRAZÃO, Ana. A necessária diferenciação entre contratos associativos e contratos híbridos. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018.

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

GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2.ed. Pádua: CEDAM, 2011.

GILSON, Ronald. Lawyers as Transaction Cost Engineers. In: NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Nova York: Stockton Press, 1998.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos relacionais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 96, pp. 423-433, 2001.

HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm. *IMT Working Papers*. n. 448, maio 1987.

KLEIN, Benjamin. Transaction cost determinants of “unfair” contractual arrangements. *The American Economic Review*. v. 70, n. 2, pp. 356-362, maio 1980.

LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract*: discrete, relational and network contracts. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MACAULAY, Stewart. Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*. v. 94, n. 3, pp. 775-804, 2000.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista jurídica luso-brasileira*. v. 1, n. 1, pp. 1247-1299, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. v. 25, pp. 11-39, abr./jun. 2010.

MÉNARD, Claude. Le pilotage des formes organisationnelles hybrides. *Révue économique*. v. 48, n. 3, pp. 741-750, maio 1997.

MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações: formas plurais e desafios*. São Paulo: Atlas, 2014.

MÉNARD, Claude; RAYNAUD, Emmanuel. Ulysses and the sirens: hands-tying governance in hybrid organizations. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/228771631_Ulysses_and_the_Sirens_Hands-Tying_Governance_in_Hybrid_Organizations. Acesso em: 10 ago. 2020.

MORGAN, Jonathan. *Contract law minimalism*: a formalist restatement of commercial contract law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro Renovar, 2006.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PEREIRA, Fabio Queiroz. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 15, pp. 209-237, abr./jun. 2018.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. *Controle empresarial externo*: a intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. *Revista de direito setorial e regulatório*. v. 5, n. 1, pp. 91-114, maio 2019.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção. *Revista semestral de direito empresarial*. v. 19, pp. 181-230, 2016.

RICHARDSON, G.B. The organization of industry. In: BUCLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999. pp. 59-74.

SAES, Maria Sylvia Macchione; SILVEIRA, Rodrigo Lanna Franco. Novas formas de organização nas cadeias agropecuárias brasileiras: tendências recentes. *Estudos sociológicos e agrícolas*. v. 22, n. 2, pp. 386-407, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SZTJAN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro, v. 44, p. 29-49, São Paulo, jul. 2005.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

TEUBNER, Gunther. Hybrid arrangements as de-paradoxifiers: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 59-64, mar. 1996.

TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. The parasitic role of hybrids. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 149, n. 4, pp. 706-715, dez. 1993.

VÉKÁS, Lajos. Contract in a rapidly changing institutional environment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 40-54, mar. 1996.

WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova Iorque: The Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*. v. 22, n. 2, pp. 233-261, out. 1979.

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL NO DIREITO CONTRATUAL: AUMENTO DA PREVISIBILIDADE NO TRÁFEGO COMERCIAL

PRINCIPLE OF NEGOTIATING SECURITY IN THE CONTRACTUAL LAW: INCREASING PREDICTABILITY IN COMMERCIAL TRAFFIC

Daniel Bushatsky¹⁵⁴

Resumo: O presente estudo visa relacionar o princípio da segurança negocial ao direito contratual, como uma forma de incentivar o tráfego comercial, com a celebração de pactos justos entre as partes. Ainda, decorre da análise e interpretação correta da vontade das partes a manutenção do objeto contratual, a função social do contrato e o incremento da economia e, naturalmente, do empreendedorismo. Por fim, com o objetivo de ilustrar o defendido, apresenta-se um breve caso teórico de locação não residencial, com a análise do princípio da segurança negocial, bem como dos institutos da onerosidade excessiva e enriquecimento sem causa.

Palavras-chave: Princípios de direito societário. Princípio da segurança negocial. Onerosidade excessiva. Enriquecimento sem causa.

Abstract: This study aims to link the principle of negotiating security to corporate law as a means of encouraging commercial traffic, with celebration of fair pacts between the parties. Yet, it follows from the analysis and correct interpretation of the will of the real parties to seek maintenance of the contractual object, the social function of the contract and the increment of the economy and, of course, of entrepreneurship. Finally, in order to illustrate the defended, is presented a brief theoretical case of non-commercial leasing, with the analysis of the principle of negotiating security, as well as of the institutes of excessive bruden and unlawful enrichment.

Keywords: Principles of corporate law. Principle of negotiating security. Excessive Bruden. Unlawful enrichment.

¹⁵⁴Advogado. Doutor e Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP. Professor assistente da pós-graduação em Direito Empresarial da PUC (Cogeae). Professor de Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie e de Direito Processual Civil da Universidade Municipal de São Caetano do Sul.

Introdução

O objetivo desse artigo é apresentar – e não esgotar o tema - o princípio da segurança negocial no direito contratual. Para tanto, primeiramente relembrar-se-á da importância dos contratos empresariais e de sua formação para o desenvolvimento do comércio, seguindo com a definição do princípio da segurança negocial e, finalmente, trazendo nossa opinião sobre a inter-relação entre este princípio e dois pontos sensíveis ao direito contratual, a onerosidade excessiva e o enriquecimento sem causa.

Espera-se que após a leitura desse estudo seja possível trazer maior segurança ao tráfego comercial, com a diminuição de comportamentos contraditórios e/ou oportunistas, com o aumento da segurança negocial e jurídica.

Isto porque o desenvolvimento econômico de um país depende de inúmeros fatores econômicos, políticos, sociais etc., e, lógico, de um ordenamento jurídico previsível e capaz de trazer, consequentemente, à sociedade e, principalmente, às sociedades empresárias e empreendedores segurança jurídica.

O problema é que ter segurança jurídica não pode ser interpretado tão somente como previsibilidade estanque de decisões judiciais por um motivo lógico: a sociedade está sempre evoluindo.

Cumpre então ao princípio da segurança negocial a possibilidade de ser uma janela aberta ao julgador (juiz estatal e árbitro) para, caso a caso, cirurgicamente analisados, reequilibrar a relação contratual, eliminando ou diminuindo assimetrias para que seja possível a consecução do objeto do contrato, em um ambiente seguro.

Naturalmente, em um ambiente seguro e o mais previsível possível, os agentes de mercado incrementarão o tráfego comercial, pois o risco empresarial terá diminuído, incentivando assim novos negócios e/ou o desenvolvimento dos já existentes.

1. A Importância dos Contratos Empresariais

O contrato empresarial¹⁵⁵ é o negócio jurídico¹⁵⁶ pactuado entre duas ou mais partes empresárias, fruto da autonomia privada, com o objetivo de unir os contratantes para um fim comum: a consecução do objeto contratual¹⁵⁷ sob a ótica da exploração de suas atividades econômicas¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Vale lembrar as várias espécies de contratos celebrados pela sociedade empresária: “*Lembrem-se dos fatores: capital, insumos, mão de obra e tecnologia. Pois bem, investir capital pressupõe a celebração de contrato bancário, pelo menos o de depósito. Para obter insumos, é necessário contratar a aquisição de matéria-prima, eletricidade ou mercadorias para revender. Articular na empresa o trabalho significa contratar empregados (CLT), prestadores de serviços autônomos ou empresa de fornecimento de mão de obra (terceirizada). A aquisição ou criação de tecnologia faz-se por contratos industriais (licença ou cessão de patente, transferência de know-how). Além desses, para organizar o estabelecimento, por vezes o empresário loca o imóvel, faz leasing de veículos e equipamentos, acatela-se com seguro. Ao oferecer os bens ou serviços que produz ou circula, ele igualmente celebra contratos com consumidores ou outros empresários. Ao conceder crédito, normalmente negocia-o com bancos, mediante descontos ou factoring. Os contratos que o empresário contrai podem estar sujeitos a cinco regimes jurídicos diferentes, no direito brasileiro: administrativo, do trabalho, do consumidor, civil e comercial. Dependendo de quem seja o outro contratante, as normas aplicáveis ao contrato serão diferentes. Se o empresário contrata com o Poder Público ou concessionária de serviço público, o contrato é administrativo (por exemplo, se o fabricante de móveis vence licitação promovida por Prefeitura, para substituir o mobiliário de uma repartição, o contrato que vier a assinar será desta espécie). Se o outro contratante é empregado, na acepção legal do termo (CLT, art. 3º), o contrato é do trabalho. Se consumidor (ou empresário em situação análoga à de consumidor), a relação contratual está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor. Se o contrato é celebrado entre empresários, o regime aplicável é o de direito comercial. Nas demais hipóteses, o contrato é civil, e está regido pelo Código Civil ou por legislação especial. Os contratos são mercantis, assim, se os dois contratantes são empresários. Os contratos mercantis podem estar sujeitos ao CC ou ao CDC, dependendo, uma vez mais, das condições dos contratantes. Se os empresários são iguais, sob o ponto de vista de sua condição econômica (quer dizer, ambos podem contratar advogados e outros profissionais antes de assinarem o instrumento contratual, de forma que, ao fazê-lo, estão plenamente informados sobre a extensão dos direitos e obrigações contratados), o contrato mercantil está sujeito ao CC; se desiguais os contratantes (ou seja, um deles está em situação de vulnerabilidade econômica frente ao outro), o contrato mercantil será regido pelo CDC. Quando o banco contrata com a construtora a edificação de sua sede, o contrato é empresarial sujeito ao CC, por que ambos os empresários negociam em pé de igualdade. Mas, quando o mesmo banco concede empréstimo a micro-empresário, o contrato empresarial está sujeito à legislação consumerista, já que este último se encontra em situação análoga à de consumidor. O mais adequado seria uma reforma legislativa que disciplinasse especificamente os contratos mercantis (entre empresários), classificando-os de acordo com as condições dos contratantes (iguais e desiguais) e reservando a cada tipo disciplina compatível com a tutela dos interesses objeto de contrato. Enquanto esta reforma não se realiza, aplica-se o Código Civil (ou legislação especial) aos contratos mercantis cíveis e o Código de Defesa do Consumidor aos mercantis sujeitos a este regime.* (Realce nosso) Coelho, Fábio Ulhôa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.456 - 457.

¹⁵⁶ Nas palavras de Ferrara, negócio jurídico é: “manifestação da vontade dirigida a um fim prático que a ordem jurídica tutela, tendo em conta a responsabilidade do ou dos sujeitos e a confiança dos demais”. Ferrara, Luigi Cariota. El negocio jurídico. Tradução M. Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, n. 20.

¹⁵⁷ Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “[...] é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos [...]” (Instituições de direito civil. Contratos. Declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 11. ed. ver. e atual. Por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.7. VIII).

¹⁵⁸ Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011), a partir do seu artigo 297 disciplina os contratos empresariais: “Art. 297. É empresarial o contrato quando forem empresários os contratantes e a função econômica do negócio jurídico estiver relacionada à exploração de atividade empresarial”.

Da união destas sociedades empresárias, que não podem ou não querem desenvolver sozinhas determinada atividade, espera-se o incremento na circulação de mercadoria e/ou da prestação de serviço, e, consequentemente da economia, havendo a exploração da atividade empresarial.

Isto não significa de forma alguma que a capacidade econômica, técnica ou de informação, tenha que ser igual, mas dentro do estabelecido contratualmente deve existir ao menos uma igualdade que respeite os princípios formadores do direito empresarial¹⁵⁹ e de sua espécie o direito contratual¹⁶⁰.

Já se adianta (vide com mais profundidade no próximo capítulo) que um dos da igualdade são as cláusulas gerais (abertas) do Código Civil¹⁶¹; outro é o respeito ao princípio da autonomia privada, tanto no seu aspecto subjetivo (a pessoa - jurídica – querer celebrar o contrato), quanto no seu aspecto objetivo (respeito as cláusulas pactuadas livremente)¹⁶².

A tais disposições comprometem-se livre e expressamente os contratantes, tendo em vista a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que foram adotados em nosso ordenamento jurídico (Código Civil) como princípios cogentes dos contratos.

Acrescente-se, ainda, que a interpretação dos contratos empresariais ganhou reforço com a promulgação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/2019), que, entre outras disposições, visa: (i) proteger a livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica; (ii) reafirmar a boa-fé; (iii) a presunção de paridade e

¹⁵⁹ Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011), em seu artigo 4º, disciplina os princípios gerais informadores do direito comercial: “Art. 4º. São princípios gerais informadores das disposições deste Código: I–Liberdade de iniciativa; II – Liberdade de competição; e III – Função social da empresa.”

¹⁶⁰ Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011), em seu artigo 303, disciplina os princípios específicos do direito empresarial: “Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial: I – autonomia da vontade; II – plena vinculação dos contratantes ao contrato; III – proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas; e IV – reconhecimento dos usos e costumes do comércio.”

¹⁶¹ O Projeto de Código Comercial, a partir do artigo 303, também protege o contratante de assimetria técnica, econômica e de informação dentro de uma razoabilidade.

¹⁶² Nesse caminho, Arnoldo Wald: “A autonomia da vontade apresenta-se sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. *Liberdade de contratar* é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a *liberdade contratual* é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização”. (grifo do autor). (Wald, Arnoldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 230).

simetria nos contratos empresariais; (iv) a intervenção mínima e excepcional do Estado (ingerência estatal) na área contratual; e (v) o respeito a autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Cristalina a intenção do legislador em incentivar as atividades econômicas, protegendo e incentivando o empreendedorismo¹⁶³, com o respeito ao pactuado. Impossível incentivar, como dito, novos negócios, sem segurança, diminuindo-se o risco empresarial¹⁶⁴ e incentivando, primeiramente, o cumprimento do objeto contratual e, consequentemente, a função social do contrato. É nítido que o empreendedorismo, o respeito ao objeto contratual e a função social do contrato caminham lado a lado!

Nessa esteira, o negócio jurídico ao qual se submetem os contratantes deve ser válido de pleno direito, preenchendo todos os requisitos previstos no artigo 104, do Código Civil: **a)** o agente capaz; **b)** o objeto é lícito, possível, determinado ou determinável; e, **c)** a forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁶³ Desde o século XVII, ao menos, já se discute a importância do empreendedorismo. Confira-se: “[...] o termo empreendedorismo tem sua criação atribuída ao escritor e economista Richard Cantillon (séc. XVII), pois foi um dos primeiros a distinguir o empreendedor (pessoa que assume riscos) do capitalista (fornecedor de capital) [...] significa o processo no qual os indivíduos ou grupos de pessoas que identificam, buscam as oportunidades empresariais e através delas assumem o risco de executá-las, coloca-las em prática (Brito, A. M.; Pereira, P. S.; Linard, A. P. Empreendedorismo. Juazeiro do Norte: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará – IFCE, 2013. p. 15). E: “Diante disso, a essência do empreendedorismo é identificar e explorar as oportunidades empreendedoras, ou seja, oportunidades que os outros não veem ou das quais não reconhecem o potencial comercial. O empreendedorismo é o motor econômico que impulsiona a economia de diversas nações no cenário global competitivo”. (Hitt, M. A.; Ireland, R. D., Hoskisson, R. E. Administração Estratégica. 7. ed. Norte-Americana, 2008. p. 372).

¹⁶⁴ Todo empresário faz - ou deveria fazer - um cálculo antes de implementar ou desenvolver um negócio auferindo o custo do seu produto ou serviço *versus* o risco da atividade econômica. São vários os riscos, aqui podemos citar, a falta de mão de obra especializada, carência de insumo, insegurança nas decisões judiciais, precariedade da infraestrutura intermodal etc.

Sabe-se que são lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes (art. 122, do Código Civil)¹⁶⁵.

E, que: “*São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*” (art. 138, do Código Civil), situação que devem ser muito bem provadas, ainda mais diante de administradores que devem atuar respeitando o dever de diligência.

Vale ressaltar que, se as cláusulas forem claras e plenamente inteligíveis, deve-se ainda, respeitar o pactuado (força obrigatória), mas também os usos e costumes, erigidos no artigo 113, do Código Civil, alterado pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que aprofundou o tema da interpretação do negócio jurídico¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Observe-se: Apelações Cíveis. Embargos do devedor. Execução de título extrajudicial. "Instrumento particular de confissão de dívida" e nota promissória - Contrato tendente a ocultar as verdadeiras taxas de juros. Sujeição do devedor a prestações desproporcionais, Lucratividade exorbitante e desarrazoada. Usura. Cláusulas gerais. Normas de ordem pública. Boa-fé objetiva e vedação ao enriquecimento sem causa. Violação. Sentença mantida. I - "A edição da Medida Provisória n.º 2.172-32 teve como escopo coibir a especulação com empréstimos de dinheiro fora do âmbito das operações do mercado financeiro não reguladas pelas leis comerciais e de proteção ao consumidor, quando celebrados com vícios de vontade, isto é, quando dissimulem a exigência de vantagens patrimoniais superiores às admitidas em lei ou celebradas para garantir, ilicitamente, dívidas usurárias. [...] A inversão do ônus da prova autorizada pelos arts. 1º e 3º da MP n.º 2.172-32, que trata da nulidade dos atos de usura pecuniária, impõe acurada análise da ocorrência de requisito legal para seu deferimento: demonstração da verossimilhança da prática de agiotagem." (STJ - REsp 722.600/SC). II - "A ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos seus efeitos, estabelece que até mesmo as normas cogentes se destinam a ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social, respeitados os negócios jurídicos realizados. Deve-se preferir a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado, optando-se pela sua redução e recondução aos parâmetros da legalidade." (STJ - REsp 1106625/PR). Recursos conhecidos e desprovvidos. (TJPR - 16ª C.Cível - AC - 1154742-7 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Regional de Mandaguari - Rel.: Luiz Fernando Tomasi Keppen - Unânime - J. 10.12.2014)

¹⁶⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. E, na Lei de Introdução às Normas Brasileiras: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

E, nesse sentido, Orlando Gomes, concluindo o tema¹⁶⁷:

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Assim, respeitado o equilíbrio entre os contratantes e as condições do negócio jurídico, os contratos empresariais regulam o tráfego comercial, deixando-o mais seguro e eficaz, tudo com, espera-se, regras claras e justas¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Gomes, Orlando. Contratos. 12. ed. São Paulo: Forense, 1991.p. 38.

¹⁶⁸ Sobre a alteração dos contratos, pactuada entre as partes, vale lembrar da cláusula de efeito material adverso (em inglês, “material adverse change” ou “material adverse effect”), muito comum em contratos de aquisição de participação societária ou ativos, financiamento e projetos de infraestrutura, ou em fusões e incorporações (para melhor ilustrar, utilizaremos os contratos de aquisição). A razão da cláusula é simples, mas sua redação e extensão não o é. A sociedade compradora não quer que entre o período de assinatura do contrato de aquisição (signing) e o fechamento (closing) da operação societária, momento em que haverá a transmissão de quotas ou ações da sociedade vendedora (ou sociedade alvo) e o pagamento do preço, ocorra qualquer “efeito material adverso”, que possa modificar profundamente a estrutura e perspectivas do negócio (exs. alteração da demanda, escândalos de corrupção, caso fortuito, força maior etc). Para tanto, estabelece-se contratualmente os limites de revisão ou mesmo de rescisão do contrato em caso de efeitos materiais adversos. É o prestígio ao princípio da autonomia privada das partes. Para mais sobre o tema, conferir o nosso: “Considerações sobre a cláusula mac no brasil e sua aplicabilidade na pandemia” (*disponível em: <[93](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/consideracoes-sobre-a-clausula-mac-no-brasil-e-sua-aplicabilidade-na-pandemia-29052020></i>. Acesso aos 01/08/2020).</p></div><div data-bbox=)*

2. O Princípio da Segurança Negocial nos Contratos Empresariais

A proteção do tráfego comercial é de suma importância para o desenvolvimento do comércio. Os contratantes somente terão tranquilidade para desenvolver suas atividades, trocarem informações e *know how*, e investirem em seus negócios se tiverem confiança de que o pacto não será rescindido e ou desrespeitado.

Nesse caminho, em tese de doutorado defendida na PUC/SP propus a criação de um princípio, denominado *princípio da segurança negocial*¹⁶⁹, que se insere na sistemática do direito comercial e suas características, protegendo todos os lados da relação contratual. Confira-se:

Por princípio da segurança negocial, entende-se a conjugação do dever de lealdade (boa-fé objetiva), a necessidade do agir como esperado (princípio da confiança), bem como a perseguição do comportamento correto (princípio da *correttezza*) entre as partes, facilitando-se a comunicação necessária, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade (autonomia privada).

Acrescente-se que o nascimento desse princípio está no seio do direito comercial e suas clássicas características¹⁷⁰: a) cosmopolita: marcadamente internacional, precisando se adaptar a diversos “usos e costumes”; b) fragmentado: não forma um sistema jurídico completo, ainda mais pelo caráter cosmopolita; c) dinâmico (elasticidade): pressuposto do desenvolvimento da produção de acordo com a demanda e a utilização da autonomia privada como

¹⁶⁹ O princípio proposto é uma aglutinação dos princípios da boa-fé objetiva, confiança, *correttezza* (inspirado no direito italiano) e autonomia privada, dentro de um regime jurídico comercial. Para saber mais consultar: “O princípio da segurança negocial no direito societário”, tese de doutorado, na PUC/SP, 2015.

¹⁷⁰ “Em Roma aplicava-se ao comerciante o direito dos estrangeiros, *o jus gentium*; o direito marítimo, universalista por excelência, inspirou a criação de diversos institutos mercantis [...] De fato, a persecução do lucro, que é a meta do comerciante, é um fato universal e desconhece fronteiras. b) Está relacionado com o desenvolvimento empresarial, fazendo com que as normas comerciais estejam sempre em constante mudança, aderindo a novas tecnologias que certamente acarretarão a existência de novas práticas comerciais. c) A onerosidade é a regra, e ela se presume. Precisamente porque o objetivo do comerciante é a obtenção de lucro, não se concebe na atividade comercial a gratuidade. d) Em face da técnica própria do direito comercial e de seu objetivo de regular operações em massa, em que a rapidez da contratação é elemento substancial, forçou-se a supressão do formalismo. Em compensação a boa-fé impera nos contratos comerciais, impondo-se meios de provas mais simples e numerosos do que no direito civil. e) O direito comercial é extremamente fragmentário. Não forma, como conclui Alfredo Rocco, um sistema jurídico completo, mas um complexo de normas, que deixa muitas lacunas. Cosack corrobora a observação, declarando que o direito comercial é um conjunto de normas extraordinariamente fragmentário. f) A tutela do crédito e a segurança na circulação dos bens, dada a celeridade das operações realizadas em massa, importa muitíssimo ao direito comercial. Mais ao direito comercial do que ao direito civil”. Requião, Rubens. Curso de direito comercial. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56 -58.

instrumento de criação de negócios úteis ao desempenho de atividade lucrativa; d) oneroso: a legislação e os negócios jurídicos envolvem, via de regra, atos não gratuitos; e) garantia de regras portadoras de simplicidade, rapidez, clareza jurídica e proteção da confiança: busca formas menos rígidas de pactuação se comparado a outros ramos do Direito, como o Civil, até pelo dinamismo; f) aproveitamento do tempo e da oportunidade: por isso a padronização e os costumes se mostram tão relevantes nesse ramo do direito.

Desta forma, nasce um princípio balizador do direito comercial, ramo autônomo¹⁷¹, que atuará como força matriz e motriz do sistema¹⁷² e uma janela aberta ao julgador para a melhor solução ao caso concreto¹⁷³.

¹⁷¹ Confira-se Ascarelli: A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulamentada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado [...], sucessivamente em um âmbito mais vasto. (Ascarelli, Túlio. Problemas das sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 93.)

¹⁷² Ainda, Lotufo ensina: “Princípios, a nosso ver, são ideias matrizes e motrizes do sistema, do ordenamento, porque são pontos de partida e de movimentação dos mesmos, dão origem e ensejam a interpretação das normas.” Lotufo, Renan. Teoria geral dos contratos. In: Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni (Coord.). Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

¹⁷³ Não é somente no direito empresarial que o julgador deve se ater a realidade e sim em todo e qualquer área do direito. Observe-se interessante passagem de Jaques Bushatsky na ótica do direito imobiliário pós a pandemia decorrente da Covid-19: “*Dessa forma, fundamental a par de profundas e novas análises jurídicas, a paulatina contemplação prática desses novos costumes ou necessidades, presenciando-se, diga-se, estarem já há algum tempo as pessoas agindo nesse sentido, seja estabelecendo novas regras de condomínio, seja adequando as respectivas administração e operação, seja empreendendo de novos modos e aceitando as novas necessidades dos condôminos, por lógico já contemplando esses novos costumes em suas convenções. Em resumo: a evolução dos costumes, da tecnologia, das necessidades e dos desejos sociais integram, obviamente, novos modos de morar e novos modos de usar a unidade condominal*”. Acolhimento do Home Office no Condomínio Edilício. In: A cidade e o nosso novo normal: direito urbanístico, imobiliário e a arquitetura no espaço urbano pós-covid. 3.v. São Paulo: Foco, 2020.

Ainda, esse conjunto ora colocado é que se denomina como o regime jurídico comercial¹⁷⁴, marcado por forte consenso entre as partes e especialidade de seu objeto¹⁷⁵, que visa à produção e circulação de bens e serviços.

Na prática, o princípio da segurança negocial cria deveres inerentes às partes, que, mesmo não escritos, são traduzidos e exemplificados, em especial no direito

¹⁷⁴ Observe-se que a dicotomia entre o direito civil e o comercial é histórica, como ensina Comparato: “Objetivamente, a competência da magistratura comercial era limitada aos negócios mercantis e aos negócios conexos, isto é, às compras para revender e às sucessivas revendas, aos negócios de banco e câmbio, e aos que fossem conexos. A soma mutuada constituía a indenização paga antecipadamente pelo segurador, soma essa que, deixando de se verificar o sinistro, era restituída com altos juros, representativos do prêmio. É da comenda – originariamente, como bem observa Astuti, contrato de mútuo – desenvolvida primeiro no direito marítimo, que deveria a sociedade em conta de participação e também, segundo uma tese difundida, a sociedade em comandita, a qual, ao invés, é reconduzida por outros a uma derivação da sociedade em nome coletivo. A atividade mercantil requer uma rede de auxiliares, especialmente (e lembre-se que não havia telecomunicações...) quando se desenvolve entre praças distantes: caixeiros no estabelecimento principal (e eis a doutrina dos proponentes e prepostos); auxiliares longínquos (e eis a doutrina dos agentes e comissários). A sua organização exigia a ideia de estabelecimento comercial, de fundo de comércio e, portanto, de sinais distintivos – o título do estabelecimento e a insígnia – ao passo que a marca do produto se harmonizava com a preocupação corporativa, visando garantir a conformidade do produto com os critérios fixados pela corporação. [...] A doutrina, por sua vez, procura elaborar a interdição canônica, aceita pelos civilistas, estabelecendo distinções a partir da consideração do dano sofrido pelo credor. Santo Tomás já admite, como resarcimento do dano da mora, os juros moratórios, dos quais se vão elaborando os requisitos (depois sistematizados por Paulo de Castro). Eles serão admitidos quando o credor é comerciante, independentemente da prova do dano sofrido pelo credor no caso concreto, e absque ulla interpellatione, tornando-se pois devidos os juros do período de mora que sucede o vencimento de um mútuo. No entanto, a sabedoria da elaboração do direito comercial e da obra de seus aplicadores no plano judiciário foi a de haverem superado o interesse de classe. As regras elaboradas para os negócios mercantis dos comerciantes se apresentam, em seu alcance abstrato, como demonstrará a evolução posterior, de aplicabilidade geral e não inspiradas por um interesse de classe que, como tal, exclui obviamente uma aplicação geral. São regras independentes do invólucro corporativo com o qual se originaram, e tendentes a favorecer um desenvolvimento geral da riqueza e não grupos restritos. [...] encontramos de fato, já nos séculos XVI e XVII, estruturas econômicas associativas complexas; os primeiros cartéis, segundo a terminologia hodierna e – como naquela poder-se-ia dizer a holding dos Medici – formações estruturais complexas no campo das sociedades. Como observa Luzzatto, assim as unidades locais, como as formações corporativas, passam a subordinar-se ao Estado que, pelas necessidades totalmente novas de suas finanças é levado a interessar-se pelos problemas econômicos, a intervir como regulador da vida econômica da nação, aplicando a política que se dirá mercantilista”. Ibid., p. 90-99.

¹⁷⁵ Forgioni destaca historicamente a dicotomia dos particularismos do sistema de direito comercial, citando: “[...] a vedação do açambarcamento de mercadorias em Florença, punindo com multas os acordos monopolísticos, e a Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurando que os membros das Cruzadas tivessem pão a um preço não excessivo. Saporí relata várias normas que seriam destinadas ao amparo do consumidor, impostas pela comuna; também em Florença, um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte, soubesse que o produto não era fresco. Empregava-se o mecanismo das feiras para evitar abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade, com a imposição da liquidação da mercadoria antes do final da feira. Os comerciantes eram obrigados a contratar funcionários públicos para efetuar a pesagem de suas mercadorias. Algumas cidades chegaram a fixar o lucro máximo que uma determinada categoria profissional poderia obter para ‘tutela dos consumidores menos abastados’”. Forgioni, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Malheiros, ano XLII, p. 18, abr./jun. 2003.

contratual, como o dever e a obrigação de prestar informação clara e precisa¹⁷⁶, manter sigilo (sobre o *know how*, por exemplo), prestar colaboração (assistência e auxílio), cooperação, exercer a vigilância e o cuidado¹⁷⁷, não atuar com conflito de interesse, e manter a não concorrência, se negociada no contrato¹⁷⁸, em qualquer uma das fases contratuais, tudo para que as partes caminhem para o cumprimento pleno do objeto avençado¹⁷⁹. Ou seja, diferentemente dos princípios na ótica civilista, na ótica comercial os deveres e obrigações não são *relacionados* ao cumprimento da obrigação, e sim *característica essencial* do cumprimento da obrigação.

A incidência maior ou menor desses deveres¹⁸⁰ sempre dependerá do caso a caso, porém nítido é que o desrespeito ferirá o princípio ora em estudo, que serve em última instância para afastar danos aos contratantes¹⁸¹, diminuindo a assimetria e trazendo, consequentemente, a maior previsibilidade às partes.

¹⁷⁶ Decorre do dever de informação, o dever de esclarecimento (de indicação e declaratório, puramente cognitivo) que tem como objetivo uma declaração de conhecimento. Ponto tangencial deste estudo, que vale pequena reflexão, é se alguém pode esclarecer algo sobre o que não tem conhecimento. Certamente não. Porém, a questão fica interessante caso se questione se a parte deveria ter conhecimento, mas não o tem. Nesse caso não esclarecer seria desrespeito ao dever de diligência que rege a conduta do administrador no direito societário (ou de cuidado da sociedade empresária), punida a parte prejudicada pela falta de conhecimento pela perda e danos.

¹⁷⁷ Sobre a necessária forma de agir ético, com a necessidade de diminuir as perdas do credor em atitudes proativas entre as partes: “Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil - Contratos. Boa-Fé Objetiva. Standard Ético-Jurídico. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. Violação ao princípio da boa-fé objetiva”. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 758518 PR 2005/0096775-4. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Data de Julgamento: 17/06/2010 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 28/06/2010 REPDe 01/07/2010.

¹⁷⁸ A não-concorrência é cláusula importantíssima para a proteção do negócio jurídico, mas deve ser sopesada entre os contratantes, e sempre calibrada com base nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

¹⁷⁹ Couto e Silva afirmou: “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tencionava-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”. “Obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor.” Couto e Silva, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 120-168.

¹⁸⁰ Deve-se tomar cuidado com o dito “dever para consigo mesmo”. Esse é um ônus para a parte, como, por exemplo, na contratação de um seguro. Deve a parte inventariar todos os seus riscos, sob pena de não ter segurado o seu próprio bem.

¹⁸¹ “Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Comercial. Recurso contra decisão de primeira instância que proibiu a agravante de rescindir a relação comercial com a agravada. O longo tempo de relação contratual entre as partes geraram deveres acessórios, dentre eles o dever de cooperação, sendo certo que tais deveres acessórios visam à restauração do equilíbrio das relações contratuais e a evitar situações danosas para a contratante que se encontra em situação de desvantagem contratual. Ademais, o Código Civil de 2002, ao adotar os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, teve o intuito de considerar os contratantes como verdadeiros parceiros, devendo, portanto, atuarem de forma a garantir a finalidade do negócio entabulado”. Agravo de Instrumento: 0037547-50.2015.8.19.0000. Agravante: O

O princípio da segurança negocial será o valor base na interpretação¹⁸² da Lei e dos negócios jurídicos, criando uma consideração especial entre as partes, que gera um aumento dos deveres e obrigações, que não serão mais acessórios, e sim inerentes ao convencionado entre as partes (validação de condutas), afastando perdas e danos, dentro de um regime jurídico comercial¹⁸³, em que há um interesse subjetivo pela propriedade empresarial, visando ao bem comum¹⁸⁴.

Por fim, o princípio da segurança negocial no direito contratual deve ser sempre analisado visando a consecução do objeto contratual, ora, sem a manutenção¹⁸⁵ do

Boticário Franchising Ltda. Agravada: Oliveira Bruno Presentes Ltda. EPP e outros. Relator: Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos. Data de Julgamento: 20/07/2015, 2ª Câmara Cível.

¹⁸² É a interpretação inteligente do convencionado, como o seria do legislado, sendo perfeita a aplicação da lição do tradicional Carlos Maximiliano: “Os que disfarçam a sua conformidade com a doutrina da evolução e, sobretudo, os que aderem à mesma em tom sincero e franco realizam cada dia obra de justiça, de ciência, de progresso, amoldam-se as necessidades da prática; ante a impossibilidade de alterar com intervalos breves os textos positivos, seguem vereda segura: plasmado o Direito em uma forma ampla, dúctil, adaptam-no, pela interpretação, às exigências sociais imprevistas, às variações sucessivas do *meio*. Compete à exegese construtora “fecundar a letra da lei na sua imobilidade de maneira que se torne esta a expressão real da vida do Direito”. Mergulhe profundamente, nas ondas do objetivo, participando da realidade. O intérprete não cria prescrições, nem posterga as existentes; deduz a nova regra, para um caso concreto, do conjunto das disposições vigentes, consentâneas com o progresso geral; e assim obedece ao conceito de Paulo – *Non ex regula ius sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* – “da regra se não extraída o Direito, ao contrário, com o Direito, tal qual na essência ele é, construa-se a regra”.

(Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 39).

¹⁸³ Veja-se que por outra ótica, a defesa de uma interpretação própria para o regime jurídico comercial, ainda com base na boa-fé: “O fato, no entanto, é que nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a ‘confiança’ pode ser traída. A partir do instante em que a quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é natural e desejável que normas jurídicas coajam os agentes econômicos a respeitá-las. Por isso, o sistema de direito comercial como um todo está voltado à tutela de princípios como a boa-fé objetiva e a confiança. Negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos – porque não seria conveniente para as partes negociar nessa última situação. Uma das funções do direito comercial é buscar a criação de um ambiente que torne as negociações compensatórias”. Forgioni, 2003, p. 30.

¹⁸⁴ Confira-se Carvalho sobre a propriedade empresarial: “Propriedade empresarial é o controle do titular de direito subjetivo pertinente – ou de alguém, por esse consentido, ou de algum modo autorizado – sobre ativos. De regra, a propriedade empresarial só pode ser dirigida para o bem comum”. (Carvalho, Gilberto de Abreu Sodré. A propriedade empresarial: um estudo transdisciplinar. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 63).

¹⁸⁵ Trata-se de pedido de tutela antecipada de urgência formulado em caráter antecedente envolvendo direito contratual (contrato de aluguel em shopping center) na qual a parte autora locatária requer que seja deferida tutela cautelar antecedente para que seja determinada a suspensão da exigibilidade de todas as obrigações pecuniárias do Contrato de Locação descrito, incluindo o pagamento de aluguel, condomínio e fundo de promoção e propaganda, enquanto perdurarem as determinações de suspensão das atividades e restrição à circulação de pessoas advindas da pandemia COVID19. [...] Diante de tais fundamentos, DEFIRO em parte o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender parte do contrato de locação entre as partes (cláusula do aluguel mínimo e do fundo de promoção e propaganda), mantendo-se em pleno vigor as demais disposições contratuais. A empresa autora deverá continuar a adimplir o aluguel percentual sobre o faturamento e os encargos condominiais até ulterior decisão judicial. (TJDF - 0709038-25.2020.8.07.0001- Juiz: Julio Roberto dos Reis. 25º Vara Cível. Publicação: 26/03/2020.)

contrato não haverá o que se falar em sua função social e demais direitos e obrigações decorrentes dele.

3. A relação do princípio da segurança negocial com a onerosidade excessiva e o enriquecimento sem causa

Como asseverado nos capítulos anteriores, é graças à autonomia subjetiva e objetiva que as partes se sujeitam ao contrato, mas a dinâmica empresarial, com a celeridade dos negócios, deve respeitar um fluxo claro e leal de informações e condutas, para a consecução do objeto contratual.

Neste capítulo, aborda-se a onerosidade excessiva e o consequente enriquecimento sem causa de um dos contratantes, sugerindo que isto é conduta contrária ao princípio da segurança negocial e, portanto, passível de revisão pelo julgador.

Para tanto, para ilustrarmos o ora defendido, vale ter um pequeno exemplo em mente: em um contrato de locação não residencial de grande empreendimento, o locador fixa o valor do aluguel com base no metro quadrado, bem como estipulando que, quando o locatário atingir determinado faturamento, o valor locatício incidirá também sobre o percentual do faturamento (aluguel fixo e variável). No contrato é previsto, também, que o locador terá ingerência no negócio explorado pelo locatário¹⁸⁶. Passados mais de 10 (dez) anos da celebração do contrato de locação, nunca houve, por parte do locador qualquer sugestão, auditoria, solicitação de informação (“ingerência”), com o objetivo de incrementar o empreendimento; por outro lado, pelo esforço, único e exclusivo, do locatário, o faturamento atingiu o mínimo necessário para a incidência do aluguel variável.

Nesse caminho, é razoável que o locador receba o valor do aluguel também com base na remuneração variável?

¹⁸⁶ A prática empresarial reconhece a forma externa de controle, exercido por entidade estranha à própria sociedade, que define e direciona as deliberações sociais. O controle externo se origina em relações contratuais, principalmente, em relações de endividamento (ex. financiamento) ou em contratos de colaboração complexos (exs. franquia e concessão mercantil), sem se esquecer, por exemplo, dos credores em um processo de recuperação judicial. A identificação da forma pela qual a sociedade é controlada é fundamental para o reconhecimento de onde se origina o poder de dominação da sociedade e como isso irá refletir no dia a dia da companhia e até mesmo em determinadas negociações.

3.1 Onerosidade excessiva

A resposta, pela aplicação do artigo 480, do Código Civil, que prevê a possibilidade de revisão contratual no caso de onerosidade excessiva, *in verbis*: “*Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva*”, é negativa.

Ora, não é outra a situação em análise senão a prescrita no *Codex*, na qual existe um contrato de prazo ou de duração, em que se verifica uma circunstância que torne a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, beneficiando a outra parte. No caso, a pretensão do locador voltada à fixação do valor locativo baseado no percentual, inobstante a previsão contratual, torna oneroso o contrato, em benefício desproporcional e exclusivo deste, que jamais tomou qualquer participação na atividade empresarial do locatário durante longos 10 (dez) anos, e agora pretende participar dos lucros do negócio, em manifesto desequilíbrio entre o valor e a contraprestação (no caso ilustrativo, inexistente).

Sob a ótica do princípio da segurança negocial no direito contratual a solução é a mesma. Fere a lealdade entre as partes e a legítima expectativa criada ao longo de uma relação contratual longa, que houvesse o pagamento pelo percentual do faturamento, por ao menos duas razões: (i) não age com boa-fé¹⁸⁷ a parte que quer se aproveitar do trabalho da outra sem existir a contraprestação (no caso a ingerência na administração); e complementando (ii) se nunca houve ingerência, o locatário não poderia esperar que o

¹⁸⁷ Para ajudar na interpretação do princípio da boa-fé, o Conselho de Justiça Federal, na Jornada de Direito Civil, elaborou os seguintes enunciados: “a) Enunciado 24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa. b) Enunciado 25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual. c) 26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. d) 27 - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos. e) 170 - Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Aguiar Júnior, Ruy Rosado de (Coord.). Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

locador tivesse expectativa legítima de receber um valor variável¹⁸⁸, não seria correto, integro, tal postura.

Desta forma, importando a pretendida revisão do valor locativo em patente desequilíbrio contratual, impor-se-ia, em tese, a revisão da cláusula, uma vez que seu cumprimento deve ocorrer de modo substancialmente igualitário, o que não se verifica no caso ilustrativo em comento¹⁸⁹.

3.2 Enriquecimento sem causa

É certo que a incidência da cláusula no tocante ao aluguel baseado no percentual do faturamento e não tão somente a partir da remuneração pura pelo uso do metro quadrado implica em manifesto enriquecimento sem causa do locador, na medida em que este jamais teve qualquer ingerência ou mesmo participação na condução das atividades

¹⁸⁸ Por analogia, quando se trata da exceção do contrato não cumprido, o que gera, certamente, onerosidade excessiva para uma das partes e, muitas vezes, enriquecimento sem causa a outra: Apelação Cível. Locação de loja em Shopping Center - Contrato atípico (Lei Nº 8.245/91, Art. 54) - Livre pactuação - Limites - Imposição de cláusulas e condições em desfavor da parte economicamente mais fraca - Desequilíbrio - Revisão do pactuado - Necessidade. Res Sperata - Suspensão da cobrança - Exceção de contrato não cumprido - Acolhimento - Rescisão - Devolução das quantias pagas - Shopping Center - Malogro do empreendimento - Idealizador - Responsabilidade pelo não cumprimento de suas obrigações de fomento e atração de clientes comprovada. Apelo desprovido. 1. Não obstante a Lei nº 8.245/91 se resuma a abordar os aspectos meramente imobiliários das relações entre lojistas e o empreendedor de shopping center, a liberdade de pactuação nela prevista (art. 54) não pode ser tomada como autorização para a imposição de cláusulas e condições em favor da parte economicamente mais forte (empreendedor), em detrimento da mais fraca (pequenos e médios lojistas). A abusividade na correção do valor do aluguel é passível de revisão pela via própria da ação revisional, onde se busca ajustar o encargo à realidade de mercado por força da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, e proteger o devedor dos efeitos de uma prestação excessivamente onerosa. 2. Todo empreendedor de shopping center deve atentar para a necessidade da manutenção do tenant mix, ou seja, do plano geral de distribuição de atividades, de sua inteira responsabilidade, de sorte a proporcionar maior organização do comércio e atratividade de público promovendo a combinação de lojas e atrações capaz de garantir o bom êxito do empreendimento, e na qualidade de criador e gestor do fundo de comércio global do shopping é totalmente responsável por eventual malogro dos negócios. 3. "O lojista pode deixar de efetuar o pagamento das prestações previstas no 'contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no 'tenant mix' do centro comercial' se o empreendedor descumpre com a sua obrigação de instalar loja âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista". (REsp 152.497/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. em 15.08.02, DJ 30.09.02 p. 263). (TJ-PR - AC: 3653852 PR 0365385-2, Relator: Ivan Bortoleto, Data de Julgamento: 04/10/2006, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7240)

¹⁸⁹ Por outro lado, quando o contrato é plenamente cumprido por ambas as partes, com riscos conhecidos, não cabe a alegação de onerosidade excessiva e, muito menos, de enriquecimento sem causa: CIVIL. CONTRATO. COMPRA E VENDA. SOJA. PREÇO FIXO. ENTREGA FUTURA. OSCILAÇÃO DO MERCADO. RESOLUÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. BOA-FÉ OBJETIVA. Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita em imprevisão. (REsp 783.520/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 328).

do empreendimento e, consequentemente, no risco do negócio, sendo descabida a pretensão voltada à participação sobre o faturamento.

Com efeito, o enriquecimento sem causa decorre diretamente da quebra da confiança e da legítima expectativa, além da violação da função social do contrato¹⁹⁰ e da onerosidade excessiva, sendo uma consequência lógica de todas as premissas anteriormente debatidas.

A respeito do tema, o Código Civil assim dispõe:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Nesse caminho, destaca-se, o entendimento de Limongi França¹⁹¹:

Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.

Assim, presentes os requisitos existenciais do enriquecimento sem causa, o ordenamento jurídico não pode permitir qualquer situação de burla ou inobservância da norma legal.

Frise-se: sem trabalho e sem ingerência, não se pode conceber participação no êxito.

¹⁹⁰ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

¹⁹¹ França, R. Limongi. Enriquecimento sem Causa. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987.

3.3 O princípio da segurança negocial incentivando o cumprimento do objeto contratual sem a incidência do aluguel variável

Com base no caso exemplificativo e considerando novamente o dever inerente dos contratantes em auxílio mútuo, troca de informações claras e precisas, e lealdade contratual, patente que a manutenção da cláusula de aluguel variável desrespeitará a legítima expectativa das partes, prejudicará o cumprimento do objeto contratual, desrespeitando a função social do contrato. Não se poderia permitir nem a onerosidade excessiva do contrato, nem o enriquecimento indevido do locador.

Frise-se que o princípio da segurança negocial busca a manutenção do objeto contratual, incentivando a colaboração das partes. Não haveria *segurança* alguma aceitar a mudança de postura de uma parte, onerando a outra, após mais de 10 (dez) anos inerte. E mais: seria incentivar um comportamento contraditório e oportunista de uma parte, para se beneficiar de sucesso empresarial da outra parte, sucesso este do qual não participou ou colaborou.

Por fim, realça-se: independentemente da espécie contratual, fato é que as trocas devem ser as mais paritárias possíveis, cuidando-se para a manutenção do objeto contratual. Para tanto, em caso de conflito e sendo impossível a renegociação, deve, o julgador, com base no princípio da segurança negocial, revisar o contrato, com base nos fatos, buscando a maior justiça possível.

Conclusão

O desenvolvimento do tráfego comercial atrela-se à necessidade de segurança para as partes envolvidas nos mais diversos contratos. Isto significa que o direito contratual deve trazer um arcabouço normativo capaz de trazer tranquilidade aos contratantes, incentivando trocas justas e benéficas.

Esta tranquilidade somente ocorrerá se as partes respeitarem o princípio da segurança negocial no direito contratual, isto é, persigam um comportamento leal, confiável, correto, evitando-se qualquer vício na manifestação da vontade de uma das partes.

Ou seja, os contratantes devem respeitar os deveres inerentes (e não anexos) ao negócio jurídico empresarial. Exemplificando: (i) prestar informação clara e precisa, (ii) manter sigilo (sobre o *know how*, por exemplo), (iii) prestar colaboração (assistência e auxílio), (iv) cooperação, (v) exercer a vigilância e o cuidado, (vi) não atuar com conflito de interesse, e (vii) manter a não concorrência (se negociada no contrato) para cumprirem o objeto contratual.

Ainda, como vimos o princípio ora defendido também é um vetor de interpretação de outros institutos como a onerosidade excessiva e o enriquecimento sem causa, como também, um comando de otimização da análise da real intenção das partes, cláusula a cláusula.

Por sua vez, os julgadores, com tranquilidade e respaldo jurídico, precisam analisar o caso a caso; e, após, devem conseguir responder, se houve ou não respeito ao princípio da segurança negocial no direito contratual, revisando (espera-se) ou rescindindo o contrato da maneira mais justa possível.

Assim, espera-se que o princípio da segurança negocial no direito contratual e, quiçá no direito comercial como um todo, traga a possibilidade de julgamentos mais justos, trazendo a necessária segurança para o desenvolvimento econômico.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

ASCARELLI, Túlio. Problemas das sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1946.

BRASIL. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei de Locação - Lei nº 8.245/91. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245compilado.htm>.

BRASIL. Projeto do Código Comercial - Projeto nº. 1572/2011. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>.

BUSHATSKY, Jaques. Acolhimento do *Home Office* no Condomínio Edilício. In:A cidade e o nosso novo normal: direito urbanístico, imobiliário e a arquitetura no espaço urbano pós-covid. 3.v. São Paulo: Foco, 2020.

BUSHATSKY, Daniel. O princípio da segurança negocial no direito societário”, tese de doutorado, na PUC/SP, 2015.

_____. Considerações sobre a cláusula MAC no Brasil e sua aplicabilidade na pandemia. São Paulo: Jota. Disponível em:

BRITO, A. M.; Pereira, P. S.; Linard, A. P. Empreendedorismo. Juazeiro do Norte: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará – IFCE, 2013.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. A propriedade empresarial: um estudo transdisciplinar. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FRANÇA, R. Limongi. Enriquecimento sem Causa. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERRARA, Luigi Cariota. El negocio jurídico. Tradução M. Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, n. 20.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Malheiros, ano XLII, p. 18, abr./jun. 2003.

GOMES, Orlando. Contratos. 12. ed. São Paulo: Forense, 1991.

HITT, M. A.; IRELAND, R. D., HOSKISSON, R. E. Administração Estratégica. 7. ed. Norte-Americana, 2008.

LOTUFO, Renan. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Contratos. Declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

WALD, Arnoldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OS CRÉDITOS ABRANGIDOS OU NÃO PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

CREDITS COVERED OR NOT BY JUDICIAL REORGANIZATION

Marlon Tomazette¹⁹²

Resumo: O objeto do presente trabalho é a identificação dos credores que votarão o acordo de recuperação judicial. O grande parâmetro da legislação é a existência do crédito na data do pedido, sendo fundamental analisar, em alguns casos, o exato momento em que se configura essa existência. De outro lado, devem ser definidos aqueles que estão fora do acordo e, por isso, não sofrem os efeitos do processamento da recuperação ou a novação pela concessão da recuperação. A definição desses limites é fundamental para uma análise racional dos riscos que o processo de recuperação terá de não aprovação e, consequentemente, de convolação em falência.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Acordo. Créditos existentes. Extraconcursais.

Abstract: The object of the present work is the identification of creditors who will vote on the judicial reorganization agreement. The great parameter of the legislation is the existence of credit on the date of the request, being essential to analyze, in some cases, the exact moment in which this existence is configured. On the other hand, those who are outside the agreement must be defined and, therefore, do not suffer the effects of processing the recovery or being novated by granting the recovery. The definition of these limits is fundamental for a rational analysis of the risks that the recovery process will have of non-approval and, consequently, of convolution in bankruptcy.

Keywords: Judicial recovery. Deal. existing credits. extra-bankruptcy.

* Mestre e Doutor em Direito em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor de direito empresarial no pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na FGV-Rio e no IDP, Procurador do Distrito Federal e Advogado.

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar um dos lados da recuperação judicial, o lado dos credores. A exata definição de quais credores participação do acordo da recuperação judicial é fundamental nesse processo, que visa a superar a crise. Embora a lei 11.101/2005 tenha tentado definir os créditos abrangidos com detalhamentos, ainda existem muitas dúvidas sobre a real abrangência do acordo da recuperação judicial. Assim, pretende-se analisar os vários casos em que existem dúvidas sobre a submissão ou não ao referido acordo, para a delimitação da própria eficácia da recuperação judicial, diante da sua amplitude.

A recuperação judicial foi concebida no direito brasileiro como uma tentativa de superação da crise econômico-financeira da empresa, condicionada, porém, à concordância dos credores ligados àquela atividade (Lei nº 11.101/2005 – arts. 45 e 58, § 1º). Todavia, nem sempre se obtém a concordância dos credores, o que acarreta, nos termos literais da legislação (Lei nº 11.101/2005 – art. 73), a decretação da falência do empresário, com o encerramento das atividades. Por isso é fundamental definir quem são essas pessoas que votarão para decidir a sorte do devedor.

Inicialmente, dentro dessa perspectiva, é essencial apresentar, em linhas gerais, o instituto da recuperação judicial no direito brasileiro. Partindo-se de seu conceito, passando por seus objetivos, até a definição da sua natureza jurídica. A partir daí serão apresentados os créditos abrangidos, com destaque para a definição do momento da existência de cada crédito. Ao final serão apresentados os créditos não abrangidos em suas várias categorias, apresentando-se as controvérsias existentes.

1. A recuperação judicial – contornos gerais

A empresa representa, juridicamente, uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Ela representa a maior parte das atividades que fazem parte da economia moderna e delimita o âmbito de atuação do direito empresarial. Este, ao disciplinar a atividade empresarial e os diversos atos nos quais ela se concretiza, disciplina também a empresa em crise.

A atividade empresarial, como um todo, gera uma série de dificuldades para quem a exerce, seja na busca de novos mercados, seja na manutenção da clientela, em suma, nas exigências que a atividade impõe no dia a dia¹⁹³. Essas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também podem se originar de características intrínsecas a sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para o seu prosseguimento.

As consequências que tais crises podem ter nos interesses do empresário, dos empregados, do fisco, da comunidade e dos credores geram um certo grau de preocupação, ensejando inclusive a existência de normas específicas sobre a empresa em crise. Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei n. 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do art. 47 da Lei n. 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.

Paulo Sérgio Restiffe, por entender que a recuperação possui uma natureza processual, afirma que ela é a:

¹⁹³ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006, p. 70.

pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de ação, portanto – de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido¹⁹⁴.

De outro lado, Eduardo Goulart Pimenta afirma que a recuperação judicial representa “uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias”¹⁹⁵. Sérgio Campinho, por sua vez, afirma que a recuperação judicial é o:

[...] somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores¹⁹⁶.

Todos os conceitos apresentados possuem seus méritos e, em certa medida, até se complementam, podendo-se afirmar em termos sintéticos que a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis.

1.1 Objetivos

Pelos contornos da recuperação judicial, fica claro que seu objetivo final é a superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise, contudo, nada impede que o instituto seja utilizado para prevenir uma crise que se mostre iminente¹⁹⁷. Embora o texto da Lei não

¹⁹⁴ RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008, p. 47.

¹⁹⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006, p. 68.

¹⁹⁶ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10-11.

¹⁹⁷ QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 13.

pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois não há dúvida de que se a crise é evitável, é muito melhor impedi-la de começar do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la. Portanto, o objetivo mais amplo da recuperação é a superação ou a prevenção das crises da empresa.

Dentro desse objetivo mais amplo, se inserem os objetivos mais específicos indicados no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, quais sejam: (a) a manutenção da fonte produtora; (b) a manutenção dos empregos dos trabalhadores; e (c) a preservação dos interesses dos credores. Tais objetivos específicos nem sempre poderão ser atingidos cumulativamente, daí acreditarmos que há uma ordem entre eles¹⁹⁸.

Sem dúvida, o primeiro objetivo específico da recuperação judicial é a manutenção da fonte produtora, isto é, a manutenção da empresa (atividade) em funcionamento. Não se busca aqui salvar o sujeito, mas salvar a atividade que ele exercia¹⁹⁹, pois é ao redor dessa atividade (empresa) que circundam os interesses de credores, fisco, comunidade e trabalhadores. É mais importante que a atividade se mantenha funcionando, ainda que com outro titular, pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade.

Uma vez obtida a manutenção da atividade, ainda que com outro sujeito, devem--se buscar os demais objetivos. Vale dizer, o primeiro objetivo específico prevalece sobre os demais, é ele que deve pautar todas as medidas da recuperação judicial. A manutenção da fonte produtora é essencial, os demais objetivos específicos são secundários. A prevalência da manutenção da atividade sobre os demais interesses pode ser vislumbrada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que impedem a continuação das execuções trabalhistas contra o devedor em recuperação²⁰⁰.

O segundo objetivo específico é a manutenção dos empregos dos trabalhadores. Nem sempre isso é possível, pois, por vezes, a crise já gerou tantos problemas que o número de postos de trabalho terá que diminuir, para se manter a atividade. Ressalte-se,

198 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 183.

199 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 125.

200 STJ – CC 161.101/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe 10/06/2020.

mais uma vez, que o primeiro fim da recuperação judicial é a manutenção da atividade. Atingido esse primeiro objetivo específico, aí sim se deve tentar manter os empregos dos trabalhadores.

O terceiro objetivo específico é a preservação dos interesses dos credores. Apesar da necessidade da sua manifestação, é certo que os interesses individuais dos credores cedem espaço à manutenção da fonte produtora e à manutenção dos empregos dos trabalhadores. Vale dizer, se há duas medidas possíveis, uma favorecendo os credores e outra favorecendo a manutenção do emprego, é essa segunda que deverá prevalecer.

1.2 Natureza contratual

Para boa parte da doutrina, a recuperação é um negócio jurídico privado realizado sob supervisão judicial²⁰¹, isto é, há uma natureza contratual na recuperação judicial. De modo similar, Rachel Sztajn e Vera Helena de Mello Franco afirmam que o plano “é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz”²⁰², assemelhando-se a um contrato plurilateral.

Com efeito, o aspecto contratual se sobressai na recuperação judicial, na medida em que ela representa um grande acordo entre o devedor e seus credores. Há, indubitavelmente, um encontro de vontades entre tais sujeitos reforçando a natureza contratual. Não são vontades paralelas, mas vontades que se cruzam, vale dizer, há uma oposição de interesses²⁰³ que entram em acordo para recuperar a empresa.

Jorge Lobo²⁰⁴ critica a natureza contratual na recuperação, asseverando que ela obriga os credores ausentes e que, por isso, não haveria o acordo de vontades. Além disso,

201 PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84; ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 299; MARZAGÃO, Lídia Valéria. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 92; CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 123; VILLANI, Gian Piero. In: DI PEPE, Giorgio Schiano (Coord.). *Il diritto fallimentare riformato*. Padova: CEDAM, 2007, p. 491.

202 SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008, p. 234.

203 QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 15.

204 LOBO, Jorge. Recuperação judicial da empresa. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 21.

ele sustenta que a recuperação renova as obrigações dos credores mesmo contra sua vontade. Por fim, ele também assevera que a suspensão das ações e execuções em curso, bem como a possibilidade de concessão da recuperação, mesmo que não aprovada em todas as classes, afastaria a natureza contratual.

E não se diga que a possibilidade da concessão da recuperação, mesmo com a oposição de alguns credores, afastaria o acordo de vontades, porquanto, de qualquer forma, haverá o acordo entre a vontade dos credores e a vontade do devedor. Para todos os efeitos, a vontade dos credores pode decorrer da concordância tácita com o plano, ou da deliberação da maioria em uma assembleia. A fim de simplificar a atuação da recuperação, a lei permite que se considere a vontade dos credores em conjunto (massa de credores)²⁰⁵, ainda que algum deles individualmente possua certas divergências. O conjunto de credores é tratado como uma comunhão para todos os efeitos, na recuperação judicial²⁰⁶.

Outrossim, a atuação judicial também não desconfigura a natureza contratual da recuperação, na medida em que se trata de simples supervisão. O Poder Judiciário não impõe a recuperação, ele só poderá concedê-la caso se chegue ao acordo entre os credores. Portanto, a recuperação judicial é um acordo de vontades entre o devedor em crise e seus credores, que se manifestam em conjunto, por meio da assembleia de credores, uma vez que possuem uma comunhão de interesses.

2. Créditos abrangidos

Quando devedor ingressa com o pedido de recuperação, ele visa a celebração de um acordo com os seus credores, no âmbito de um processo judicial. Tal acordo terá, de um lado, o devedor e de outro lado a massa dos seus credores. Uma das questões mais importantes é definir quem são os credores abrangidos por esse acordo.

A princípio, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes à data do pedido, ainda que não vencidos (Lei n. 11.101/2005 – art. 49). A aferição da existência

205 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

206 PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. *La junta de acreedores*. Madrid: Civitas, 2008, p. 42-43.

ou não do crédito na data do pedido levará em conta o fato gerador²⁰⁷ do crédito, isto é, a data da fonte da obrigação.

Assim, nos títulos de crédito serão levadas em conta as datas de emissão de títulos de crédito, nos contratos a data de aperfeiçoamento dos contratos e, na responsabilidade extracontratual, a do evento causador do dano²⁰⁸. De outro lado, num eventual direito de regresso, deve-se considerar a data do pagamento da dívida²⁰⁹ como fato gerador do direito e data de existência do crédito, para os fins legais.

Em razão de certas peculiaridades serão analisados separadamente a remuneração dos empregados, os honorários advocatícios, as execuções em curso, as pensões alimentícias, os créditos condicionais e os créditos não alterados pelo plano de recuperação.

2.1 A situação dos créditos trabalhistas

Como nas relações de trabalho, o fato gerador da obrigação de pagamento pelo empregador é a realização do trabalho, a data de referência será data da prestação dos serviços pelo empregado. Assim, os créditos trabalhistas referentes a serviços prestados antes da distribuição do pedido também se submetem à recuperação, uma vez que a obrigação já nasceu²¹⁰.

De outro lado, se o crédito se refere a serviços posteriores à distribuição do pedido, não estão sujeitos à recuperação judicial²¹¹. Vale dizer, não haverá suspensão da execução, nem novação que atinja esse crédito e, obviamente, ele não participará da votação do acordo. Mesmo se esses créditos já estão em execução, com penhora já

²⁰⁷ JANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Droit commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 238; III Jornada de Direito Comercial - ENUNCIADO 100 – Consideram-se sujeitos à recuperação judicial, na forma do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, os créditos decorrentes de fatos geradores anteriores ao pedido de recuperação judicial, independentemente da data de eventual acordo, sentença ou trânsito em julgado.

²⁰⁸ STJ - AgInt no REsp 1863844/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020.

²⁰⁹ STJ - REsp 1860368/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020.

²¹⁰ STJ – REsp 1634046/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25-4-2017, DJe 18-5-2017.

²¹¹ STJ- STJ - AgInt no REsp 1846822/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020

realizada se submetem ao processo de recuperação judicial, por serem existentes e ainda não extintos²¹².

2.2 Os honorários advocatícios

Situação um pouco mais complicada é a dos honorários devidos a advogados. Embora não haja vínculo empregatício na situação, os honorários advocatícios também possuem natureza alimentar, sejam contratuais, sejam sucumbenciais²¹³. O STJ pacificou seu entendimento, em sede de recurso repetitivo²¹⁴, no sentido de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas. Todavia para fins de submissão ao processo de recuperação judicial.

Essa orientação não é suficiente para abranger problemas, sendo necessário separar os honorários contratuais dos honorários sucumbenciais.

Em relação aos honorários contratuais, sua fonte é o contrato de honorários e, por isso, acreditamos que a referência é a data da assinatura do contrato. Vale dizer, se o contrato foi firmado antes do pedido de recuperação judicial, ele se submeterá ao processo. Já se a conclusão do contrato for posterior ao pedido, os honorários estão fora do processo. Especificamente para os honorários de êxito, deve-se lembrar que a obrigação de pagar tal verba é uma obrigação condicional, isto é, sujeita a um evento futuro e incerto²¹⁵ e só o implemento dessa condição faz nascer a obrigação de pagar, logo, deve-se considerar a data do êxito – normalmente a data do trânsito em julgado da ação – para verificar se é anterior ou posterior ao pedido.

Para os honorários sucumbenciais, a data do nascimento da obrigação foi definida, pelo STJ, como a data da sentença ou decisão jurisdicional que os fixar. Assim, “se a sentença que arbitrou os honorários advocatícios for anterior ao pedido

²¹² STJ – REsp 1635608/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10-11-2016, DJe 14-11-2016.

²¹³ STJ – EREsp 706331/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 20-2-2008, DJe 31-3-2008; STF – AI 732358 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30-6-2009, DJe-157, Divulg. 20-8-2009, Public. 21-8-2009, Ement., v. 2370-15, p. 3134.

²¹⁴ STJ - REsp 1152218/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/05/2014, DJe 09/10/2014.

²¹⁵ STJ - REsp 1550255/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015

recuperacional, o crédito dali decorrente deverá ser tido como concursal, devendo ser habilitado e pago nos termos do plano de recuperação judicial”²¹⁶.

2.3 Créditos com execução em curso

Os créditos com execução em curso não têm sua situação muito alterada, devendo-se considerar a data do crédito exequendo. Assim, mesmo no caso de execução com penhora regular, como o crédito ainda não foi extinto, sua submissão ou não à recuperação judicial será definida pela data do nascimento do crédito. Todavia, nos casos de créditos em execução com depósito judicial para pagamento, reconhece-se a extinção da obrigação²¹⁷ e, por conseguinte, sua não submissão à recuperação judicial, pois “não há como se admitir que o credor já satisfeito se sujeite aos efeitos da recuperação judicial”²¹⁸.

2.4 Pensões alimentícias

São exigíveis e se sujeitam à recuperação os créditos referentes a multas e a pensões alimentícias. Especificamente, no que tange às pensões, o silêncio da Lei n. 11.101/2005 deve ser interpretado como a não repetição da orientação do revogado Decreto-lei n. 7.661/45, ou seja, tais obrigações passam a ser exigíveis, apesar das críticas²¹⁹. Aqui, estamos falando não só das pensões decorrentes de vínculos familiares, mas também daquelas decorrentes de atos ilícitos. A condição de crise do devedor pode ensejar a redução ou a extinção da obrigação de pagar a pensão, mas apenas para o futuro. Os créditos de pensão alimentícia já existentes serão exigíveis e se sujeitam à recuperação²²⁰.

²¹⁶ STJ - REsp 1841960/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2020, DJe 13/04/2020.

²¹⁷. “Na fase de execução, o depósito judicial do montante (integral ou parcial) da condenação extingue a obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada”. STJ – REsp 1348640/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, CORTE ESPECIAL, julgado em 7-5-2014, DJe 21-5-2014.

²¹⁸ CANTO, Jorge Luiz Lopes do. Os efeitos preponderantes do depósito judicial frente aos créditos sujeitos à recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, v. 3, jan./mar. 2017.

²¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34.

²²⁰ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 71; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO,

2.5 Créditos condicionais

Existem créditos cuja existência está subordinada a uma condição suspensiva, vale dizer, a um evento futuro e incerto. A título exemplificativo, tome-se os exemplos de vendas de ativos com valores contingentes (*earn out*) que só serão exigidos se alcançados certos resultados futuros. “O direito do credor em face do devedor apenas surgirá após o evento ter previsto ocorrido, o que poderá não acontecer”²²¹. Assim, a referência a ser usada é a data do implemento da condição.

Pode ser que credor nunca tenham o direito de receber o crédito condicional. Por isso, não se pode falar em um crédito existente, antes do implemento da condição. Se nem na falência pode-se agravar a situação do falido com o vencimento antecipado de obrigações condicionais²²², com muito mais razão na recuperação judicial que se pauta pelos princípios da função social e da preservação da empresa (art. 47 da Lei n. 11.101/2005). A exigibilidade da obrigação continuará submetida ao evento futuro e incerto estabelecido como condição de sua exigibilidade.

3. Créditos não abrangidos

Em síntese, estão fora da recuperação os créditos constituídos após a distribuição do pedido²²³ porque só passariam a existir depois do pedido. Do mesmo modo, os créditos já extintos na data do pedido, porque não mais existiriam. Além disso, existem créditos que não são alterados pelo acordo e os que são inexigíveis na recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005 – art. 5º) e, por isso, também não são abrangidos. Há ainda aqueles créditos que foram expressamente excluídos do acordo, como os créditos fiscais (CTN – art. 187) e os indicados pelos artigos 49, § 3º e 86, II da Lei n. 11.101/2005.

Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

²²¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 204-205

²²² PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di diritto fallimentare*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1955, v. 1, p. 485; CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 336.

²²³ STJ – AgRg nos EDcl no CC 136.571/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24-5-2017, DJe 31-5-2017.

Embora a situação pareça clara, existem muitas situações que precisam ser mais bem definidas, justamente para que a abrangência da recuperação seja melhor compreendida.

3.1 Inexistência de alterações do crédito no plano de recuperação

A recuperação é um negócio jurídico privado realizado sob supervisão judicial. Ao ser concedida a recuperação judicial, os credores sujeitos a ela, mesmo que não concordem com o plano, ficarão vinculados. “Uma vez aprovado o plano de recuperação judicial, todos os credores a ele se submetem, independentemente de discordância ou, como *in casu*, de inércia do credor”²²⁴.

Não se submetem ao processo aqueles credores cujos créditos não sejam alterados pelas condições do plano de recuperação, justamente porque não haverá novação das obrigações no caso. Sem ter suas condições alteradas, não há motivo para manifestação desse tipo de credor sobre o acordo a ser firmado. Por isso, a lei expressamente exclui o seu direito de voto (Lei n. 11.101/2005 – art. 45, § 3º).

Nesse sentido, Reinaldo Limiro afirma que “Quanto ao credor, cujo plano de recuperação judicial não tiver alterado o valor ou as condições originais de pagamento do seu crédito, o mesmo não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quórum de deliberação do plano de recuperação judicial”²²⁵.

3.2 Créditos inexigíveis

Pela situação de crise inerente ao devedor que pede a recuperação judicial, certos créditos passam a ser inexigíveis e, por isso, não são abrangidos pela recuperação.

O art. 5º da Lei n. 11.101/2005 afirma que não são exigíveis do devedor e, consequentemente, não são abrangidas pela recuperação judicial, as obrigações a título

²²⁴ STJ – REsp 1661496/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27-4-2017, DJe 8-5-2017.

²²⁵ LIMIRO, Reinaldo. Negociando na assembleia de credores na recuperação judicial. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/248083/negociando-na-assembleia-geral-de-credores-na-recuperacao-judicial>. Acesso 19 jul 2020. No mesmo sentido: TJSP; Agravo de Instrumento 2004869-45.2018.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Tanabi - 1ª Vara; Data do Julgamento: 12/03/2018; Data de Registro: 12/03/2018

gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

3.2.1 Obrigações a título gratuito

No que tange às obrigações a título gratuito, a inexigibilidade é óbvia. Se o devedor está passando por uma crise, não é razoável obrigá-lo a arcar com obrigações que não lhe deem uma contrapartida. Obrigações que simplesmente diminuirão seu patrimônio, sem um retorno, não poderão ser exigidas, sob pena de prejuízo injustificável para toda a massa de credores. Por não serem sequer exigíveis, tais créditos não participam do processo de recuperação judicial. Assim, doações e outras obrigações a título gratuito não farão parte do processo, mesmo que sejam anteriores.

Nesse particular, a questão da maior relevância é o enquadramento da fiança e do aval prestados pelo devedor em recuperação judicial.

No que tange à fiança, boa parte da doutrina contratualista²²⁶ encaixa a fiança como um exemplo de contrato gratuito. A mesma lógica se aplicaria ao aval que, em regra, seria uma obrigação de caráter gratuito²²⁷. Com base nesse raciocínio, o TJDFT excluiu um crédito decorrente de uma fiança da recuperação judicial²²⁸.

Ocorre que nas relações empresariais, a questão não é tão simples assim, tendo em vista a onerosidade inerente às relações empresariais. Especialmente nas fianças e avais prestados a outros integrantes do grupo empresarial, o benefício para o grupo é evidente, pela diminuição de encargos e facilitação ao crédito. Assim, em razão disso, há decisões que reconhecem a exigibilidade da fiança prestada dentro do grupo empresarial,

²²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. III, p. 454; GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 435; LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 430; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. III, p. 532.

²²⁷ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Títulos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 471; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 5, p. 439; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito cambiário*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 577; BONFANTI, Mario Alberto; GARRONE, José Alberto. *De los títulos de crédito*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 717.

²²⁸ TJDFT – Acórdão n. 598805, 20120020062246AGI, Relator: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27-6-2012, Publicado no DJe: 29-6-2012, p. 121.

dada a onerosidade inerente a tal garantia nesta situação²²⁹. Nesse sentido, o TJSP já reconheceu a onerosidade em uma fiança prestada por uma integrante de um grupo empresarial em favor de outra, afirmando que há uma comunhão de interesses comerciais que afastaria a gratuidade da operação²³⁰.

A nosso ver, é possível analisar nos casos concretos a onerosidade da fiança e do aval, especialmente dentro de grupos empresariais, isto é, só devem ser consideradas gratuitas as fianças e avais de mero favor. Qualquer fiança ou aval em que demonstrada alguma contraprestação, ainda que intangível, será considerada onerosa e, consequentemente, será exigível na recuperação judicial e na falência. Nesse sentido, o STJ permitiu a inclusão de um crédito decorrente de aval prestado na recuperação judicial da avalista, pois as devedoras principais (avalizadas) eram suas subsidiárias²³¹.

3.2.2 Despesas dos credores

Da mesma forma que as obrigações a título gratuito, as despesas judiciais e extrajudiciais²³² que os credores tiveram para tomar parte do processo não são exigíveis. Tais custos devem ser arcados pelo credor, não se podendo pedir o resarcimento ao devedor. Por isso, tais créditos também não são abrangidos pela recuperação judicial. Assim, os custos decorrentes da contratação de um advogado ou de um contador, para poder se manifestar no processo de recuperação, serão de responsabilidade exclusiva do credor²³³. Da mesma forma as eventuais despesas extrajudiciais de realização de um protesto.

Ressalte-se, porém, que as custas dos processos entre devedor e credor, em que o devedor seja vencido, permanecerão exigíveis. A título exemplificativo, as despesas inerentes a uma ação de indenização movida pelo credor contra o devedor, em que este

²²⁹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 85.

²³⁰ TJSP – AI 555.255.4/4-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Desembargador Romeu Ricupero, j. 30-7-2008; No mesmo sentido: TJDF – Acórdão n. 511457, 20110020017196AGI, Relator: ESDRAS NEVES, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 2-6-2011, Publicado no DJe: 21-6-2011, p. 48.

²³¹ STJ - REsp 1677939/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 26/06/2020.

²³² MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 69.

²³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

tenha sido vencido, permanecem exigíveis. Dessa forma, são exigíveis as custas dos atos do processo, mas também a diária de testemunhas e a remuneração de peritos e assistentes técnicos²³⁴, bem como os honorários de sucumbência²³⁵.

3.3 Créditos fiscais

Os créditos de natureza tributária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial²³⁶, não havendo nem suspensão das execuções fiscais em curso (Lei n. 11.101/2005 – art. 6º, § 7º), ressalvada a hipótese de parcelamento especial. A exclusão aqui decorre do art. 187 do Código Tribunal Nacional, que afirma que o crédito fiscal não é sujeito a concurso de credores ou à recuperação judicial. Pelo princípio da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público, não se admite negociação sobre os créditos fiscais e, por isso, não há como incluí-los no processo de recuperação.

Apesar disso, o fisco deve colaborar ou, ao menos, não atrapalhar a recuperação judicial. Nesse sentido, a Lei n. 11.101/2005 determinou que “as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional” (art. 68). Além disso, definiu-se que os devedores enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos aos demais devedores.

Atualmente, na órbita federal tal parcelamento está disciplinado no art. 10-A da Lei n. 10.522/2002, na redação dada pela Lei n. 13.043/2014. No âmbito dos Estados, já existe o Convênio n. 59/2012 do CONFAZ, que autoriza o parcelamento do ICMS, mas depende de leis locais para implementação. Em alguns Estados e Municípios, já existem

234 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

235 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 70; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 210.

236 SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008, p. 236; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 199; LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

leis específicas sobre o parcelamento especial para os devedores em recuperação judicial. Todavia, no caso de falta de lei especial, não há possibilidade de extensão do parcelamento de outras unidades federativas, uma vez que não há como fugir do princípio da legalidade tributária, devendo ser usada apenas a legislação de cada ente tributante. Assim, caso não haja lei especial, o máximo que o devedor poderá obter será o parcelamento geral previsto na legislação do ente tributante²³⁷.

3.4 Credores proprietários

Pela falta de interesse em eventual negociação, a lei também determina a exclusão dos chamados credores proprietários, referidos no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, a saber: credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Tal previsão vem limitando bastante a eficácia da recuperação judicial, uma vez que boa parte dos credores em certas atividades se reveste dessas características e, por isso, é chamada de trava bancária²³⁸, na medida em que beneficia especialmente os bancos. Na jurisprudência mais recente do STJ, ficou pacificado o entendimento de que tal exclusão é perfeitamente legítima, na medida em que não haveria hierarquia dentro do texto da Lei n. 11.101/2005 e, por isso, a norma seria perfeitamente aplicável²³⁹.

237 STJ – REsp 1383982/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08-02-2018, DJe 5-3-2018.

238 COELHO, Fábio Ulhoa. A trava bancária. *Revista do Advogado*, n. 105, ano XXIX, set. 2009, p. 62-63.

239. STJ – AgRg no REsp 1326851/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19-11-2013, DJe 3-12-2013; REsp 1263500/ES, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 5-2-2013, DJe 12-4-2013; REsp 1279525/PA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 7-3-2013, DJe 13-3-2013; STJ – REsp 1549529/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18-10-2016, DJe 28-10-2016; STJ – AgInt no REsp 1475258/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 7-3-2017, DJe 20-3-2017.

3.4.1 Proprietário fiduciário

Não são abrangidos pela recuperação os créditos do titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis.

Alienação fiduciária em garantia é o:

negócio jurídico de transmissão condicional, pelo qual o devedor, também chamado fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de determinada coisa móvel ou da titularidade resolúvel de direito sobre coisa móvel ou de título de crédito²⁴⁰.

Em outras palavras, o devedor aliena para o credor um bem, que ele adquiriu ou que já constava do seu patrimônio, em garantia de determinada obrigação. Caso a obrigação seja paga, a propriedade plena retornará ao devedor. Caso a obrigação não seja paga, o credor poderá fazer recair os seus direitos sobre o bem, dado em garantia, que está na sua propriedade.

Em tais situações, o próprio credor se protege em face de eventuais problemas do devedor. Em razão disso, afasta-se a incidência da recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. Em tese, haveria a redução dos juros decorrentes de tais obrigações pela diminuição do risco²⁴¹.

Mesmo que não esteja constituída no cartório, a propriedade fiduciária vale entre as partes e exclui o credor da recuperação judicial²⁴². Igualmente, ainda que o bem o bem tenha sido alienado fiduciariamente por terceiro, o proprietário se mantém excluído da recuperação judicial²⁴³.

²⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 179.

²⁴¹ SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Reflexos da lei de falências e recuperação de empresas nas relações com as instituições financeiras. In: BATTELO, Sílvio Javier. *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 107.

²⁴² STJ - AgInt no REsp 1758995/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020; AgInt nos EDcl no REsp 1621369/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 31/03/2020.

²⁴³ STJ- REsp 1549529/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016.

Também estará inserida dentro do conceito de propriedade fiduciária, a cessão fiduciária de direitos creditórios²⁴⁴. Inicialmente se reconhecia que haveria submissão à recuperação judicial do crédito garantido por cessão fiduciária, se não houvesse a especificação do objeto da cessão fiduciária, isto é, se existem apenas menções genéricas ao que constitui a garantia²⁴⁵. O STJ reformou esta orientação concluindo que “a exigência de especificação do título representativo do crédito, como requisito formal à conformação do negócio fiduciário, além de não possuir previsão legal – o que, por si, obsta a adoção de uma interpretação judicial ampliativa – cede a uma questão de ordem prática incontornável. Por ocasião da realização da cessão fiduciária, afigura-se absolutamente possível que o título representativo do crédito cedido não tenha sido nem sequer emitido, a inviabilizar, desde logo, sua determinação no contrato”²⁴⁶. Assim, toda e qualquer cessão fiduciária de créditos fica fora do âmbito da recuperação judicial.

Todavia, em razão do princípio da preservação da empresa, tais credores não podem exercer seus direitos para retirar do estabelecimento do devedor bens essenciais ao exercício da atividade, no prazo de 180 dias após o deferimento do processamento do pedido de recuperação. Em última análise, os credores em tais situações estão protegidos, mas não a ponto de inviabilizar a própria recuperação da empresa. Não prevalecem nem mesmo cláusulas resolutórias expressas²⁴⁷. Cabe ao devedor o ônus da prova da essencialidade do bem (Enunciado 99 da III Jornada de Direito Comercial).

No entanto, a definição de quais bens são essenciais ou não para a continuação da atividade fica sujeita a decisão judicial. Como o artigo 49, § 3º fala especificamente em bens de capital, o STJ²⁴⁸ entendeu que tal expressão abrange apenas bens corpóreos

²⁴⁴ STJ – AgInt no REsp 1772347/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 12/06/2020; AgInt no REsp 1641175/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020.

²⁴⁵ FARIA, Mauro Teixeira de. Liberação de recebíveis por conta do desatendimento do requisito de especialização do bem objeto da garantia fiduciária. Sujeição do crédito garantido aos efeitos da recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 75, jan./mar. 2017, p. 87; TJSP. Agravo de Instrumento 2205499–25.2015.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 29-01-2016.

²⁴⁶ STJ – Resp 1797196/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 9 de abril de 2019, DJe de 12 de abril de 2019. No mesmo sentido: STJ - AgInt no AREsp 1569510/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 20/02/2020.

²⁴⁷ CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Maria Labate Batalha. *Comentários à Lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 94.

²⁴⁸ STJ - REsp 1758746/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 01/10/2018.

utilizados no processo produtivo, que estejam na posse do devedor em recuperação e cuja utilização não esvazie a própria garantia, isto é, não pode se tratar de bem perecível ou consumível. Desse modo, os créditos cedidos fiduciariamente não se encontram entre os bens de capital essenciais, podem ser utilizados normalmente para satisfação do credor, pois seu recebimento pelo devedor esvaziaria a garantia.

Em algumas hipóteses excepcionais, o credor da alienação fiduciária pode se sujeitar a recuperação judicial. Assim, se o valor dos bens garantidores foi inferior ao valor total do débito, caso em que “a dívida fiduciária até o valor do(s) bem(ns) está fora dos efeitos do procedimento recuperacional, ao passo que o valor excedente ficará obrigatoriamente sujeito, incluído na classe dos credores quirografários”²⁴⁹.

3.4.2 Arrendador mercantil

Em situação similar à da alienação fiduciária está o arrendador mercantil, vale dizer, o credor do *leasing*. Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, define tal contrato como “uma locação, qualificada pela futura e eventual da compra do bem, assegurando-se a viabilidade da operação através do aporte financeiro obtido pela intermediação de empresa especializada”²⁵⁰. Há aqui algo muito similar a uma locação com opção de compra do bem locado.

Para diminuir os custos deste contrato, afastou-se o arrendador da recuperação judicial, permitindo-se que ele mantenha os direitos decorrentes do contrato. Por não se submeter à recuperação, em tese, os riscos do arrendador são menores e, por isso, os custos deveriam ser menores, facilitando o seu uso pelos mais diversos empresários. Todavia, aqui também, esse credor não pode retirar do estabelecimento do devedor bens essenciais ao exercício da atividade, no prazo de 180 dias após o deferimento do processamento do pedido de recuperação, prevalecendo a preservação da empresa em detrimento dos credores. O TJSP já negou ao arrendador o direito de tirar computadores

²⁴⁹ SHIRAI, Rodrigo. Hipóteses excepcionais de sujeição de operações garantidas por alienação fiduciária à recuperação judicial. *Crise Econômica e Soluções Jurídicas*, n. 59, dez/2015.

²⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 35.

do estabelecimento do devedor, pelo prazo de 180 dias, por considerá-los essenciais à atividade²⁵¹.

No caso do *leasing* de aeronaves ou suas partes, o art. 199, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 determina que “em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes”. Em outras palavras, nas locações ou arrendamentos de aeronaves ou suas partes a inadimplência do devedor permitiria ao arrendador retirar os bens da posse do devedor, mesmo que fossem bens essenciais para a sua atividade. Trata-se de regra casuística e pouco justificável em razão do princípio da preservação da empresa, mas não chego a vislumbrar uma constitucionalidade nela.

Apesar disso, o TJSP já determinou a aplicação literal de tal dispositivo, permitindo a retomada de aeronaves em relação a empresários em recuperação judicial²⁵². De outro lado, o TJRJ afastou tal regra, privilegiando, a nosso ver com razão, a função social e a preservação da empresa²⁵³.

3.4.3 Proprietário em contrato de venda com reserva de domínio

Outra exclusão se refere ao proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, ou seja, o credor dos contratos de compra e venda com reserva de domínio não se sujeita à recuperação judicial, ainda que não registrado o contrato²⁵⁴. Neste contrato, o que se tem é “uma compra e venda de coisa móvel, em que se subordina a efetiva transferência da propriedade ao pagamento integral do preço”²⁵⁵. Mesmo que não haja o

251 TJSP – 28ª Câmara – AG 1062639500 – Relator Desembargador Neves Amorim, julgado em 24-10-2006.

252 TJSP – 26ª Câmara – AG 1119044500 – Relator Desembargador Vianna Cotrim, julgado em 30-7-2007.

253 TJRJ – 4ª Câmara Cível – AG 2005.002.23836 – Relator Desembargador Reinaldo p. Alberto filho, julgado em 22-11-2005.

254 STJ - REsp 1725609/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 22/08/2019

255 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV, t. 2, p. 66.

registro no cartório, tal contrato já produz efeitos entre as partes excluindo o credor da recuperação judicial²⁵⁶.

O comprador já passa a ter a posse direta do bem, mas a transferência da propriedade fica sujeita a uma condição suspensiva. Assim, o credor se resguarda de eventuais problemas com o devedor, na medida em que ele poderá reaver a coisa.

Mesmo que o comprador peça a recuperação judicial, os direitos do credor do contrato são mantidos. Repete-se aqui a mesma orientação da alienação fiduciária em garantia e do arrendamento mercantil. Se o devedor está na posse, mas ainda não adquiriu a propriedade do bem, os direitos do credor são mantidos inalterados. Diminuem-se os riscos e, consequentemente, os custos de tais aquisições.

Ressalte-se, porém, que o credor não poderá retirar do estabelecimento do devedor bens de capital essenciais à continuação da atividade, pelo prazo de 180 dias após a decisão de processamento da recuperação. Protege-se o credor, mas não a ponto de inviabilizar a preservação da empresa.

3.4.4 Proprietário ou promitente vendedor de imóveis

Também não é abrangido pela recuperação judicial o credor dos contratos de compra e venda de imóveis ou de promessa de compra e venda de imóveis, desde que haja cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias. A presença dessas cláusulas acaba assegurando um direito real sobre o imóvel, permitindo que o adquirente ou promissário comprador pleiteie a adjudicação compulsória²⁵⁷.

Em razão desse direito real, o proprietário ou promitente vendedor do imóvel não tem como alterar as condições do contrato. Por isso, a Lei n. 11.101/2005 optou por impedir que o adquirente ou promissário comprador tivesse o poder de alterar as condições desses contratos em razão de uma recuperação judicial. Os direitos do proprietário ou promitente vendedor de imóveis não são afetados pela recuperação

²⁵⁶ STJ - REsp 1829641/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 05/09/2019

²⁵⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006, p. 122.

judicial, mantendo-se todas as condições anteriores. Mantém-se a segurança nessa relação.

Aqui também o credor possui um único limite. Ele não poderá retirar do estabelecimento do devedor bens de capital essenciais para a continuação da sua atividade, durante os 180 dias de suspensão posteriores à decisão de processamento da recuperação. Trata-se de uma clara aplicação do princípio da preservação da empresa.

3.4.5 Credor de adiantamento de contrato de câmbio

Por fim, não são abrangidos pela recuperação judicial os créditos referentes a adiantamento de contrato de câmbio para exportação (Lei n. 11.101/2005 – art. 86, II). Por meio dos contratos de câmbio, em geral, o que se realiza é a troca de moedas no espaço, vale dizer, recebe-se moeda estrangeira e entrega-se moeda nacional. No adiantamento de contrato de câmbio para exportação, há um pagamento antecipado²⁵⁸, isto é, entrega-se a moeda nacional antes de se receber a moeda estrangeira.

Nesse caso, o exportador vendeu mercadorias no exterior e possui um crédito a receber em moeda estrangeira. Todavia, tais valores só serão recebidos no futuro. Assim, ele pede para a instituição financeira uma antecipação, ou seja, ele pede o pagamento em moeda nacional antes da entrega da moeda estrangeira. Tal contrato é essencial no comércio internacional, pois permite a mais pronta e ágil circulação das riquezas.

Para dar segurança ao credor de tais contratos, permitindo que ele realize o pagamento antecipado sem preocupações, afasta-se tal crédito da recuperação judicial e da própria falência.

258 SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 320.

Considerações finais

A pandemia do COVID-19 tem acarretado nefastas consequências para a vida econômica brasileira. A rotina empresarial tem sido impactada fortemente pela questão, engendrando uma reação em cadeia a contaminar a arrecadação pública e a vida privada. A legislação brasileira criou soluções para lidar com as dificuldades empresariais, tentando superá-las, com especial destaque para recuperação judicial. Todavia, a recuperação traz riscos que precisam ser muito bem ponderados.

A recuperação judicial depende da concordância dos credores. É difícil imaginar que os credores prejudicados efetivamente concordem com a recuperação. Todavia, não há tal contradição, pois a realidade econômica impõe essa aprovação, a fim de evitar resultados piores. Apesar disso, o risco de não concordância sempre vai existir e, por isso, é fundamental identificar claramente quem poderá ou não participar da votação.

Caberá aos advogados analisar os credores individualmente, avaliando sua inclusão ou não no processo à luz dos critérios que vem sendo definido pela jurisprudência, com base nos parâmetros apresentados neste estudo.

Referências

- ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BATTELO, Sílvio Javier. *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- BONFANTI, Mario Alberto; GARRONE, José Alberto. *De los títulos de crédito*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Maria Labate Batalha. *Comentários à Lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- CANTO, Jorge Luiz Lopes do. Os efeitos preponderantes do depósito judicial frente aos créditos sujeitos à recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, v. 3, jan./mar. 2017.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 5.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A trava bancária. *Revista do Advogado*, n. 105, ano XXIX, p. 61-65, set. 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PEPE, Giorgio Schiano (Coord.). *Il diritto fallimentare riformato*. Padova: CEDAM, 2007, p. 491.

FARIA, Mauro Teixeira de. Liberação de recebíveis por conta do desatendimento do requisito de especialização do bem objeto da garantia fiduciária. Sujeição do crédito garantido aos efeitos da recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 75, jan./mar. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV, t. 2.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. III.

JANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Droit commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

LIMIRO, Reinaldo. Negociando na assembleia de credores na recuperação judicial. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/248083/negociando-na-assembleia-geral-de-credores-na-recuperacao-judicial>. Acesso 19 jul 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito cambiário*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.

PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. *La junta de acreedores*. Madrid: Civitas, 2008.

PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di diritto fallimentare*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1955, v. 1.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Títulos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007.

SHIRAI, Rodrigo. Hipóteses excepcionais de sujeição de operações garantidas por alienação fiduciária à recuperação judicial. *Crise Econômica e Soluções Jurídicas*, n. 59, dez/2015.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

QUOTAS PREFERENCIAIS: A POLÊMICA SOBRE A SUPRESSÃO DO DIREITO DE VOTO EM LIMITADAS

PREFERRED NON-VOTING SHARES: THE CONTROVERSY ABOUT THE SUPPRESSION OF VOTING RIGHTS IN LIMITED LIABILITY COMPANIES

Uinie Caminha²⁵⁹

Liliane Gonçalves Matos²⁶⁰

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a adequação das disposições da Instrução Normativa 81 de 2020 do Departamento Nacional de Registro de Empresas e Integração – DREI, no que se refere à supressão ou limitação do direito de voto em sociedades limitadas, considerando a aplicação supletiva das regras das sociedades anônimas. Inicialmente, analisa-se o texto do Código Civil com relação ao preenchimento de lacunas nas regras específicas sobre sociedades limitadas. Em seguidas, passa-se a analisar a natureza dos direitos societários em geral, e especificamente com relação às sociedades limitadas, modelos de deliberação e quóruns, para, ao final, concluir sobre o problema apresentado, ou seja, pela adequação e oportunidade das disposições sobre quotas preferenciais, restrição ao direito de votos e contagem de quóruns no caso de adoção desse instituto.

Palavras-chave: Sociedade Limitada. Normas aplicáveis. Direito de voto. Quotas preferenciais.

Abstract: This essay aims at analyzing the suitability of the provisions of Regulation #81 issued by the National Department of Entrepreneur's Registration and Integration - DREI, concerning the suppression or limitation of voting rights in limited liability companies, considering the subsidiary ruling of corporations law. First, the provisions of the Brazilian Civil Code about the

²⁵⁹ Doutora e Pós-doutora pela Universidade de São Paulo. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Professora da Universidade Federal do Ceará. Advogada.

²⁶⁰ Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

absence of specific rules for limited liability companies are analyzed. Then, the nature of corporate rights in general and further specially of quota holders in limited liability companies, the decision making models are considered. In conclusion, the provisions on preferred non-voting quotas and quorum are considered suitable and convenient.

Keywords: Limited Liability Company. Applicable rules. Voting right. Preferred non-voting quotas.

Introdução

A sociedade limitada é, há muitos anos, o tipo societário mais utilizado para o exercício da atividade empresária no Brasil. Mesmo quando comparada a outras estruturas jurídicas não societárias, as limitadas ainda se apresentam como alternativa de eleição do empreendedor brasileiro que pretende limitar sua responsabilidade²⁶¹.

Em grande medida, esse fato se deve à legislação que inseriu as sociedades por quotas de responsabilidade limitada no cenário jurídico brasileiro, o Decreto 3708/1919. Com efeito, o legislador deixou a critério dos sócios a maioria das regras relativas ao funcionamento da sociedade, contendo a lei poucas regras que não poderiam ser alteradas por vontade das partes.

O decreto 3708/1919 vigorou até 2002, quando foi revogado pela Lei 10.406/2002 que instituiu um novo Código Civil. Ao contrário do Decreto, o Código Civil trouxe uma disciplina mais prolixia para as sociedades limitadas, restringindo a autonomia da vontade dos sócios. O novo regramento parece ter pretendido aproximar as sociedades limitadas das companhias nas exigências de formalismo e burocracia, porém, não o fez para prever diretamente a possibilidade da utilização de tecnologias societárias que modernizassem o tipo.

Ademais, a imprecisão da linguagem do Código com relação ao Direito Societário fez surgir diversas dúvidas que acabaram por dividir a doutrina e trazer insegurança jurídica aos Registros de Comércio e ao Judiciário. Estudiosos do Direito

²⁶¹ - Informação baseada nos dados contidos no Mapa de Empresas disponibilizado pelo Governo Federal em <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapas-de-empresas>, acesso em 10 de ago 2020. Nesse documento dinâmico, pode-se acompanhar dados de constituição de empresas mês a mês, por unidade da federação e ainda de acordo com a natureza jurídica.

Societário trataram de esforçar-se para interpretar e dar sentido às disposições do Código quando, por muitas vezes, há simplesmente imprecisão técnica.

Um dessas questões foi reacendida recentemente com a IN 81/2020 do Departamento Nacional de Registro de Empresas e Integração-DREI, que, ao consolidar diversas regras relativas ao registro de sociedades, expressamente previu a emissão de quotas preferenciais sem direito a voto pelas limitadas. A partir daí, reiniciou-se uma discussão sobre a compatibilidade do instituto com o tipo societário e mesmo com as normas específicas vigentes sobre sociedades limitadas, além de por em discussão a competência do DREI para regulamentar essa matéria.

O objetivo deste artigo é apresentar o ponto de vista das autoras sobre a compatibilidade da IN 81/2020 com a legislação específica das sociedades limitadas, partindo da aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas às sociedades limitadas com o intuito de fundamentar o entendimento adotado.

Inicialmente, trata-se das normas aplicáveis às sociedades limitadas e as controvérsias acerca da utilização de normas específicas de outros tipos societários - simples e anônimas, no caso de lacunas na regulação daquele tipo.

Em seguida, analisam-se a natureza e as características dos direitos de sócios para, ao fim, concluir-se especificamente sobre o direito de voto, sua eventual limitação e compatibilização com o sistema de deliberações societárias.

1. As normas aplicáveis às sociedades limitadas

O legislador brasileiro optou, no Código Civil de 2002 (CCB/2002), por manter o sistema societário típico. Assim, prevê seis tipos societários sob o qual a atividade econômica pode se constituir, quais sejam: simples, em comandita simples, comandita por ações, em nome coletivo, limitadas, anônima e a cooperativa. Além disso, oferece ao empreendedor duas estruturas jurídicas não societárias: o empresário individual e a empresa individual de responsabilidade limitada, para o caso de não se pretender a possibilidade de ter sócios.

As sociedades limitadas são aquelas em que sócios respondem apenas pelo valor de suas quotas uma vez integralizado o capital social, e solidariamente até o montante

deste antes de sua integralização. Fora essa característica, que não pode ser alterada pelos sócios, os demais termos sob os quais se relacionariam os sócios poderiam ser dispostos quase que livremente no contrato social. Tradicionalmente, dizia-se que a simplicidade para disposição de cláusulas no contrato social, menor burocracia na condução dos negócios e caráter híbrido quanto a *affectio societatis*, se se comparado às anônimas, por exemplo, explicariam, em grande parte, a preferencia do empresário brasileiro pela sociedade limitada.²⁶²

Sobre isso, Marcondes (1970, p. 179) afirma que a limitada “pode ser enquadrada como a espécie em que todos os sócios prestam contribuição patrimonial limitada por quotas e contribuição pessoal máxima”. Nesse tipo societário a *affectio societatis* está, para todos os sócios, em função do *intuitus personae*, mas também está em função do *intuitus pecunie*, relativamente à contribuição patrimonial (MARCONDES, 1970, p. 179). A conjugação desses fatores permite às LTDA ter maior presença no cenário econômico brasileiro.²⁶³

Apesar de o Código Civil ter ampliado consideravelmente o número de artigos específicos sobre a limitada (de 19, no Decreto 3708/1919, para 35, além das remissões diretas à dispositivos relativos às sociedades simples), a legislação não evoluiu em qualidade. Sua disciplina, que se encontra no Livro dedicado ao Direito da Empresa, Título II, Subtítulo II, Capítulo IV artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil deve ser, sem demora, revista.²⁶⁴

A exemplo do que ocorria no Decreto 3708/1919, a norma civilista determinou, no art. 1.053, a aplicação da disciplina de outras sociedades no caso de ausência de norma específica para as limitadas. Todavia, se no caso da legislação revogada era prevista

²⁶² Além de permitir a separação patrimonial entre os bens da pessoa que explora a atividade e os do seu veículo para a exploração (personalidade jurídica); ter regras de contabilidade, em princípio, mais simples do que as aplicáveis às sociedades anônimas; e, apresentar regime de publicidade mais brando, se comparado ao qual se submetem as sociedades anônimas.

²⁶³ A título de exemplo, na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro - JUCERJA, de janeiro a agosto de 2019, foram constituídas 12.307 sociedades limitadas (LTDA), 11.413 empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI) contra apenas 191 sociedades anônimas (S.A). Acesso em 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jucerja.rj.gov.br/Informacoes/Estatistica>. Esses dados repetem-se nos demais estados do Brasil.

²⁶⁴ Nesse sentido, conf. Caminha, Uinie Sociedade Limitada: o que precisamos fazer pela menina de nossos olhos in LUPION, Ricardo Sociedades Limitadas: estudos em homenagem aos 100 anos. Porto Alegre, Fi, 2019, pp. 597-615

apenas a regência supletiva da Lei das Sociedades por ações, o novo texto inovou. Com efeito, determina o dispositivo:

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Assim, o Código Civil prevê, expressamente, que no caso de ausência de regra específica sobre determinada matéria, as sociedades limitadas devem ser regidas pelas regras sobre sociedades simples. Dá, todavia, a faculdade para que os sócios de prevejam, no contrato social, a utilização das regras das sociedades anônimas supletivamente.

Se, a priori, essa disposição possa aparentar ser de fácil compreensão, na doutrina há muitas divergências sobre a maneira como deva ser interpretada. Parte acredita que quando os sócios preveem contratualmente a regência supletiva da Lei das S.A, em *última ratio*, estariam afastado o caráter *intuitu personae* das limitadas e atribuindo feição de capital. Portanto, na ausência de normas específicas, dever-se-ia, imediatamente, recorrer-se à lei do anonimato.

Coelho (2007, p. 153) acredita que se o contrato social contemplar cláusula expressa, determinando a aplicação da Lei das S.A. aos casos não regulados no capítulo específico do CCB/2002 referente às limitadas, o regime das sociedades simples não se

aplica.²⁶⁵ Comungam da mesma perspectiva Egberto Lacerda Teixeira²⁶⁶, Pereira Calças²⁶⁷ e Haroldo Duclerc Verçosa. Esse ultimo, assim ensina:

²⁶⁵ Em outro momento, Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 19) afirmou que, “com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a questão da legislação aplicável às sociedades limitadas perde a complexidade doutrinária. Desde então, o regime disciplinar desse tipo societário é do Código Civil, no capítulo próprio referente às sociedades limitadas (CC, arts. 1.052 a 1.087). Quando omissas o Código Civil na disciplina específica desse tipo societário, a regência supletiva pode ser a da sociedade simples ou a da anônima, dependendo da vontade dos sócios (CC, art. 1.053). Em outros termos, se o contrato social da limitada contiver cláusula estabelecendo a regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, aplica-se a LSA nas omissões do capítulo do Código Civil concernente às sociedades limitadas; caso contrário, prevendo-o ou não o contrato social, as omissões desse capítulo devem ser supridas pelas normas referentes às sociedades simples (que correspondem às regras do regramento geral das sociedades contratuais).”.

²⁶⁶ “A forma de organização do artigo (regras separadas no caput e no parágrafo único) poderia gerar a dúvida de que, mesmo havendo previsão de regência supletiva pela lei das sociedades anônimas, ainda assim valeriam de alguma forma as normas da sociedade simples. Entendemos, contudo, que tal interpretação seria equivocada. A regra que parecia obrigatória no caput do artigo na verdade não é, posto que é imediatamente flexibilizada no parágrafo único com a possibilidade de estipulação diversa no contrato social. Tanto o caput quanto o parágrafo único do artigo 1.053 dispõem sobre exatamente a mesma matéria, não podendo conviver as duas regras em uma única sociedade. O que existe é apenas uma diferença na forma de redação dos dispositivos. O caput utiliza a linguagem das omissões no capítulo das limitadas, enquanto que o parágrafo único menciona diretamente a regência supletiva pelas normas da sociedade anônima. Nos dois casos, entretanto, trata-se de quais serão as normas supletivas nas hipóteses de omissão das normas principais. Assim, parece-nos que a escolha das normas da sociedade anônima para suprir as omissões do capítulo das limitadas afasta inteiramente a aplicação das normas da sociedade simples. A forma de organização do artigo e sua redação podem ter uma explicação histórica. O texto original do projeto de alteração do Código Civil, elaborado na década de 70, não tinha o parágrafo único. Portanto, existia apenas a regra estipulando a aplicação das normas da sociedade simples em caso de omissão. O parágrafo único foi incluído posteriormente, exatamente para oferecer a opção de escolha pelas normas da sociedade anônima, o que reforça nossos argumentos aqui apresentados. Até em aspectos práticos seria inviável a aplicação obrigatória das regras das sociedades simples nas omissões das limitadas, guardando-se as regras da sociedade anônima como uma terceira fonte de consulta. Estaria, sem dúvida, instalado o caos no direito societário. Aliás, mesmo quando tal tese é defendida, não temos visto nenhuma explicação razoável de como se daria essa escala de aplicação normativa. Muitas vezes seriam misturados conceitos antagônicos ou de difícil conciliação. Se a tarefa de utilizar uma regra societária supletiva já traz uma série de discussões, então imaginem como seria a utilização escalonada de duas regras supletivas. A definição desse posicionamento é fundamental. Em consonância com a observação original do autor, parece bem mais adequado que as omissões nas limitadas sejam supridas pela Lei das S.A. do que pelo capítulo das sociedades simples. As sociedades limitadas possuem muito mais pontos de afinidade com as sociedades anônimas do que com as sociedades simples. Vários institutos e estruturas aparecem igualmente nas limitadas e nas anônimas, como por exemplo assembleia de sócios e conselho fiscal, inclusive com regras similares. Somente o fato de que a responsabilidade dos sócios nas sociedades simples é ilimitada, enquanto que nas sociedades limitadas e nas sociedades anônimas tal responsabilidade é limitada, já torna nítida a aproximação dessas duas últimas, outro ponto já levantado pelo autor em 1956.” (TEIXEIRA, 2007. p. 32).

²⁶⁷ “É bem verdade que o parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil preceitua que o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, mercê do que, pelo sistema do novo Código Civil, as sociedades limitadas serão regidas pelos artigos 1.052 a 1.087 e, nas omissões destes dispositivos legais, incidirão, supletivamente, as normas das sociedades simples ou das sociedades anônimas, de acordo com a vontade dos sócios. [...] A regência legal da sociedade limitada a partir da vigência do novo Código Civil é a seguinte: (1º) normas do capítulo específico que regulam a sociedade limitada (artigos 1.052 a 1.086); (2º) na constituição e dissolução da sociedade, deve ser observado o regime do Código Civil (artigos 1.054 e 1.087); (3º) no silêncio do contrato e nas omissões do capítulo específico do Código Civil, aplica-se o regime das sociedades simples (artigo 1.053); (4º) se o contrato social prever a regência supletiva da Lei das Sociedades por Ações e a matéria for contratual, incide a lei do anonimato; (5º) nas lacunas do Código Civil, será aplicável, por analogia, a Lei das Sociedades por Ações.” (CALÇAS, 2003. p. 38).

Não parece, portanto – como pensam alguns –, que a sociedade limitada será sempre regida nas omissões do NCC pelas regras aplicáveis à sociedade simples, às quais se somariam, facultativamente, outras correspondentes à sociedade anônima, pois haveria antinomia em tal situação. Além disso, desta forma teria sido eliminada quase completamente a liberdade contratual dos sócios na tutela dos seus interesses – o que não foi o caso, mesmo considerando, conforme já dito, que houve sensível redução na matéria, assim determinada negativamente pelo NCC. (VERÇOSA, 2006. p. 370).

Há autores, todavia, como Paula Forgioni²⁶⁸, Alfredo de Assis Gonçalves Neto²⁶⁹, e Mariana Pinto²⁷⁰, que entendem haver ordem para completude da norma. Estabelecem a necessidade de primeiro se aplicarem as regras da sociedade simples para só após se aplicarem as normas da sociedade anônima, ainda que se preveja contratualmente.

Apontam esses defensores que o *caput* do artigo traz a regra geral e que o parágrafo único se relaciona com a exceção. Em outras palavras, a ordem de preferência pela utilização das normas foi estabelecida pelo legislador, de forma que seria temerário desobedecê-lo. Ademais, se tal situação se confirmasse, estaria impondo situação dissociada da realidade, inclusive com a “criação de novo tipo societário” (FORGIONI, 2011, p. 216). Nesse sentido, concorda ainda Campinho:

Quando na sua disciplina verificar-se omissão, aplica-se, como fonte de regência supletiva, o regramento próprio da sociedade simples, que se estabelece como norma geral em matéria de direito societário. Contudo, facilita-se aos sócios, mediante expressa previsão contratual, a opção pela regência subsidiária por meio das regras prescritas na lei das sociedades anônimas. (CAMPINHO, 2006, p. 150)

²⁶⁸ A autora (2011, p. 216) acredita que afastar o regime jurídico da sociedade limitada capitalista configuraria a criação de um novo tipo societário, estranho à nossa evolução histórica e à nossa prática – e que em nada corresponde à nossa realidade –, no qual as regras e os princípios das sociedades anônimas haveriam de ser diretamente aplicados ao regramento específico das limitadas.

²⁶⁹ O caráter supletivo das normas da antes referida lei não é alternativo nem substitutivo do regime próprio a que está sujeita a sociedade limitada. É o que, com toda propriedade, assevera PAULA FORGIONI, ao obtemperar que as regras da sociedade limitada devem ser completadas sempre com aquelas gerais postas na disciplinas das sociedades simples, vindo somente depois a “regência supletiva” das sociedades anônimas. (GONÇALVES NETO, 2016, p. 406)

²⁷⁰ Ao tratar da aplicação supletiva das regras das sociedades limitadas no contexto do direito de retirada imotivada, Mariana Pinto e Sérgio Campinho acrescentam que, mesmo que a sociedade limitada seja regida supletivamente pela Lei das Sociedades Anônimas, tratando-se de matéria relativa a constituição, dissolução e liquidação da sociedade, será sempre regulada pelas normas das sociedades simples, dada a natureza do contrato da sociedade limitada.

Mesmo considerando que os autores que sustentam essa posição a apresentam com consistência teórica e o texto legal não seja preciso, ela não se sustenta tendo em vista tanto aspectos conceituais quanto de cunho prático.

Note-se que quando o legislador pretendia que se aplicasse, independentemente da norma de regência supletiva, as regras relativas às sociedades simples, fez remissão direta, como é o caso dos artigos 1.057, parágrafo único, 1.058 e 1.087.

Por outro lado, se prosperasse o entendimento de que em qualquer caso de lacuna, dever-se-ia primeiro aplicar as normas relativas às sociedades simples, não só as remissões diretas seriam desnecessárias, como desnecessário seria o parágrafo único do art. 1053. Isso porque, em última análise, mesmo que não conste a cláusula de regência supletiva da Lei das SA, em caso de ausência de regras sobre determinada matéria nos dispositivos específicos sobre sociedades limitadas e também no capítulo de sociedades simples, aplica-se a lei do anonimato, por analogia. Isso ocorreria, por exemplo, no caso de operações societárias, grupo de sociedades, acordos de sócios, regras relativas a deveres de administradores, abuso de poder de controle, dentre outras.

Veja que em ambos os casos, estaríamos indo contra princípios básicos de hermenêutica, como o fato de não existirem palavras inúteis na lei ou a interpretação por analogia.

Portanto, entende-se estar a razão com aqueles que concluem que, no caso de previsão contratual de regência supletiva da Lei das SA, deve essa ser aplicada imediatamente no caso de lacuna nas disposições específicas sobre sociedades limitadas. Não se consideram lacunas, todavia, as remissões diretas as disposições do capítulo sobre sociedades simples, vez que, aí, o legislador apenas pretendeu não repetir textos idênticos. Em ambos os casos – regência supletiva das sociedades simples ou anônimas, deve-se respeitar a natureza da sociedade limitada como limite à aplicação de normas emprestadas.

Assim, como já apontado neste trabalho, entende-se que grande parte dessa controvérsia decorre da atecnia da linguagem do Código em matéria societária. Uma vez eleita a regência supletiva da Lei das SA, podem-se ser utilizadas suas disposições e institutos mesmo que não previstos para as limitadas, desde que sejam compatíveis com suas características essenciais, como é o caso das quotas preferenciais.

2. Natureza dos direitos societários

Os contratos de sociedade têm natureza distinta dos contratos bilaterais. Apesar de não se pretender, neste breve artigo, discorrer sobre suas características profundamente, faz-se necessário analisar o tipo de direitos que o vínculo societário traz, para que se compreenda quais desses direitos podem ser suprimidos pela vontade dos sócios – partes do contrato, e aqueles que, por decorrerem da própria natureza do tipo societário eleito ou de norma de ordem pública, não podem ser alterados.

De acordo com o Código Civil, “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (Artigo 981). Do conceito de contrato de sociedade decorrem direitos e deveres relativos à contribuição para a formação do patrimônio social, o objetivo de exercício de atividade econômica e ainda a repartição dos resultados. Assim, vê-se que, do ponto de vista conceitual, não há relevância a forma de deliberação entre os sócios, ou a manifestação de vontade de cada sócio nessas deliberações.

No ordenamento jurídico brasileiro, apenas da Lei 6.404/76, que disciplina as sociedades por ações, traz um rol de direitos considerados essenciais aos sócios, não sendo permitido de que estatuto ou a assembleia os suprima. São eles os dispostos no artigo 109: participar dos lucros sociais; participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; fiscalizar, na da Lei, a gestão dos negócios sociais; preferência na subscrição de novas ações; e retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei. Portanto, dentre os direitos tidos como essenciais pela lei, não está o direito ao voto, que pode ser, e comumente é suprimido nas ações preferenciais.

Por outro lado, o Código Civil, que regula as sociedades contratuais, dentre elas, as limitadas, não traz um rol semelhante ao constante da Lei das SA. Os direitos considerados essenciais para as sociedades ali disciplinadas são aqueles que, por disposição expressa, não podem ser suprimidos, como é o caso da participação nos lucros e nas perdas (Artigo 1008). Nada dispõe o Código Civil sobre a possibilidade de ser suprimido o direito de voto, no caso de quotas preferenciais de sociedades limitadas.

Assim, a rigor, não havendo previsão legal expressa, e em razão da autonomia da vontade, o direito de manifestação de vontade nas deliberações sociais poderia ser

limitado ou suprimido, compensado o sócio com alguma vantagem de cunho econômico, como prioridade no recebimento de dividendos. Assim como nas sociedades anônimas, votar em reuniões ou assembleias não é um direito essencial.

Ademais, há muito se comprehende que a propriedade e gestão societária nem sempre coincidem, e, mesmo em sociedades contratuais, como o caso da limitada, o quotista pode não ter interesse em participar das decisões societárias. Tradicionalmente, é bastante comum que investidores troquem o direito de voto por alguma vantagem patrimonial, e essa possibilidade é compatível com a natureza das sociedades limitadas. As quotas preferenciais, assim como ações, configuraram arranjos societários que visam a compatibilizar diversos interesses dos sócios, que nem sempre são coincidentes.

3. Admissão de quotas preferenciais no ordenamento jurídico brasileiro e a restrição do direito de voto

Em sua primeira regulação, no Decreto 3708/1919, a disciplina das sociedades limitadas privilegiou bastante a contratualidade. O Decreto, bastante enxuto, deixou quase que totalmente a critério dos sócios a determinação da estrutura da sociedade.

Com relação às quotas sociais, inicialmente, o Decreto previu um regime de quota única por sócio, todavia, a despeito do que determinava o texto legal, os empresários adotavam o modelo de múltiplas quotas, o que, uma vez aceito pelas Juntas Comerciais, acabou por se firmar como modelo dominante, com a integração posterior, na legislação, desse uso comercial.

Ao contrário da legislação anterior, o Código Civil trouxe uma disciplina mais dirigista para a sociedade limitada. Modificou o regime de administração, não mais permitindo o administrador pessoa jurídica, estabeleceu a necessidade de reuniões e assembleias, estabeleceu quóruns diversos. O regime involuiu. Em alguns aspectos, como na forma de deliberação, procurou aproximar as limitadas das sociedades por ações, amarrando-lhes a estrutura. Todavia, no que seria saudável deixar clara a adoção daquele regime, não trouxe inovação, como é o caso da possibilidade de emissão de debêntures, ou das quotas preferenciais.

Todavia, mesmo sem menção expressa, entende-se ser perfeitamente possível utilização do modelo de ações preferenciais nas sociedades limitadas, independentemente de qualquer alteração legislativa, simplesmente pelo fato de não serem incompatíveis com a natureza dessas sociedades, e ainda por o Código Civil permitir expressamente a disciplina supletiva da Lei das Sociedades por Ações.

Recentemente, o DREI editou a Instrução normativa 81 de 2020, com o principal objetivo simplificar e racionalizar as normas relativas ao Registro de Empresas, consolidando diversos normativos e revogando outros tantos. O ato, quer tratou expressamente do assunto, reacendeu alguns debates sobre a possibilidade e pertinência da restrição de direitos políticos em sociedades limitadas, pela adoção das chamadas cotas preferenciais.

Nesse normativo, não só o órgão reconheceu a possibilidade de existirem quotas preferenciais, como a dessas terem direito de voto restrito ou suprimido, esclarecendo ainda como se organizam os quóruns das limitadas no caso de sua adoção.

Com efeito, estabelece a Instrução:

5.3.1 Quotas preferenciais

São admitidas quotas de classes distintas, nas proporções e condições definidas no contrato social, que atribuam a seus titulares direitos econômicos e políticos diversos, podendo ser suprimido ou limitado o direito de voto pelo sócio titular da quota preferencial respectiva, observados os limites da Lei nº 6.404, de 1976, aplicada supletivamente.

Havendo quotas preferenciais sem direito a voto, para efeito de cálculo dos quóruns de instalação e deliberação previstos no Código Civil consideram-se apenas as quotas com direito a voto.”

A questão se põe em nosso ordenamento há algum tempo, no âmbito do próprio DREI, que vem evoluindo em seu entendimento. A propósito, a Instrução Normativa 98, de 2003, consolidava o entendimento do DNRC (órgão sucedido pelo DREI) de que não caberia “para a sociedade limitada a figura da quota preferencial”.

Ainda sob a vigência daquela instrução, esse entendimento veio a ser alterado por meio de processo administrativo, que admitiu as quotas preferenciais em sociedades limitadas desde que não houvesse restrição ao direito de voto. É certo que essa

interpretação limitou em grande parte a utilidade das quotas preferenciais, vez que a recepção de investidores com restrição de poderes políticos, mas com vantagens econômicas é normalmente a função dos títulos preferenciais. Ressalte-se que nas limitadas, ao contrário das sociedades anônimas, já é possível dar vantagens econômicas a determinados sócios por meio da distribuição desproporcional de lucros, e, portanto, seria despicienda a criação de classe de quotas com esse intuito.

A IN 98/2003 foi substituída pela Instrução Normativa 38/2017, tendo, desta feita, o regulador optado por permitir tacitamente a emissão de quotas preferenciais, quando determinou que as limitadas que adotassem estruturas típicas de sociedades anônimas presumir-se-iam regidas supletivamente pela Lei 6.404/76, para fins de registro na Junta Comercial.

Mesmo com a previsão das quotas preferenciais em sociedades limitadas, ainda restou a dúvida com relação à restrição do direito de voto, apesar de, a rigor, essa dúvida não encontrar fundamento na legislação ou nas características próprias da sociedade limitada.

O Código Civil admite, em seu art. 1055, a existência de quotas iguais ou desiguais distribuídas entre os sócios e, apesar de parte da doutrina entender que as diferenças dizem respeito apenas ao valor das quotas²⁷¹, não caberia interpretação restritiva à autonomia de contratar dos sócios, se não está expressa. Assim, entende-se que as distinções entre as quotas podem ser de outras naturezas, inclusive no que diz respeito aos direitos que conferem.

A dúvida que se poderia ter, e que a IN 81 veio a elucidar com clareza, seria com relação à contagem dos quóruns das limitadas, apesar de se entender que mesmo sobre isso, não haveria necessidade de intervenção regulamentar.

²⁷¹ - Nesse sentido, conf. Por todos GONÇALVES NETO (2018)

3.1 Organização de quóruns em uma sociedade com quotas preferenciais

O regime que o Código Civil impôs às sociedades limitadas alterou consideravelmente a dinâmica de deliberações sociais, impondo quóruns e formalidades que anteriormente não existiam.

Com efeito, determina o artigo 1072 que as deliberações sociais serão tomadas em reunião ou assembleia, mas ambas são dispensáveis se todos os sócios deliberarem por escrito sobre a ordem do dia que delas seria objeto (Parágrafo 3º).

Com relação às matérias que necessariamente dependem de decisão dos sócios e os quóruns necessários, o art. 1.076 assim determina:

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061, as deliberações dos sócios serão tomadas:

I - Pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;

II - Pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;

III - Pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.²⁷²

Parte da doutrina atribui, de forma preponderante, ao fato de a letra da lei falar em capital social, e não capital votante, como na Lei das SA, a inviabilidade de se suprimir o direito de voto nas limitadas. Todavia, entende-se que essa não seja a melhor interpretação. Isso porque não haveria mesmo sentido em se falar em capital votante vez que a disciplina das limitadas não prevê expressamente as quotas preferenciais, mesmo que já sejam admitidas há algum tempo.

²⁷² - Art. Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

I - a aprovação das contas da administração;

II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;

III - a destituição dos administradores;

IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V - a modificação do contrato social;

VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII - o pedido de concordata.

Nesse sentido, afirma Gonçalves (2019, p. 486):

Embora os quóruns em geral se refiram ao capital social, nada impede que a interpretação se dê em torno do capital votante. Assim, na formação do capital social ter-se-iam dois tipos de quotas, as ordinárias e as preferenciais, sendo que destas últimas é possível suprimir o direito de voto por completo.

A Instrução elucidou desde logo a questão que certamente se poria: o cálculo dos quóruns no caso de existência de ações preferenciais. Os quóruns de deliberação da sociedade limitada já são, em si, um problema. A disciplina do Código Civil acabou por criar um sistema desarrazoadamente complexo, que, apesar de ter passado por correções pontuais, continua restringindo a liberdade de definição dos termos do contrato social dos sócios. Assim, achou por bem o regulador não dar margens para dúvidas sobre o assunto.

Esclarece a norma reguladora que em caso de haver quotas preferenciais sem direito a voto, na contagem dos quóruns, tanto de instalação quanto de deliberação, deve-se levar em conta apenas o capital votante, a exemplo do que já determina a Lei das Sociedades por Ações.

Fato é que não faria nenhum sentido o entendimento de que a formação dos quóruns computaria as quotas preferenciais sem direito a voto, vez que a razão de existir dos quóruns é exatamente procurar dar, às decisões societárias, a maior representatividade possível.

Caso se entendesse que, pela literalidade dos artigos 1074 (que trata do quórum de instalação de assembleias ou reuniões) ou 1076, não se poderia cogitar da desconsideração de quaisquer quotas para a determinação de quóruns, o que se conseguiria seria o exato oposto. Ou seja, seria possível instalar uma assembleia em primeira convocação com menos representatividade real, já que seriam contados quotistas que sequer podem votar.

Da mesma maneira, não há como considerar sócios não votantes para a formação de quórum deliberativo, vez que não deliberam. Seria levar a lei a uma interpretação absurda. Não faria ainda sentido elevar artificialmente os quóruns previstos, considerando que só seria possível a existência de 25% de quotas preferenciais, vez que o mais alto

quórum legal é de 75% do capital... seria o mesmo que criar um quórum de unanimidade, que se sabe ser excepcionalíssimo no direito societário.

Portanto, a única interpretação razoável é exatamente aquela que propõe do DREI: no caso de existência de quotas preferenciais sem direito a voto ou com esse direito restrito, apenas o capital votante seria computado para a contagens de quóruns de instalação e deliberação.

Conclusão

A discussão sobre as quotas preferenciais não é recente, mas foi reacendida com a publicação da IN 81 de 2020 pelo DREI. Muitos entendem que o DREI extrapolou sua competência, criando uma figura jurídica que não é prevista legalmente, quando deveria se limitar a aclarar e regular regras para registro de empresas.

Neste aspecto é importante mencionar que o DREI, conforme preconiza o art. 4º da Lei 8934/1994, tem por competência estabelecer e consolidar as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis, solucionar dúvidas, ocorrentes na interpretação das leis relacionadas com o registro público de sociedades, prestar orientações às Juntas Comerciais, solucionar consultas e zelar pela observância das normas legais e regulamentos do Registro Público de Empresas Mercantis.

A rigor, o DREI apenas aclarou algo que nunca foi proibido, ou seja, solucionou uma dúvida que há muito impedia que as limitadas se utilizassem desse instrumento de acomodação de interesses societários, pela insegurança que os entendimentos diversos trazia.

Aparentemente, muitos juristas, especialmente após a Constituição Federal de 1988, tendem a ter uma interpretação “publicizante” do Direito Privado, quando um dos princípios básicos é de que as proibições – e não as permissões, têm que ser expressas. Isso é bastante grave, especialmente no Direito Comercial, pois dificulta a alocação de recursos e riscos de acordo com os interesses das partes.

Assim, não só com relação a quotas preferenciais, mas outras tecnologias societárias que não são previstas expressamente mas poderiam ser utilizadas por vontade dos sócios, importante lembrar que, em no Direito Privado, e especialmente no Direito Societário, a autonomia privada deve ser a regra.

Referências

BORBA, José Edvaldo Tavares. **Direito Societário**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **Sociedade limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Jurídica Atlas, 2003.

CAMINHA, UINIE Sociedade Limitada: o que precisamos fazer pela menina de nossos olhos in LUPION, Ricardo **Sociedades Limitadas: estudos em homenagem aos 100 anos**. Porto Alegre, Fi, 2019, pp. 597-615

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FORGIONI, Paula Andrea. A unicidade do regramento jurídico das sociedades limitadas e o art. 1.053 do Código Civil: usos e costumes e regência supletiva. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos**. Liber Amicorum Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e França. São Paulo: Malheiros, 2011.

GONÇALVES, Oksandro Quotas preferenciais no Direito Brasileiro: passado e futuro. in LUPION, Ricardo **Sociedades Limitadas: estudos em homenagem aos 100 anos**. Porto Alegre, Fi, 2019, pp 467-493

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Tratado de direito empresarial II**: empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais. 2016.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. Direito da Empresa. Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 8^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**: atualizado de acordo com o Novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 2: teoria geral das sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ASPECTOS JURÍDICOS DO MARKETPLACE – O NOVO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

LEGAL ASPECTS OF MARKETPLACE - THE NEW BUSINESS ESTABLISHMENT

Bruno Boris Carlos Croce²⁷³

Resumo: A proposta do presente artigo é estabelecer um diálogo introdutório entre o conceito tradicional do estabelecimento comercial, desenvolvidos pelo Código Comercial de 1850 e seu conceito atual como estabelecimento empresarial que, ao dispensar a estrutura física, insere o ponto empresarial virtual do fundo de empresa a uma categoria não regulamentada na legislação brasileira, especialmente os *marketplaces*, portais de comércio eletrônico, que, mediante sua notoriedade, podem atrair consumidores a adquirir bens de consumo dos mais diversos vendedores autônomos, estimulando empreendedorismo nacional a um custo reduzido, com regras majoritariamente próprias. O estudo busca comparar os aspectos desse recente instrumento contratual com tipos tradicionais similares e a análise de possível regulamentação.

Palavras-chave: Estabelecimento empresarial. *Marketplace*. Estabelecimento transmudado.

Abstract: The purpose of this article is to discuss an introductory dialogue between the traditional concept of the business establishment and place of business, developed by the Commercial Code of 1850 and its current concept as a business establishment that, by dispensing with the physical structure, inserts the virtual place of business of the goodwill to a category not regulated in brazilian legislation, specially marketplaces, virtual malls, that through their notoriety, can attract consumers to purchase consumer goods from the most diverse autonomous sellers, stimulating national entrepreneurship at a reduced cost, with rules mostly of their own. The study seeks to compare the aspects of this new contractual instrument with similar traditional types and the analysis of possible regulation.

Keywords: Business establishment. Marketplace. Transmuted establishment.

²⁷³ Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialização em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente advogado com ênfase em Direito Empresarial e Relações de Consumo e Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, com ênfase em Direito de Empresa, Direito do Consumidor, Direito Societário e Direito Falimentar.

Introdução

O crescente desenvolvimento do comércio *on-line* iniciado no final do século XX, trouxe uma nova forma de empreendimento que não se limita apenas à celebração de contratos mediante canais tradicionais. As vendas fora do estabelecimento empresarial anteriores à própria *internet* eram realizadas por telefone ou *door to door*, mas sempre vinculadas àquele. Com a expansão e popularização da *world wide web*, o comércio eletrônico dispensou a necessidade do estabelecimento empresarial tradicional, originando empresas em que a negociação de seus produtos e serviços se dá apenas pelos canais eletrônicos.

Houve uma revolução na maneira de consumir: plataformas de comércio eletrônico foram criadas para concorrer com os *shoppings centers*, permitindo aos consumidores o acesso a produtos e vendedores localizados até mesmo em outros países, o que induziu à multiplicação das possibilidades de negócios e inseriu nesse contexto virtual um número inimaginável de fornecedores sob a administração do *marketplace*, verdadeiro guarda-chuva dos vendedores autônomos que optam em vender seus produtos nesse ambiente. A atuação do *marketplace*, com sua experiência de engenharia de consumo e análise algorítmica, permite ao vendedor atrair a clientela desejada, maximizando os lucros e beneficiando numa relação de simbiose o próprio *marketplace*.

Os consumidores, ainda que adquiram produtos que não sejam próprios do *marketplace*, mas, sim, de vendedores autônomos, atribuirão confiança no espaço *on-line* em razão das garantias que esse tipo de contratação permite, desde que seguidas as regras específicas no contrato de adesão celebrado. Cabe ao *marketplace* administrar esse contrato de natureza tripartite, intermediando a relação entre os vendedores autônomos e os consumidores compradores e, gerando, sobretudo a estes, a segurança que se espera de uma relação de consumo. Contudo, não há legislação específica que regulamente o *marketplace* e considerando o grande desenvolvimento contemporâneo do comércio eletrônico, pretende-se, neste artigo, analisar as principais características jurídicas do *marketplace* e discutir, ainda a necessidade de regulação.

1. Breve histórico e conceituação vigente de atividade empresarial

O conceito histórico de comerciante expresso no Código Comercial de 1850 (Lei n. 556, de 25-6-1850), descrevia-o como o indivíduo que praticava a mercancia (compra e venda de bens), realizando tais atos com profissional habitualidade. Referido conceito tradicional de comerciante, bem como a Teoria dos Atos de Comércio, ficou ultrapassado, pois não se aplicava adequadamente a uma série de atividades, desde serviços agrícolas a até mesmo relações de consumo massificadas, estas relegadas à legislação comum até o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), fator demonstrativo claro de que a legislação comercial precisava ser atualizada. O Código de Defesa do Consumidor trouxe o conceito de fornecedor, mais aprimorado do que a própria definição de comerciante expresso no Código Comercial de 1850, então vigente.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, houve o rompimento definitivo com a Teoria dos Atos de Comércio, adaptando-se aos avanços legislativos, inclusive àqueles trazidos pela Lei de Locações (Lei n. 8.245/91), Lei de Registros Públicos de Empresas (Lei n. 8.934/94) e o Código de Defesa do Consumidor. Conceituou-se, então, o empresário, o estabelecimento empresarial e a própria sociedade empresária, tratados no Livro II do Código Civil, mantendo sua autonomia lógica com os demais temas do Código Civil, bem como sua independência científica, sendo de pouca relevância para o presente trabalho o debate sobre a nomenclatura mais adequada, Direito Empresarial ou Direito Comercial, ou até sobre a necessidade de reforma do Código Comercial recentemente debatido no Projeto de Lei n. 1.572/11 da Câmara dos Deputados e no Projeto de Lei n. 487/13 do Senado Federal. Não se trata apenas de comércio de bens, mas de produção ou circulação de bens e prestação de serviços, o que amplia a abrangência legal e, por consequência, apresenta maiores possibilidades aos operadores jurídicos da subsunção dos fatos à norma, independentemente da nomenclatura adotada.²⁷⁴

Assim sendo excluídas as atividades de natureza intelectual, a atividade considerada empresarial, como positivada no Código Civil, foi ampliada em seu conceito, sendo observados os fatores produtivos para o exercício regular de uma atividade econômica habitual e organizada para a criação ou a circulação de bens e serviços. Para

²⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, v. 1. 20. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 45.

que a definição de empresário do artigo 966 do Código Civil seja atingida, substituindo a ultrapassada figura do comerciante, novos pressupostos da atividade empresarial devem ser considerados, como tecnologia ou conhecimento sobre as técnicas de produção das mercadorias ou serviços colocados no mercado (*sentido lato*), muitas vezes detalhado em leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, em que a previsão da inversão do ônus probatório como direito básico do consumidor contra o fornecedor nas relações de consumo torna clara a falta de equilíbrio de forças, ainda que casuisticamente no aspecto probante de uma ação judicial. A inversão do ônus probatório é reconhecimento legal de que o empresário, por ser detentor das informações do bem de consumo ofertado no mercado, possuiu muito mais instrumentos de demonstrar seu direito em confrontação com o consumidor.

Há nítida prevalência de forças para o empresário sobre o consumidor como destinatário final dos bens de consumo, legalmente reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor, pois já que o consumidor frequentemente não consegue avaliar os riscos da aquisição desses bens. Outro exemplo vinculado ao pressuposto da tecnologia da atividade exercida pelo empresário refere-se à responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos eventualmente causados aos consumidores, expressa nos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, onerando em certa medida o empresário, pois nada mais justo do que responsabilizar quem sabe ou deveria saber dos riscos de sua atividade empresarial. O legislador presume que ninguém mais do que o próprio empresário fornecedor conhece à minúcia os riscos de sua atividade, responsabilizando-o de maneira objetiva, ressalvadas as excludentes legais.

O empresário fornecedor, portanto, pode ser responsabilizado pelos prejuízos causados, pois exerce e preenche os pressupostos da atividade empresarial com o conhecimento técnico, sem olvidar os demais requisitos da atividade empresária, como a administração de capital, insumos, mão de obra e até de seu ponto empresarial. O empresário é detentor do capital que será necessário para o início e a continuidade da atividade, e será com este capital que incrementará seu empreendimento, adquirindo insumos e contratando empregados de maneira a organizar seu exercício econômico, que depende desses pressupostos para a obtenção do lucro.

2. Estabelecimento empresarial e estabelecimento virtual ou transmudado

O estabelecimento empresarial, também conceituado no Código Civil, não se contenta em apenas ser um espaço físico da empresa, havendo seu artigo 1.142 definido o estabelecimento comercial como o complexo de bens organizados para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária. Os bens incorpóreos, dessa maneira, podem ser abrangidos no conceito de estabelecimento comercial, como o nome empresarial, a marca, a patente e o ponto comercial, embora a relativização deste último seja evidente para os estabelecimentos virtuais.

A relativização do estabelecimento empresarial, ou sua transmudação, encontra espeque no chamado *estabelecimento virtual*, crescendo na mesma proporção do comércio eletrônico e, exponencialmente, em tempos de isolamento social decorrente da pandemia mundial do covid-19.²⁷⁵ Portanto, o fundo da empresa passa a incorporar a figura do estabelecimento virtual sem necessariamente extinguir o estabelecimento físico, mas com regras próprias, como ocorre com o estabelecimento físico quando o legislador protege o empresário em razão do ponto desenvolvido, permitindo-lhe o direito à renovação compulsória da locação, situação que ainda não encontra similaridade no estabelecimento virtual. Isso não significa que o estabelecimento virtual padeça de proteção à clientela, visto que a concorrência entre os estabelecimentos virtuais também deve respeitar regras legais de concorrência, como, por exemplo, o respeito à marca concorrente e até a seu *trade dress*, para que não haja confusão por parte do consumidor destinatário dos produtos e serviços em razão do uso indevido de marca ou identificação de conceito de imagem de concorrente.²⁷⁶ Mas ainda que os estabelecimentos virtuais cujas marcas e símbolos distintivos sejam elementos atrativos de clientela, e tenham proteção legal nesse aspecto, não há regulação legislativa específica para a ficção do estabelecimento virtual quando comparado ao estabelecimento empresarial.

²⁷⁵ WEBSHOPPERS. Disponível em: <https://www.ebit.com.br/webshoppers/download?pathFile=D%3A%5CEbit%5CSites%5Cwww.ebit.com.br%5CPDF_WS%5C40.webshoppers_2019.pdf&fileName=Webshoppers_40.pdf>. Acesso: 05 de agosto de 2020.

²⁷⁶ GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca; HANENS, Laetitia Maria Alice Pablo d’. *Breves comentários sobre a proteção ao trade dress no Brasil*. v. 919. São Paulo: RT, 2012, p. 585-597.

3. Introdução do *marketplace* como nova estrutura de comércio eletrônico

O exemplo de estrutura negocial que mais tem atraído clientela na realidade mercadológica virtual é o modelo de *marketplace*, efetivas plataformas de compras *online* que ofertam produtos dos mais diversos fornecedores e que não podem, contudo, ser comparados de maneira simplista com um *shopping center* “físico”. Este, por si só, pode ser considerado um atrativo para determinada clientela, seja pela localização de fácil acesso, o amplo estacionamento ou mesmo pelos diversos serviços ou comodidades ofertados, como *concierge*, fraldário e até clínicas de consultas médicas. Não obstante, o consumidor final diferencia com bastante facilidade o administrador de um *shopping center* dos demais fornecedores, os lojistas. Em relação ao *marketplace*, a confiança transmitida pela notoriedade do administrador do espaço ao mercado, muitas vezes, é o elemento pré-contratual essencial para que o negócio seja celebrado. Importante mencionar que o *marketplace* aqui tratado não se refere ao *site* puro de conteúdo, ou seja, o espaço virtual que não interfere nos anúncios, atuando como um verdadeiro classificados de negócios e não podendo responder por eventuais vícios causados pelos anunciantes, exceto prova de culpa.²⁷⁷

As empresas de *martketplace* sabem dessa busca pela segurança na relação comercial e criam regras a fim de regular essa triangulação entre o adquirente do produto e o fornecedor, estabelecendo, por um lado, normas internas de pontuação e classificação desse vendedor autônomo que usufrui do ambiente virtual, com regras de garantia e até mesmo orientações de boas práticas empresariais. De outro lado, também auxilia o fornecedor que busca o espaço do *marketplace* para ofertar seu bem de consumo, pois orienta-o a como atender o consumidor final e explicita regras de produtos que podem ou não ser comercializados, seja por norma cogente legal, seja por previsões contratuais de usos e costumes aceitáveis do próprio administrador do espaço eletrônico; impelindo, enfim, o empresário de pequeno ou grande porte a cercar-se de todas as cautelas necessárias a fim de evitar a infração das leis e instrumentos contratuais celebrados entre as partes integrantes desse estabelecimento transmudado.

²⁷⁷ STJ - AREsp 1.200.653/SP – Min. Rel. Lázaro Guimarães, 27.03.2018; STJ - REsp 1.396.417/SP – Min. Rel. Nancy Andrigui, 07.11.2013.

4. Marketplace como contrato plurilateral atípico

Evidente que essa regulação mercadológica possui ônus, dado que estamos tratando de um contrato plurilateral e atípico, podendo o intermediador sofrer com as consequências da Teoria da Aparência ou mesmo em razão da solidariedade expressa tanto no Código Civil como no Código de Defesa do Consumidor; porém, não se pode negar que a estruturação mercadológica trouxe uma nova oportunidade àqueles que buscam empreender, sem ter que arcar com a estruturação completa da atividade empresária. Parte dessa atividade é desenvolvida pelo administrador do *marketplace*, cedendo onerosamente seu *know how* de venda *on-line* mediante estabelecimento virtual, bem como avalizando de alguma maneira o vendedor independente que opta em utilizar seu espaço. O administrador do *marketplace* oferta não apenas um ambiente para anúncios mas também a inteligência tecnológica para a satisfação do consumidor final, aprimorada por algoritmos complexos que analisam o comportamento de uso e consumo na plataforma, buscando maximizar a aquisição de bens.

O empreendedorismo no Brasil sempre encontrou muitos obstáculos, notoriamente conhecidos, desde regramentos excessivos, tributação não simplificada, ausência de crédito para o microempresário, dentre tantos outros que não nos cabe relacionar. Por essas e outras razões o empreendedorismo no Brasil é bastante oneroso, criando intermediários na cadeia produtiva, como ocorre no sistema de franquia, cujo franqueador, possuidor de pressupostos empresariais bastante desenvolvidos, procura terceiros para compartilhar seu empreendedorismo inicialmente exitoso.²⁷⁸ Por certo o sistema de franquia gera um custo ao franqueado, como a taxa de ingresso ou filiação, além de um percentual da atividade desenvolvida, pois o *know how* obtido pelo franqueador tem valor patrimonial que pode ser precificado.

O contrato de franquia empresarial possui algumas semelhanças com a negociação mediante um *marketplace*. Ambos são onerosos, sem vínculo trabalhista e

²⁷⁸ A franquia empresarial sofreu recente atualização com a revogação da Lei n. 8.955/94 pela Lei n. 13.966/19, conceituando o contrato de franquia empresarial no *caput* de seu artigo 1º: *Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.*

não caracterizam uma relação de consumo. A solidariedade entre franqueador e franqueado não pode ser presumida e também não é prevista na legislação. O franqueador tem seu escopo em difundir sua marca e seus produtos e, seja por ausência de capital ou desinteresse em investir em larga escala em razão do risco envolvido, opta em partilhar o investimento e o risco envolvido com terceiros, sem que haja a integração desse terceiro na sociedade empresária. Também não há integração do fornecedor que usufrui do contrato de *marketplace* ao tipo societário do administrador do espaço virtual, seja pela ausência de regulamentação específica, eis que se trata de contrato atípico, seja pelas regras que os empreendedores de *marketplace* adotam em seus contratos de adesão, não reconhecendo a relação como de parceria, agência ou *joint venture*, mas de simples possibilidade de venda de seus produtos nesse portal de comércio eletrônico que, à semelhança do *shopping center*, outro exemplo regido por contrato atípico, elabora suas próprias regras. Em consequência da constante evolução mercadológica e tecnológica, não se crê no interesse do legislador em regular esse mercado por lei específica, recorrendo-se às normas gerais do Direito para solucionar conflitos nos casos concretos.

A solidariedade entre os integrantes desse novo sistema negocial gera mais confiança ao mercado, especialmente ao consumidor. Tais regras impostas no contrato de *marketplace* ao qual adere o vendedor autônomo não repelem integralmente a solidariedade expressa no Código de Defesa do Consumidor; todavia, a solidariedade não pode gerar o desrespeito às normas do espaço virtual pelo vendedor usuário ou fornecedor junto ao consumidor, uma vez que, para o empresário que escolhe o sistema de *martketplace* para desenvolver seus negócios, parasitando de certo modo o administrador do espaço virtual, mediante remuneração no entanto, o não adimplemento das regras contratuais pode gerar bloqueio de receita nos canais de negociação fornecidos pelo *marketplace* como forma do titular do espaço resarcir-se de eventuais prejuízos causados por um mau vendedor autônomo. Não se nega que o contrato de franquia possua regras contratuais sancionatórias ao franqueado que as descumpre, mas não há dúvidas de que um espaço virtual de negócios pode ser melhor controlado do que um tradicional contrato de franquia empresarial, considerando que o *marketplace*, por ser *on-line*, apenas adota sistemas de intermediação de pagamentos eletrônicos e contas de usuários com regras próprias de uso.

5. Teoria da Confiança e *marketplace*

As empresas de *marketplace* possuem regras de ingresso de vendedores autônomos em seu espaço virtual, visto que é sabedora do risco de admitir em seu empreendimento vendedores que não desfrutam de boa reputação ou sequer consigam adimplir com suas ofertas no mercado, afetando a própria imagem do *marketplace*. Nos *shoppings centers* também há seleção dos fornecedores que possuirão representação naquele local, pois a categoria ou espécie da loja atrairá clientela específica, cabendo ao administrador do espaço físico organizar tal escolha. Cabe ao empreendedor do *shopping center* gerenciar o espaço e a racionalidade de distribuição dos lojistas, porquanto é notório que o perfil de frequentadores do *shopping center* pode ser relevante para o direcionamento de lojas ou parceiros, cabendo ao administrador, desse modo, como convededor das estruturas de mercado, organizá-las, e não sendo permitido, em regra, ao lojista aderente discutir seus termos.

Pode-se afirmar, então, que existe um poder contratual de escolha por parte do *shopping center* e que, de maneira similar, incumbe-se ao *martketplace* a análise prévia de ingresso de vendedores autônomos, criando situação que pode afetar o grau de responsabilização do administrador do espaço perante os consumidores. Há um liame de responsabilidade entre o eleitor e o vendedor que é eleito, ou seja, que foi considerado hábil para comercializar seus produtos no espaço virtual. Conquanto, ainda que se possa defender a responsabilidade solidária existente no Código de Defesa do Consumidor de maneira ampla e não restritiva, a compreensão do consumidor que realiza seus negócios no ambiente físico é mais clara em relação ao que pode ocorrer se comparada àquela manifesta nas tratativas virtuais.

Nas negociações *on-line*, o *marketplace* atrai seus vendedores em razão de uma possibilidade de difusão no mercado não encontrada pelo vendedor de maneira individual, que é, em muitos casos, desconhecido do grande mercado de consumo, apoiando-se, portanto, no abrangente *marketplace* como se houvesse, de um lado, uma relação parasitária. Por outro, o administrador do *marketplace* também pode ser beneficiado, pois o consumidor buscará em seu estabelecimento virtual os produtos de que necessita, pouco se importando se o produto é encaminhado diretamente pelo *marketplace* ou mediante vendedor que o remunera pelo espaço para comercializar seus produtos. Ainda que o vendedor seja desconhecido, o consumidor acredita que a escolha do *marketplace* para o

ingresso desse vendedor partiu de algum critério lógico ou técnico, dado que não vincularia um vendedor anônimo à sua marca de alto renome ou notoriamente conhecida sabendo que existe o risco de responder na hipótese de uma negociação malsucedida. Deste modo, a associação negocial entre o administrador do *marketplace* e o vendedor autônomo que usufrui do espaço, ainda que regulada mediante instrumento de adesão, sem que se possam discutir cláusulas, num primeiro momento é de simbiose, desde que preservadas as condições de equilíbrio contratual, já que não se deve ignorar a superioridade técnica, jurídica e socioeconômica do *marketplace*.

O elemento da confiança no mercado gerado pelos administradores do *marketplace* é de muita importância não somente ao consumidores, mas também aos diversos vendedores que utilizam seu espaço virtual, haja vista que a cobrança desse serviço prestado aos vendedores pode ser feita em percentuais, diferentemente da franquia, eis que, em regra, não há cobrança de ingresso, mas comissão por vendas e mensalidade, tornando muito atrativo aos pequenos empresários com marcas em desenvolvimento buscar esses espaços virtuais a fim de ofertar produtos e serviços e majorar sua clientela, aproveitando do bom nome do *marketplace*.

As vendas virtuais permitem ao empresário a redução de custos que inevitavelmente teria quando da instalação de um estabelecimento físico, tais como aluguel, manutenção, segurança, dentre outros exclusivos a um ponto comercial; ao mesmo tempo em que fragiliza o crescimento de sua marca apartada, pois a vincula ao grande guarda-chuva do *marketplace* em troca de maior possibilidade de vendas e, por consequência, de faturamento, fomentando o empreendedorismo de pequenos empresários com limitado capital de investimento.

Ainda que o empresário usufrua do bom nome do *marketplace* na venda de seus produtos, não se pode pensar que a solidariedade expressa no Código de Defesa de Consumidor eximirá esse empresário de responsabilidades que extrapolam o relacionamento contratual com o *marketplace*. Embora a solidariedade possa ser utilizada pelos consumidores para justificar demanda contra o *marketplace*, porque atuou na cadeia de consumo, auferiu lucro e, portanto, a responsabilidade civil, *ex vi legis*, é solidária, o *marketplace* tem resguardado o direito de regresso junto ao vendedor.

Deve-se considerar que, apesar de existir solidariedade prevista na legislação de consumo brasileira, a jurisprudência, ainda que minoritária, não tem considerado tal obrigação integral em qualquer hipótese, pois deve-se recordar que, quando faz a intermediação de produtos de terceiros, o *marketplace* não possui sob seu domínio o estoque desse parceiro comercial, estando sujeito a eventuais vícios na prestação do serviço que podem ser gerados ao consumidor.²⁷⁹ Todavia, a confiança transmitida pelo *marketplace* ao consumidor que utiliza da plataforma não deve ser desconsiderada, sendo expectativa legítima do consumidor o cumprimento integral do negócio jurídico celebrado.²⁸⁰

6. Relações de consumo no *marketplace*

O papel do *marketplace* como gestor do contrato tripartite não pode ser desconsiderado das relações de consumo, como se a solidariedade pudesse suplantar todas as hipóteses causais dessas relações jurídicas encetadas. O consumidor, ainda como parte mais frágil na relação, celebra contrato com o administrador do *marketplace* nas condições unilateralmente formuladas, especificando as regras de intermediação de compra de produtos de vendedores autônomos ou independentes. Dentro do mesmo universo contratual, o vendedor autônomo adere às regras do *marketplace*, devendo respeitá-las como qualquer outra relação contratual pautada na boa-fé.

Por parte do *marketplace*, cabe a este orientar e permitir ao vendedor autônomo a negociação de produtos em seu espaço virtual diretamente aos diversos consumidores que por lá navegam. Contudo, o aceite da oferta ocorre diretamente com o vendedor autônomo, o que impede a ingerência sobre algumas particularidades da relação comercial, como a veracidade integral do anúncio e mesmo a quantidade de estoque. O *marketplace* possui limitações de atuação quando permite a negociação de produtos de terceiros, como ocorre sobre a qualidade do produto, não podendo ser penalizado sem a análise acurada da casuística. Ademais, em que pese a solidariedade expressa na legislação de consumo, os debates não se encontram pacificados pelos tribunais.²⁸¹

²⁷⁹ TJSP - Apelação cível n. 0287007-75.2019.8.21.7000, Des. Rel. Marco Antonio Angelo, 18.06.2020.

²⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 1285-1288.

²⁸¹ TJSP - Apelação cível n. 0179673-03.2007.8.26.0100, Des. Rel. Manoel Justino Bezerra Filho, 29.04.2014.

É relevante para a solução dos conflitos a análise das regras contratuais do *marketplace* que regem a relação plúrima, observando se cada obrigação das partes restou adimplida, bem como se o ambiente virtual não oferta meios eletrônicos alternativos de solução de conflitos, por vezes muito mais eficientes do que a busca por solução judicial ou em órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor. Posto que as partes integrantes dessa relação tenham a proteção constitucional de busca pelo Poder Judiciário a qualquer tempo nos termos no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República, é corolário da boa-fé contratual a tentativa de solução de conflitos por meios não litigiosos.

Embora a solução de conflitos *on-line* possa ser uma ferramenta útil e econômica às partes integrantes da relação contratual, na impossibilidade de conciliação extrajudicial e instaurada a lide, torna-se relevante ao operador observar as obrigações contratuais previstas nas regras do *marketplace* para cada um dos integrantes com a finalidade de constatar se houve inadimplemento, sem ignorar o fato de que o *marketplace* não pode ser inserido no conceito de revendedor, mas, sim, de intermediador, e, nesse lastro de intermediação, averiguar se houve falha na prestação do serviço.

Levemos o caso à situação do estabelecimento físico, tal como um *shopping center*: ainda que exista a solidariedade que possa ser avocada pelo consumidor, é incomum o pleito contra a administradora desse centro de compras. Não obstante seja necessário reconhecer que a interpretação gramatical das hipóteses de solidariedade possa fazer nascer essa ligação de responsabilidade, o consumidor reconhece que a figura do *shopping center* não se confunde com a do lojista, em regra. Contudo, o ambiente virtual pode levar o consumidor ao equívoco, seja pela confiança no administrador do *marketplace*, seja pela ausência de informações adequadas do vendedor autônomo. Essa limitação de informações pode ser interpretada favoravelmente ao consumidor, podendo este compreender que há responsabilidade do *marketplace* pelos vícios causados na prestação do serviço, situação que indica a importância de a plataforma indicar com bastante clareza as regras de uso do espaço virtual, sob pena de responder por danos causados por vendedores autônomos, ainda que o *marketplace* não tenha dado causa direta ao dano hipoteticamente pleiteado pelo consumidor final.

A informação adequada é pressuposto de qualquer relação contratual, especialmente de consumo, em razão da vulnerabilidade presumida pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo um direito básico do consumidor. Entretanto, em que pese

o fato de as informações estarem adequadas, não se ignoram posições relevantes sobre a solidariedade em relações de consumo no *marketplace*.²⁸² De toda a sorte, ainda que o *marketplace* seja responsabilizado pela intermediação das relações entre vendedores autônomos e consumidores, o direito de regresso, conforme mencionado, pode ser exercido nos termos legais e das previsões do contrato de adesão celebrado com os vendedores. Retenção de valores, restrição de venda e exclusão do espaço virtual são algumas das medidas que podem ser adotadas pelo *marketplace* como instrumento de higidez da plataforma, ou seja, o vendedor autônomo não pode declarar-se imune às reclamações de consumidores que optam por demandar contra o *marketplace*, e não contra o fornecedor direto. Da mesma maneira, caso seja demandado indevidamente por um consumidor em razão de erro causado pelo administrador do espaço virtual, terá o equivalente direito de regresso contra o efetivo causador do dano.

Chega-se, portanto, ao aspecto essencial de respeito ao direito básico do consumidor à informação clara e adequada sobre produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo, conforme expresso no artigo 6º, inciso II, Lei n. 8.078/90. Enquanto não se criam regras legais específicas que regulamentem a estrutura do *marketplace*, devem ser observadas as regras contratuais em que a relação tripartite se fundamenta, aplicando-se a norma consumerista ao consumidor adquirente dos produtos ofertados e as regras contratuais gerais do Código Civil aos vendedores autônomos, pois ainda que pessoas físicas, não podem ser considerados consumidores nos termos da legislação de consumo.

A análise separada de cada relação contratual adesiva celebrada sob o manto do *marketplace*, torna desnecessário o desenvolvimento legislativo do tema, aplicando-se analogicamente conceitos do estabelecimento empresarial ao *marketplace*, guardadas as especificidades desse novo contrato empresarial.

²⁸² STJ – Resp n. 1.740.942, Min. Rel. Min. Marco Buzzi, 26.04.2019.

Conclusão

Conclui-se que o crescente desenvolvimento das negociações por meios eletrônicos demonstra a relevância do estudo do estabelecimento virtual, ainda sem regulamentação específica, tornando o debate sobre sua proteção legal incipiente e difusa no ordenamento jurídico. O *marketplace* como exemplo de estabelecimento transmudado, é contrato atípico que não parece demonstrar, por enquanto, a necessidade de intervenção estatal para legislar especificamente sobre o tema, sob pena da norma tornar-se obsoleta em curto espaço de tempo. A análise acurada dos contratos de adesão tripartites dos *marketplaces*, bem como o estudo da casuística de eventuais abusos, é o que deve reger essas relações no momento.

Referências bibliográficas

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *AREsp 1.200.653/SP* - Min. Rel. Lázaro Guimarães. Julgado em 27.03.2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *REsp 1.396.417/SP* – Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 07.11.2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *REsp 1.740.942/RS* – Min. Rel. Marco Buzzi. Julgado em 26.04.2019.
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. *Apelação cível n. 0287007-75.2019.8.21.7000* – Des. Rel. Marco Antonio Angelo. Julgado em 18.06.2020.
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. *Apelação cível n. 0179673-03.2007.8.26.0100* – Des. Rel. Manoel Justino Bezerra Filho. Julgado em 29.04.2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, v. 1. 20. ed. São Paulo: RT, 2019.
- GOPALDAS, Ahir. *Marketplace Sentiments*, Journal of Consumer Research, Volume 41, Issue 4, 1 December 2014, Pages 995–1014, <https://doi.org/10.1086/678034>.
- GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca; HANENS, Laetitia Maria Alice Pablo d’. *Breves comentários sobre a proteção ao trade dress no Brasil*. v. 919. São Paulo: RT, 2012.
- L. Liao and W. Zhang. *Consumer Satisfaction, Trust and Seller Loyalty in C2C Marketplace: The Moderator of Involvement*, 2011 International Conference on Management and Service Science, Wuhan, 2011, pp. 1-4, doi: 10.1109/ICMSS.2011.5999068.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa, empresários e sociedades. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial, v. 1*. 33. ed. rev. e atual, por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, v 1*. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

CONTROLE INTERNO NAS SOCIEDADES COOPERATIVAS NA LEGISLAÇÃO LATINO AMERICANA²⁸³

INTERNAL CONTROL IN COOPERATIVE SOCIETIES IN LATIN AMERICAN LEGISLATION

Daniel Francisco Nagao Menezes²⁸⁴

Vanessa Ferreira de Almeida²⁸⁵

Resumo: O desenvolvimento da investigação apresentada no artigo permite conhecer o panorama do controle interno das cooperativas em algum dos países da América Latina. Para as cooperativas de Honduras, México, República Dominicana, Brasil e Porto Rico, existem padrões de controle interno que permitem sua supervisão e monitoramento, por meio da implementação de manuais, guias e departamentos responsáveis pela implementação dos padrões. Por sua vez, no Peru, Panamá, Uruguai, Venezuela, Colômbia, Chile, El Salvador, Bolívia, Cuba e Equador, eles não possuem regulamentos específicos para controle interno; no entanto, existem outros tipos de controles nos quais outros órgãos são responsáveis, como: Conselhos, Comitês ou Comitês de Vigilância, Comissões ou Superintendências encarregados de sua realização.

Palavras-chave: Controle interno. economia solidária. Cooperativismo. América Latina.

Abstract: The development of the investigation presented in the article allows to know the

²⁸³ Artigo resultante do Projeto de Pesquisa 402885/2018-0 - financiado e apoiado pelo CNPQ no Edital CNPQ/SESCOOP Nº 07/2018.

²⁸⁴ Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutorando em Economia (UNESP-Araraquara). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil.

²⁸⁵ Mestrado em andamento no programa de Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017). Advogada atuante na área trabalhista.

panorama of the internal control of the cooperatives in some of the countries of Latin America. For cooperatives in Honduras, Mexico, Dominican Republic, Brazil and Puerto Rico, there are internal control standards that allow their supervision and monitoring, through the implementation of manuals, guides and departments responsible for implementing the standards. In turn, in Peru, Panama, Uruguay, Venezuela, Colombia, Chile, El Salvador, Bolivia, Cuba and Ecuador, they do not have specific regulations for internal control; however, there are other types of controls for which other bodies are responsible, such as: Supervisory Boards, Committees or Committees, Commissions or Superintendencies responsible for carrying them out.

Keywords: Internal control. solidary economy. Cooperativism. Latin America.

Introdução

Este artigo de reflexão bibliográfica é baseado em uma revisão de documentos relacionados aos sistemas de controle existentes em cooperativas na América Latina e tem o objetivo geral de avaliar sua conformidade, o que nos permitirá ter uma visão mais ampla deles, de seus procedimentos, regulamentos, princípios e valores que regem a economia solidária e o cooperativismo em cada um dos países em estudo.

Este trabalho faz parte da linha de pesquisa em economia solidária e os seguintes objetivos específicos foram desenvolvidos:

- Conhecer os sistemas de controle interno das cooperativas nos países latino-americanos;
- Estabelecer indicadores de avaliação de acordo com os princípios e valores universais do cooperativismo;
- Avaliar o comportamento dos indicadores selecionados de acordo com a legislação de cada país.

A seguir, são descritas as etapas pelas quais a pesquisa é realizada, que, como afirmado, é de natureza documental descritiva, dividida em três partes, inicialmente uma revisão teórica dos principais conceitos que a enquadram; controle interno, economia solidária e cooperativismo. Em seguida, são especificadas quais são as leis e os sistemas de controle interno que governam cada país, a fim de conhecer sua conformidade e

controle. Posteriormente, são estabelecidos os indicadores de avaliação, levando em consideração os princípios e valores: controle democrático dos membros, comprometimento com a comunidade, democracia e igualdade, evidenciados em uma tabela ao final dos resultados, com o objetivo de avaliar o comportamento dos cada um deles, através da legislação de cada país. E, finalmente, a conclusão da avaliação do cumprimento dos sistemas de controle interno das cooperativas na América Latina.

Foi realizado um artigo de revisão bibliográfica, que consiste em um documento que apresenta os resultados de uma investigação sob uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tópico específico, utilizando fontes originais.

São apresentados resultados de uma pesquisa documental das bases de dados contendo informações institucionais e acadêmicas, referentes aos sistemas de controle interno aplicados nas cooperativas dos diferentes países da América Latina, onde se estabelece que em cada uma delas existem normas e regulamentos próprios que atendam às suas necessidades e interpretem o papel do controle interno de acordo com as diretrizes políticas estabelecidas pelo regime. “La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e información” (BAENA, 1986, p. 09).

A revisão bibliográfica culmina com a preparação de um texto escrito, no qual é apresentada uma síntese da jornada do pesquisador através dos textos, seguida de conclusões ou discussão. As informações foram obtidas por meio de uma revisão documental de diferentes fontes, especificamente o acesso a:

- Documentos acadêmicos
- Leis e decretos

1. Revisão Teórica

Segundo estudo realizado pelo Escritório Regional da Organização Internacional do Trabalho para a América Latina e o Caribe, as cooperativas na América Latina não são vistas como um motor de desenvolvimento econômico, pois são consideradas organizações invisíveis e silenciosas, dado que atualmente e devido à globalização dos mercados, não possuem uma boa posição no setor que permita que sejam levadas em consideração como instrumento para o desenvolvimento dos países, o fato de seus

princípios e valores não serem adotados nem aplicados De acordo com o objetivo corporativo para o qual foram criados, a falta de processos concretos e bem estruturados de controle interno contribui para a perda dos horizontes solidários que eles devem buscar para alcançar o bem comum como pilar do desenvolvimento da sociedade. (Cooperativismo na América Latina, Diversidade de contribuições para o desenvolvimento sustentável, 2012).

A Superintendência da Economia Solidária da Colômbia afirma que o princípio de autogestão que as organizações desse setor devem promover exige a criação de um órgão interno de supervisão de acordo com o tipo de entidade, que deve ter uma definição específica: Órgãos de vigilância de cooperativas, Comitês de controle social para fundos de trabalhadores, comitês de vigilância para pré-cooperativas, conselhos de controle social para mútuos e conselhos de vigilância para empresas de serviços

Abaixo é apresentado o eixo central da análise, que se baseará no panorama do controle interno das cooperativas latino-americanas, do ponto de vista teórico e conceitual, no qual será necessário definir os principais componentes desta pesquisa. Para começar, entenderemos o conceito de controle interno como:

Un proceso efectuado por el consejo de administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar una seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos dentro de las siguientes categorías: eficacia y eficiencia de las operaciones, fiabilidad de la información financiera y el cumplimiento de las Leyes y normas aplicables (LYBRAND, 1997, p. 16)

Consequentemente, o controle interno surge da necessidade de controlar e monitorar as atividades de uma empresa ou organização, para que certos controles atendam aos seus objetivos, buscando a melhoria e a transparência de suas operações comerciais. Aqui estão as principais características do controle interno:

- É um processo que consiste em tarefas e atividades contínuas, é um meio para um fim, e não um fim em si mesmo;

- É realizado por pessoas, não apenas sobre manuais, políticas, sistemas e formulários, mas também sobre pessoas e as ações que você está aplicando em cada nível da organização para realizá-las;

- É capaz de fornecer segurança razoável em relação à consecução dos objetivos, ao conselho e à direção da entidade;

- É adaptável à estrutura da entidade, flexível para aplicação à entidade como um todo ou a uma subsidiária, divisão, unidade operacional ou processo de negócios específico (PriceWaterhouseCoopers, 2013, p. 3).

Antes de abordar cada um dos componentes das cooperativas, é necessário destacar a importância do controle interno em cada uma dessas entidades, a fim de ter uma visão mais ampla do tópico proposto; de acordo com o autor argentino Rubén Alfredo MASON (2018, p. 12), ele afirma “que no es posible hablar de control en las cooperativas de una manera ordenada sin comenzar haciendo referencia a la sindicatura o consejo de vigilancia, el órgano social que los miembros en la entidad designan para fiscalizar al cuerpo que han elegido para dirigirla”. O comitê de vigilância é o órgão social no qual os associados delegam os poderes de controle e supervisão dos interesses sociais da organização (Montero Ramirez, 1992), tendo o poder de supervisionar todas as ações dos órgãos sociais da Assembleia Geral de Associados e até de cada um dos comitês e departamentos que compõem a organização; portanto, é necessário e de acordo com a Lei estabelecer a integração de Comitês ou Órgãos de Fiscalização que realizam o controle e a fiscalização dessas entidades, cujo principal objetivo é representar os associados na fiscalização e salvaguarda dos interesses estabelecidos nas contribuições e recursos que fazem, na correta gestão administrativa da entidade, na prevenção de fraudes ou uso inadequado de contribuições, na produção de bens e serviços, para que todos esses tornam-se excedentes e benefícios para todos, e em geral o de garantir e garantir os interesses sociais e econômicos de cada um dos participantes. Por outro lado, se os controles não tivessem importância, a falta deles poderia gerar perdas significativas,

insegurança, má reputação e desconfiança em um setor com grandes oportunidades de desenvolvimento econômico, social e cultural em um país ou região.

A seguir, definiremos outros conceitos importantes para pesquisas, como cooperativas:

Empresas de carácter asociativo sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. (Colômbia, Lei 79/88)

A organização sem fins lucrativos implica a distribuição equitativa dos lucros entre seus membros; no entanto, ela só será cumprida se duas características forem atendidas:

1. Estabelece a indivisibilidade das reservas sociais e, em caso de liquidação, a dos demais ativos;
2. Que aloque seus excedentes para a prestação de serviços sociais, para o crescimento de suas reservas e fundos e para reintegrar seus associados para eles na proporção do uso dos serviços ou da participação no trabalho da empresa, sem prejuízo amortizar as contribuições e mantê-las pelo seu valor real. (Colômbia, Lei 79/88)

Da mesma forma, as cooperativas são classificadas da seguinte forma:

- a) Vinculação de associação: aberta quando não estabelece um vínculo de associação comum e fechada quando estabelecem dentro de seus estatutos uma qualidade sem a qual é impossível acessá-lo;
- b) Por atividade que realizam: especializados quando realizam uma única atividade, multi-atividade quando realizam muitas atividades e abrangente quando realizam várias atividades cooperativas na mesma sociedade ou grupo específico de pessoas.
- c) Por serviços e grupo (Herrera, 2009)

O cooperativismo compartilha os seguintes princípios doutrinários: princípio da livre adesão, princípio de participação democrática, princípio de autonomia e independência, princípio de aplicação e distribuição de excedentes, princípio de educação cooperativa, princípio de interação cooperativa, princípio de impacto e desenvolvimento comunitário.

Continuando com a definição de conceitos, continuamos com a economia solidária, que é um sistema socioeconômico, cultural e ambiental composto pelo conjunto de forças sociais organizadas de formas associativas identificadas por práticas associativas, democráticas e humanísticas, sem fins lucrativos para o desenvolvimento integral do ser humano como sujeito, ator e fim da economia, possui valores doutrinários que são:

- Ajuda mútua: justifica a presença de mais de um ser humano diante de uma necessidade comum;
- Esforço próprio: os interesses estão proporcionalmente relacionados à atitude das pessoas e a cooperação é a capacidade de realizar qualquer atividade, emprego ou trabalho em grupo ou equipe para alcançar interesses individuais ou coletivos;
- Solidariedade: quando o apoio é dado em uma causa ou interesse em comum ou individual;
- Equidade: dar a cada pessoa o que lhes corresponde em virtude de seu próprio esforço;
- Igualdade: condição de ter a mesma natureza, quantidade, qualidade, valor ou forma;
- Justiça social: distribuição equitativa dos ativos sociais;
- Responsabilidade: concordância do sujeito com relação a suas próprias ações e o que causam nos outros e compromisso: obrigação contratada por uma pessoa.

2. Análise Normativa

As cooperativas na Argentina são regulamentadas pela Lei-Marco nº 20337, de 15 de maio de 1973. O Instituto Nacional de Acción Cooperativa é a autoridade de execução do regime jurídico das cooperativas e seu principal objetivo é auxiliar na promoção e desenvolvimento. Funcionara como um órgão descentralizado do Ministério da Previdência Social, com um escopo de ação nacional. É um órgão local competente na Capital Federal e em outros locais de jurisdição nacional. (Lei-marco No. 20.337 de 1973).

As cooperativas no Brasil são regulamentadas e estabelecidas pelas Leis 4.764 de 1971 e 12.690 de 2012, que definem a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) como o mais alto órgão representativo das cooperativas no país, responsável pela promoção e defesa do sistema cooperativo, em todas as instâncias políticas e institucionais, estando também dentro de sua competência a preservação e aprimoramento do sistema, o incentivo e a orientação das sociedades cooperativas. Da mesma forma, está estabelecido que internamente, cada uma dessas entidades deve ter um conselho supervisor encarregado de governar e controlar as boas práticas e o cumprimento dos regulamentos (Lei 5764/71).

As cooperativas da Bolívia são reguladas pela Lei nº 356, Lei Geral de Cooperativas de 15 de maio de 2013 e supervisionadas pela Autoridade Supervisora do Sistema Financeiro (ASFI) (Lei Geral de Cooperativas da Bolívia, 2013), o sistema de controle interno é adotado de acordo com as disposições do controle interno COSO I (Lei nº 356, 2013).

As cooperativas no Chile são reguladas pelo Decreto com a força da Lei nº 5, de 25 de setembro de 2003, Lei Geral das Cooperativas e cabe ao Departamento de Cooperativas (DECOOP), a supervisão do cumprimento das leis aplicáveis às cooperativas e de suas normas regulatórias e, principalmente, para controlar o funcionamento corporativo, administrativo, contábil e financeiro de cooperativas de importância econômica (Lei Geral dos Bancos, 2002).

Na Colômbia, as cooperativas são regidas pela Lei 454, de 4 de agosto de 1998, e pela Lei 79 de 1988, segundo as quais é determinada a estrutura conceitual que regula a economia solidária. O Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas é

transformado em Departamento Administrativo Nacional de Economia Solidária, é criada a Superintendência da Economia Solidária, é criado o Fundo de Garantia para as Cooperativas Financeira e de Poupança e Crédito, são emitidos regulamentos sobre a atividade financeira de entidades de natureza cooperativa e outras disposições são emitidas. Da mesma forma, atualmente a Superintendência de Economia Solidária é responsável pelo monitoramento e controle das cooperativas de poupança e crédito, cooperativas de trabalho associadas e todas as do Setor Solidário.

Na Costa Rica, as cooperativas são regulamentadas pela Lei 4.179 de 1968 sobre Associações Cooperativas e é de responsabilidade do INFOCOOP realizar a vigilância mais rigorosa das associações cooperativas, com o único objetivo de operar de acordo com as disposições legais. Para esse fim, essas associações permitirão a inspeção e supervisão que os funcionários do Instituto praticam nelas, para garantir o cumprimento desta Lei, seus regulamentos e leis relacionadas, a quem devem fornecer as informações essenciais solicitadas para esse fim.

Atualmente, em Cuba, as cooperativas são regidas pela Lei 95 de 2002, com o nome de Cooperativa Agrícola e Lei de Crédito e Serviços. Os objetivos desta lei são:

- a) atualizar a legislação sobre Cooperativas de Produção Agrícola e Crédito e Serviços, levando em consideração as mudanças socioeconômicas e estruturais que ocorreram no país;
- b) contribuir para o fortalecimento das cooperativas como entidades econômicas socialistas, com autonomia, autogestão e projeção social;
- c) obter aumentos na produção agrícola sustentável com maior eficiência e qualidade;
- d) promover maior intercâmbio de ações e colaboração de cooperativas com órgãos locais do Poder Popular;
- e) promover a constituição de novas cooperativas.

No caso de Cuba, é o Estado que exerce controle sobre o cumprimento das obrigações das cooperativas por meio de seus órgãos, órgãos da administração central, estruturas provinciais e municipais e órgãos de controle ou inspeção, em razão de suas respectivas competências. Em relação ao controle interno de cada cooperativa, deve ser constituída a comissão de controle e supervisão, composta por no mínimo três e no máximo cinco membros, encarregada de supervisionar o cumprimento das disposições legais e o uso dos recursos financeiros e materiais da cooperativa. Esta Comissão é eleita na mesma ocasião que o Conselho de Administração da Assembleia Geral, a quem se reporta periodicamente sobre sua administração. Os membros do Conselho de Administração não podem pertencer a ele.

Atualmente, no Equador, as cooperativas e o setor de solidariedade são regidos pela Lei Orgânica da Economia Popular e Solidária do Setor Financeiro Popular e Solidário de 14 de abril de 2011 e pelo Decreto Executivo Nº 94 de 29 de dezembro de 2009, regulamentos que governa a constituição, organização, operação e liquidação de cooperativas de poupança e crédito que realizam intermediação financeira com as cooperativas públicas e de segunda linha sujeitas ao controle da superintendência de bancos e seguros.

Em relação ao controle e vigilância das cooperativas equatorianas, o decreto estabelece que o conselho de supervisão é o órgão de controle interno das cooperativas nas áreas de aplicação, escopo e execução de regulamentos, planos e orçamentos.

O conselho de controle será composto por três membros, dois escolhidos dentre os membros da assembleia geral, dos quais o presidente será eleito, e pelo menos um deles deverá ter um título profissional e acadêmico de terceiro grau, de acordo com as definições da Lei do ensino superior, em finanças, contabilidade, auditoria ou ciências afins, registrado no CONESUP, ou com experiência comprovada de pelo menos dois anos em funções de vigilância em cooperativas; o terceiro membro será nomeado pelo conselho de administração dentre seus membros. O gerente geral e o auditor interno participarão das sessões com voz e voto.

Por fim, a regulamentação geral e o controle das cooperativas de poupança e crédito serão exercidos pela Superintendência de Bancos e Seguros, que dentro de seu

esquema de controle criará uma instância exclusivamente encarregada de supervisionar esse tipo de empresa.

Os textos dos estatutos que as cooperativas aprovarem serão conhecidos e arquivados pela superintendência, que terá o poder de ordenar alterações específicas neles, apenas no caso das disposições contrárias à lei e aos regulamentos estabelecidos. A Superintendência exerce control sobre prudência e solvência financeira, as cooperativas serão responsáveis por emitir regulamentos gerais relacionados a questões de administração interna.

Em El Salvador, a Lei Geral das Associações Cooperativas e a criação do Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP), seus regulamentos e estatutos, são estabelecidas pelo decreto nº 339 de 1986, para que as associações e cooperativas tenham legislação adequada e dinâmica que responde às necessidades do movimento cooperativo salvadorenho, que lhes permite se desenvolver social, economicamente e administrativamente. A principal entidade reguladora das cooperativas ou associações de solidariedade de El Salvador é o Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP), como uma empresa de Direito Público, com autonomia nos aspectos econômicos e administrativos. Serão atribuições do Instituto:

- a) A execução da Lei Geral das Associações Cooperativas;
- b) Iniciar, promover, coordenar e supervisionar a organização e operação de associações cooperativas, federações e confederações, fornecer a eles os conselhos e assistência técnica de que precisam;
- c) Planejar a política de promoção e desenvolvimento do cooperativismo, para a qual ela poderá solicitar a colaboração de organizações estaduais, municipais e privadas interessadas nessas atividades, para que o movimento cooperativo seja enquadrado nos programas de desenvolvimento econômico do país;
- d) Conceder personalidade jurídica, registrando-se no Registro Nacional de Cooperativas, associações cooperativas, federações cooperativas e Confederação Nacional de Cooperativas;
- e) Estar ciente da dissolução e liquidação de associações cooperativas, federações e da Confederação Nacional de Cooperativas;

f) Exercer funções de inspeção e vigilância sobre associações cooperativas, federações cooperativas e a Confederação Nacional de Cooperativas e impor-lhes as sanções correspondentes;

g) Promover a criação e o aumento de fontes de financiamento para associações cooperativas, federações cooperativas e a Confederação Nacional de Cooperativas;

h) Divulgar as diretrizes gerais da atividade cooperativa, em particular as relacionadas à administração e legislação aplicável a ela, a fim de promover o movimento cooperativo;

i) Assumir a realização ou execução de programas ou atividades que, de qualquer forma e diretamente relacionados aos poderes das cooperativas.

Na Guatemala, as cooperativas são regidas pela Lei Geral das Cooperativas, Decreto 82, de 7 de dezembro de 1978, segundo a qual declara o interesse nacional na promoção de cooperativas, com o qual o Estado promoverá uma política de apoio às cooperativas e estabelecerá um regime adequado de inspeção e controle.

De acordo com esta norma, estabelece-se que as cooperativas, federações e confederações estarão sujeitas ao controle do Estado, que o exercerá por meio da Inspeção Geral de Cooperativas vinculada ao Instituto Nacional de Cooperativas. Portanto, é importante ter em mente que, para que a Inspeção Geral das Cooperativas cumpra plenamente sua função, as entidades cooperativas são obrigadas a:

1. Adotar padrões contábeis estabelecidos pela Inspeção Geral de Cooperativas;
2. Manter os livros de atas e registros contábeis autorizados pela Inspeção Geral de Cooperativas;
3. Enviar as folhas de pagamento das pessoas eleitas para os diferentes órgãos da cooperativa, no prazo de dez dias da eleição; e
4. Submeter à Inspeção, no prazo de trinta dias da Assembleia Ordinária Anual, o relatório de trabalho e as demonstrações financeiras do exercício.

Para as cooperativas haitianas, não existe uma estrutura legal que regule formalmente o controle interno, mas após a crise entre 2002 e 2003, o aumento do movimento cooperativo foi observado, tornando necessário criar um plano de vigilância apropriada para esse tipo de entidade e, assim, fortalecer a supervisão das cooperativas. O Departamento de Supervisão Cooperativa apresenta a proposta de agrupar as cooperativas por tamanho e capital, que “1. Concluya con la preparación de las normas reguladoras; 2. Inspeccione y exija la aplicación de esas normas; y 3. Promueva alianzas estratégicas para la fusión de algunas cooperativas de ahorro y préstamo” (RANDOLPH, 2004, p. 27).

Além do acima exposto, de acordo com a Ley de cooperativas de ahorro y credito de Haiti, 2002, no artigo 10, o Banco da República do Haiti cria a direção geral de inspeção dos bancos de poupança populares, este departamento é encarregado de supervisionar as cooperativas de crédito, além de monitorar a conformidade com regulamentos e leis.

Em Honduras, a supervisão das cooperativas é de responsabilidade do Conselho de Vigilância, que de acordo com a Lei das Cooperativas:

Serão eleitos pela Assembleia Geral anual em um número não inferior a três membros, podendo ser encarregados de supervisioná-lo a outros órgãos de fiscalização; além de que as cooperativas devem realizar anualmente uma auditoria de suas atividades (Lei de Cooperativas de Honduras, 1987).

Da mesma forma, na referida lei, o artigo 33 nomeia as funções do Conselho Fiscal. Ele terá todos os poderes necessários para supervisionar, revisar procedimentos administrativos e contábeis para investigar por si só ou de forma delegada, qualquer irregularidade na ordem jurídica, financeira ou econômico-administrativa relatada ou detectada, e os órgãos administrativos da cooperativa serão obrigados a fornecer, para esse fim, o conhecimento de todos os livros e documentos que o Órgão de Fiscalização julgar necessário.

No México, a lei geral das sociedades cooperativas, de 03 de agosto de 1994, é responsável por regular esse tipo de sociedade, a fim de monitorar a constituição e o funcionamento das sociedades cooperativas, que as define no artigo 2 como uma

organização social composta por pessoas com interesses comuns, a fim de satisfazer necessidades individuais e coletivas, por meio de atividades de produção, distribuição e consumo.

De acordo com o artigo 21 da referida lei, as sociedades cooperativas de a) consumidores de bens e/ou serviços; b) produtores de bens e/ou serviços e; c) poupança e empréstimos; farão parte do sistema cooperativo. Esta lei não reflete a existência de controle interno nas cooperativas, mas existe o Conselho Fiscal, órgão encarregado de supervisionar o funcionamento interno das associações cooperativas, além do cumprimento dos estatutos e regulamentos. Neste sentido, “el Consejo de Vigilancia de las Federaciones y la Confederación estará integrado por no menos de tres personas ni más de cinco, quienes serán nombrados y en su caso, removidos por la Asamblea General del respectivo organismo cooperativo” (Ley general de sociedades cooperativas de Mexico, 1994).

Para o Peru, de acordo com sua Lei Geral das cooperativas, o conselho de supervisão é responsável por supervisionar as atividades das cooperativas, entre outras, as seguintes funções:

1. Eleger seu presidente, vice-presidente e secretário, encarregado de que os outros diretores exerçam as funções de membros;
2. Solicitar ao conselho de administração relatórios da administração e o cumprimento dos acordos do conselho e da assembleia geral e do disposto na lei, estatuto e regulamento interno, bem como os atos administrativos praticados;
3. Supervisionar que os fundos em caixa, nos bancos e os valores mobiliários e títulos da cooperativa, ou os que ela possui em custódia ou em garantia, sejam devidamente salvaguardados;
4. Verificar a existência e avaliação dos outros ativos da cooperativa e, particularmente, daqueles que ela recebe dos membros em pagamento de suas contribuições;
5. Organizar, quando julgar conveniente, realizar auditorias;
6. Garantir que a contabilidade seja estritamente sujeita à Lei;

7. Verifique a veracidade das informações contábeis;
8. Comunicar ao conselho de administração e/ou à assembleia geral suas opiniões ou observações sobre as reivindicações dos membros da cooperativa contra seus órgãos;
9. Relatar as infrações desta Lei ao Governo Regional correspondente, sem prejuízo do item anterior;
10. Registre, nas sessões da assembleia geral, as infrações à lei ou ao estatuto em que ela ou seus membros incorrem;
11. Exigir aos órgãos supervisionados a adoção oportuna das medidas corretivas recomendadas pelos auditores;
12. Supervisionar as atividades dos órgãos da cooperativa para garantir que estejam de acordo com a Lei, estatuto, acordos de assembleias e regulamentos internos, independentemente de observações ou pronunciamentos sobre sua eficácia;
13. Apresentar à Assembleia Geral o relatório de suas atividades e propor as medidas necessárias para garantir o bom funcionamento da cooperativa.

Na Nicarágua, o cooperativismo é regido pela Lei 499 de 2004 e, o conselho fiscal pertence aos órgãos administrativos e gerenciais das cooperativas, suas responsabilidades devem estar refletidas no estatuto da cooperativa, no entanto, em geral, é responsável pela supervisão das atividades econômicas e sociais, a supervisão dos atos do conselho de administração, os membros deste conselho serão eleitos pela assembleia geral e que não poderão ser inferiores a 3 membros ou superiores a 5.

Na Lei das Associações de Cooperativas do Panamá, a Lei 38 de 22 de outubro de 1980, não especifica a aplicação do controle interno nas cooperativas; no entanto, no artigo 39 desta Lei, nomeia o conselho de supervisão como órgão responsável pelo controle da atividade econômica e contábil das cooperativas e da mesma forma o órgão encarregado de supervisionar a lei e os regulamentos. O conselho fiscal será composto por três associados eleitos pela assembleia geral, sendo renovados a cada três anos. A inspeção e vigilância da função acima será exercida pelo estado do IPACOOP.

O IPACOOP pode intervir temporariamente a Administração da Cooperativa nos casos em que se justifique salvaguardar os interesses dos membros, credores e da comunidade em geral. A inspeção, a vigilância e a intervenção temporária do IPACOOP devem ser realizadas com a prévia e expressa autorização do seu Conselho de Administração.

No Paraguai, nos termos da Lei 438/94, o órgão encarregado de controlar as atividades econômicas e sociais das cooperativas é o Conselho Fiscal e, exercendo suas funções previstas nos estatutos, as funções específicas serão:

- a) Supervisionar a direção e administração da cooperativa, para a qual seus membros podem participar com voz, mas sem voto, das sessões do Conselho de Administração. Essa auditoria será realizada de forma ilimitada e permanente nas operações sociais, mas sem intervir na gestão administrativa;
- b) Examinar os livros e documentos quando julgar apropriado e pelo menos uma vez a cada três meses;
- c) Verificar da mesma maneira do item anterior a disponibilidade e valores mobiliários, bem como as obrigações e como eles são cumpridos;
- d) Apresentar à assembleia ordinária um relatório escrito e fundamentado sobre a situação econômico-financeira da cooperativa, determinando a tabela de memória, inventário, saldo e resultados;
- e) Fornecer aos parceiros informações sobre os assuntos de sua competência;
- f) Incluir na ordem do dia das reuniões os pontos que considerar adequados no prazo estabelecido no regimento interno;
- g) Monitorar se os órgãos sociais cumprem devidamente as leis, estatutos, regulamentos e decisões das assembleias;
- h) Investigar as reclamações que os parceiros fazem por escrito, mencioná-las em seus relatórios à assembleia e expressar sobre elas as considerações e propostas correspondentes.

Atualmente, as cooperativas de Porto Rico são regidas pela Lei nº 50, de 4 de agosto de 1994, e pela Lei nº 255, de 28 de outubro de 2002, relativa à Agência de Vigilância e Controle, estabelecida pela Lei nº. 114, de 17 de agosto de 2001, que internamente em cada uma das entidades constitui um comitê de supervisão composto por três membros, que serão eleitos por três anos, dentre outras as funções desse comitê:

- a) auxiliar os auditores internos e externos no exame das contas e operações da cooperativa e realizar as intervenções que julgar necessárias ou convenientes para o melhor interesse da cooperativa;
- b) Submeter à Junta um relatório sobre os resultados dos exames da cooperativa, o mais tardar trinta dias após a data de fim;
- c) Apresentar um relatório escrito à Assembleia Geral sobre o trabalho realizado pelo referido comitê durante o ano. O comitê de supervisão e auditoria apresentará e discutirá este relatório com o Conselho até os vinte dias anteriores à realização da referida reunião;
- d) Garantir que a cooperativa cumpra as recomendações contidas nas auditorias realizadas, monitore a legalidade dos atos do Conselho e Administração, a veracidade dos relatórios que apresentam aos membros e a segurança dos ativos da cooperativo;
- e) O comitê de supervisão poderá recomendar à assembleia geral a suspensão ou separação de qualquer membro do Conselho ou outro comitê que tenha ocorrido em violação do disposto nesta Lei 50, 1994.

As cooperativas na República Dominicana são supervisionadas pelo Conselho Fiscal previstos na Lei 127 de 1964, que será composto por um número não superior a cinco membros, além das responsabilidades que serão estabelecidas nos estatutos, devem ser cumpridos:

- a) Examine trimestralmente os livros, documentos, balanços e verifique o status de caixa da cooperativa;
- b) Apresentar à Assembleia Geral um relatório sobre as atividades realizadas no período em que atuou;

c) Relatar erros ou violações que foram cometidos, sugerindo medidas que tendem a evitar essas circunstâncias;

d) Convocar a Assembleia Geral extraordinariamente, quando em seu julgamento tal medida for justificada.

Em relação ao Uruguai, a Lei 18.407 de 2008 regula a operação, constituição e regulação do sistema cooperativo e, embora não especifique exclusivamente o controle interno do mesmo, no artigo 45 a comissão tributária é o órgão encarregado de controlar e supervisionar as atividades econômicas e sociais da Cooperativas, o artigo 46 menciona que o escopo de suas funções se limita ao direito de observação, especificando nas atividades consideradas violadas e registrando suas observações, além do acima:

a) Inspecionar a direção e administração da cooperativa, para qual finalidade seus membros podem comparecer com voz, mas sem voto, às sessões do Conselho de Administração;

b) Examinar livros, títulos e qualquer outro documento quando julgar apropriado e, pelo menos, uma vez a cada três meses;

c) Apresentar à Assembleia Geral Ordinária um relatório escrito e fundamentado sobre a situação econômico-financeira da cooperativa, regendo a memória e as demonstrações financeiras;

d) Fornecer à Assembleia Geral todas as informações necessárias sobre questões que sejam de sua competência;

e) Supervisionar que os órgãos sociais cumpram devidamente as leis, os estatutos, os regulamentos e as resoluções da Assembleia Geral.

Da mesma forma, na Venezuela, o Decreto 1.440 de 2001 estabelece as regras gerais para a organização e operação de cooperativas, onde é nomeada a Superintendência Nacional de Cooperativas, que exerce a função de controle e supervisão das cooperativas.

Todos os anos, todas as cooperativas devem realizar uma revisão abrangente, realizada por pessoas físicas ou jurídicas, preferencialmente cooperativas, registradas para esse fim, conforme regulamento da Superintendência Nacional de Cooperativas. A

Superintendência Nacional de Cooperativas como entidade de controle tem as seguintes funções, de acordo com o artigo 81 do decreto 1.440/01:

1. Exercer a supervisão de cooperativas de acordo com o disposto na Lei;
2. Organizar um serviço de informações sobre cooperativas para facilitar o controle;
3. Impor sanções às cooperativas de acordo com as disposições na Lei;
4. Coordenar com outros órgãos oficiais competentes a execução de políticas de controle em questões de cooperativismo;
5. Ditar, no âmbito de suas competências, as medidas que possam ser necessárias para o cumprimento de suas funções;
6. Emitir as certificações previstas na Lei;
7. Envie as informações e documentos relacionados às cooperativas afiliadas às organizações de integração, para que essas organizações ajudem a corrigir as irregularidades detectadas.

Conclusões

De acordo com esta pesquisa, é detalhada a legislação dos seguintes países que compõem a América Latina: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá Paraguai, Peru, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai e Venezuela, observando-se que essas cooperativas têm como referente universal os princípios e valores do cooperativismo universal, dos quais dois valores e dois princípios foram tomados como indicadores de avaliação, quais sejam: controle democrático dos membros, compromisso com a comunidade, democracia e, igualdade.

A partir da revisão do cumprimento dos indicadores propostos, observou-se que cada um dos países inclui em seus regulamentos os referidos valores e princípios, que evidenciam que estão alinhados com o objetivo e principal motivo do cooperativismo e da economia solidária. Embora a pesquisa tenha mostrado que os princípios cooperativos são geralmente adotados em cada uma das leis ou regulamentos dos países, embora não sejam praticados com precisão, e que mesmo quando possuem um sistema de controle interno presente no organograma da cooperativa, não está estruturada adequadamente, pois não há procedimento estabelecido para dar conta de sua conformidade e, portanto, do controle que é realizado.

Para que eles sejam efetivamente cumpridos e praticados, é necessário medir sua aplicabilidade.

Agora, se desejamos realizar uma melhor gestão do controle nas cooperativas, seria necessário realizar um treinamento com maior intensidade, o que estabelece o objetivo de reforçar a educação em relação ao cooperativismo, o que permite maior treinamento dos membros das cooperativas, maior a eficácia no momento de detectar falhas e, como resultado, existe uma atividade de vigilância que ajuda no controle interno da cooperativa.

O controle interno é essencial dentro de uma organização, pois permite que os gerentes executem o gerenciamento com mais eficiência para realizar os objetivos da organização, como eficácia e confiabilidade nas operações da organização e informação financeira.

Cabe ressaltar sua importância no nível do cooperativismo, uma vez que, se os riscos são minimizados, é permitida a gestão adequada das atividades das cooperativas, fortalecendo seu desenvolvimento e sustentabilidade e, da mesma forma, a economia solidária em nível internacional. , que permite o desenvolvimento social e econômico dos países, facilitando soluções para as necessidades econômicas, sociais, culturais, educacionais e de saúde, além de fortalecer a solidariedade e a integração das sociedades.

Referências

- BAENA, G. Manual para elaborar trabajos de investigacion documental. Cidade do México: Editores Mexicanos Unidos, 1986.
- HERRERA, J. Cartografia Social. Universidad Nacional Cordoba, 2009. Disponível em: www.extension.unc.edu.ar/herrera_j._carto_social.pdf. Acesso em 28/07/2020.
- LYBRAND, C. Los nuevos conceptos del control interno. Madrid: Diaz de Santos, 1997.
- MASON, R. A. El Tratamiento Tributaria de las Cooperativas. In Cumbre de Cooperativa de Américas, 5^a, 2018, Buenos Aires. (Anais). San José de Costa Rica, ACI-Américas, 2018, pp. 01-25.
- MONTERO RAMIREZ, A. Mecanismos de Control Interno de las Cooperativas. Centro de Informacion Juridica. vol. 11, 1992.
- PRICEWATERHOUSE COOPERS. Control interno-marco integrado resumen ejecutivo. Vol 3. Madrid, 2013.
- RANDOLPH, G. Haití: antecedentes económicos y sociales. Série Estudios y Perspectivas n. 23. Cidade do México: CEPAL, 2004.

EMPREENDEDORISMO DAS PEQUENAS EMPRESAS NAS COMPRAS PÚBLICAS

Irene Patrícia Nohara²⁸⁶

Resumo: O presente escrito objetiva analisar o empreendedorismo das pequenas empresas, sua função simbiótica com o mercado das demais empresas, bem como a atratividade do setor de compras governamentais. A partir do método hipotético-dedutivo, analisa as medidas do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de favorecimento às pequenas nas compras governamentais. Aborda também os desafios da crise do covid-19 e como as pequenas inovaram suas práticas para sobreviverem aos impactos da crise subsequente, sendo ainda enfocado o quanto o setor de compras governamentais permanece atrativo ao segmento, sendo as medidas provavelmente mantidas no projeto em curso de alteração das licitações, devido ao objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e contratações públicas.

Palavras-Chave: Microempresa. Empresa de Pequeno Porte. Empreendedorismo. Compras Públicas. Licitações.

Abstract: The present paper aims to analyse the entrepreneurship of small companies, their symbiotic function with the market, as well as the attractiveness of the government procurement sector to small businesses. Using the hypothetical-deductive method, it analyzes the measures of the Small Business Statute Law in favor of small companies in government purchases. It also addresses the challenges of the covid-19 crisis and how small companies innovated their practices to survive the impacts of the subsequent crisis, while also focusing on how attractive the government procurement sector remains to the sector, with the measures likely being maintained in the project in course, due to the objective of promoting sustainable national development in tenders and public contracts.

Keywords: Microenterprise. Small Business. Entrepreneurship. Public Purchases. Bids.

²⁸⁶ Livre-Docente e Doutora em Direito do Estado pela USP. Professora-Pesquisadora do Programa de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada

Introdução

Quando se fala em empreendedorismo logo se associa às microempresas e empresas de pequeno porte. Geralmente as “pequenas” empresas funcionam como incubadoras e testagem de novos produtos e serviços. No caso das compras governamentais, as pequenas podem empreender ao entrar em determinados segmentos, o que é fomentado quando o governo estabelece certames que contemplam os favorecimentos existentes na legislação, para estímulo ao aumento das contratações públicas com as pequenas empresas.

A Lei Complementar nº 123/2006, Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, inovou, ao inserir regras para cumprir com as políticas públicas de favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte no setor de compras governamentais, seguindo os passos da legislação americana da *Small Business Administration*, conforme será analisado.

O objetivo do presente escrito, a propósito de integrar com muito orgulho e honra a coletânea dos 20 anos do Programa de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, a convite do caríssimo Vicente Bagnoli, a quem agradeço imensamente a oportunidade, já me reportando aqui também à brilhante iniciativa do José Francisco Siqueira Neto, sendo sempre uma grande alegria pesquisar ao lado de professores tão inovadores e talentosos, que são fontes de inspiração a todos, é enfocar a importância do setor de compras governamentais enquanto alavancador das pequenas empresas e apontar, portanto, alguns caminhos para que efetivamente as pequenas participem cada vez mais das contratações públicas.

Será exposto o debate sobre a importância das pequenas empresas para dinamização da economia, como elas funcionam de forma simbiótica também com as médias e grandes empresas, sendo, na sequência, expostos os critérios de favorecimentos nas licitações conforme a Lei Complementar nº 123/2016, com alterações subsequentes.

Ao final da abordagem procurar-se-á expor quais são as tendências em relação ao projeto que tramita para alteração da lei de licitações, sendo também enfocado como as pequenas empresas sentiram a necessidade de inovar e empreender de outra forma diante dos desafios da pandemia em 2020. Espera-se, portanto, reforçar a ideia de que a entrada no segmento das compras governamentais é um caminho auspicioso para as

pequenas empresas, pois gera promoção das políticas de desenvolvimento nacional sustentável fomentadas pelo Estado a partir da positivação dos critérios contidos no Estatuto.

1. Importância socioeconômica das Pequenas Empresas

Até meados do século XX, o modelo de desenvolvimento econômico adotado mundialmente baseava-se nas grandes empresas, que eram consideradas instrumentos para o crescimento e o progresso econômico. As grandes empresas forneciam a possibilidade de produção em escala, aliada à alta eficiência. A partir das crises econômicas das décadas de 1970 e 1980, ocorreu, entre outros fatores, a limitação do modelo de desenvolvimento industrial que se apoiava na produção em série.

Houve, então, um contexto econômico favorável à revisão da análise do papel das pequenas empresas no desenvolvimento das economias dos países. Segundo expõe Flávia Gutierrez Motta,²⁸⁷ a análise do papel do tamanho da empresa para a determinação de sua viabilidade e eficiência econômica gerou duas ordens de interpretação, que a autora não considera excludentes.

A primeira interpretação parte de fatores exógenos que tornaram a opção por grandes empresas problemática. Variáveis como: a turbulência do mercado internacional, a instabilidade das demandas e a modificação dos gostos dos consumidores são fatores que influíram negativamente na opção por grandes unidades de produção em massa. Ainda, a difusão e a facilitação do acesso às novas tecnologias baseadas da microeletrônica diminuíram a diferença tecnológica existente entre pequenas e grandes empresas, aumentando a competitividade das pequenas.

Costuma-se afirmar que a partir da estrutura enxuta das pequenas empresas vislumbrou-se a possibilidade da chamada *especialização flexível* como alternativa rentável ao modo de produção em massa, uma vez que incremento da burocracia dificulta por vezes o dinamismo e a estrutura menos complexa permite, por outro lado, que sejam

²⁸⁷ MOTTA, Flávia Gutierrez. *Fatores condicionantes na adoção de métodos de custeio em pequenas empresas*. São Carlos, 2000. Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo. p. 84.

realizados trabalhos mais artesanais e personalizados, o que gera um diferencial relevante em um mercado que busca produtos e serviços mais específicos.

A segunda ordem de interpretação, por sua vez, parte da constatação de que a mudança de visão do papel das empresas não decorre de uma pretensa superioridade tecnológica ou de um maior dinamismo das pequenas empresas, mas se trata, no fundo, do produto de uma opção política. O aumento da participação das pequenas empresas, segundo esta visão, é resultado de uma escolha estratégica do governo em implementar medidas para fomentá-las, a partir de ponderações acerca de como organizar a produção, o emprego e o trabalho.

As pequenas empresas são, em geral, fonte de recursos para as camadas mais pobres da população e frequentemente empregam força de trabalho menos qualificada. Desempenham, portanto, importante papel na *geração de empregos* e, consequentemente, na *inclusão social*. Elas colaboram muito mais do que as grandes na distribuição de riquezas e servem, ainda, para incubação de serviços e teste de mercados locais, ampliando as oportunidades de empreendedorismo.

Geram, portanto, desenvolvimento econômico para a população local, pois, muito embora não sejam mais responsáveis do que as grandes pela elevação em termos percentuais do Produto Interno Bruto (PIB) de um país, são importantes para que haja um crescimento econômico sustentável, uma vez que se apoiam no mercado local ou regional e induzem melhor distribuição de renda, gerando estabilidade social, econômica e política.

No caso brasileiro, de acordo com dados do SEBRAE (2018, Papel das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), as ‘micro’ e pequenas empresas correspondem a 98,5% das empresas formais existentes e ocupam 54% da mão de obra (formal) na atividade econômica. Por outro lado, elas colaboram apenas com 27% do PIB.

Na análise de Flávia Gutierrez Motta²⁸⁸ essas ordens de interpretações não são excludentes, porque é perfeitamente possível imaginar que uma vez que as grandes empresas, devido a fatores exógenos, encontram-se em dificuldades, as pequenas

²⁸⁸ MOTTA, Flávia Gutierrez. *Fatores condicionantes na adoção de custeio em pequenas empresas*. São Carlos, 2000. Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo. p. 85.

passaram a adequar-se melhor ao novo cenário econômico, ficando mais explícita sua importância para a economia, o que provocou nos governos, em geral,²⁸⁹ a adoção de políticas de incentivo ao seu desenvolvimento.

Ademais, não se deve analisar a questão do tamanho²⁹⁰ das empresas com tanto *sectorismo*, pois a interação entre as grandes e as pequenas empresas é um bom indicador de estabilização de uma economia. Existe um setor de pequenas empresas que se ocupa da prestação de serviços terceirizados, ou seja, que desenvolve atividades-meio em mercados nos quais as grandes não têm interesse de atuar, por meio de subcontratações e assistências técnicas, por exemplo.

Significa dizer que grande parcela²⁹¹ das pequenas empresas atua de forma complementar às atividades das grandes empresas, fator que foi considerado pelo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte quando se decidiu por políticas de favorecimento nas compras governamentais que, por exemplo, trabalham com parcelamento do objeto licitatório, bem como com subcontratação, conforme será analisado a seguir.

2. Favorecimentos às pequenas empresas e segmento de compras governamentais

A política de favorecimento das pequenas empresas se harmoniza com os princípios da ordem econômica expostos no art. 170 da Constituição, dado que o inciso IX deste artigo contempla orientação no sentido de que a atividade econômica deve observar o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

²⁸⁹ Apesar de ter havido um vídeo de reunião Ministerial em que o Ministro da Economia do atual governo expressou que salvar as empresas “pequeninhas” seria perder dinheiro, sabe-se que é uma decisão estratégica ao pleno emprego e ao empreendedorismo fomentar as atividades das pequenas empresas.

²⁹⁰ Enfatiza Vicente Bagnoli que o tratamento diferenciado pode ser interpretado como uma forma de o Estado nivelar o campo de jogo para assegurar condições mínimas ao pequeno estabelecimento empresarial de competir no mercado com concorrentes maiores e mais aptos à disputa. Cf. BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 154.

²⁹¹ MOTTA, Flávia Gutierrez. *Fatores condicionantes na adoção de métodos de custeio em pequenas empresas*. São Carlos, 2000. Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo. p. 90.

Conforme visto, a proteção à microempresa e à empresa de pequeno porte é opção política que beneficia a geração de empregos e, consequentemente, a inclusão social, pois elas apoiam o mercado local e regional e promovem o desenvolvimento nacional sustentável, tendo sido este um objetivo inserido ao art. 3º da Lei Geral de Licitações e Contratos em 2010.

O regime de favorecimento das pequenas empresas no setor das compras governamentais inspira-se no sistema dos Estados Unidos. Trata-se de país que implementa, desde 1953, com a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei (*Public Law*) n. 85-536, denominada *Small Business Act* (Lei de Apoio às Pequenas Empresas), políticas públicas de incentivo às pequenas empresas.²⁹²

Na seção 2 (a) da lei explicita-se que a essência do sistema econômico das empresas privadas nos Estados Unidos é a livre concorrência, cuja preservação é fundamental não apenas ao bem-estar econômico, mas também à segurança da nação; porém, a lei ressalva expressamente que esses objetivos não serão realizados sem o fomento e o desenvolvimento da capacidade atual e potencial das pequenas empresas.

O Congresso estabeleceu na mesma seção da *Small Business Act* a orientação política de que o Governo deve ajudar, fomentar e proteger, na medida das possibilidades, os interesses das pequenas empresas, e revela a especial importância conferida às compras governamentais como instrumento de política pública ao estabelecer que: “uma justa proporção das compras totais e dos contratos e subcontratos de bens e serviços do governo seja dirigida às pequenas empresas”.

Além da *Small Business Act*, a preferência nas aquisições públicas no âmbito federal dos Estados Unidos está regulamentada no FAR (*Federal Acquisition Regulation*), que é aplicável aos órgãos civis e militares e às empresas públicas. De acordo com as licitações nos Estados Unidos, o FAR compreende à consolidação das diretrizes governamentais que regulamentam as políticas, as práticas e os procedimentos utilizados nas aquisições das agências e demais órgãos vinculados com o governo federal.

²⁹² NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contratos Administrativos. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Tratado de Direito Administrativo* – vol. 6. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 235.

A *Small Business Administration* (SBA) é a agência, supervisionada pelo Presidente dos Estados Unidos, incumbida de realizar programas de apoio às pequenas empresas. Corresponde, no Brasil, ao Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas). Ressalte-se que todas as agências norte-americanas que realizam licitações são obrigadas a manter um setor de apoio a pequenas empresas e a empresas em situação de desvantagem (*Office of Small and Disadvantaged Business Utilization*), que colabora com o SBA. O setor deve ser dirigido por um funcionário especializado que é responsável pela efetivação dos favorecimentos legais a tais empresas nas aquisições públicas.

A parte 19.201 (d) do FAR obriga os departamentos a relatarem ao SBA o percentual de contratos adjudicados às pequenas empresas em seus programas de licitação de cada ano-fiscal. Dentre as informações, há a necessidade de discriminação das categorias de pequenas empresas que participaram das aquisições governamentais. Lá se prevê uma meta de pelo menos 20% dos contratos celebrados no ano fiscal com pequenas empresas, sendo determinado que bens e serviços entre 3 mil e 150 mil dólares (conforme valores atualizados periodicamente no FAR) sejam automaticamente reservados para pequenas empresas, desde que haja duas competitivas, num sistema apelidado de regra de dois.

Nos Estados Unidos a agência responsável pelo incentivo e desenvolvimento de programas de apoio às pequenas empresas é a *Small Business Administration* (SBA), havendo políticas de ação afirmativa para incentivar grupos sociais em desvantagem econômica, como afrodescendentes, hispânicos, indígenas, mulheres ou pessoas que queiram empreender e criar seus negócios em áreas de baixo desenvolvimento.

Deve-se enfatizar que o sucesso das políticas de incentivo dos Estados Unidos não devem só às determinações normativas, que são muito boas, mas sobretudo por um fator de ordem cultural, tendo em vista o fato de que nos Estados Unidos abrir seu próprio negócio é um ideal de vida que habita o inconsciente coletivo de grande parte da população, como uma opção de vida associada à liberdade, sendo que os valores protestantes lá cultuados de forma mais intensiva incentivam ao trabalho intenso, à poupança regular e à acumulação de capital.

No entanto, antes analisar os mecanismos de favorecimento nas licitações, tal qual previsto na legislação, faz-se necessário expor o potencial do mercado das compras governamentais.²⁹³ De acordo com dados de 2017, coletados pelo SEBRAE, o poder de compras governamentais, tanto na aquisição como na contratação, no Brasil, é correspondente a cerca de 10 a 15% do PIB Nacional, atingindo a cifra de 500 bilhões de reais ao ano, ao se considerar a realidade nacional, constituída de distintos entes.

O Brasil possui a União, o Distrito Federal, 26 Estados-Membros e 5.570 Municipalidades que necessitam contratar para suprir suas necessidades e as necessidades dos deveres de realização de políticas públicas. Assim, o setor de compras governamentais é um segmento atrativo ao empreendedorismo das pequenas, dada demanda constante e permanente do Estado pelas contratações.

3. Regime jurídico de favorecimento de pequenas empresas nas licitações e contratos

Os favorecimentos estão disciplinados entre o art. 42 a 48 do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. A primeira regra de favorecimento exposta no estatuto é a prova deferida de regularidade fiscal. De acordo com o art. 42 do Estatuto: “nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato”.

Já o *caput* do art. 43 do Estatuto estabelece que as microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição. O § 1º do art. 43, com redação dada pela LC 147/2014, por sua vez, dispõe que havendo alguma restrição na comprovação de regularidade fiscal, será assegurado o prazo de cinco dias úteis,²⁹⁴ cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame,

²⁹³ NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, v. 6, p. 155-172, 2015.

²⁹⁴ Antes o prazo era só de dois dias úteis, mas houve ampliação do prazo em 2014.

prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e eventual emissão de certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. Os dispositivos são complementados pelo art. 4.^º do Dec. 6.204/2007, que esclarece que a comprovação da regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação da licitação.

No caso do pregão, a declaração do vencedor acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, dada inversão de fases²⁹⁵ característica da modalidade licitatória. Quando não há inversão, a declaração do vencedor dá-se no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para abertura de fase recursal.

A interpretação dada pelo art. 4.^º, § 3.^º, do Dec. 6.204/2007 é que a prorrogação do prazo (que após a LC 147/2014 é de cinco dias) será concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho, devidamente justificados. A ausência de regularização fiscal no prazo previsto na lei implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízos das sanções do art. 81 da Lei 8.666/1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para assinatura do contrato ou revogar a licitação.

Dá-se preferência à contratação com microempresas e empresas de pequeno porte em caso de empate, entendido como tecnicamente “aqueles situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada”, conforme critério exposto no art. 44 da LC 123/2006. Este intervalo percentual será de 5% para a modalidade pregão, que envolve a contratação de bens e serviços comuns (art. 44, § 2.^º, do Estatuto).

Ressalte-se que o empate não precisa ser real. Trata-se de *empate ficto*, pois se pauta numa margem percentual de diferença, sendo, portanto, aplicável apenas nas licitações do tipo *menor preço*. O empate ficto só se aplica quando a melhor oferta válida

²⁹⁵ A inversão de fases foi acoplada como regra ao PL 1292/95.

não tiver sido apresentada por microempresas e empresa de pequeno porte, conforme dispõe ao art. 5.º, § 3.º, Dec. 6.204/2007.

Segundo art. 5.º, § 4.º, Dec. 6.204/2007, a preferência é concedida da seguinte forma: (1) ocorrendo o empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor; (2) na hipótese de ausência de contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem em situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; e (3) no caso da equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem em situação de empate, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar a melhor oferta.

Não se aplica tal sorteio quando, por sua natureza, o procedimento não admitir empate real, como acontece nos lances do pregão, em que não há lances iguais, sendo classificados conforme a ordem de apresentação dos licitantes, hipótese em que após o encerramento dos lances, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão.

Nas demais modalidades de licitação, o prazo para os licitantes apresentarem nova proposta deverá ser estabelecido pelo órgão ou entidade contratante, e estar previsto no instrumento convocatório. O novo projeto de lei (PL 1292/95) procura alterar e reduzir o atraso de pagamento feito pelo Poder Público, pois há muitas Administrações que atrasam pagamentos dos contratos. Atualmente, ainda há a possibilidade de atraso por 90 dias. A situação fica mais complicada para as microempresas e empresas de pequeno porte que têm um capital de giro menor do que as empresas de médio e grande porte, o que significa que muitas delas não são capazes de suportar tal atraso.

Note-se que apesar de o lapso temporal não ter sido alterado, houve a previsão, no art. 46 do Estatuto, de que a microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios não pagos em até 30 dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

O art. 48 do Estatuto, com a alteração da LC 147/2014, dispõe que a Administração Pública: (1) deverá realizar licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas ou de empresa de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até 80 mil reais; (2) poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte; e (3) deverá estabelecer cota de até 25% do objeto da contratação de microempresas em empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens de natureza divisível. Os benefícios previstos no art. 48 poderão, justificadamente, estabelecer prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido.

Trata-se, conforme visto, de mecanismos inspirados nos existentes no FAR (*Federal Acquisition Regulation*) dos Estados Unidos, que prevê licitações automaticamente reservadas a determinado valor (atualmente, a 150 mil dólares, mas o valor é corrigido periodicamente); prevê planos de subcontratação, que são fiscalizados pela *Small Business Administration*; e, ainda, estipula divisão do objeto, para que haja estímulo à participação das pequenas empresas.

Ocorre que no Brasil há restrições estabelecidas ao uso de tais mecanismos, pois a exclusividade somente será admitida se: houver no mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; o tratamento dispensado for vantajoso para a Administração Pública ou, ao menos, não representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto contratado; e se a licitação não for dispensável ou inexigível, dentro das limitações estabelecidas pela LC 147/2014.

4. Desafios ao empreendedorismo das pequenas nos tempos atuais na contratação com o Poder Público

A irrupção da pandemia do coronavírus e seus efeitos devastadores em inúmeros setores econômicos forçou o governo a abrir mão de algumas alternativas para que as pequenas enfrentem a crise, como, por exemplo, o acesso a crédito do BNDES.

De acordo com pesquisa realizada por PEGN, Resultados Digitais e Endeavor com pequenas empresas brasileiras, conforme questionário aplicado entre 14 a 29 de maio de 2020 a 1.180 delas, 77,7 % dos negócios consultados em microempresas e empresas de pequeno porte sentiram os impactos negativos na receita decorrentes da pandemia. Como reação, três em cada quatro empresas tiveram de cortar gastos administrativos e de infraestrutura, sendo que quatro em dez demitiram funcionários.²⁹⁶

O afastamento social gerou a necessidade de estímulo ao *home office*, sendo que 76,4% das empresas analisadas adotaram o trabalho remoto e 28,9% pretendiam manter a prática. Uma inovação que foi acelerada diante do desafio de enfrentar os efeitos sociais e comportamentais do COVID-19 foi a migração das vendas para o *delivery*, intensificando o atendimento *online*, sendo esta também uma tendência que pretende ser mantida nas empresas.

Contudo, o acesso ao crédito é uma das principais necessidades das pequenas empresas ouvidas na entrevista, sendo que 85% concordou que precisará testar novas estratégicas para o negócio. Conforme dito, a pequena empresa, por ser enxuta, já deve ser flexível e adaptável, como condição para sobrevivência. Diante dos impactos da pandemia na retração de procura por determinados serviços, então, é imperioso para a sobrevivência delas a agilidade em se adaptar ao novo mercado que se forma, em função do afastamento social.

Nota-se, contudo, que o setor de compras governamentais, diante do fato de que o Estado é uma instituição de maior perenidade, é um negócio a ser pensado para atuação de inúmeras pequenas empresas. Atualmente, temos um projeto em trâmite que pretende alterar a Lei Geral de Licitações e Contratos, concentrando no mesmo diploma as inovações do pregão e também do Regime Diferenciado de Contratação.

Relevante ressaltar que o Projeto de Lei nº 1.292/95, advém da proposta mais moderna do PL 6.814/2017 e de outros 239 processos apensados, incorporando a organização de um portal nacional de compras públicas, a inversão de fases, o orçamento sigiloso, a exigência de *compliance*, o diálogo competitivo e a alteração nos valores do seguro, dentre as principais alterações da proposta. Também acopla aos objetivos de

²⁹⁶ Os impactos da COVID-19 nas PMES e os passos para a retomada. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Administracao-de-empresas/noticia/2020/06/os-impactos-da-covid-19-nas-pmes-e-os-passos-para-retomada.html>. Acesso em 30 jul. 2020.

assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, garantir isonomia, evitar contratações com sobrepreço e superfaturamento e incentivar o desenvolvimento nacional sustentável, a questão de promover a inovação.

Inovação é atualmente um imperativo da dinamicidade do capitalismo contemporâneo, que atinge amplos setores de atividades. Também a Administração Pública está sendo desafiada a adaptar-se às inovações, o que abre espaço nas contratações públicas para soluções novas a serem ofertadas por pequenas empresas mais empreendedoras.

No tocante às atividades prestadas, a inovação é um componente que agrupa diferencial competitivo às empresas, sendo geralmente associada com o desenvolvimento de novos produtos ou novas formas de prestar serviços, que geram otimização de custos aos processos. Para que uma organização seja inovadora é relevante que haja uma gestão da inovação, sendo este um processo que promova o comportamento inovador das pessoas.

Um passo de mudança de gestão dada foi quando o Toyotismo, enquanto produção mais enxuta, substituiu o modelo fordista, pois os desafios do mercado japonês e de sua realidade de não poder trabalhar com amplo espaço de estoque, fizeram da solução deste problema um elemento propulsor a criar uma forma inovadora não apenas de montagem, mas sobretudo de gestão pela comunicação imediata (*just in time*).²⁹⁷

Assim, a pequena empresa que procurar fornecer produtos ou ofertar serviços inovadores, terá maior competitividade e será mais atraente, por conseguinte, às contratações públicas. Neste sentido, geralmente a iniciativa privada apresenta soluções mais plásticas e que representam ganhos de qualidade e de agilidade. No Brasil, a empresa pública responsável por fomentar a inovação tanto de universidades, institutos tecnológicos, como em empresas, é o FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos.²⁹⁸

²⁹⁷ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão Pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 249.

²⁹⁸ Cf. VERBETE: Agência Brasileira de Inovação, de Rogério Mayer. In. SIQUEIRA NETO, José Francisco; MENEZES, Daniel Nagao (Org.) *Dicionário de Inovação Tecnológica*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. Vol. 1. p. 5.

Foi mantido no projeto o diálogo com as determinações do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, o que significa que ele continuará a ditar as políticas de favorecimentos a serem aplicadas ao setor de compras governamentais.

Note-se que o Estatuto é viabilizado por uma Lei Complementar (123). Contudo, a matéria de licitações é matéria de lei ordinária. No entanto, malgrado essa falha de técnica legislativa, pois não haveria necessidade de tramitar os favorecimentos às licitações em lei complementar, esta lei complementar possui, neste tocante, força de lei ordinária. Curiosamente, isso é derivado não de jurisprudência, mas da própria lei complementar que, no seu art. 86, determina que: “as matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar serão objeto de alteração por lei ordinária”.

Conclusões

As pequenas empresas são as que mais empregam e também são as mais numerosas. Elas atuam em simbiose e complementariedade com as médias e grandes empresas e quiçá também com a Administração Pública. Isto pois, o setor de compras governamentais mobiliza de dez a quinze por cento do PIB Nacional, o que significa um mercado que atinge a cifra de cerca de 500 bilhões de reais anuais em compras e contratações públicas, quando se considera todos os entes federativos.

Tendo em vista o potencial de as compras públicas fomentarem um setor tão estratégico em relação às políticas de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o Brasil adotou, desde 2006, com a Lei Complementar nº 123, Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, medidas normativas que determinam aplicação dos favorecimentos às pequenas nas licitações e contratações públicas.

Os mecanismos podem ser sintetizados em: comprovação de regularidade fiscal diferida, prioridade em havendo contratação por empate ficto, participação exclusiva em licitações de até 80 mil reais, exigência no edital de subcontratação, bem como o estabelecimento de cotas de até 25% do objeto para licitações de objeto divisível.

São previsões inspiradas na legislação dos Estados Unidos, que há tempos aplicam favorecimentos às suas pequenas empresas. Contudo, os critérios de favorecimentos diferenciados só serão aplicados: (1) se houver o mínimo de três pequenas competitivas, sediadas local ou regionalmente; (2) se o tratamento for simplificado e vantajoso e não gerar prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto contratado; e (3) se a licitação não for dispensável ou inexigível.

O novo projeto de lei de licitações pretende manter a articulação com o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Ele reforça a necessidade de promoção do desenvolvimento nacional sustentável e alavanca também a inovação como objetivo autônomo nas licitações.

Como as pequenas empresas possuem uma vocação de especialização flexível, elas são naturalmente empreendedoras ao testar mercados, sendo algumas delas incubadoras de novos negócios. No entanto, atualmente, há uma ameaça dos efeitos da pandemia do Covid-19 sobre inúmeras microempresas e empresas de pequeno porte.

Conforme visto, muitas delas tiveram de adotar medidas de adequação, como a intensificação de *home office*, bem como o ajuste das entregas em sistema de *delivery*, inovações que elas pretendem manter mesmo após a pandemia.

Daí o reforço da necessidade de o governo incentivar a participação delas nas contratações com o Poder Público, dado que elas normalmente já possuem uma gestão mais enxuta, sendo também muito importante que haja a intensificação da política de crédito e inúmeras medidas para elas não quebrem, pois se a sobrevida de muitas não era tão extensa,²⁹⁹ também, em tempos de crise pós-pandêmica, há a possibilidade de a quebra de pequenas empresas gerar aumento do desemprego, o que afetará o desenvolvimento socioeconômico do País.

²⁹⁹ A maioria fecha as portas em cinco anos, cf. IBGE, 2017.

Referências

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOTTA, Flávia Gutierrez. *Fatores condicionantes na adoção de métodos de custeio em pequenas empresas*. São Carlos, 2000. Dissertação (Mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contratos Administrativos. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Tratado de Direito Administrativo* – vol. 6. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, v. 6, p. 155-172, 2015.

Os impactos da COVID-19 nas PMES e os passos para a retomada. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Administracao-de-empresas/noticia/2020/06/os-impactos-da-covid-19-nas-pmes-e-os-passos-para-retomada.html>. Acesso em 30 jul. 2020.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão Pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

SIQUEIRA NETO, José Francisco; MENEZES, Daniel Nagao (Org.) *Dicionário de Inovação Tecnológica*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. Vol. 1.

DAS EMPRESAS SOCIAIS AOS EMPREENDIMENTOS ECONÔMICOS SOLIDÁRIOS NO BRASIL: UM GIRO CONCEITUAL ATRAVÉS DAS “NOÇÕES EMERGENTES” DA ECONOMIA SOCIAL E SOLIDÁRIA

FROM SOCIAL ENTERPRISES TO SOLIDARITY ECONOMIC ENTERPRISES IN BRAZIL: A CONCEPTUAL TURN THROUGH THE “EMERGING NOTIONS” OF THE SOCIAL AND SOLIDARITY ECONOMY

Leandro Pereira Morais³⁰⁰

Miguel Juan Bacic³⁰¹

Resumo: De acordo com Chavez & Monzon (2018), após a crise de 2008, concebe-se uma nova geração de “noções emergentes” que se relacionam e dialogam, de algum modo, com o que se convencionou chamar de economia social e solidária (ESS). Estes “neoconceitos”, tais como inovação social, responsabilidade social empresarial, cidadania corporativa, quarto setor, empresas B, economia do bem comum, economia colaborativa, economia circular, empresariado social, empresas sociais etc se entrelaçam e se confundem, bem como dizem respeito a práticas econômicas alternativas, quase sempre contemplando o econômico e o social e situando-se entre o público e o privado. Este texto terá como objetivos apresentar e discutir, panoramicamente, os diferentes conceitos e terminologias concernentes a estas práticas alternativas, com o intuito de se chegar ao conceito e à prática dos empreendimentos econômicos solidários – termo comumente usado no Brasil ao se tratar da ESS -, bem como ressaltar a importância do fortalecimento de um ecossistema empreendedor para a ESS (Morais & Bacic, 2020).

³⁰⁰ Professor Doutor do Departamento de Economia da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Araraquara, e-mail: leandro.morais@unesp.br.

³⁰¹ Professor Titular do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, e-mail: bacic@unicamp.br

Palavras-chave: Novos conceitos. Economia social e solidária. Empresas sociais. Ecossistema.

Abstract: According to Chavez & Monzon (2018), after the 2008 crisis, a new generation of “emerging notions” is conceived that relate and dialogue, in some way, with what has been called the social and solidarity economy (SSE). These “neoconcepts”, such as social innovation, corporate social responsibility, corporate citizenship, fourth sector, B companies, economy of the common good, collaborative economy, circular economy, social entrepreneurship, social companies etc. intertwine and are confused, as well as they concern to alternative economic practices, almost always contemplating the economic and the social and standing between the public and the private. This text aims to present and discuss, in a panoramic way, the different concepts and terminologies concerning these alternative practices, in order to arrive at the concept and practice of solidarity economic enterprises - a term commonly used in Brazil when dealing with ESS -, as well as to emphasize the importance of strengthening a community entrepreneurial ecosystem for ESS (Morais & Bacic, 2020).

Keywords: New concepts. Social and solidarity economy. Social enterprises. Ecosystem.

Introdução

Em âmbito global, a ESS vem se apresentando, nos últimos anos, como inovadora alternativa de geração de trabalho e renda e uma resposta a favor da inclusão sociolaboral de camadas cada vez mais importantes da população que ficam permanentemente excluídas do emprego formal. Para muitos, pode ser considerada também como um novo modelo de desenvolvimento, mais humano e inclusivo (Morais & Bacic, 2020).

A ESS compreende uma diversidade de práticas econômicas e sociais, que realizam atividades de produção de bens, prestação de serviços, finanças solidárias, trocas, comércio justo e consumo solidário (MORAIS, DASH & BACIC, 2017). Este fenômeno multifacetado que, progressivamente, ganha espaço na academia, nas agendas de políticas públicas nacionais e internacionais e pela adesão de seus atores, se constitui uma área de estudo de grande importância e pertinência, além de grande interesse por parte da sociedade.

O campo de estudos e da *práxis* da ESS contempla diferentes correntes teóricas, que hoje influenciam o pensamento sobre o seu papel e o seu lugar na transformação do modo de produção capitalista. Este campo é caracterizado pela permanente tensão, seja no que se referem às questões teórico-conceituais, seja entre as diferentes iniciativas locais, sua escala, seus contextos, suas especificidades, seus enquadramentos e seus modos de operação.

Mediante a diversidade e a heterogeneidade de terminologias, bem como a falta de consenso para definir, classificar, mensurar e sistematizar o campo da ESS e seus “neoconceitos afins, o que consequentemente dificulta o estabelecimento de quais organizações ou entidades fazem parte, é mister apresentar alguns elementos característicos que acadêmicos, profissionais e políticos vêm utilizando para identificar estas organizações, entidades e empresas. Ao detectar tais elementos ao longo deste artigo, é possível também diferenciar tais organizações e empreendimento das empresas “tradicionais”. Parte-se do pressuposto de que o traço característico inicial é a premissa de que produzem bens ou serviços com “*valor social*”.

Como exemplos de organizações e empreendimentos associados à ESS, citam-se: cooperativas, ONG’s, fundações, institutos, associações, empresas sociais, sociedades mutuas, empreendimentos econômicos solidários (EES, no caso específico do Brasil e que serão tratados a seguir), bem como as novas manifestações ou “neoconceitos” conforme serão apresentados a seguir.

Como se pretenderá mostrar, a despeito das potencialidades e dos avanços da ESS no Brasil e no mundo, percebe-se que este “setor” é marcado por amplas fragilidades intrínsecas ao seu modus operandi. Nesse sentido, neste artigo, entende-se que uma das formas para enfrentar tais fragilidades se dá via construção e fortalecimento do ecossistema empreendedor – comunitário para a ESS. Tal desiderato constitui-se como uma tarefa complexa e marcada por numerosos desafios. Tais desafios decorrem do reconhecimento deste conceito como algo sistêmico e dinâmico. Ao lidar especificamente com o ecossistema empreendedor – comunitário para a EES, tal complexidade e desafios são intensificados, tendo em conta as fraquezas estruturais inerentes que caracterizam a ESS, bem como o campo ainda aberto da institucionalização das suas políticas (Morais, 2013; Morais & Bacic , 2016; 2020).

Nesta perspectiva, este artigo terá como objetivo, para além de apresentar a diversidade terminológica que envolve este “setor”, bem como seus “neoconceitos” – novas terminologias que aparecem conectadas no século XXI – ressaltar a importância da construção e do fortalecimento de um ecossistema empreendedor – comunitário para a ESS, inspirando-se na experiência de alguns países na Europa e na Ásia (Coreia do Sul).

Para tal, o artigo se estrutura da seguinte forma: após esta Introdução, o tópico 1 tratará de realizar um “giro conceitual” nos campos da ESS, empresas sociais e “neoconceitos”, para, ainda neste tópico apresentar alguns elementos comuns que aproximam as diferentes terminologias e práticas da ESS. Posteriormente, o tópico 2 abordará as políticas públicas de ESS no Brasil e o tópico 3 propugnará a importância de se constituir e de se fortalecer o ecossistema empreendedor – comunitário para a ESS, contemplando elementos do constructo do ecossistema, os casos europeu e sul – coreano, além de alguns aspectos do ecossistema brasileiro. Por fim, as considerações finais que alertam para um contexto apreensivo em relação a esta temática no Brasil atual.

1. Economia Social e Solidária (ESS), Empresas Sociais e “neoconceitos” afins: giro conceitual em suas diversas terminologias

Assim conforme já adiantado anteriormente, a temática que estuda o campo da ESS é permeada por embates e conflitos que vão da teoria à práxis, uma vez que envolvem diferentes posicionamentos em termos políticos, culturais, ideológicos e conceituais. No entanto, conforme afirmou Vieira (2005, p. 17), a ESS “enquanto conceito possui uma tripla natureza”: ao mesmo tempo em que é um objeto empiricamente verificável, também é um movimento social e uma teoria propositiva da mudança socioeconômica.

Nesta perspectiva, Cruz (2006, p. 56), menciona que “é difícil precisar o momento em que o termo começa a ser utilizado, e vários teóricos reivindicam para si a primazia na utilização do conceito”. Para este autor, conceituar estes “setores” é algo complexo,

uma vez que é uma tarefa que se desloca do mero debate acadêmico, para incorporar-se aos olhares e propostas de um espectro amplo de atores sociais, do movimento sindical aos formuladores de políticas públicas, de instituições religiosas a organismos multilaterais.

Frente a estas dificuldades, de acordo com Moreno & Chaves (2006), na literatura econômica ocidental, podem-se detectar três enfoques teóricos bem definidos: a) enfoque da “Economia Social”, tido como o mais antigo, mais consolidado e bastante divulgado e utilizado na Europa; b) enfoque das organizações “*Non Profit*” e c) enfoque da “Economia Solidária”, o mais recente e utilizado na América Latina e no Brasil” (Morais, 2013).

A diversidade terminológica existente foi minuciosamente descrita por Moreno (1996) e, de acordo com a autora, os termos mais frequentes são:

1. “*Terceiro Setor*”: quando se faz alusão aos dois outros “Setores”, a saber, Estado e Privado Capitalista;

2. “*Setor Voluntário*”: termo que tem como característica básica o caráter voluntário de uma parte muito relevante de pessoas que forma, trabalha e dirige atividades voluntárias;

3.“*Setor Não Lucrativo*”: termo empregado pelo Sistema Nacional de Contas Integradas das Nações Unidas que enfatiza o caráter não lucrativo de organizações que conformam o terceiro setor, entendendo que suas ações não têm o objetivo de obter benefícios para distribuí-los entre os indivíduos que as conformam, mas sim para designá-los a outros fins socialmente determinados;

4.“*Setor Filantrópico*”: referem-se àquelas organizações que canalizam recursos pessoais e materiais em prol de causas públicas ou sociais, sendo muito utilizado quando se tratam das Fundações;

5.“*Setor Caritativo*”: termo que enfatiza o apoio que o terceiro setor recebe da sociedade em geral, em forma de doações privadas, para objetivos de caridade ou utilidade social que os depositantes depositam o próprio setor;

6.“*Organizações Não Governamentais*” – ONG’s: termo que se refere àquelas entidades privadas que visam a promoção socioeconômica dos países mais subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento;

7.“*Setor Independente*”: termo que é utilizado para ressaltar o papel que o terceiro setor possui como força independente tanto frente à atividade do setor público,

como com respeito ao setor lucrativo ou maximizador do benefício das atividades capitalistas;

8. “*Setor Intermediário*”: análogo ao anterior, enfatiza o papel do terceiro setor não lucrativo como terceira força social, ou seja, como o setor “mediador” entre os interesses do mercado e o das políticas das agências públicas, mantendo relações com ambos agentes;

9. “*Setor Isento de Impostos*”: considerando que na maioria dos países este setor desfruta de uma fiscalidade favorável, ou seja, com benefícios e isenções tributárias;

10. “*Economia Social*”: denominação que abarca tanto entidades genuínas do Terceiro Setor (Fundações, Associações), como a certas entidades de tipo comercial, mais orientadas ao mercado, tais como cooperativas, mútuas, etc.

Fonte: Moreno (1996)

Tremblay (2009) também enumera, por países, diferentes terminologias, como “*Social Economy*” (EUA e Canadá), “*Solidarity Economy*” (Argentina, Brasil, Chile e Quebec), “*People’s Economy*” (Ásia), “*Associative Movements*” (Senegal e Turquia), “*Civil Society*” (África do Sul) e “*Community Economic Development*” (Austrália, Nova Zelândia e Canadá anglo-saxão).

Desta forma, a grande quantidade de terminologias é justificada pelos diferentes modos de geração, atuação e comportamento que este setor apresenta nos diferentes países, ou seja, em cada nação, assim como em cada região, se adotam distintas terminologias para fazer frente ao setor, de acordo com aspectos históricos, culturais, políticos, jurídicos, etc. Além do que, conforme dizeram Moreno & Chaves (2006): “la elección de éstos como objeto de estudio por parte del científico social evidencia la existencia de juicios de valor en el proceso científico y denota una indudable carga política y ideológica”.

Mais recentemente, Chaves & Monzon (2018) defendem a ideia de que o século XXI pode ser marcado por transformações sistemáticas de paradigmas, no sentido de contestar o atual modelo de desenvolvimento (pelos autores denominados de “crisis

económica, de deslegitimación del modelo económico imperante y de revalorización de la economía social” o de “modelo de desarrollo basado en la privatización y la hegemonía de la empresa privada lucrativa”), que apresenta seus limites, que podem ser caracterizados pela exclusão, desigualdade e concentração de renda; aspectos estes forte e negativamente impactados pela crise de 2008. Nesta perspectiva, segundo os autores (p.5):

Desde las propias empresas privadas tradicionales y sus think tanks se ha desarrollado un discurso y unas prácticas hacia un enfoque más ‘social’ de sus actuaciones, con nuevos enfoques como el de la responsabilidad social empresarial y la nueva filantropía (...). En este contexto de crisis económica, de deslegitimación del modelo económico imperante y de revalorización de la economía social también ha emergido una pluralidad de términos, nociones y paradigmas, como son las empresas sociales, la economía solidaria, la economía colaborativa, la economía circular, el cuarto sector, la innovación social y la responsabilidad social de las empresas. Estos términos han surgido cuestionando el modelo económico hegemónico basado en la empresa lucrativa tradicional e incorporan una carga propositiva que sitúa la dimensión social y ambiental en una posición central en la economía.

No entanto, assim como bem notado pelos autores, na atualidade, ainda se carecem de estudos que abordem, desde uma perspectiva comparativa e crítica, o conjunto destas “noções emergentes” de conceitos e denominações, de modo a apontar as diferenças e similitudes entre eles, bem como estabelecer como tais conceitos foram consolidados.

De toda forma, desde os princípios do século XXI e, sobretudo após a crise de 2008, para Chaves & Monzon (2018), concebe-se uma “nova geração de noções” e terminologias que, de algum modo, se relacionam com a ESS ou com a contestação do paradigma econômico global. Os termos mais usuais que aparecem, são: Inovação social; Responsabilidade social empresarial; Cidadania corporativa; Quarto setor; Empresas B; Economia do bem comum; Economia colaborativa; Economia circular; Empresa social; Empresariado social; Economia solidária; Economia Social e Solidária e Práticas econômicas alternativas.

A despeito da necessidade de se avançar em aspectos teórico-conceituais para estes termos, Chaves & Monzon (2018), ao analisarem o que há de produção acadêmica acerca deles, sugerem a aproximação entre eles, a partir de três categorizações:

Noções ligadas aos âmbitos centrais da crise e de transformação do sistema: sendo que inovação social, economia colaborativa e economia circular fazem referência aos seguintes aspectos da transformação social: inovação, revolução digital e meio ambiente. Não são, portanto, “conceitos rivais” à ESS, mas complementares;

Noções ligadas à reorientação dos objetivos e modos de funcionamento das economias, tanto a nível micro como macroeconômico, com mecanismos de avaliação e incentivo: correspondem a esta categoria as noções de responsabilidade social das empresas e a economia do bem comum; noções estas transversais aos setores público, privado tradicional e ao terceiro setor, e que defendem a necessidade de se estabelecer mecanismos de avaliação do desempenho econômico e social de suas atividades. Na visão dos autores são também conceitos complementares aos da ESS, por reforçarem os objetivos econômicos e sociais dos empreendimentos.

Noções ligadas às novas formas de entender a prática econômica e a forma de se fazer empresa: referem-se, portanto, às noções de empresas sociais, empresariado social, quarto setor e economia solidária. Estes conceitos fazem referência às formas institucionais concretas, que, em sua maioria, buscam objetivos sociais de beneficiamento de comunidades, com processos decisórios democráticos, não ligados somente à propriedade do capital. Estas características também conectam estas noções a algumas características mais gerais e que “revitalizam” a ESS.

Outros conceitos articulados a estes foram apresentados em estudo desenvolvido no Brasil (Silva, 2018), cujo objetivo era tratar sobre os “negócios de impacto social”, em seus aspectos econômico-financeiro, social e ambiental. Neste trabalho, Silva (2018) traz ao debate, além do já mencionado conceito de “empresas sociais”, outras denominações atualmente utilizadas:

Negócios sociais: empreendimento social que visa atender um problema social e tem como principal objetivo o impacto social e seu modelo de negócio, como motores de fomento;

Negócios inclusivos: um negócio social pode ser considerado um negócio inclusivo quando se está focado em gerar trabalho e renda para as pessoas pobres que vivem em áreas de risco social e ambiental;

Negócios com impacto social: modelo de organização híbrida que combina as competências do setor privado com os conhecimentos de gestão social do terceiro setor. São organizações que objetivam resolver problemas sociais, utilizando mecanismos de mercado;

Negócios da base da pirâmide: modelo que ajuda a população de baixa renda a melhorar sua qualidade de vida, fornecer subsídios para produção e administração de produtos padrões culturais de cada local e que sejam, ao mesmo tempo, economicamente rentáveis e responsáveis com o meio ambiente;

Empresas B Corp: empresas com certificação do Sistema B são empresas com fins lucrativos certificadas pelo Laboratório B (organização internacional) que busca atender aos padrões rigorosos de desempenho social e ambiental, responsabilidade e transparência.

1.1 Elementos característicos da ESS e seus “neoconceitos” relacionados

Mediante a diversidade e a heterogeneidade de terminologias, bem como a falta de consenso para definir, classificar, mensurar e sistematizar o campo da ESS e seus “neoconceitos” afins, o que consequentemente dificulta o estabelecimento de quais organizações ou entidades fazem parte, é mister apresentar alguns elementos característicos que acadêmicos, profissionais e políticos vêm utilizando para identificar estas organizações, entidades e empresas.

Nesse sentido, ao detectar tais elementos, é possível também diferenciar tais organizações e empreendimento das empresas “tradicionais”.

O traço característico inicial é a premissa de que produzem bens ou serviços com “*valor social*”. Em outras palavras, o Conselho Mundial de Cooperativas de Crédito resume em: “*no por el lucro, no por la caridad, sino por el servicio*”. Assim, o lucro é essencial para a sustentabilidade e o desenvolvimento das organizações e empresas da ESS. No entanto, não é considerado como meta final, além do que, ele é utilizado e distribuído segundo as regras específicas inerentes às estruturas jurídicas previamente acordadas e definidas. O lucro e o excedente produtivo são necessários para a viabilidade

socioeconômica dos EES e são, geralmente, utilizados para a ampliação dos negócios e aprimoramento dos recursos humanos e da infraestrutura dos atores envolvidos.

Para Fonteneau, *et al.* (2010), outras características, além da função econômico-social, podem nos ajudar a identificar organizações e empresas da ESS. São elas: participação, solidariedade, participação voluntária, autonomia e dimensão coletiva. Como exemplos de organizações e empreendimentos associados à ESS, assim como já fora explicitado anteriormente, citam os autores: cooperativas, ONG's, fundações, institutos, associações, empresas sociais, sociedades mutuas, empreendimentos econômicos solidários (EES, no caso específico do Brasil e que serão tratados a seguir). Todas elas passíveis de ampla discussão acerca de sua efetividade enquanto ESS.

Em termos gerais, a partir de Fonteneau *et al.* (2010), bem como do amplo debate internacional realizado no âmbito da *United Nations Task Force on Social and Solidarity Economy*³⁰², pode-se dizer que:

A ESS refere-se a formas específicas de organizações e empresas sociais, em permanente evolução;

As organizações de ESS possuem características comuns que as diferenciam de organizações da economia pública e da economia privada tradicional, pois compartem princípios operativos específicos baseados na participação, na solidariedade, na inovação, na incorporação voluntária e na propriedade coletiva;

A amplitude existente de denominações são conceitos divergentes, porém relacionados. Todos possuem certas origens geográficas e antecedentes teóricos que enfatizam dimensões particulares desta forma econômica;

As organizações de ESS podem oferecer vantagens comparativas para abordar os desafios sociais, econômicos e políticos em todo o mundo, incluindo a coesão social, o “empoderamento” e o reconhecimento de uma economia plural;

³⁰² Deste debate participou o primeiro autor, Ver: <http://unsse.org/>

A ESS está, portanto, adquirindo mais importância no momento atual, tendo em vista a crise econômica global, uma vez que as saídas exigirão, dentre outros aspectos, um modelo de desenvolvimento mais inclusivo e sustentável³⁰³.

No entanto, a despeito das potencialidades e dos diferenciais da ESS, observa-se, em suas práticas cotidianas, que muitas de suas experiências são marcadas por fragilidades intrínsecas ao seu funcionamento (produtiva, comercial, jurídica, contábil, etc.); fragilidades estas que, como veremos com mais detalhes a seguir, podem ser minimizadas ou enfrentadas através do fortalecimento de um ecossistema empreendedor que atue para a ESS.

2. Economia Social e Solidária (ESS), políticas públicas e os empreendimentos econômicos solidários no Brasil: teoria e prática

No Brasil, as organizações que atuam na interface entre a economia e a sociedade constituírem um fenômeno social expressivo e cada vez mais reconhecido. Existe uma ampla gama de atores e formas jurídicas que constituem este campo, sendo as cooperativas as mais fáceis de distinguir e com maior tradição em nosso país. O termo EES não encontra consenso entre autores, sendo o termo Economia Solidaria preferido, mesmo sendo sua definição mais restrita que a da EES.

Em se tratando especificamente da “Economia Solidária” (definida como: “conjunto de atividades econômicas organizadas e realizadas solidariamente por trabalhadores e trabalhadoras sob a forma de autogestão”), parte constitutiva da ESS, no país, o início da institucionalização pode se ter como marco, o surgimento da Secretaria Nacional de Economia Solidária (SENAES), em 2003, muito embora, seu surgimento advém de movimentos sociais e políticos, bem como de experiências reais, prévios à sua criação³⁰⁴.

Por atividades econômicas pertencentes à Economia Solidária, entende-se às atividades relacionadas à produção de bens, prestação de serviços, finanças solidárias,

³⁰³ <http://unsse.org/sse-responses-to-covid-19-information-from-the-members-and-observers-of-the-untsse/>

³⁰⁴ Para uma avaliação mais detalhada sobre, consultar Morais (2013).

comércio justo e consumo solidário. Vale também mencionar que as “*organizações solidárias*” referem-se às cooperativas, associações, empresas auto - gestionadas, grupos solidários, redes solidárias, clubes de troca, etc., a partir do que podemos chamar de “Empreendimentos Econômicos Solidários” (EES), que são organizações, singulares ou complexas, de caráter coletivo, onde trabalhadores /as do meio urbano ou rural exercem a gestão coletiva de seus empreendimentos e que podem ou não ter registro legal para a prática de suas atividades econômicas.

Ainda em se tratando da saudosa SENAES, de seu surgimento (2003), dentro do Ministério do Trabalho, até os dias atuais, a Secretaria, a partir do “*Programa Economia Solidária em Desenvolvimento*”, inseriu-se, paulatinamente, nos Planos Plurianuais do Governo Federal (2004 – 2007; 2008 – 2011; 2012-2015), constituindo o início do processo de institucionalização da política pública de ESS no país, ou seja, de um marco jurídico da Economia Solidária em construção. Houve também estratégias de expansão das políticas públicas estaduais e municipais de Economia Solidária, assim como o surgimento dos *Centros Públicos de Economia Solidária* e da *Frente Parlamentar da Economia Solidária*. Importante também foram o surgimento e o fortalecimento das *Conferências Nacionais de Economia Solidária* e do *Conselho Nacional de Economia Solidária*.

No que se refere à quantificação dos EES, o último mapeamento nacional de Economia Solidária foi realizado e publicado em “*A Economia Solidária no Brasil: uma análise dos dados nacionais*”, sob a coordenação de Gaiger (2014). Tal mapeamento pode servir como caracterização da Economia Solidária no Brasil após 13 anos de políticas públicas realizadas pela SENAES. Com base neste mapeamento, há 19.708 EES e 1.423.631 associados. Destes, quase 55% estão na área rural, enquanto 34,8% estão na área urbana e 10,4% dos EES atuam simultaneamente no espaço rural e urbano. Por regiões do Brasil, 41% dos EES estão no Nordeste, 17% no Sul, 16% estão no Norte, sendo a mesma cifra no Sudeste e 10% no Centro – Oeste. Quanto à forma de organização dos EES, nota-se uma ampla predominância das associações, com 60% dos EES, 30,5% de grupos informais, 9% de cooperativas e menos de 1% sociedades mercantis.

Em recente trabalho, Gaiger & Kuyven (2020) mostram que, no Brasil, a Economia Solidária se expandiu e ganhou reconhecimento público e acadêmico, nas últimas décadas. Na visão dos autores, multiplicaram-se visões, definições e enfoques,

gerando uma polissemia conceitual e interpretações diversas a respeito. Com base em dados do último Censo supramencionado, os autores destacam o valor metodológico das experiências e as explora sob vários prismas, em particular quanto à sua origem e seus sentidos, do ponto de vista de seus integrantes, seus itinerários de trabalho e suas aspirações. Nesse sentido, os autores situam a Economia Solidária como um desdobramento de trajetórias que predispuaram certas categorias sociais à opção por formas coletivas de organização socioeconômica. Esse fato explica a heterogeneidade estrutural dessas práticas, a impropriedade de tratá-las como uma unidade empírica em si, e a conveniência de buscar em características latentes as lógicas instituintes.

Em agosto de 2017, um passo importante foi dado na direção da institucionalização da política pública de Economia Solidária no país, com a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara, do Projeto de Lei 4685/12, que cria o Sistema Nacional da Economia Solidária.

No entanto, na contramão deste processo, desde 2016 (Governo Temer), as políticas públicas em apoio à Economia Solidária tiveram um retrocesso, que foi intensificado com o início do Governo Bolsonaro (2019). Para se ter uma ideia, Silva (2018) cunhou de “crise de paradigma” o período 2016-2018, ao analisar a política pública de Economia Solidária no Brasil no ciclo orçamentário de 2004 a 2018. Isto, pois, segundo o autor, tendo 2015 como ano-base, em 2016, o orçamento da SENAES teve uma contração de 50% em relação a 2015; em 2017, 60% do valor e, em 2018, apenas 16% do valor de 2015.

Nesta perspectiva, no Governo Temer, a SENAES transformou-se em Subsecretaria dentro do Ministério do Trabalho e teve os fundos diminuídos, o que restringiu suas possibilidades de atuação. Para deteriorar ainda mais este quadro, o Governo Bolsonaro extinguiu o Ministério de Trabalho e remeteu para o Ministério de Cidadania (Medida Provisória 870/2019). No artigo 23º são definidas as competências desse Ministério, entre elas “XXIV - cooperativismo e associativismo urbanos”. O artigo 24 da mesma MP informa a estrutura desse Ministério e indica a existência de “XV - o Conselho Nacional de Economia Solidária”. E diz “§ 3º - O Conselho Nacional de Economia Solidária é órgão colegiado de composição tripartite, observada a paridade entre representantes dos trabalhadores e dos empregadores, na forma estabelecida em ato

do Poder Executivo federal”. Cabe perguntar quem o governo identifica como empregadores dentro da ESOL.

O Decreto Nº 9.674, de 2 de janeiro de 2019, define no artigo 2º as Secretarias e Departamentos do Ministério da Cidadania. Dentro da Secretaria Nacional de Inclusão Social e Produtiva Urbana, figura o Departamento de Economia Solidária. Esta nova estrutura evidencia a extinção da SENAES e a alteração da concepção das políticas “associando a Economia Solidária, às políticas de inclusão social e produtiva da assistência social e limitando seu público ao setor urbano” (Pinho, 2019). O associativismo rural foi remetido para o Ministério de Agricultura dentro da Secretaria de Agricultura Familiar e Cooperativismo. Desta forma as políticas mais amplas de associativismo e Economia Solidária foram fragmentadas e os trabalhadores rurais que se organizam por meio da autogestão, estão excluídos, nos termos dos Decretos da ESOL.

Assim, a SENAES que, paulatinamente, vinha ampliando ações, políticas de apoio e fomento da Economia Solidária no país, tornou-se um Departamento de Economia Solidária, dentro da Secretaria Nacional de Inclusão Social e Produtiva Urbana. O triste é que, para além dos cortes orçamentários e do status de Secretaria, este deslocamento impacta também no sentido da Economia Solidária neste atual Governo, que nos parece caminhar para uma visão mais assistencialista e filantrópica, com pitadas de um empreendedorismo individualista; visão esta que se distancia de uma estratégia de desenvolvimento e de geração de renda mais transversal, emancipatória e cooperada fragmentando as políticas e as ações de um movimento que se organiza de forma autogestionária. Parece que amplos setores conservadores do aparato político nacional, tem dificuldade em assimilar que os pobres posam gerar renda e não precisar de ações assistências, sendo necessário para que isso se trone viável, constituir um marco institucional adequado e políticas que apoiem o setor com visão de longo prazo, tal como existem para os setores financeiro, agropecuário, industrial, energia, transportes, etc.

É importante mencionar que falta ainda concluir um contexto legal para a ESS, com uma clara legislação pertinente. Também, aprimorar a atuação dos agentes de forma a reconhecer as limitações e especificidades dos EES e desenhar políticas e ações coerentes para sua superação, assim como avançar na criação de indicadores de avaliação e de monitoramento dos EES. Eis a necessidade de se criar e ou fortalecer o ecossistema empreendedor para a ESS, como trataremos a seguir.

3. A necessidade do fortalecimento do ecossistema empreendedor solidário para a ESS

A despeito das potencialidades e dos avanços da ESS no Brasil, percebe-se que este “setor” é marcado por amplas fragilidades intrínsecas ao seu modus operandi, assim como referidas anteriormente. Tais fragilidades situam-se, conforme Morais & Bacic (2016), em:

Fraquezas nas variáveis microeconómicas: condições de mercado (oferta e procura de produtos e serviços), preços e custos de produção e comercialização, situação em que ocorre a comercialização, acesso à tecnologia, capital de giro dos empreendimentos, etc.³⁰⁵;

Fragilidades macroeconômicas: exclusão de determinados grupos ao acesso ao crédito em condições facilitadas; taxa de juros elevadas; impactos do aperto fiscal na continuidade de programas, projetos e ações etc.;

Políticas públicas de apoio: a falta de ações integradas e transversais (entre ministérios, secretarias etc., nos âmbitos federal, estadual e municipal) que travam os potenciais avanços em prol dos objetivos de geração de trabalho, emprego e renda e da própria existência de várias experiências. Isto se deve também à falta de clareza no que concerne à definição e mensuração do “setor”.

3.1 O constructo do ecossistema empreendedor solidário para a ESS

Conforme Serrano (2015, p. 173), os ecossistemas são uma "rede de atores" (empresários, investigadores, financeiros, políticos - executivos e legislativos, etc.).) que têm em conta as dimensões físico-territoriais e o território em questão; este território é marcado por um conjunto de sistemas, tais como: a) sistemas políticos (alianças e coligações entre atores sociais e atores políticos que constituem a base da governação territorial); b) sistemas de produção (que induzem a criação de redes de atores envolvidos na produção de bens e serviços) e c) sistemas de inovação territorial (criados por alguns

³⁰⁵ Sobre aspectos da produção e comercialização dos EES, consultar Morais & Bacic (2016).

grupos de atores envolvidos na geração e difusão da inovação). Tais sistemas constituem uma "componente física" com consequências sociológicas, políticas e económicas.

Conforme pode ser notado, a teoria do ecossistema empreendedor foi desenvolvida tendo como foco as empresas. Por essa razão é comum que seja denominado ecossistema empreendedor empresarial. No caso dos EES, entende-se que não se deve prevalecer a ótica empresarial do lucro, de modo que consideramos que pode ser denominado de “ecossistema empreendedor solidário ou comunitário”. Ao longo do texto usaremos estes dois termos como sinônimos.

A construção do ecossistema empreendedor solidário – comunitário para a ESS é uma tarefa complexa e marcada por numerosos desafios. Tais desafios decorrem do reconhecimento deste conceito como algo sistêmico e dinâmico. Ao lidar especificamente com o ecossistema empreendedor solidário - comunitário para a EES, tal complexidade e desafios são intensificados, tendo em conta as fraquezas estruturais inerentes que caracterizam a ESS, bem como o campo ainda aberto da institucionalização das suas políticas (Morais, 2013; Morais & Bacic , 2016; 2020).

Em termos práticos, já há exemplos em alguns lugares do mundo que podem servir de modelo. A seguir, apresentam-se algumas informações acerca dos casos europeu e asiático, regiões onde já há certo avanço na consecução e registro do ecossistema empreendedor para a ESS. Entende-se que estes casos possam servir como modelo na estruturação da construção ecossistêmica para o caso brasileiro.

3.2 O caso europeu

Conforme Comissão Europeia (2016) existem quatro pontos que caracterizam os esforços em prol da construção de ecossistema empreendedor para a ESS.

O primeiro ponto (conhecimento - sensibilização política e formas legais de reconhecimento destas políticas), dependendo do país, tal reconhecimento se dá a partir de diferentes instrumentos, como por exemplo: leis específicas para as empresas sociais (caso do reino Unido) ou para a ESS (casos da Espanha e Itália); criação de ministérios, secretarias ou departamentos pertinentes ao tema (casos da ou da Polônia); elaboração de documentos oficiais ressaltando o papel dos programas de fortalecimento da ESS.

O segundo ponto trata do acesso aos mercados facilitando que produtos e serviços da ESS possam ser direcionados à demanda dos setores público e privado. Verificam-se políticas públicas ou programas de fortalecimento a estes empreendimentos, sobretudo, em três frentes, a depender do país: promoção, integração ou substituição (de serviços antes ofertados pelo Estado e que passam a ser ofertados por empresas sociais, como, por exemplo, serviços de apoio ao idoso, às crianças, serviços de desenvolvimento comunitário etc.). Vale mencionar que a partir de maio de 2016, 21 Estados Membros se dispuseram a iniciarem e adequarem-se a esta importante regulação a nível europeu. Como exemplo, podem se citar países como França, Irlanda, Itália, Polônia e Eslováquia que introduziram aspectos desta Regulação em suas respectivas legislações nacionais entre 2015 e 2016.

O terceiro ponto trata do suporte público e fiscal para startups de ESS. Os acordos fiscais voltados a estas organizações são classificados em três tipos: a) diminuição das contribuições para a seguridade social; b) isenção de impostos e taxas mais baixas e c) reduções fiscais para os doadores privados ou institucionais.

O quarto ponto é o acesso ao financiamento. Foram desenvolvidos novos instrumentos financeiros para o campo das inovações sociais. Por exemplo: *impact investing*; *social impact bonds*; *social venture capital*; *crowdfunding* etc. Porem a situação não é ainda satisfatória e o estudo da Comissão Europeia (2016) chama atenção ao fato de que “there is a need for adequate policies that are able to incentivise social enterprise capitalisation by means of innovative financing tools” (p.36).

As redes e os mecanismos de suporte mútuo são outro ponto fundamental na estrutura do ecossistema europeu para a ESS conforme o mencionado estudo. Onde estes existem, as chances de êxito da ESS são bem superiores quando não há o estabelecimento de redes e mecanismos de apoio mútuo entre os empreendimentos. Adicionalmente, as redes permitem replicar experiências positivas em termos econômicos, sociais e políticos.

Por fim, não menos importante, aparece na estrutura de construção do ecossistema europeu para a ESS, os temas concernentes à educação e à qualificação ou ao desenvolvimento de capacidades e de conhecimento em determinadas áreas (“skills development”).

3.3 O caso asiático

No caso asiático nos concentraremos na Coreia do Sul,. Nesse país foi criado o Local Social Economic Ecosystem Development Project (LSEEDP), para garantir a sustentabilidade da ESS sul-coreana. De acordo com KIM e JUNG (2016, p. 40):

The goals are to strengthen internal cooperation and networking among actors of the local social economy, and thereby to induce a healthy and thriving social economy ecosystem based on their cooperation. Local strategic projects are intended to ensure the embedding of the social economy in local communities.

A estrutura desenvolvida nesse país contempla os governos locais (com suas respectivas políticas de apoio), as redes de ESS (e seus centros de cooperação) e a sociedade civil (consultada em suas instâncias participativas). Neste ecossistema, a “formação de ativos” (em temas de infraestrutura, recursos humanos e expansão de mercado) é tida como elemento fundamental e todo este processo se desagua no “local strategic projects”, onde se concebem projetos de apoio à incubação de empreendimentos de ESS e de desenvolvimento local. Embora integrados, o LSEEDP prioriza os projetos de desenvolvimento local a partir dos “ecosystem groups for boroughs” (espécie de grupos ecossistêmicos de bairro), que são apoiados por até 5 anos, até que os mesmos atinjam níveis de autonomia. Este processo se divide em 2 etapas, sendo a primeira de fomento às capacidades da sociedade civil (leia-se dos “bairros” selecionados) e a segunda de assistência a temas econômicos, financeiros, jurídicos, etc dos potenciais empreendimentos iniciados.

Outro aspecto interessante refere-se à criação das “Zonas de Economia Social” (“Social Economy Zone” - SEZ) com o intuito de “allows each borough to identify and make strategic use of local resources available for sharing in order to solve local problems through local cooperation” (KIM e JUNG (2016, p. 49)

3.4 O caso brasileiro

Dagnino (2020) entende a arquitetura institucional que apoia (ou apoiou) a ESS composto por quatro pilares que foram constituídos a partir dos primeiros anos do presente milênio:

A SENAES do atualmente extinto Ministério do Trabalho e Emprego (MTE);

O suporte tecnocientífico vindo da Rede de Tecnologia Social (RTS), da Secretaria de Ciência e Tecnologia para a Inclusão Social (SCIS) e das redes de Incubadoras Tecnológicas de Incubadoras Populares (ITCPs), apoiadas pelas FINEP;

O suporte financeiro para os empreendimentos econômicos solidários, vindo de bancos públicos;

A política de compras públicas dos produtos dos empreendimentos econômicos solidários da ESS.

O quadro a seguir foi elaborado com base em Morais & Bacic (2019) e Dagnino (2020) e sugerem que no Brasil já existe (ou existiu) uma estrutura potencialmente semelhante àquela descrita no caso europeu.

Quadro 1 – Estado da arte do ecossistema empreendedor para a ESOL no Brasil

a) Conhecimento - sensibilização política e formas legais de reconhecimento destas políticas e ação: SENAES que foi criada em 2003.

b) Acesso aos mercados: Política de compras públicas: Programa de Aquisição de Alimentos (PAA); Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Feiras de Economia Solidária

c) Suporte público e fiscal para *start ups* de ESS: Editais SENAES (Ex. Projeto Redes)

d) Acesso ao financiamento: Financiadora de Projetos do Governo Federal (FINEP); microcrédito, fundos rotativos solidários, bancos comunitários (Ex. Palmas, Cocais etc.)

e) Instrumentos de apoio às redes e suporte mútuo: Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FBES); Conselho Nacional de Economia Solidária (CONAES); Projeto Redes, etc.

f) Desenvolvimento de projetos e pesquisas e de qualificação na área: Rede de Tecnologia Social (RTS), Incubadoras Tecnológicas de Cooperativas Populares (ITCPs), Rede de incubadoras públicas de empreendimentos solidários da UNITRABALHO.

Tal como foi discutido no item 3, este arcabouço, no que se refere à esfera federal, foi sendo desmontado a partir de 2016. O momento político, social, institucional e econômico é de apreensão generalizada para o fortalecimento do ecossistema empreendedor solidário no país, tendo em vista as transformações já mencionadas que resultaram na extinção da SENAES e todo seu espectro de ações.

Porém, o dinamismo social permite ser otimista. Existe uma ampla e crescente base de estudos sobre ESS nas universidades (cursos de economia, sociais, etc.) em cursos de graduação e de pós-graduação, seja em cursos de qualificação na área, seja em trabalhos de conclusão de graduação ou pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado). O estudo de Icaza (2017) aponta para um significativo crescimento de estudos nas áreas do cooperativismo e da ESS nas duas últimas décadas.

Adicionalmente, municípios e estados tem avançado em direção a estruturas e leis de ESS: Conselhos Municipais de Economia Solidária e Leis Municipais de Economia Solidária, como nos casos dos municípios de Araraquara (SP), de Balneário Camboriú (SC), Conselho Estadual de Economia Solidária do Maranhão – CEE SOL (Lei ordinária nº 10.581, de 19 de abril de 2017).

Na esfera federal, o plenário do Senado aprovou em dezembro de 2019, o Projeto de Lei da Câmara (PLC 137/2017) que cria a Política Nacional de Economia Solidária (PNES) e o Sistema Nacional de Economia Solidária (Sinaes), além de regulamentar empreendimentos desse tipo. Ainda em termos propositivos. Vale lembrar que este projeto tinha nascido na Câmara de Deputados sob número PL 4685/2012 e após a aprovação do Senado passou a tramitar como PL 6606/2019. A matéria voltou para análise da Câmara de Deputados. O Governo Federal declarou por meio da Lei 13.928 de 10 de dezembro de 2019, a data de 15 de dezembro como o Dia Nacional da Economia Solidária, a ser comemorado anualmente, em todo o território nacional, pelos empreendimentos econômicos solidários, pela sociedade civil e pelos governos comprometidos com a ESS brasileira.

Outros elementos do ecossistema no país que apresentam autonomia com relação à política pública são os bancos que atuam com o microcrédito e ou com moedas sociais. Tais bancos comunitários são uma realidade em alguns municípios no país, e contabilizam uma rede de mais de 100 bancos comunitários (como o originário Banco Palmas) e a existência de redes de EES, formais e informais.

A grande capacidade de resiliência da ESS no Brasil reside nas experiências, ações e políticas públicas subnacionais, sejam em nível estadual, seja em nível municipal, das instituições e universidades que atuam em rede apoiando a tecnologia social e as ITCP e das milhares de associações que praticam a economia solidária no Brasil.

Conclusões

A ESS compreende uma diversidade de práticas econômicas e sociais, que realizam atividades de produção de bens, prestação de serviços, finanças solidárias, trocas, comércio justo e consumo solidário. Este fenômeno multifacetado que, progressivamente, ganha espaço na academia, nas agendas de políticas públicas nacionais e internacionais e pela adesão de seus atores, se constitui uma área de estudo de grande importância e pertinência, além de grande interesse e curiosidade por grande parte da sociedade. Em âmbito global, a ESS vem se apresentando, nos últimos anos, como inovadora alternativa de geração de trabalho e renda e uma resposta a favor da inclusão sociolaboral das milhões de pessoas que jamais terão acesso a qualquer emprego formal.

A pandemia do covid-19 aprofundou esta situação, e levará a uma estagnação econômica de longo prazo. Como afirma Marques (2020) trata-se de um momento em que foi atravessado o “limiar em que os chamados “serviços ecossistêmicos” do planeta começam a se converter em “desserviços ecossistêmicos”. A Covid-19 é um desses desserviços”. O autor afirma que “A atual pandemia acena com uma chance de uma grande virada civilizacional, provavelmente a última chance antes que os desequilíbrios ambientais saiam do controle das sociedades.”.

Esta afirmação vai bem na linha de Chaves & Monzon (2018), que defendem a ideia de que o século XXI pode ser marcado por transformações sistemáticas de paradigmas, no sentido de contestar o atual modelo de desenvolvimento, que apresenta seus limites e que podem ser caracterizados pela exclusão, desigualdade e concentração de renda; aspectos estes fortes e negativamente impactados pela crise de 2008.

No entanto, assim como bem notado por estes autores, na atualidade, ainda se carecem de estudos que abordem, desde uma perspectiva comparativa e crítica, o conjunto destas “noções emergentes” de conceitos e denominações, de modo a apontar as diferenças e similitudes entre eles, bem como estabelecer como tais conceitos foram consolidados. Desde os princípios do século XXI e, sobretudo após a crise de 2008, para Chaves & Monzon (2018), concebe-se uma “nova geração de noções” e terminologias que, de algum modo, se relacionam com a ESS ou com a contestação do paradigma econômico global.

Independentemente das diferentes terminologias originárias e recentes, na prática, nota-se que a ESS está adquirindo mais importância no momento atual, tendo em vista a crise econômica global, uma vez que as saídas exigirão, dentre outros aspectos, um modelo de desenvolvimento mais inclusivo e sustentável.

No entanto, a despeito das potencialidades e dos diferenciais da ESS, observa-se, em suas práticas cotidianas, que muitas de suas experiências são marcadas por fragilidades intrínsecas ao seu funcionamento (produtiva, comercial, jurídica, contábil etc); fragilidades estas que podem ser minimizadas ou enfrentadas através do fortalecimento do ecossistema empreendedor para a ESS.

A existência e o fortalecimento do ecossistema empreendedor solidário se projetam como um importante aliado no enfrentamento destas fragilidades intrínsecas à ESS. A formação do ecossistema empreendedor para a ESS é peça fundamental para a emancipação e o fortalecimento dos EES, tendo em vista as fragilidades estruturais inerentes ao seu *modus operandi*.

Entende-se como uma estrutura coerente de organização do processo ecossistêmico empreendedor solidário, os seguintes componentes: a) Conhecimento; b) Acesso aos mercados; c) Suporte público e fiscal para *start-ups* de ESS; d) Acesso ao financiamento; e) Instrumentos de apoio às redes e suporte mútuo e f) Desenvolvimento de pesquisas e de qualificação na área. É importante incluir nesta estrutura a capacidade de se criar indicadores de avaliação e monitoramento dos EES; tarefa árdua e complexa, porém de extrema relevância para avaliar as políticas relacionadas com a ESS.

Para além desta estrutura de composição ecossistêmica, vale frisar o papel fundamental dos seguintes atores, bem como seus esforços e responsabilidades de construção conjunta: os EES, a universidade e a participação na co-construção da política pública. Daí deriva-se que outro elemento fundamental da construção ecossistêmica é o grau de interconectividade; de interdependência que todos os componentes do sistema guardam entre si, bem como a necessidade da construção de um processo que se deve permear por uma perspectiva “bottom-up” e de transversalidade. Em termos práticos, já há exemplos em alguns lugares do mundo que podem auxiliar e inspirar, tais como os casos europeus e asiáticos apresentados neste trabalho.

No que concerne ao caso brasileiro, a despeito das potencialidades e avanços no país, o setor de ESS é marcado por fragilidades, como referido anteriormente. Vale lembrar que um passo importante é a aprovação do projeto de lei pelo Senado federal que cria a Política Nacional de Economia Solidária (PNES) e o Sistema Nacional de Economia Solidária (Sinaes). No entanto, entende-se que a estrutura ecossistêmica vai além da questão do marco legal, que, por si só, é de extrema relevância. Além do que, o atual momento político e econômico é de apreensão para o fortalecimento do ecossistema empreendedor solidário no país, tendo em vista a extinção da SENAES em 2019 (Governo Bolsonaro) que criou em seu lugar, o Departamento de Economia Solidária, no Ministério da Cidadania. Tal alteração contribuiu também para a adoção de uma visão simplista do papel da ESS que, neste atual governo é vista como algo assistencialista e não emancipatório.

Um aspecto importante para facilitar a operação dos empreendimentos de economia solidaria seria a promulgação de um marco jurídico simplificador, tal como existe para as microempresas: uma espécie de “Simples” da ESS. Isto facilitaria a operação e a administração destes empreendimentos, que poderiam concentrar esforços nas operações de produção e comercialização, sem perder tempo e esforços com burocracia.

Espera-se que o atual cenário nebuloso se altere de forma positiva no futuro, de maneira que possam se desenvolver as experiências da ESS no país, que dialogam com a criação de trabalho, emprego e renda por meio de empreendimentos ao longo do Brasil e, consequentemente, dinamizando a economia, mas que também incluem em seu âmago, aspectos do desenvolvimento local e comunitário, governança democrática e empoderamento de grupos desfavorecidos.

Referências Bibliográficas

CHAVES, R. & MONZÓN, J.L. (2018). La economía social ante los paradigmas económicos emergentes: innovación social, economía colaborativa, economía circular, responsabilidad social empresarial, economía del bien común, empresa social y economía solidaria. **CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa**, n 93, agosto 2018, pp. 5-50, DOI: 10.7203/CIRIEC-E.93.12901.

COMISSÃO EUROPEIA Social enterprises and their eco-systems: developments in Europe. Luxemburgo, 2016. Disponível em:
<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=16376&langId=en>. Acesso em 12 de maio de 2020.

CRUZ, A. C. **A diferença da igualdade: a dinâmica da economia solidária em quatro cidades do Mercosul.** (Tese). 2006. Doutorado em Economia. Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas.

DAGNINO, R..**O “dia depois” do coronavírus: explicando a solucionática”.** GGN, 2020.. Disponível em <https://jornalggm.com.br/artigos/o-dia-depois-do-coronavirus-explicando-a-solucionatica-por-renato-dagnino/>. Acesso em 28 de junho de 2020.

FONTANEAU, B.; NEAMTAN, N. N.; WANYAMA, F.; MORAIS, L.; POORTER, M. **Social and Solidarity Economy: building a common concept.** 2010. Turin. The Reader 2010 – 1st. International Academy of SSE. ITCILO – Turin. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-ed_emp/-/-emp_ent/-/-coop/documents/publication/wcms_546398.pdf. Acesso em 12 de maio 2020.

GAIGER, L. (Org). **A Economia Solidária no Brasil: uma análise de dados nacionais.** São Leopoldo, Editora OIKOS, 2014.

GAIGER, L.; KUYVEN, P. Economia solidária e trajetórias de trabalho uma visão retrospectiva a partir de dados nacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** - vol. 35 n° 103, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v35n103/0102-6909-rbcsoc-35-103-e3510304.pdf>. Acesso em 2 de junho de 2020..

ICAZA, A . Status, advancements, and challenges for the research on cooperatives in Brazil. **Review of International Co-operation.** International Co-Operative Alliance, volume 104, p. 25-32., 2017.

KIM, Y.; JUNG, T. **Status of Social Economy Development in Seoul: a Case Study of Seoul** GSEF Social Economy Policy Guidebook - Seoul Metropolitan Government, 2016. Disponível em http://www.socioeco.org/bdf_fiche-document-5003_en.html. Acesso em 5 de junho de 2020.

MARQUES, L. Pandemics, Existential and non-Existential Risks to Humanity **Ambiente & Sociedade**, vol. 23, 2020. Disponível em:
<https://www.scielo.br/pdf/asoc/v23/1809-4422-asoc-23-e0126.pdf>. Acesso 3 de julho de 2020.

MORAIS, L. **As políticas públicas de Economia Solidária (ESOL): avanços e limites para a inserção sociolaboral dos grupos-problema.** (Tese). 2013. Doutorado em Desenvolvimento Econômico. Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas.

MORAIS, L.; BACIC, M. Redes de Economia Solidária e a relevância do ecossistema empreendedor solidário. In: V SIMPÓSIO INTERNACIONAL DESIGUALDADES, DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS E I CONFERÊNCIA INTERNACIONAL RILESS-EMES: ECONOMIA SOLIDÁRIA E EMPRESAS SOCIAIS. São Leopoldo, UNISINOS, 2016. **Anais**, p. 976-993. Disponível em <http://repositorio.unisinos.br/anais/eventos/vsimposio.html>. Acesso em 06 julho 2020.

MORAIS, L., BACIC, M. Social and Solidarity Economy and the need for its entrepreneurship ecosystem: current challenges in Brazil. **CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa**, n. 98, março 2020, p. 5-30. .Disponível em: DOI: 107203/CIRIEC-E.98.14138. Acesso 6 de maio 2020.

MORAIS, L.; DASH, A.; BACIC, M. Social and solidarity economics in India and Brazil. **Social Enterprise Journal**. Vol 13, n. 1, 2017, p. 95-112. .Disponivel em: DOI: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/SEJ-07-2016-0035/full/html>. Acesso em 8 de junho 2020.

MORENO, A. S. **Análisis económico del sector no lucrativo.** València: Ed. Tirant lo Blanc, 1996.

MORENO, A. S., CHAVES, R. Balance y tendencia en la investigación sobre tercer sector no lucrativo. Especial referencia al caso español. **CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa**, n. 56, 2006, p. 87-116

PINHO, L. Economia solidária e a reorganização do governo Bolsonaro: o caminho é a mobilização. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 30 de julho de 2019. Disponível em:<https://diplomatique.org.br/economia-solidaria-e-a-reorganizacao-do-governo-bolsonaro-o-caminho-e-a-mobilizacao/>. Acesso em 22 maio 2020.

SERRANO, S. Economía social y solidaria: una propuesta para un ecosistema más complejo. **Información Estadística y Cartográfica de Andalucía**. España, no. 5, p. 172-178., 2015.

SILVA, S. **A política de economia solidária no ciclo orçamentário nacional (2004-2018): inserção, expansão e crise de paradigma**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Texto para Discussão no. 2434, Dezembro, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34427. Acesso 18 abril 2020.

TREMBLAY, C. **Advancing the social economy for sócio-economic development: international perspectives**. Canadian Social Economy Research Partnerships – Public Policy Papers Series, no. 1, 2019.

VIEIRA, F. M. **Coerência e aderência da economia solidária: um estudo de caso dos coletivos de produção do MST em Mato Grosso do Sul**. 2005. (Tese). Doutorado em Economia, FEAC. Universidade de São Paulo, São Paulo.

INFLUÊNCIAS DA CULTURA DE CONSUMO NO DESENVOLVIMENTO DO BRASIL: A COMPATIBILIZAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR COM O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E TECNOLÓGICO³⁰⁶

INFLUENCES OF CONSUMPTION CULTURE ON THE BRAZILIAN DEVELOPMENT: THE COMPATIBILIZATION OF CONSUMER PROTECTION WITH ECONOMIC AND TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT

Fabiano Dolenc Masso³⁰⁷

Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin³⁰⁸

Resumo: Esse estudo objetiva promover uma reflexão sobre a defesa do consumidor e seu papel na promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico prevista no art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, sob a perspectiva da cultura de consumo brasileira. Metodologicamente, foi realizada a revisão da literatura sobre as influências da cultura no desenvolvimento, em especial da literatura a respeito da antropologia do consumo. Ao longo do texto, analisa-se o conceito de desenvolvimento como ferramenta para melhoria da qualidade de vida (e não apenas como um instrumento para promoção do crescimento econômico) e são verificadas as relações entre cultura e consumo. Ao final, debate-se o papel do Direito do Consumidor neste cenário, concluindo-se que a proteção dos consumidores (como um princípio da ordem econômica na Constituição da República de 1988) atribui a este ramo do Direito, também, o papel de estimular

³⁰⁶ Este trabalho é fruto dos estudos realizados no âmbito da Linha de Pesquisa “Cultura e Desenvolvimento Econômico” do Grupo de Pesquisas “Teoria Jurídica do Mercado”, certificado pela Universidade Mackenzie e cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/8564325267895886>).

³⁰⁷ Doutor em Direito Comercial pela PUC-SP. Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Mackenzie. Advogado em São Paulo.

³⁰⁸ Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Possui MBA em Ciências do Consumo Aplicadas pela Escola Superior de Propaganda e Marketing e é especialista em Direito da Responsabilidade Civil pela FGV Direito SP. Foi pesquisador visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge. É professor nos cursos de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP e advogado em São Paulo.

o desenvolvimento, para o qual apenas um consumo livre e identificado com valores culturais próprios (liberdade de consumo) podem contribuir.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Sociedade de Consumo. Cultura de Consumo. Desenvolvimento. Crescimento Econômico.

Abstract: This paper aims to promote a reflection on consumer protection and its role on the promotion of economic and technological development laid down in the Consumer Protection Code (article 4, III) under the perspective of Brazilian consumption culture. Methodologically, the article makes a revision of the literature regarding the cultural influences on development, especially in the field of the anthropology of consumption. The concept of development as a tool to increase life quality (and not only as a tool for economic growth) is analysed, as well as the relations between culture and consumption. In the end, the role of Consumer Law is discussed, and it is concluded that consumer protection (as a principle of the economic order in the Brazilian Constitution) attributes to this special ramification of Law the role of being a tool for development, to which only a free way of consumption, dully identified with local values, can be helpful.

Keywords: Consumer Law. Consumer Society. Consumer Culture. Development. Economic Growth.

Introdução

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece no artigo 4º, III, um dos mais importantes princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, qual seja: a necessidade de harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores, mediante a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. O conteúdo desta disposição é difícil de alcançar, na medida em que envolve a compreensão sobre qual é (ou qual deve ser) a ideia de desenvolvimento preconizada pelo CDC, o que exige que se explore em profundidade o real significado de “proteção do consumidor” e de “harmonização” dos interesses de consumidores e fornecedores.

Para abordar o tema, será realizado um estudo sobre a ideia de desenvolvimento, entendendo-se que este conceito não se confunde com o mero crescimento econômico ou com o processo de modernização industrial, mas que também constitui um processo de

efetiva melhora na qualidade de vida das pessoas e de redução das desigualdades sociais. Logo após, será tratado o tema do consumo, especificamente o seu viés antropológico, assim como o importante (e muitas vezes sonegado pelos estudiosos) relacionamento entre consumo e cultura. O que se pretende é entender que o consumo representa um comportamento que reflete uma série de padrões, estabelecendo preferências, atitudes e valores que, ao mesmo tempo, são impactos e impactam na forma de consumir e no que se consome, sendo a cultura influenciadora dos desejos de consumo, o que é extremamente relevante para a identificação do desenvolvimento. Por fim, serão realizados os diálogos, sob a ótica jurídica, entre os temas anteriormente tratados, discutindo-se o papel do Direito para direcionar o consumidor ao consumo livre, favorecendo tanto a sua proteção quanto o estímulo do desenvolvimento econômico e tecnológico, tal como preconizado no art. 4º, III do CDC. Nesse contexto, será ressaltada a defesa do consumidor como um importante princípio da ordem econômica que, por seu turno, também vislumbra a proteção de outros princípios constitucionais econômicos, como a proteção do meio ambiente, a propriedade privada (e sua função social), a livre concorrência, a liberdade de iniciativa e a redução das desigualdades para o desenvolvimento equilibrado das diferentes regiões do país.

1. Desenvolvimento para além do crescimento econômico

O desenvolvimento econômico pode ser entendido de maneiras diferentes e a sua concepção deve necessariamente considerar as particularidades culturais de cada povo. O mais comum é atribuir a ele a ideia restrita de mero crescimento econômico e de modernização industrial. Isso decorre da observação do caminho traçado pelos países que hoje são considerados desenvolvidos, cuja melhora na qualidade de vida decorreu da industrialização e dos elevados índices de consumo de suas populações. Mas tal condição, ou seja, o crescimento econômico (aumento estatístico da produção) transformado em desenvolvimento econômico (melhora das condições de vida das pessoas), nem sempre é verdadeira.

Nos cenários em que se mensura o *desenvolvimento* mediante a verificação de indicadores de *desempenho econômico* (sendo os dois conceitos tratados, inclusive, como ideias similares) alguns diferenciais competitivos (como a existência de recursos

naturais/minerais e de mão de obra qualificada) serviam de alicerce à prosperidade dos países. Contudo, com a globalização e a redução de custos de transporte e comunicação, esses diferenciais não são necessariamente o fator que conduz um país ao desenvolvimento já que, como anota Porter (2000, p. 16), as empresas atualmente conseguem ter acesso a estes recursos de forma barata e eficiente.

Com efeito, as corporações que estão presentes em mais de um país (transnacionais) podem se instalar em nações com fartos recursos naturais e mão de obra barata, produzindo e explorando mercados consumidores (e, algumas vezes, melhorando indicadores econômicos locais) sem necessariamente gerar uma melhora substancial no padrão de vida das pessoas, ou seja, sem gerar desenvolvimento³⁰⁹.

De forma mais específica para a defesa do consumidor, deve-se considerar que o crescimento baseado na exploração do trabalho e no consumo induzido pela moda e pela publicidade pode até conduzir à elevação do Produto Interno Bruto, mas dificilmente melhorará a qualidade de vida das pessoas, podendo até mesmo piorar o sentimento de satisfação de necessidades. Em países periféricos marcados por fortes desigualdades (como o Brasil), o crescimento econômico, paradoxalmente, pode alavancar as desigualdades e ser contraproducente ao desenvolvimento, entendido como redução das desigualdades. Como adverte Furtado:

O dinamismo econômico no centro do sistema decorre do fluxo de novos produtos e da elevação dos salários reais que permite a expansão do consumo de massa. Em contraste, o capitalismo periférico engendra o mimetismo cultural e requer permanente concentração de renda a fim de que as minorias possam reproduzir a formas de consumo dos países cênicos. Esse ponto é fundamental para o conhecimento da estrutura global do sistema capitalista. Enquanto no capitalismo cêntrico a acumulação de capital avançou, no correr do último século, com inegável estabilidade na repartição da renda, funcional como social, no capitalismo periférico a industrialização vem provocando crescente concentração. (FURTADO, 19--, p. 44)

³⁰⁹ Gomes, mencionando as relações entre desenvolvimento e crescimento econômico na constituição portuguesa, obtempera que: “A ideia de desenvolvimento, isto sim, veicula uma consideração de equidade social dependente de uma intervenção dos poderes públicos na esfera de produção na repartição. O crescimento, necessário ao desenvolvimento, deve obedecer pois a certas condições fixadas na constituição [lusitana] (...) e que podem ser adaptadas ao direito pátrio, da seguinte forma: a sua equidade e a sua eficiência, não apurada esta, tão somente, no simples acumular riqueza. Ela deve depender do tipo de necessidades sociais que satisfaçam os bens cuja própria produção será protegida pela intervenção dos poderes públicos.” (GOMES, 2017, p. 241). Da mesma forma, Sátiro, Marques e Oliveira anotam que “a concepção de desenvolvimento deve ir além da noção de acumulação da riqueza e aumento dos níveis de crescimento econômico, demonstrado através de indicadores de renda (...)” (SÁTIRO; MARQUES; OLIVEIRA, 2016, p. 175).

Nessa linha, Sachs (2009, p. 22) ressalta que não se pode “refazer, no Terceiro Mundo, o caminho percorrido antes pelos países hoje industrializados”, pois isso “resultará, no melhor dos casos, em recriar a sociedade industrial ocidental para uma minoria, assegurada às custas da marginalização das massas pobres dos campos e das cidades”.

Cada país possui um processo histórico específico, com construções sociais peculiares que demandam estratégias desenvolvimentistas específicas³¹⁰. Como lembra Furtado, “o desenvolvimento é a transformação do conjunto das estruturas de uma sociedade em função dos objetivos que se propõe alcançar essa sociedade” (FURTADO, 2011, p. 103). Passo essencial ao desenvolvimento, portanto, é que um determinado povo entenda quais são seus objetivos e seja capaz de se organizar em função deles³¹¹.

Porter (2000, p. 14) define a “cultura econômica” como as crenças, atitudes e valores que sustentam as atividades econômicas das pessoas, das empresas e de outras instituições. A cultura econômica e a sua materialização na forma de lidar com as questões ligadas à produção (relações comerciais, contratuais, uso de recursos naturais, mão de obra, relação com consumidores) são determinantes para gerar os diferenciais competitivos necessários no mundo globalizado (conhecimento, investimento, inovação)³¹².

³¹⁰ Gico Júnior também reconhece que o processo histórico e cultural compõe o “arcabouço ou ambiente institucional” de um país, impactando no comportamento das pessoas (em sua cultura), perpetuando comportamentos que podem, inclusive, conflitar com seus próprios interesses: “Toda sociedade possui um conjunto de instituições fundamentais que proveem o arcabouço básico para a interação entre seus membros, tais como constituições, códigos e normas de conduta amplamente aceitas. Apesar de muitas regras e hábitos mudarem com alguma frequência, essas instituições fundamentais são mais persistentes e enraizadas. Tais instituições são o que chamamos de ‘arcabouço ou ambiente institucional’. O arcabouço institucional de uma sociedade é o resultado de sua história. As elites estruturam as instituições fundamentais para perpetuar o seu poder e algumas dessas estruturas persistem, mesmo quando tais elites não estão mais no poder (viscosidade institucional). Essa persistência pode decorrer não apenas do fato de algum grupo poderoso ainda a fazer valer, mas também de sua incorporação ao sistema de crenças da sociedade, que passa a crer que o mundo se comporta ou deveria se comportar dessa forma, que os demais agentes se comportam ou deveriam se comportar dessa forma. Tais instituições se tornam impregnadas no tecido social. (...) Normas internalizadas podem persistir mesmo quando conflitam com o que observadores externos classificariam como interesse próprio.” (GICO JÚNIOR, 2017, p. 116).

³¹¹ Furtado (2011, p. 75) sustenta que o crescimento econômico nos países da América Latina tende a se traduzir em mera dominação econômica sempre que esses países não possuam uma definição autônoma dos seus interesses nacionais.

³¹² “Countries that improve their standard of living are those in which firms are becoming more productive through the development of more sophisticated sources of competitive advantage based on knowledge, investment, insight, and innovation (...) The remaining sources of competitive advantage are increasingly local, including special supplier or customer relationships, unique insights about market needs gleaned from local customers or partners, special access to technology and knowledge from other

Como será demonstrado adiante, a cultura econômica brasileira tem muita relação com costumes, tradições e formas de consumo trazidos, num primeiro momento, de países europeus e, num segundo momento, dos Estados Unidos. A formatação cultural econômica do Brasil é um dos fatores que, em grande medida, contribui para a posição de dependência do país em relação às economias centrais.

Uma cultura econômica própria, baseada em anseios e necessidades locais, conduz a um sistema nacional de decisões, o que é fundamental para a prosperidade e o desenvolvimento. Esse sistema pode se configurar de diversas maneiras, sendo que existem ao menos dois modelos emblemáticos. Furtado descreve esses modelos utilizando como exemplos as economias do Japão e do Canadá:

A primeira [posição adotada pelo Canadá] enfatiza a proteção da *indústria*, considerada isoladamente como atividade produtora e fonte de emprego, podendo ser controlada de fora ou de dentro do país; a segunda [posição adotada pelo Japão] enfatiza a proteção da *economia nacional*, considerada essencialmente como um sistema de decisões. (FURTADO, 2011, p. 76)

O “sistema canadense” tem como característica a organização de uma economia que acolhe a indústria e a tecnologia de outros países, mas que é implementada de forma organizada e regrada para proporcionar, aos canadenses, qualidade de vida e desenvolvimento. O “sistema japonês”, por seu turno, objetiva produzir internamente tecnologia, deter o conhecimento técnico e, através dele, gerar desenvolvimento.

Na maioria das vezes, a propriedade sobre a tecnologia é o motor capaz de conduzir ao desenvolvimento. Não é por acaso que a maioria dos países considerados desenvolvidos são aqueles que investem em pesquisa e que acumulam patentes e novos métodos produtivos.

O progresso tecnológico é um dos fatores capazes de gerar melhores produtos e serviços, mais sustentáveis, proporcionando qualidade de vida às pessoas. Essa qualidade de vida, no entanto, só será alcançada se a população puder compartilhar os ganhos advindos do progresso (mais conforto, menor necessidade de trabalhos pesados etc.), o

local institutions, or production flexibility resulting from the use of nearby supplier.” (PORTER, 2000, p. 17)

que só ocorre em países nos quais a cultura econômica oriente a população a exercer formas de pressão que conduzam ao efetivo desenvolvimento³¹³:

As formas de pressão dessa massa urbana para ter acesso ao mercado de trabalho constituem um processo distinto daquele pelo qual a classe assalariada industrial conseguiu organizar-se e fazer pressão, de modo cada vez mais efetivo, para acesso aos frutos da produtividade e participar dos centros de comando do Estado. Nos países desenvolvidos, trata-se de conflitos sociais cuja solução vem sendo facilitada pelo próprio progresso tecnológico. Nos países subdesenvolvidos, ao contrário, o progresso tecnológico constitui a fonte dos conflitos, cuja solução deve ser buscada no plano político. (FURTADO, 2011, p. 99)

Como se vê, paradoxalmente, o progresso tecnológico pode conduzir um país ao desenvolvimento ou ao subdesenvolvimento, dependendo de ser ou não este país o detentor/criador dessa tecnologia. A inexistência de projetos ou políticas públicas destinadas à inovação determinam o prolongamento das possibilidades de desenvolvimento econômico.

Além da ideia de desenvolvimento ligado à melhoria da qualidade de vida, há também a vertente da sustentabilidade. Leff explica que o desenvolvimento sustentável representa “pensar o ambiente como um potencial para um desenvolvimento alternativo, isto é, para construir um novo paradigma produtivo que integre a natureza e a cultura como forças produtivas” (LEFF, 2001, p. 66). Na mesma linha, Sachs sustenta que o objetivo do desenvolvimento “deveria ser o do estabelecimento de um aproveitamento racional ecologicamente sustentável da natureza em benefício das populações locais” (SACHS, 2009, p. 53).

Esse tema, apesar de extremamente relevante e atual, ainda não consegue afastar totalmente a ideia de desenvolvimento ligada ao crescimento econômico puro e simples. De fato, a racionalidade econômica atual ainda vê a questão ambiental como “um custo do processo econômico, não como um potencial para um desenvolvimento alternativo” (LEFF, 2001, p. 68). Não obstante, é fato que o movimento para o desenvolvimento sustentável, apesar de lento, é real. O mesmo Leff, nessa linha, assinala que “estão surgindo movimentos sociais que integram a resistência cultural como defesa de um estilo

³¹³ “o desenvolvimento econômico, nas condições adversas atuais, dificilmente se fará sem uma atitude participativa de grandes massas da população” (FURTADO, 2011, p. 41)

de vida, e a defesa do meio ambiente como um processo de reapropriação de seu entorno e seu patrimônio de recursos naturais” (LEFF, 2001, p. 73).

A adequação ou mudança de certos valores é fundamental para que o desenvolvimento possa ocorrer. Grondona (2000, p. 46) sustenta que a função dos valores é servir de “ponte” para que se alcancem objetivos de longo prazo. O autor ainda explica que existem duas categorias de valores: os intrínsecos, que existem e sobrevivem independentemente de benefícios imediatos; e os instrumentais, que são aqueles que são sustentados porque trazem algum tipo de benefício no curto prazo (GRONDONA, 2000, p. 45). Os valores instrumentais tendem a ser temporários, pois dificilmente sobrevivem ao benefício que eles proporcionam; os valores intrínsecos, por seu turno, perduram independentemente de benefícios econômicos. A prosperidade e o desenvolvimento de uma nação, por serem objetivos de longo prazo, dependem mais dos valores intrínsecos do que dos instrumentais³¹⁴.

O significado de desenvolvimento para além do crescimento econômico, portanto, decorre de algumas condições, que podem ser resumidas em: (i) desenvolver valores intrínsecos que ajudem a conduzir ao desenvolvimento e não apenas valores instrumentais que tragam benefícios de curto prazo; (ii) possuir um sistema nacional de decisões, baseado em uma cultura econômica que indique os caminhos que o país pretende seguir para a melhora interna das condições de vida; (iii) entender que recursos naturais e mão de obra não mais representam, por si só, um diferencial competitivo; (iv) desenvolver uma cultura econômica capaz de gerar melhores relações com fornecedores e consumidores; (v) utilizar os recursos de maneira eficiente e sustentável; e (vi) promover efetiva melhora na qualidade de vida e não apenas nos indicadores econômicos.

Alcançar o desenvolvimento nos moldes propostos acima é uma tarefa bastante árdua quando a cultura econômica de um país (como é o caso do Brasil) não está alinhada com esses objetivos. Neste contexto, o consumo possui um papel importante. Primeiro, obviamente, porque o consumo é necessário para que a produção se sustente (e para que os indicadores econômicos apareçam). Segundo, porque a forma de consumir de uma população pode favorecer ou não um determinado estado de coisas que impacta a

³¹⁴ “When a nation is rich, something other than the pursuit of wealth must be present in its value system so that the wealth generated never suffices. This non-economic ‘something’ may be salvation, safety, excellence, prestige, or even empire: any value that will always be wanting.” (GRONDONA, 2000, p. 45)

qualidade de vida das pessoas, o que, por sua vez, pode conduzir ao desenvolvimento ou ao subdesenvolvimento. Para explorar esses aspectos, passa-se, na próxima Seção, a estudar como a cultura de consumo e a cultura econômica do Brasil se desenvolveram e conduziram o país à sua atual situação.

2. Cultura, Consumo e o Caso Brasileiro

O objetivo dessa Seção é compreender as relações entre cultura e consumo, bem como as relações entre os processos históricos das sociedades de consumo e suas respectivas culturas econômicas. Para tanto, será realizada uma análise de literatura ligada à antropologia do consumo (Seção 2.1), do desenvolvimento da sociedade de consumo no continente europeu, berço da revolução industrial (Seção 2.2) e do desenvolvimento da sociedade de consumo brasileira, em face da cultura econômica pátria (Seção 2.3).

2.1 Cultura e Consumo

Cultura e consumo são ideias inter-relacionadas. McCracken explica que os bens de consumo possuem um significado cultural e não apenas utilitário e econômico. Esse significado cultural “está ininterruptamente fluindo das e em direção às suas diversas localizações no mundo social, com a ajuda de esforços individuais e coletivos de designers, produtores, publicitários e consumidores” (MCCRACKEN, 2010, p. 99). De acordo com o antropólogo, há um “mundo culturalmente constituído”, que consiste na experiência cotidiana, baseada em categorias culturais (tempo, espaço, distinções de classe, status, gênero e ocupação) e em princípios culturais (ideias e valores). Ainda segundo McCracken, também existem os bens e os consumidores individuais, sendo que o significado cultural pode ser transferido do mundo culturalmente constituído para os bens, e dos bens para os consumidores individuais.

Instrumentos como a publicidade e o sistema da moda são os que transferem os significados do mundo culturalmente constituído para os bens. Como explica McCracken, “a propaganda é um tipo de canal através do qual o significado está constantemente fluindo, em seu movimento do mundo culturalmente constituído para os bens de consumo” (MCCRACKEN, 2010, p. 109). Quanto ao sistema da moda, este “toma novos

estilos de se vestir ou de mobiliar a casa e os associa a categorias e princípios culturais estabelecidos” (MCCRACKEN, 2010, p. 109)³¹⁵.

Uma vez presente nos bens de consumo, o significado cultural pode ser transferido para os consumidores individuais através de rituais de troca, de posse, de arrumação e de despojamento. Os rituais de troca ocorrem em eventos como natal e aniversários, em que as pessoas trocam ou doam bens de consumo. McCracken aponta que, “frequentemente, o doador-do-presente escolhe um presente porque esse possui as propriedades significativas que ele ou ela deseja ver transferidas para o receptor-do-presente” (MCCRACKEN, 2010, p. 115). Os rituais de posse são verificados nas situações que as pessoas “despendem um bom tempo limpando, discutindo sobre, comparando, refletindo sobre, mostrando ou mesmo fotografando muitas de suas novas posses” (MCCRACKEN, 2010, p. 115). No mundo da internet, podem ser encontradas diversas situações de pessoas postando fotos de seus novos produtos, assim como vídeos com verdadeiros rituais como a abertura de embalagens de produtos novos (os chamados vídeos “unboxing”). Já os rituais de arrumação consistem nas situações em que os consumidores engajam tempo preservando a si ou a bens de consumo, como ocorre nos casos da pessoa que toma horas se arrumando para uma noitada (maquiagem, roupas, cabelo etc.) e da pessoa que usa seu tempo e energia para cuidar de um automóvel. Finalmente, nos rituais de despojamento o consumidor tenta retirar dos bens de consumo o significado cultural que eles carregam³¹⁶.

Os aspectos do mundo culturalmente constituído, portanto, podem estar representados em objetos, sendo que, numa sociedade de consumo, objetos associados a certos aspectos culturais podem induzir comportamentos de consumo.

Ainda no campo da antropologia e da cultura de consumo, Miller (2010, p. 51) explica que existe uma cultura material, revelada no fato de que muitos dos fatores que nos tornam as pessoas que somos existem no ambiente externo, que cria hábitos e nos

³¹⁵ A moda também é capaz de inventar novos significados culturais ou reforma-los radicalmente (MCCRACKEN, 2010, p.110).

³¹⁶ McCracken (2010, p. 118) dá dois exemplos deste ritual, quais sejam, o do indivíduo que compra um bem que previamente pertenceu a outra pessoa (como um carro ou uma casa) e quer apagar o significado associado ao dono anterior e o da pessoa que está prestes a se desfazer de um bem que quer apagar o significado que foi investido por ele mesmo neste bem.

induz de maneira muitas vezes imperceptível³¹⁷. O autor faz um estudo sobre a influência cultural que as coisas (“stuff”) exercem sobre as pessoas.

Com base em pesquisas feitas em países caribenhos, nas Filipinas, na Índia e em Londres, Miller analisa o papel das roupas, carros, casas, telefones celulares e outros bens de consumo na formação da identidade cultural e na vida das pessoas, do nascimento à morte. A partir desse estudo, é possível observar que cada cultura, respeitadas as suas peculiaridades, se desenvolve com uma identificação em torno de coisas que representam valores, mensagens e formas de relacionamento, de modo que a cultura de consumo não pode ser dissociada de aspectos históricos e sociológicos, conforme será exposto a seguir.

2.2 Cultura de Consumo e o desenvolvimento histórico da sociedade de consumo

O aspecto cultural do consumo também se relaciona com o aspecto histórico, afinal, como aponta McCracken (2010, p. 21), “o consumo moderno é, acima de tudo, um artefato histórico”. O referido autor, observando o desenvolvimento da sociedade de consumo europeia, identifica três momentos importantes na história do consumo.

O primeiro deles se dá na Inglaterra do século XVII, quando a Rainha Elizabeth I “utilizou a despesa como um instrumento de governo” (MCCRACKEN, 2010, p. 30), ou seja, a rainha passou a instigar a nobreza a participar de grandes festas e celebrações e passou, diretamente, a controlar a destinação dos recursos reais destinados aos nobres, sendo mais generosa com aqueles que tinham “uma participação ativa na ordem ceremonial de sua corte” (MACRACKEN, 2010, p. 31). Isso alterou padrões de consumo da nobreza, que deixou de consumir para o grupo familiar e passou adquirir bens para o consumo individual, focado nas despesas se sobressair em meio à competição social instigada pela Rainha. Dada a estrutura hierarquizada da sociedade inglesa do século XVII, os novos padrões de consumo da nobreza influenciavam os seus subordinados. A imitação de comportamentos e hábitos de consumo das classes superiores representaria o

³¹⁷ “(...) objects are important, not because they are evident and physically constrain or enable, but quite the opposite. It is often precisely because we do not see them. The less we are aware of them, the more powerfully they can determine our expectations, by setting the scene and ensuring appropriate behaviour, without being open to challenge. They determine what takes place to the extent that we are unconscious of their capacity to do so.” (MILLER, 2010, p. 50).

embrião da moda. O segundo momento da história do consumo apontado por McCracken se deu no século XVIII, com o “crescimento explosivo dos mercados no tempo e no espaço (...), assim como a explosão de escolhas de consumo” (MCCRACKEN, 2010, p. 37). Neste momento, “os bens começaram a encarnar um novo tipo de significado de status, que lhes rendeu implicações bastante diversas para o sistema de status e para a organização da sociedade” (MCCRACKEN, 2010, p. 40). Em síntese, no século XVIII o consumo se consolida na vida social e se instala firmemente no modo de vida das pessoas. Finalmente, no Século XIX, ganha lugar o terceiro momento da história do consumo. Surgem as lojas de departamento, um local em que a vida social e a vida de consumo se misturam, assim como se desenvolvem técnicas de marketing e crédito. O século XIX assiste a “uma interação permanente entre o consumo e a mudança social” (MCCRACKEN, 2010, p. 49).

Os momentos históricos descritos por McCracken mostram como a cultura de consumo se enraíza na sociedade inglesa, o que acaba permitindo o desenvolvimento do que a sociologia chama de “sociedade de consumo”, ou seja, um ambiente que possui todas as estruturas necessárias à constante aquisição de produtos e à prestação de serviços. Lipovetsky (2007, p. 26) indica que a sociedade de consumo se desenvolve em três fases, quais sejam: a primeira (1880-1950) que envolve o desenvolvimento das técnicas de produção, dos meios de transporte e comercialização, permitindo o acesso dos consumidores aos produtos; a segunda (década de 50 até a década de 70) marcada pelo consumo abundante e massificado, em que se desenvolvem as técnicas de marketing, se aperfeiçoa o crédito e se incrementam as vendas; e a terceira (a partir da década de 70) que envolve o consumo emocional, a busca eterna da felicidade e o hedonismo ligado ao consumo. Essa terceira fase também é denominada por Lipovetsky como sociedade do “hiperconsumo”. O sociólogo, neste contexto, cria a figura do *homo consumericus*, uma espécie de evolução do *homo oeconomicus*, que consiste em um “turboconsumidor desajustado, instável e flexível, amplamente liberto das antigas culturas de classe, imprevisível em seus gostos e em suas compras” (LIPOVETSKY, 2007, p. 14). É um consumidor que compra pelo simples prazer de comprar, que busca estímulo na diferença de produtos homogeneizados³¹⁸.

³¹⁸ Sobre este tipo de consumidor, Sennett (2006, p. 137) menciona que “ele [consumidor] se parece com um turista que viaja de uma cidade clonada para outra, visitando as mesmas lojas, comprando em cada

Tanto McCracken como Lipovetsky fazem suas abordagens (antropológica e sociológica, respectivamente) observando a sociedade europeia entre os séculos XVII e XX. Contudo, o desenvolvimento de uma sociedade de consumo ou de uma cultura de consumo fora do contexto europeu não pode ser traduzido da mesma forma. Também não se pode dizer que existam processos históricos lineares que expliquem, por si só, todas as sociedades de consumo da mesma maneira. Há diversas vicissitudes em cada processo histórico que contribuem para a formação de sociedades de consumo bastante específicas. Para os fins deste artigo, é necessário compreender um pouco o contexto brasileiro na formação da nossa cultura econômica e de consumo.

2.3 Cultura econômica e cultura de consumo no Brasil

No caso do Brasil, o desenvolvimento da economia trouxe algumas peculiaridades para a questão das influências culturais do consumo. Como lembra Fernandes (2006, p. 113), as atividades econômicas e a modernização brasileira partiram de um modelo de adaptação da economia às diretrizes das economias centrais, desde a implantação da colônia até o processo de independência. A influência de uma cultura colonial e de um cenário de transplantação de práticas econômicas dos países europeus é uma marca da gênese do capitalismo brasileiro. Os reflexos desta evolução histórica também podem ser notados na cultura de consumo, como lembra, por exemplo, Taschner:

Introduzida pela corte portuguesa no século XIX e democratizada ao longo do século XX, a cultura de consumo atingiu o Brasil de ponta a ponta. Teve aqui um impacto mais dramático que no Primeiro Mundo, em função da nossa profunda desigualdade social, de resquícios estamentóides ainda presentes na estrutura econômica e na hierarquia social e de seus efeitos perversos no modo de vida dos mais pobres (TASCHNER, 2010, p. 51)

Volpi também estabelece a relação entre as peculiaridades da história brasileira e o desenvolvimento da cultura de consumo local, comparando-a com o desenvolvimento do consumo nos Estados Unidos:

uma delas os mesmos produtos. Mas o fato é que viajou: para o consumidor, o estímulo está no próprio processo do movimento.”

A própria forma como se deram os levantes pela independência do Brasil e nos Estados Unidos sinaliza como se desenvolveriam a cidadania e os hábitos de consumo em cada um dos dois países. Na revolução Americana, em 1776, a sociedade posicionou-se contra o monopólio dos produtos manufaturados da Inglaterra, impulsionados pelo início da revolução industrial. Os consumidores americanos disseram ‘não’ à volta do pacto colonial, que acabaria com a concorrência. (VOLPI, 2007, p.37)

A corroborar essa linha de raciocínio, pode-se dizer que alguns episódios da história econômica brasileira contribuíram para a formatação da nossa Sociedade de Consumo e de nossa cultura econômica. Entre os exemplos está o declínio do ciclo do café a partir da crise de 1929 que gerou a redução da demanda dos importadores deste produto, contribuindo para a queda nas importações brasileiras e para a instabilidade no modelo econômico predominante naquele momento, além de conduzir a um aumento na demanda interna, que não era mais plenamente atendida pelas importações. Nesse contexto, intensificaram-se as atividades industriais e muitas indústrias se instalaram no país a partir do início do século XX (como é o caso da IBM em 1917, da Ford Motor Company em 1921 e da Colgate & Company of Brazil Limited em 1927), aproveitando uma onda de modernização industrial e o desenvolvimento e implementação da publicidade no Brasil (VOLPI, 2007, p. 61). Outro marco histórico foram os governos desenvolvimentistas surgidos a partir da década de 1950, quando se verificou o crescimento da indústria nacional apoiado nos aportes estatais. Neste momento, houve uma mudança na hegemonia que as influências europeias exerciam sobre o Brasil, pois muitas das indústrias que se aqui instalaram tinham outras origens, especialmente americana. Também foi importante na formatação da sociedade de consumo brasileira o momento das privatizações, da valorização da moeda brasileira e a entrada de um significativo capital estrangeiro no país ocorrido na década de 1990. Nesse momento, a indústria das economias centrais se instalou no Brasil com seus sistemas produtivos, tecnologia e métodos de trabalho, para explorar um mercado consumidor com grande potencial, o qual foi incentivado por ferramentas como o crédito, viabilizando a inserção de muitos brasileiros no mercado de consumo.

Como se vê, o Brasil não desenvolveu sua própria indústria e seus próprios hábitos de consumo, os quais sempre estiveram ligados ao momento econômico e aos

atores econômicos que, de algum modo, exploravam o mercado local. O padrão de consumo brasileiro sempre foi induzido: inicialmente pelo padrão europeu; depois, pelo padrão americano.

Não se verifica na história do Brasil o desenvolvimento de movimentos sociais consumeristas³¹⁹. A cultura de consumo pátria não nasce da cultura brasileira, mas sim das influências externas. O subdesenvolvimento do Brasil, fruto da dependência do país em relação às economias centrais, impacta no consumo dos brasileiros e, do outro lado da moeda, os hábitos de consumo (implantados por influências externas) alimentam esse cenário de subdesenvolvimento e dependência.

Uma saída para isso talvez seja buscar na proteção do consumidor preconizada pelo CDC não só a sua defesa individual em face de abusos cometidos por fornecedores, mas também uma melhor educação para o consumo, a ampla oferta de produtos e serviços, o estímulo ao consumo identificado com a cultura nacional e com valores intrínsecos de longo prazo (sustentabilidade, por exemplo), além de outras medidas que tendam a direcionar o consumo e a produção para modelos econômicos que proporcionem melhor qualidade de vida, não apenas no curto, mas também no longo prazo. A Seção 4 tem o objetivo de explorar a legislação brasileira e entender como essas questões podem estar refletidas na Constituição Federal (CF) e no CDC.

3. Direito, Consumo e Desenvolvimento no CDC e na CF

A constituição sustentável de um Direito do Consumidor no Brasil demanda uma reflexão atenta sobre as particularidades das práticas de consumo brasileiras, pois entender o consumidor brasileiro distante da forma cultural de consumir não proporcionará a efetividade desejada na aplicação da tutela.

³¹⁹ No Brasil não houve propriamente um movimento social para a defesa dos interesses dos consumidores, tal como ocorreu nos EUA na década de 1960 e na Europa nos anos 1970 (TASCHNER, 2010, p. 50). No Brasil, o consumidor não foi o ator político que induziu o movimento consumerista: “[...] [a defesa do consumidor] em vez de ser um movimento no interior de uma sociedade civil democrática, cresceu dentro do Estado - foi o governo do Estado de São Paulo que criou o primeiro PROCON (órgão de proteção e defesa do consumidor) -, nos interstícios de um regime autoritário que esmagava a sociedade civil e restringia outros direitos de cidadania.” (TASCHNER, 2010, p. 51).

Assim, as questões culturais são primordiais para se estabelecer as formas de aplicação e interpretação das regras de proteção ao consumidor. Como considerou Bauman:

A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as concepções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação. (BAUMAN, 2008, p. 71)

Dessa maneira, veja-se que a “sociedade de consumidores” pode anular as faculdades de decisões sobre o estilo de vida que se pretende levar, pois existe uma limitação à influência ou escolha de outras concepções culturais. De forma mais direta, o comportamento diante do consumo pode representar uma renúncia à formação de quaisquer valores culturais.

A criação de mecanismos eficientes para que se desenvolva uma política nacional que garanta aos consumidores a proteção dos seus interesses econômicos e o respeito à sua dignidade só é viável se as relações de consumo também funcionarem como mecanismos impulsionadores do desenvolvimento.

A ligação do desenvolvimento cultural de uma comunidade com o desenvolvimento econômico e tecnológico pode ser visualizada nas palavras de Furtado sobre o caso brasileiro:

Na fase em que nos encontramos, de explosão dos meios de comunicação, o processo de globalização do sistema de cultura terá que ser cada vez mais rápido, tudo levando a crer que estamos fechando o ciclo que se abriu no século XVI. Todos os povos lutam para ter acesso ao patrimônio cultural comum da humanidade, o qual se enriquece permanentemente. Resta saber quais serão os povos que continuarão a contribuir para esse enriquecimento e quais aqueles que serão relegados ao papel passivo de simples consumidores de bens culturais adquiridos nos mercados. Ter ou não direito criatividade, eis a questão. (FURTADO, 1984, p. 25)

O desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico preconizado pelo art. 4º, III do CDC está, portanto, relacionado à produção de bens de consumo que sejam identificados com a cultura, necessidades e diretrizes da sociedade brasileira, de modo a estimular o mercado local, a criatividade, o desenvolvimento de tecnologias e a aquisição mais crítica dos bens de consumo.

Há outros princípios do CDC apontam nesta mesma direção, como o que incentiva a educação de consumidores e fornecedores (CDC, art. 4º, IV) e o que determina a necessidade de acompanhamento das modificações do mercado de consumo (CDC, art. 4º, VIII).

A melhoria da qualidade de vida (CDC, art. 4º, *caput*) também sinaliza que o desenvolvimento não deve ser restrito ao aumento do consumo ou da produção, mas sim no consumo de produtos e serviços que efetivamente sirvam à finalidade indicada neste princípio.

O desenvolvimento, nesses moldes, revela a compreensão do consumo sob um aspecto coletivo (o consumo com função social), que demonstre preocupações sociais e ambientais (além das econômicas).

A sociedade de consumo brasileira, em função dos diversos fatores que envolvem a sua concepção, possui uma característica bastante individualista, em que a defesa dos consumidores e o próprio Direito do Consumidor são compreendidos como ferramentas de proteção de interesses primordialmente individuais, o que deve ser ajustado para que se persiga o desenvolvimento como consequência do consumo.

A cultura de consumo individualista, em geral, não abre espaços para reflexão sobre os valores reais das mercadorias oferecidas. Os mecanismos de convencimento que seduzem o consumidor para o ato de compra tendem a restringir atos conscientes do consumidor. Os fenômenos de moda, as campanhas publicitárias que geralmente dissimulam o seu conteúdo propagandístico são cada vez mais comuns e funcionam de forma extremamente eficiente na composição de falsos valores culturais que precisam ser consumidos de forma impensada.

Esses ideais mais coletivos ligados ao consumo decorrem, também, da própria posição da defesa do consumidor na CF, ao lado de outros princípios que compõem a ordem econômica brasileira, como será demonstrado a seguir.

3.1 Direito do Consumidor como princípio da ordem econômica

A construção sustentável de um Direito do Consumidor no Brasil, merece uma reflexão profunda para que a sua defesa esteja em harmonia com as políticas de desenvolvimento.

A CF elegeu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, de forma que a sua tutela tem por finalidade, inicialmente, preservar os direitos dos consumidores em consonância com a criação de uma estrutura nacional que possibilite o desenvolvimento econômico, assim como os demais princípios previstos no artigo 170 da CF.

Nas relações econômicas, o consumo compreende a última etapa de uma cadeia de produção e comercialização que desemboca no consumidor, mas o ambiente de produção econômica, responsável direto, inicialmente, pelo crescimento da produção e, num segundo momento, pelo desenvolvimento, também se preocupa com os princípios constitucionais da ordem econômica, tais como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a soberania nacional (vale dizer, os interesses culturais, econômicos e sociais internos), a proteção do meio ambiente, a garantia do direito de propriedade e dos meios de produção (assim como do seu resultado) e o desenvolvimento econômico equilibrado das regiões nacionais (CF, art. 170).

Todos esses princípios carregam valores de conteúdo social e coletivo, de modo a ajudar a atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente a construção de uma sociedade solidária e a garantia do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º)³²⁰.

³²⁰ O art. 3º da CF aponta o desenvolvimento como um dos objetivos da República. Sátiro, Marques e Oliveira, indo mais além, demonstram que é possível reconhecer o direito ao desenvolvimento com um direito fundamental, a partir de uma interpretação sistemática da CF e dos tratados internacionais em que esse tema é abordado: “(...) para além do reconhecimento das fontes formais e materiais do direito é preciso também aplicar uma interpretação sistemática com base na cláusula de abertura material prevista no art.5º, §2º da Constituição de 1988, que permite o reconhecimento jurídico do direito ao

Para o desenvolvimento da economia, o Direito do Consumidor, que compõe esse arcabouço principiológico, deve assumir o seu papel com base em pressupostos culturais e socioeconômicos, principalmente na fixação de valores culturais que precedem os atos de consumo. Esses valores devem ser desenvolvidos, reconhecidos e estimulados. A não consciência a respeito dos mesmos, associada à comunicação empresarial como mecanismo de sedução ao consumo, provoca um abalo consistente na perda de soberania do consumidor.

Uma percepção de caráter coletivo (dos valores culturais) conduz à liberdade individual, um dos maiores bens que deve ser garantido aos consumidores. O bem-estar do consumidor também significa o aumento do seu nível de liberdade de escolha.

Isso é muito relevante na sociedade contemporânea em que, cada vez mais, com o desenvolvimento de novas tecnologias digitais, a pessoa passa a ser individualizada pelos seus interesses e valores particulares, ou seja, é possível conhecer e classificar os consumidores de acordo com as preferências demonstradas pelo seu comportamento nas mídias digitais. Como esclarece Schwab:

Do ponto de vista mais amplo da sociedade, um dos maiores (e mais notáveis) efeitos da digitalização é o surgimento de novas formas de sentimento de pertencimentos e de comunidade. Ao contrário do passado, a noção de pertencer, de fazer parte de uma comunidade, é hoje definida mais pelos interesses e valores individuais e por projetos pessoais que pelo espaço (comunidade local), trabalho e família. (SCHWAB, 2016, p. 96)

Essas ferramentas que permitem conhecer bem o consumidor podem se associar a outras mais tradicionais (como o crédito e a publicidade) e impulsionarem o consumo, trabalhando aspectos da cultura material (Seção 3.1 acima), num ambiente em que se busca uma sensação de pertencimento, dentro de uma comunidade muito influenciada por padrões estrangeiros (Seção 3.3 acima). O resultado possível pode ser o consumo de produtos e serviços de corporações estrangeiras, beneficiando mais o desenvolvimento das economias centrais do que os padrões de vida locais.

desenvolvimento como um direito fundamental, ainda que não tipificado no catálogo constitucional descrito no Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais.” (SÁTIRO; MARQUES; OLIVEIRA, 2016, p. 181)

O redirecionamento do consumo, mediante o desenvolvimento de um senso crítico em relação ao que se consome, pode contribuir para um ambiente mais competitivo (CF, art. 170, IV), que valorize os aspectos das culturas locais (indústrias, economias regionais – CF, art. 170, VII) e conduza a uma sociedade mais igualitária, afinal os princípios da ordem econômica previstos no artigo 170 da CF também têm por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social.

O caminho para isso pode envolver políticas públicas mais efetivas de educação de consumidores e fornecedores (CDC, art. 4º, IV) e de incentivo à produção e consumo de produtos e serviços um pouco mais identificados com os aspectos culturais das várias (e diversificadas) regiões do país, podendo as estruturas jurídicas colaborarem com esses objetivos³²¹.

Um eventual descuido do Direito do Consumidor em relação às políticas públicas de compatibilização da proteção dos consumidores com o desenvolvimento econômico e tecnológico nos moldes acima sugeridos deixa de observar o princípio esculpido no art. 4º, III do CDC e de contribuir para os objetivos gerais da organização econômica estabelecidos na CF.

³²¹ Para Gico Júnior, o Direito, como conjunto de normas efetivamente praticas (e não apenas a presença de investimentos), pode favorecer ou prejudicar investimentos socialmente desejáveis e, consequentemente, o desenvolvimento: “(...) a estrutura jurídica de um país, não apenas aquela constante dos livros e das leis, mas a efetivamente praticada, possui uma enorme importância para a forma como investimentos gerarão ou não riqueza para um povo. A existência de instituições (regras) ruins pode não apenas impedir o investimento, como pode distorcê-lo de forma a canalizá-lo para empresas menos eficientes ou para finalidades socialmente indesejáveis, distorcendo o mercado. Tais distorções são capazes de limitar a inovação e o crescimento” (GICO JÚNIOR, 2017, p. 114).

Conclusão

De todo o exposto neste trabalho, a mais importante conclusão a que se chega consiste no reconhecimento do Direito do Consumidor como um importante instrumento para o desenvolvimento, assim entendido como a efetiva melhora na qualidade de vida as pessoas. Tal qualidade não é obtida quando a liberdade do consumidor se restringe ao ato de consumir o que puder, ou seja, a simples possibilidade de comprar não contribui para o desenvolvimento de uma maneira mais ampla.

O crescimento econômico associado a taxas de consumo muito elevadas não necessariamente repercute na qualidade de vida das pessoas e no desenvolvimento do país. Enquanto um país não descobre os seus valores culturais, dificilmente o consumo estimulará a produção e o consequente desenvolvimento econômico e tecnológico direcionado aos interesses locais. Na verdade, o país se torna um consumidor em massa de produtos, serviços e, inclusive, da cultura de outros povos.

O Direito, para que se atinjam as finalidades do art. 4º, III do CDC e dos princípios do art. 170 da CF, deve contribuir para que o consumidor possa escolher com liberdade, inclusive para criar e estabelecer a sua própria cultura.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Globo, 2006.
- FURTADO, Celso. **Cultura e Desenvolvimento em Época de Crise**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- _____. **O Mito do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Círculo do Livro, [19--].
- _____. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Direito e Desenvolvimento: O papel do Direito no Desenvolvimento Econômico. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 2, p.110-127, 2017. Disponível em:
<<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/370/431>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação da maximização do bem-estar ao direito fundamental ao desenvolvimento econômico. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 1, p.237-254, 2017. Disponível em:
<<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/422/347>>. Acesso em: 11 maio 2018.
- GRONDONA, Mariano. A Cultural Typology of Economic Development. In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P.. **Culture Matters**: How values shape human progress. New York: Basic Books, 2000. p. 44-55.
- LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 4^a edição. Petrópolis, Vozes, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

MCCRACKEN, Grant. **Cultura & Consumo**. Tradução: Fernanda Eugenio. Rio de Janeiro: Mauad, 2010.

MILLER, Daniel. **Stuff**. Cambridge: Polity Press, 2010.

PORTER, Michael Eugene. Attitudes, Values, Beliefs, and the Microeconomics of Prosperity. In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. **Culture Matters: How values shape human progress**. New York: Basic Books, 2000. p. 14-28.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Gramond, 2009.

SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e a sua proteção internaonal e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p.170-189, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307/289>>. Acesso em: 05 maio 2018.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SENNETT, Richard. A cultura do novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2006.

TASCHNER, Gisela. Cultura do consumo, cidadania e movimentos sociais. **Csu**, [s.l.], v. 46, n. 1, p.47-52, 10 maio 2010. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/csu.2010.46.1.06>.

VOLPI, Alexandre. **A história do Consumo no Brasil**: do mercantilismo à era do foco no cliente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

REORGANIZAR AS PEQUENAS EMPRESAS – UMA PROPOSTA.

REORGANIZING SMALL BUSINESS - A PROPOSAL.

Rogério Aparecido Grof³²²

Resumo: A gênese das micro e pequenas empresas no Brasil está diretamente ligada à necessidade de subsistência, ou para atender às demandas não atendidas pelas demais empresas. Esse ainda é o cenário atual no país. Essa configuração Brasileira necessita mudar, visto que os empresários -não somente os micro e pequenos-, como um todo não dão conta dos desafios inerentes a eles em uma nação ainda em desenvolvimento. Para mudar essa lógica, será preciso criar condições para o surgimento de uma nova classe empresarial e isso só será possível com políticas que garantam mercado e crédito. O Brasil ainda não conseguiu desenvolver políticas que apoiem verdadeiramente o desenvolvimento das pequenas empresas para que elas possam atuar na promoção do dinamismo da economia e da sociedade com condições isonômicas de concorrência, fator primordial para segurança nacional e o desenvolvimento do país. Estudando como funcionam as diversas ações para a garantia da competitividade das Micro e Pequenas Empresas, especialmente nos Estados Unidos, promovendo uma economia dinâmica e saudável, pretende-se propor as bases para a efetivação de um sistema de garantia de mercado e de um sistema de crédito para as micro e pequenas empresas Brasileiras.

Palavras-chave: Pequenas Empresas. Crédito. Garantia de Mercado. Concorrência.

Abstract: The origin of micro and small companies in Brazil is directly linked to the need for subsistence, or to meet market demands not met by other companies. This is still the current scenario in the country. This Brazilian configuration needs to change, since entrepreneurs as a whole -not only micro and small- do not cope with their inherent challenges in a developing country. To change this logic, it is necessary to create conditions for the rise of a new business class, something that will only be possible with the creation of policies that guarantee market and

³²² Mestre e doutorando no Programa de Pós Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

credit. Brazil has not yet managed to develop these policies, that truly support the development of small companies, making them able to promote the dynamism of the economy and society, within equal competition conditions; a key factor for national security and development. While studying how various arrangements can perform to guarantee the competitiveness of Micro and Small Companies, especially in the United States, promoting a dynamic and healthy economy, we intend to propose the bases for the implementation of a system that guarantees market protection and credit for Brazilian micro and small companies.

Key words: Small Business. Credit. Market Guarantee. Competition.

Introdução

As políticas voltadas às micro e pequenas empresas (MPE's) no Brasil e nos Estados Unidos da América foram desenvolvidas a partir de premissas díspares entre si, com funcionamento, objetivos e resultados proporcionalmente desiguais. Este artigo pretende demonstrar, mesmo que suscintamente, as debilidades das políticas brasileiras com relação ao desenvolvimento das micro e pequenas empresas e o insucesso da inserção desse segmento empresarial como centrais para as políticas de desenvolvimento nacional.

Será feito um recorte em políticas de crédito e de estímulo à inovação tecnológica, como ferramentas para a garantia de condições isonômicas de concorrência empresarial e dinamização da economia. Anteriormente a essa análise, este artigo discorrerá sobre os problemas de identificação de abrangência das micro e pequenas empresas, ou seja, como se define no Brasil o que é uma micro e pequena empresa? Quais os problemas inerentes à essa questão? E nos Estados Unidos da América, como essa classificação foi desenvolvida? Com que objetivos? A metodologia de identificação de abrangência norte americana afetou o desenvolvimento de políticas para as pequenas empresas norte americanas (Small Business)?

Para exemplificar, foram escolhidas políticas que promovem acesso ao crédito e recursos financeiros para investimento e direcionamento de recursos para inovação, pesquisa e desenvolvimento nos E.U.A. Claro que o Brasil não é os Estados Unidos da América, e aqui não se pretenderá que apenas possamos copiar e reproduzir o que os norte-americanos vêm implementando com maior ênfase desde 1953. Será possível nos

utilizarmos do conceito das “vantagens do atraso”, desenvolvido por Alexander Gerschenkron?

A comparação entre Brasil e Estados Unidos da América é apenas um dos passos para que esse aprendizado possa contribuir na discussão para transformar a estrutura jurídico institucional nacional para a promoção do real desenvolvimento das pequenas empresas. A partir desse exame, muitas questões poderão ser enfrentadas: a efetivação de uma legislação adequada; criação de um sistema de financiamento e crédito, seja ele atrelado ao sistema financeiro mais tradicional ou não; pró atividade do Estado na moldagem de um mercado de inovação; a implementação verdadeira das estratégicas compras governamentais para as pequenas empresas; dentre outros.

1. Identificação de abrangência das MPE's no Brasil

Em um mundo capitalista, a existência de um sistema empresarial nacional forte, diverso, com grande dinamismo concorrencial, inovativo, gerador de emprego e renda é crucial para o desenvolvimento de uma nação e o fortalecimento do seu mercado, possibilitando que os centros de decisão econômica sejam internalizados. Esse não parece ser o caso Brasileiro!

Das quase 7 (sete) milhões do total de empresas de todos os portes – excetuando-se obviamente os MEI's, micro empreendedores individuais - 4.010.411(quatro milhões, dez mil quatrocentos e onze) empresas não têm empregados, sejam elas empresas de transformação industrial, construção civil, serviços ou comércio.³²³

Isso quer dizer que mais do que serem verdadeiramente micro e pequenas empresas (MPE's), elas podem ser melhor traduzidas como tentativas do indivíduo se “autoempregar” como forma de subsistência. Precisamos criar condições para que um novo tipo de empresas surja. Uma empresa em seus estágios iniciais enfrenta uma série de barreiras e dificuldades que podem fazer com que ela não obtenha sucesso, pois mesmo que ela possua diversas qualidades, o mecanismo de funcionamento do mercado as expulsa. Isso acontece principalmente, dentre outros fatores, por conta do insuficiente

³²³ SEBRAE/DIEESE (orgs.), Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2017
<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anu%C3%A1rio%20do%20Trabalho%20nos%20Pequenos%20Neg%C3%B3cios%202016%20VF.pdf> pp 61,62.

montante de oferta de crédito e da falta de mercado consumidor suficiente para as MPE's, para gerar ganho de escala. Hoje, são ínfimas as condições para o surgimento de novas empresas que possam efetivamente mudar de estágio de desenvolvimento e concorrer no mercado nacional.

Para estabelecermos novas e adequadas políticas de crédito e garantia de mercado capazes de gerar ganho de escala, o Brasil precisa definir uma nova metodologia de abrangência centralizada, capaz de definir o que é, verdadeiramente, uma MPE. Não é possível criar políticas sem se conhecer e definir o seu objeto. Atualmente existem no Brasil diversos “sistemas” de classificação do que seja uma MPE, sendo que eles se baseiam, normalmente, em faturamento ou número de empregados. As mais conhecidas são as definições de faturamento para englobar as MPE's optantes do SIMPLES - regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido – que atualmente define como microempresa aquela que fatura até R\$ 360.000,00/ano (trezentos e sessenta mil reais por ano) e como pequena empresa aquela que tem faturamento acima de R\$ 360.000,00/ano (trezentos e sessenta mil reais por ano) até R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Decorrem desse limite de faturamento, no mínimo duas questões cruciais quanto ao real desenvolvimento das MPE's no Brasil: i) esses valores não são reajustados anualmente, seja pelos índices de inflação, ou qualquer outro índice – os valores foram redefinidos em 2014 – o que evidentemente traz problemas de classificação e definição de abrangência e ii) trava uma possível ultrapassagem dos tetos fixos de faturamento, visto que uma optante pelo sistema de tributação simplificado, pode não estar preparada para ser tributada pelo regime do lucro presumido ou do lucro real.

Os critérios de definição de abrangência são díspares para diversas instituições, mesmo quando se trata de instituições controladas pelo governo, tais como Banco do Brasil, Caixa Econômica, BNDES ou Finep. Para o BNDES, por exemplo, as empresas são atualmente classificadas como microempresas quando têm receita operacional bruta anual de até R\$ 2,4 (dois vírgula quatro) milhões e pequenas com receita superior a R\$ 2,4 (dois vírgula quatro) milhões e menor ou igual a R\$ 16 (dezesseis) milhões.³²⁴ A Finep, em um edital de Subvenção Econômica do ano de 2015, não diferencia as

³²⁴ BNDES. **BNDES automático**. Rio de Janeiro: BNDES, 2014d. Disponível em: <<https://goo.gl/r9rtwY>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

microempresas das pequenas, tratando todas aquelas com faturamento, no ano de 2014, de até R\$ 16 (dezesseis) milhões, como empresas de pequeno porte.³²⁵

A outra definição mais usual classifica as MPE's pelo número de empregados, que também é utilizada pelo SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - faz uma primeira diferenciação entre os setores de comércio e serviços de um lado e da indústria de outro. Para o SEBRAE no setor de comércio e serviços, uma microempresa é aquela com até 09 (nove) empregados e pequena empresa é aquela que tem entre 10 (dez) a 49 (quarenta e nove) empregados; já na indústria, define como microempresa aquela que tem até 19 (dezenove) empregados, e pequenas aquelas entre 20 (vinte) até 99 (noventa e nove) empregados.

Também aqui evidenciam-se problemas cruciais quanto a definição de abrangência, explicando a título de exemplo ainda que não o único: se tivermos uma empresa de serviços tecnológicos, altamente especializada e com produtos de alto valor agregado com 12 (doze) empregados, esta empresa é considerada - por um órgão pertencente ao sistema S³²⁶ e portanto, financiado por verbas públicas – semelhante a um pequeno e simples restaurante de bairro com o mesmo número de empregados, para efeitos de “apoio e capacitação”.

Esse parece ser o ponto nevrálgico a respeito dos problemas das políticas desenvolvidas e implementadas voltadas às MPE's no Brasil. Não que as definições por faturamento e número de empregados sejam erradas, não é isso, o problema é que elas são fixas, para todos os setores da economia, tratando a maioria das empresas brasileiras como iguais, quando elas são heterogêneas entre si e também em relação às empresas de outros portes nos setores em que atuam.

Vemos assim que as diversidades de critérios desconexos podem gerar problemas intransponíveis de classificação e, consequentemente, de definição do objeto

³²⁵ FINEP. **Edital de Seleção Pública MCTI/AEB/Finep/FNDCT:** subvenção econômica à inovação – transferência de tecnologia do SGDC – 01/2015. Rio de Janeiro: Finep, 2015. Disponível em: <<http://tinyurl.com/editaldeselecaopublica>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

³²⁶ Fazem parte do Sistema S: o SESI, SENAI, SESC, SENAC, SENAR, SENAT, SEST, SESCOOP e o SEBRAE. Juridicamente, são entidades paraestatais, uma vez que não fazem parte da administração pública. As entidades do Sistema S têm a maior parte dos seus recursos advindos do recolhimento de alíquota sobre a folha de pagamento dos setores a que visam prestar serviço. Uma contribuição definida como paraestatal é um recurso que é recolhido por um órgão estatal, mas que não entra na contabilidade do orçamento da União e é repassado diretamente do INSS às entidades do Sistema S. Para SENAI, SESC e SENAT o percentual é de 1,0% enquanto para SESI, SENAC e SEST, o percentual é de 1,5%.

das políticas pelos diversos agentes governamentais que atuam de alguma maneira junto às MPE's, pois produz descoordenação, desorientação e, em alguns casos, contraposição nas ações de estímulo e apoio econômico-financeiro.

Se resolvermos a metodologia de abrangência das MPE's, será possível desenvolver políticas coordenadas para superar as dificuldades por meio de mecanismos de garantia de crédito para essas empresas e garantia de mercado consumidor por meio do grande poder de compras governamentais, especialmente a partir da demanda tecnológica.

2. Panorama do crédito para MPE's no Brasil

Crédito também sempre foi e continua sendo um problema crucial para as MPE's Brasileiras. Para além das dificuldades históricas sobre a costumeira impossibilidade de uma MPE oferecer garantias reais para obtenção de financiamento – especialmente o de capital de giro - o Brasil também apresenta, especialmente desde o começo da década de 1990, características estruturais do sistema financeiro que praticamente impossibilitam a concessão de crédito para o financiamento empresarial, especialmente para as MPE's.

No começo da última década do século XX, aconteceu no Brasil uma grande concentração bancária, sob o pretexto de que ganhariam escala, diminuição dos custos operacionais e uma maior eficiência, sendo que consequentemente poderiam oferecer taxas de juros menores para financiar as empresas, inclusive as MPE's. Obviamente isso não aconteceu, o que houve foi uma redução da concorrência e o consequente aumento de poder dos conglomerados financeiros.³²⁷

Para além do problema da concentração dos bancos, concorre para as dificuldades de acesso ao crédito via sistema bancário tradicional, o fato do Brasil ser signatário dos acordos de Basileia I e II.

O acordo recomenda uma alavancagem 12,5 vezes do patrimônio líquido para os países signatários, o que implica um capital mínimo de 8% (1/12,5). Ou seja, para cada R\$ 100,00 (cem reais) de ativos, o banco necessita manter R\$ 8,00 (oito reais) de capital, sendo o restante, R\$ 92,00 (noventa e dois reais) financiado por recursos de terceiros. Esse limite é ponderado pelo risco de

³²⁷ GREMAUD, Amaury; TONETO JÚNIOR, Rudinei; VASCONCELLOS, Marco. **Economia Brasileira Contemporânea**. 4. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2002. Pp. 597

cada categoria de operação ativa, de modo que o capital que o banco deve ter – Patrimônio Líquido Exigível (PLE) – pode ser determinado pelo capital mínimo multiplicado pelo total do ativo ponderado pelo risco. As operações, como aquisição de títulos públicos federais, são sujeitas a peso zero (risco nulo), ou seja, para cada R\$ 100,00 (cem reais) destinados à aquisição de tais papéis, o banco não necessita de nenhum capital.³²⁸

Fica claramente demonstrada a aversão ao “risco” dos bancos para financiar o setor produtivo, preferindo centrar seus negócios em serviços e tarifas e comprar títulos da dívida pública, todas operações com risco baixíssimo ou zero.

Atualmente há uma lógica conservadora quanto a concessão de crédito para as MPE’s, como a que se vê atualmente, apenas como exemplo, o que acontece com as linhas de crédito de capital de giro do BNDES específicas para as MPE’s, que somente são efetivadas com a obrigatória participação de agentes, ou melhor dizendo, dos bancos tradicionais ou cooperativas de crédito, o que de fato acaba inviabilizando o processo de concessão, pois os retornos não lhes parecem vantajosos em relação a outras linhas de crédito que eles podem oferecer.³²⁹

Estamos falando aqui especialmente de crédito para capital de giro, pois no que diz respeito ao crédito para investimento, já há experiências de êxito como por exemplo a do Cartão BNDES. Tem como base o conceito de cartão de crédito e financiamento para investimentos de empresas com faturamento bruto anual de até R\$ 90 (noventa) milhões, que era o valor de referência para empresas de pequeno porte, o que apesar do “sucesso da iniciativa” demonstra mais uma vez a falta de critérios para definição da abrangência das MPE’s. Os cartões são operados pelas principais bandeiras e emitidos por instituições financeiras comerciais a partir de recursos oriundos do BNDES. A análise de crédito é feita diretamente pelo banco comercial, sem envolvimento do BNDES. Assim, o valor financiado depende muito mais do histórico da relação bancária do pleiteante do que da oferta de garantias reais.

³²⁸ CARVALHO, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Giuliano Contento. O Componente “Custo de Oportunidade” do *Spread Bancário* no Brasil: Uma Abordagem Pós-Keynesiana. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 16, n. 3, p. 376-380, dez. 2007.

³²⁹ <https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home> acesso 04 de junho de 2020

3. Inovação tecnológica e as MPE's brasileiras

No que tange à garantia de mercado consumidor para gerar escala na produção das MPE's, faremos um recorte pelo mercado de inovação. A primeira dúvida que se impõe é saber se as MPE's podem ser relevantes para o desenvolvimento de novas tecnologias e terem um papel importante para a implementação de um sistema nacional inovativo que seja produtor e indutor do desenvolvimento econômico?

Existem controvérsias quanto à importância relativa das pequenas e das grandes empresas para a promoção das inovações desde que Schumpeter fez uma revisão sobre a importância da pequena empresa como agente central na promoção do desenvolvimento tecno-econômico.

Em uma primeira fase, Schumpeter afirmava que as grandes inovações seriam produzidas e implementadas por MPE's, a partir de empresários visionários que romperiam com os paradigmas tecnológicos vigentes e promoveriam a “destruição criativa”. Para além dos efeitos da geração dessas inovações, o desenvolvimento viria por conta do resultado de sua difusão, ou transbordamento, para todo o ambiente econômico.³³⁰

Em uma fase posterior, Schumpeter afirmou que as grandes empresas é que seriam as produtoras e geradoras das novas tecnologias e, consequentemente, do transbordamento para toda a sociedade e do crescimento econômico, no que ele chamou de “acumulação criativa”.³³¹

Estas duas hipóteses schumpeterianas são bastante estudadas e debatidas por diversos autores, porém de maneira ainda inconclusiva. Aparecem como os principais fatores relativos às MPE's, aqueles relacionados ao comportamento do empresário, enquanto os das grandes empresas são relacionados com suas vantagens em relação aos recursos financeiros. Assim, as grandes empresas teriam uma capacidade ampliada para arcar com os riscos financeiros dos investimentos em projetos de inovação.³³²

³³⁰ SCHUMPETER, J. A. A Teoria do desenvolvimento econômico. São Paulo: Abril, 1982 (Coleção Os Economistas).

³³¹ SCHUMPETER, J. A. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

³³² FAGERBERG, J. Systems of innovation: perspectives and challenges. In: FAGERBERG, J. MOWERY, D. N., R. (Orgs.). The Oxford handbook of innovation. Oxford: Oxford University Press,

Como vantagens, as MPE's teriam menores estruturas burocráticas e de gestão simplificadas, o que permitiria decisões rápidas, facilitando a realização de processos inovativos, diferentemente das grandes empresas, sendo que a organização burocrática das grandes empresas não aprovariam investimentos arriscados em inovação.³³³ A menor burocracia e as estruturas enxutas das MPE's melhorariam, portanto, a comunicação e a cooperação, o que contribui para a inovação, principalmente nos países desenvolvidos, em que as condições que as pequenas empresas usufruem, como por exemplo, incentivos e subsídios, promovem a inovação.³³⁴

Se não se pode garantir, a partir das controvérsias Schumpeterianas, a respeito do papel das MPE's para a inovação tecnológica para o desenvolvimento econômico em relação às grandes empresas, na realidade brasileira atual elas não conseguem nem participar efetiva e eficazmente em um sistema inovativo.

Antes de mais nada temos de definir o que é inovação e para este artigo será utilizado um conceito: “inovação é instrumento para a solução de problemas nacionais”.

Podemos dar como exemplo a corrida espacial norte americana, e todas as soluções que precisaram ser criadas ao longo de toda sua duração. Mas não cabe somente o exemplo dos Estados Unidos da América, foi assim também em países asiáticos que tiveram um salto nas últimas décadas no que diz respeito aos seus sistemas de inovação.

Em Hong Kong foi criada toda uma rede governamental de funções estratégicas e coordenadoras para permitir que uma base de pequenas empresas, oriundas especialmente de poupanças familiares pudessem se desenvolver e adentrar no mercado norte americano, por exemplo. Tudo isso tendo como base um enorme programa habitacional, um dos maiores do mundo, suportado por redes de subsídios e de segurança financeira que não somente custeava grande parte dos custos de mão de obra como também incentivava a criação de novas empresas. Portanto, em Hong Kong, o grande

2006. VAONA, A.; PIANTA, M. Firm size and innovation in European manufacturing. *Small Business Economics*, n. 30, 2008; BOTELHO, M. R. A.; MAIA, A. F. S.; PIRES, L. A. V. Inovação e porte das empresas: evidências sobre a experiência internacional e brasileira. *Revista de Economia*, v. 38, n. 1, 2012.

³³³ SCHERER, F. M. Changing perspectives on the firm size problem. In: ACS, Z. J.; AUDRETSCH, D. B. (Eds.). **Innovation and technological change**: an international comparison. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1991.

³³⁴ HAUSMAN, A. Innovativeness among small businesses: theory and propositions for future research. *Industrial Marketing Management*, n. 34, 2005.

projeto nacional que mobilizou o país para o desenvolvimento de uma rede de empresas ligadas à tecnologia foi um programa habitacional, ou seja, como instrumento para a solução de um problema nacional.³³⁵

Claramente essas são definições de políticas de estado e de planejamento, e no caso Brasileiro não temos visto nos últimos tempos nem ao menos a menção sobre projetos de país e a identificação dos grandes problemas nacionais.

Analisando o cenário brasileiro, verificamos uma série de ações governamentais voltadas ao “incentivo” à inovação empresarial, inclusive para as MPE’s. Atualmente existe um sistema de institucionalização de “incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo” e com a promulgação da Lei da Inovação³³⁶, foram positivados alguns “privilégios” para as MPE’s.

Estes “privilégios” tratam do estímulo para a formação de alianças entre as instituições de ciência e tecnologia (ICT’s) e as empresas em “ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos” e à possibilidade de compartilhar o uso dos laboratórios das ICT’s com “laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica”.

Em janeiro de 2016 a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, criou o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação³³⁷. Esta lei alterou diversos aspectos da Lei da Inovação, também em relação às MPE’s. No seu artigo 2º incisos III e XI detalha os conceitos de parques tecnológicos e incubadora de empresas e cria o conceito de bônus tecnológico, quando se refere a “subvenção a microempresas e a empresas de pequeno e médio porte”. Também há uma série de outras legislações e outras espécies de normas a regular a inovação no país.

³³⁵ CASTELLS, M. A sociedade em rede. Era da informação: economia, sociedade e cultura. 7. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2003. v. 1. pp. 247-248.

³³⁶ LEI Nº 10.973, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm Acesso 10 de jun. 2020.

³³⁷ Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm Acesso 10 Jun. 2020

No que diz respeito às instituições voltadas a ‘fomentar’ a inovação nas MPE’s, também há um grande número delas, com diversas ações, dentre elas estão: FINEP, Financiadora de Estudos e Projetos; SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas; Sibratec, Sistema Brasileiro de Tecnologia; Instituto Euvaldo Lodi, ligado ao SESI; diversas Fundações de Amparo à Pesquisa estaduais; além de uma série de outras instituições de Pesquisa e Desenvolvimento.

O problema é que essa miríade de legislações e instituições acaba provocando uma pulverização das políticas, pois produz diversas ações de forma descoordenada e desconectadas entre si no que diz respeito ao fomento da inovação, notadamente no que se refere às MPE’s. Todas essas ações, legislações e instituições voltadas ao incremento das atividades das MPE’s brasileiras têm o discurso do tratamento diferenciado e favorecido da CF/88, todas com as melhores intenções quanto ao desenvolvimento dos pequenos negócios no Brasil.

4. As “vantagens do atraso” e o desenvolvimento das MPE’s brasileiras

Há no Brasil, no que diz respeito às MPE’s, um aprisionamento das políticas à retórica, não há quem seja contra o “desenvolvimento” das pequenas empresas, na verdade atualmente há a glorificação do “empreendedorismo”, como panaceia para o desenvolvimento nacional.

O MEI (Micro Empreendedor Individual), criado pela Lei Complementar nº 128/2008³³⁸, é “vendido” e reverenciado como a “oportunidade” para a obtenção de “sucesso” pessoal e empresarial, dependendo do poder de perseverança e mérito que a pessoa possa ter, sem patrão, sem horários de jornada de trabalho pré-definidos e responsável pela sua própria renda e que apesar de realmente ter formalizado um grande número de pessoas que exerciam essencialmente a prestação de serviços ou de comércio, e estavam fora do sistema³³⁹, não pode ser confundida com a figura do pequeno empresário que aqui neste trabalho trataremos.

³³⁸ LEI COMPLEMENTAR Nº 128, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2008

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm Acesso 08. Abr. 2020

³³⁹ <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatisticas> Acesso 10 de jun. de 2020

Ainda sobre o perfil do MEI, a atividade mais comum é a de cabelereira (o). Em segundo lugar vem o comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios, exercida por mais de 650 mil empreendedores. Entre as outras atividades mais frequentes estão obras de alvenaria e promoção de vendas (2,8%).³⁴⁰

Essas atividades, entretanto, com todo respeito que merecem, mais parecem formas de garantir a subsistência do que “empreendorismo”, especialmente em um sentido Shumpeteriano, de onde possa surgir inovações e grandes ciclos de desenvolvimento econômico para o país.

Se não podemos confundir o MEI com a figura do pequeno empresário que trataremos neste artigo, este também não pode ser confundido com a figura do “empresário” franqueado, pois na verdade a franquia é um modelo de negócio de uma grande empresa que decide estabelecer um processo de terceirização da gerência de filiais para aumentar e descentralizar a operação da empresa. O franqueado aceita ser um empregado sem direitos e assume parte do risco do negócio, na esperança de ter ganhos superiores ao que teria se fosse um gerente da filial. Normalmente o que a grande empresa vende é o seu “conhecimento prévio” do mercado de atuação a alguém que aceita as condições impostas em uma circular de oferta de franquia³⁴¹.

Queremos falar aqui de um empresário que ainda está por surgir, não que ele não possa já existir, mas se realmente já existe, ainda não tem densidade para influenciar o chamado “pensamento empresarial” brasileiro, hoje na sua maioria retrógrado, conservador quando não reacionário, desatrelado de compromisso com o desenvolvimento nacional, representado por entidades, em sua maioria, dirigidas por ex empresários desconectados da realidade empresarial, sempre recorrendo ao Estado de forma corporativista, quando não parasitária.

Atualmente o “empresariado” brasileiro – especialmente, os chamados grandes empresários - ou não consegue ou; na nossa visão o que acontece mais comumente; não quer dar conta dos investimentos necessários e dos esforços inerentes aos desafios impostos em uma economia como a brasileira, especialmente em momentos de crise. As

³⁴⁰SEBRAE 2019 <https://databasebrae.com.br/perfil-do-microempreendedor-individual/#atividades> Acesso 11 de jun. de 2020.

³⁴¹NÓGUEIRA, Mauro Oddo. Um Pirilampo no porão: um pouco de luz nos dilemas da produtividade das pequenas empresas e da informalidade no país. 2019. 2. ed. rev. ampl. – Brasília: IPEA, 2019. Pp 116.

empresas ou sucumbem, por conta de diversos fatores, ou o que é mais comum, entesouram seus caixas, diminuindo de todas as formas seus custos, especialmente e principalmente, com mão de obra.

Voltando rapidamente ao aprisionamento da política pela retórica, sempre o que vimos foram discursos no sentido da importância dos pequenos negócios, como eles são cruciais na geração de emprego e renda, sendo um verdadeiro amortecedor social, porém, na verdade, nunca se pensou nas MPE's brasileiras como figuras centrais em um projeto de nação. É necessário modificar essa lógica!

É preciso modificar o arranjo jurídico-institucional Brasileiro com relação às MPE's. Assim poderemos criar políticas que garantam mercado e forneçam crédito a custos baixos e sem necessariamente precisar do oferecimento de garantias reais ou retornos financeiros ortodoxos, oferecendo uma rede de segurança para que se crie um ambiente em que seja possível o surgimento de diversas e novas empresas, com características inovadoras e que estejam inseridas dentro de uma lógica de desenvolvimento nacional.

O Brasil precisa criar condições para que possa emergir uma nova classe de empresários, que possam se inserir em um projeto de nação livre e soberana, promotora da concorrência isonômica, incentivadora da inovação, distribuidora de renda e justa.

Se o Brasil ainda pretende se transformar em uma nação desenvolvida, será necessária a criação de políticas compensatórias que permitam às MPE's - principalmente em seus estágios iniciais de inserção no mercado - , surgirem, crescerem e que assim possam atuar com garantias de condições de concorrência, fazendo com que essas empresas possam chegar aos seus estágios maduros, tornando-se viáveis, e que os recursos estatais utilizados possam ser direcionados a outras empresas iniciantes.

Tais modificações – mesmo que entendidas como radicais - podem ajudar a produzir um “arranco de desenvolvimento” - claro que estamos falando do desenvolvimento industrial moderno, tecnológico, pouco poluente, com alto valor agregado em seus produtos – mas as dúvidas recaem sobre se é possível desenvolvê-las no Brasil, visto que, podem ser necessários de acordo com a teoria do etapismo criada por

Walt Whitman Rostow³⁴² - quando analisou o desenvolvimento da Inglaterra e as condições dadas para a Revolução Industrial e definiu-as como premissas insuperáveis para os demais países alcançarem a industrialização e o desenvolvimento econômico - “pré requisitos” para isso, e se realmente necessitarmos de todos eles presentes na atual conjuntura brasileira, o “arranco” será impossível, o que é muito desanimador.³⁴³

Esse artigo tem como referencial teórico o trabalho do historiador econômico *Alexander Gerschenkron*, especialmente em seu livro “O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios”, que critica a necessidade de um país possuir todos os “pré-requisitos” para implementar seu desenvolvimento, demonstrando que muitos destes, na verdade, são produtos e não condições prévias para o desenvolvimento de um país. Assim é possível não ser pessimista com a possibilidade de o Brasil, obter “vantagens do seu atraso” em relação às suas possibilidades para uma arrancada econômica.³⁴⁴

Gerschenkron afirma que, apesar de parecer que o conceito de pré-requisitos seja sólido, na verdade ele não se sustenta, critica a forma como esse conceito foi construído, com base em uma análise ligeira sobre uma economia ideal em um período pré-industrial, no caso a Inglaterra. Feito isso, em uma rápida transição de análise olha-se para uma economia industrial moderna, e obviamente se verá que as mudanças foram radicais. Isto fez com que se determinassem quais eram todos os pré-requisitos necessários para o desenvolvimento econômico. Nas palavras de Gerschenkron:

Grande território, política e economicamente unificado; um sistema judicial que garante os direitos do indivíduo e uma proteção satisfatória da propriedade; um reservatório de conhecimentos tecnológicos; aumento da produtividade agrícola, possibilitando pela eliminação do sistema de cultivo em campo aberto e pastos comuns, disponibilidade de oferta de mão de obra com diversas qualificações; um grupo empresarial com disposição e competência para calcular e inovar; disponibilidade de capital para investimentos a longo prazo; inexistência de restrições de guildas; mercados grandes e com capacidade de absorção – e assim por diante.³⁴⁵

³⁴² ROSTOW, Walt Whitman; *The stages of economic growth: A non-communist manifesto*. Cambridge University Press, 1990.

³⁴³ GERSCHENKRON, Alexander. *O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios*. Contraponto Editora Ltda., 2015.Pp.99

³⁴⁴ Idem Pp.99

³⁴⁵ Ibidem Pp.98,99

O conceito de “pré-requisitos” também implica na suposição de que haja um único e uniforme processo de industrialização e desenvolvimento econômico, com evolução idêntica em todo o mundo, com as mesmas características, o que parece ser uma visão muito simples para entender os processos de industrialização.³⁴⁶

Pegando como exemplo o “pré-requisito” “disponibilidade de capital” Gerschenkron discute a validade e utilidade desse conceito, criticando-o quando afirma que não se pode esquecer que os lucros industriais também podem ser vistos como uma fonte de acumulação de capital, o que destruiria o conceito de pré requisito e pergunta: porque um longo período de acumulação deve preceder um período de industrialização e desenvolvimento econômico rápido, porque a acumulação não aconteceu concomitantemente com os investimentos em indústrias?³⁴⁷

Além disso, a disponibilidade de capital somente seria útil quando os indivíduos que a possuem queiram investi-la na industrialização ou que se convençam a financiar quem está interessado em desenvolver a industrialização. Isso realmente pode não acontecer, seja pela tradição de entesouramento, seja por exemplo, por causa do tradicional temor que as classes latifundiárias/tradicionais têm em perder a sua importância na comunidade e na política, portanto, não há garantia da utilização de riqueza acumulada para o financiamento da industrialização.³⁴⁸

Na Inglaterra a industrialização aconteceu porque existiam múltiplas fontes de riqueza privada e, por conta de um considerável progresso anterior, esses indivíduos estavam dispostos a investir em indústrias.

Isso não aconteceu em outros países, por exemplo Alemanha e Rússia. Na Alemanha o capital para a industrialização pode ser atribuído às políticas de crédito bancário, e na Rússia, principalmente às políticas orçamentárias do Estado para a provisão de recursos, mas também concorreram para aumentar o capital necessário para a arrancada da industrialização Russa, as importações de capital. Assim, a acumulação primitiva de capital nestes países não foi um “pré-requisito” do desenvolvimento industrial.³⁴⁹

³⁴⁶ Ibidem Pp. 107

³⁴⁷ Ibidem. 100, 101.

³⁴⁸ Op.cit Pp. 106, 107.

³⁴⁹ Op.cit Pp. 113.

Para além da acumulação primitiva, outros “pré-requisitos” podem ser colocados como óbices aos processos tardios de desenvolvimento, como por exemplo, a falta de um reservatório de conhecimentos técnicos. Esse na verdade é um “pré-requisito” que o país atrasado dispõe e que o adiantado não dispôs para o seu desenvolvimento. O país “atrasado” pode importar do país adiantado fontes de assistência técnica, mão de obra qualificada e bens de capital.³⁵⁰

Estudando os processos de industrialização mais tardios na europa, Gerschenkron propõe que a compreensão de tais processos pode ser melhor entendida analisando os graus de atraso que as áreas estudadas apresentavam em relação a outros países mais desenvolvidos, momentos antes de suas grandes arrancadas de industrialização e desenvolvimento. Claramente, “atraso” é um termo relativo e de difícil mensuração, na verdade o “grau de atraso” não tem uma medição exata.

A partir dessa premissa, Gerschenkron se volta para o panorama econômico europeu de meados do século XIX e conclui que não se poderia discordar do fato que a Alemanha era mais atrasada em relação à França, que a Áustria era mais atrasada que a Alemanha, que a Itália era mais atrasada que a Áustria e que a Rússia era a mais atrasada de todas. E também, provavelmente ninguém discordaria que a Inglaterra era a mais adiantada de todas elas.³⁵¹

Analizando o período atual, poderíamos também fazer uma analogia com os países que formam os BRICS e estabelecermos que a Rússia é mais atrasada que a China, o Brasil é mais atrasado que a Rússia, a Índia é mais atrasada que o Brasil e a África do Sul a mais atrasada de todas. E, apesar de seguido de perto pela China, que os Estados Unidos é o mais adiantado de todos.

Gerschenkron afirma que as oportunidades do “arranco econômico”, e portanto as “vantagens do atraso”, variam de maneira diretamente proporcional ao atraso do país, ou seja, o desenvolvimento, se ele realmente vier, poderá ser mais promissor quanto maior for a reserva de inovações e conhecimento que o país obtiver, ou falando em termos de tecnologia copiar do país avançado, adaptando às suas realidades³⁵².

³⁵⁰ Op.cit Pp. 114.

³⁵¹ Op.cit Pp. 111.

³⁵² Op.cit Pp.70

5. As Small Business – obtendo vantagens de um país mais desenvolvido

No que diz respeito às MPE's, o Brasil pode implementar modificações em seu conjunto jurídico-institucional, a partir dos conhecimentos da experiência dos Estados Unidos da América, especialmente mas não só, no que diz respeito à : 1) Uma metodologia de identificação de abrangência, construída a partir da análise de cada setor econômico em que as empresas atuam e definindo quais os tamanhos mínimos eficientes em cada um deles e conforme os interesses estratégicos do país; 2) Políticas de crédito e financiamento específico para as MPE's, sem as amarras atuais do sistema financeiro tradicional brasileiro; 3) A criação e garantia de mercado consumidor para as pequenas empresas, especialmente as micro e pequenas empresas do setor de tecnologia.

O desenvolvimento de uma metodologia de identificação de abrangência, é crucial para podermos identificar o que seja uma MPE de acordo com o interesse nacional, especialmente, mas não somente em setores estratégicos, mas também para garantir condições isonômicas de concorrência em quaisquer setores da economia. Além disso, permitirá o desenvolvimento e a execução de políticas que promovam as micro e pequenas empresas a serem efetivamente atuantes no mercado nacional e internacional e promotoras de inovação e desenvolvimento.

Para tanto, recorrendo novamente às “vantagens do atraso”, olhar detalhadamente nações mais adiantadas em relação às MPE's e verificar como elas exercem um papel crucial no desenvolvimento econômico deste país torna-se crucial para o desenvolvimento desta tese.

Os Estados Unidos da América desenvolveram a mais sofisticada metodologia de identificação de abrangência de MPE's do planeta. Tendo como base legal a Small Business Act (SBAct), de 1953, que criou a Small Business Administration (SBA)³⁵³; a agência governamental norte americana responsável pela coordenação e implementação de todas as políticas de desenvolvimento em relação às MPE's dos Estados Unidos da

³⁵³ A SBAct incumbe a S.B.A. de incentivar e garantir a concorrência na economia norte americana e garantir que uma boa proporção do total das compras federais do governo norte americano seja alocada às pequenas empresas. Com a aprovação da SBAct em 1953, o Congresso Norte Americano passou a afirmar que "a preservação e expansão da concorrência é fundamental não só para o bem-estar econômico, mas principalmente para garantir a segurança nacional norte americana."

América; também definiu as bases para o desenvolvimento - obrigatoriedade exclusiva da SBA – de uma metodologia de identificação de abrangência, que vem se desenvolvendo e evoluindo até hoje e baseada principalmente em definir qual o tamanho mínimo eficiente para que uma empresa possa concorrer em determinado setor, ou mesmo o tamanho mínimo para participar de algum programa de incentivo ao seu desenvolvimento. Assim define-se, nos Estados Unidos da América, o que é uma pequena empresa e a partir daí ela torna-se elegível a participar de diversos programas de apoio, crédito, subsídios e compras governamentais voltadas às Small Business.

Mercado consumidor é um dos fatores que uma MPE necessita para poder ter ganho de escala e assim poder desenvolver-se e atingir patamares que a possibilitem concorrer efetivamente no mercado. Neste trabalho faremos um recorte no que diz respeito à garantia de mercado para empresas que desenvolvam tecnologia, mas não de acordo com o seu bel prazer, e sim partir de demandas tecnológicas governamentais estratégicas e garantia de créditos não reembolsáveis para seu desenvolvimento, visto que o investimento em tecnologia é de alto risco.³⁵⁴

O programa Small Business Innovation Research (SBIR), criado pelo Small Business Innovation Act de 1982³⁵⁵, destina 3,2% das verbas para as Small Business, de

³⁵⁴ “Na biotecnologia, nanotecnologia e internet, o capital de risco chegou quinze ou vinte anos depois que os investimentos mais importantes foram feitos com recursos do setor público.

A história mostra que essas áreas do cenário de risco (dentro dos setores, em qualquer momento; e no início, quando novos setores estão surgindo), que são definidas pelo grande investimento financeiro, alto nível tecnológico e grande risco mercadológico, tendem a ser evitadas pelo setor privado e tem exigido grandes montante de financiamento (de diferentes tipos) do setor público[...].” MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado.** Portfolio-Penguin, 2014. Pp 51.

³⁵⁵ “Ao contrário do senso comum sobre a dominação da ideologia do livre mercado durante a administração Reagan, na década de 1980 [...] um dos acontecimentos mais significativos desse período foi o Small Business Innovation Development Act, assinado por Reagan em 1982, que criou um consórcio entre a Small Business Administration e diferentes agências governamentais, como o Departamento de Defesa, o Departamento de Energia e a Agência de Proteção Ambiental. O decreto se baseou em um programa piloto da National Science Foundation (NSF) iniciado durante a administração Carter. De acordo com o programa SBIR, as agências governamentais com grandes orçamentos para pesquisa deveriam designar uma fração (originalmente 1,25%) dos recursos para apoiar empresas pequenas [...] a rede de instituições estaduais e locais que trabalhavam em parceria com programas federais foi ampliada. Um exemplo disso é o desenvolvimento de organizações financiadas por governos estaduais e locais para ajudar empreendedores a apresentar petições ao programa SBIR a fim de garantir financiamento para seus projetos. O programa ocupa uma posição ímpar nesse novo sistema de inovação porque serve como o primeiro lugar onde muitos empreendedores envolvidos com inovação tecnológica buscam financiamento. Oferece mais de 2 bilhões de dólares por ano em apoio direto as empresas de alta tecnologia, promoveu o desenvolvimento de novas tecnologias e orientou a comercialização de centenas de novas tecnologias desde o laboratório até o mercado.” Idem, Pp. 116, 117.

qualquer departamento do estado norte americano que tenha orçamento para contratar desenvolvimento tecnológico.³⁵⁶

No relatório do programa SBIR chamado “National Economic Impacts from DOD SBIR/STTR Programs 1995-2018”, fica demonstrado o sucesso do programa, que foi responsável, durante o período analisado, por 121 (cento e vinte e um) bilhões de dólares em total de vendas de novos produtos e serviços pelas pequenas empresas para o governo norte americano, sendo que destes, 28 (vinte e oito) bilhões de dólares para as forças armadas; 347 (trezentos e quarenta e sete) bilhões de dólares de impacto na economia norte americana e retorno de 22 (vinte e dois) dólares para cada 1 (um) dólar investido.³⁵⁷

Crédito, não somente para investimento, mas também e especialmente para capital de giro, é outro fator determinante para que uma MPE possa ter condições de crescer e desenvolver-se. Como dito anteriormente, apesar do discurso de fornecimento de crédito para as MPE’s brasileiras ser uma prática recorrente, tanto em estruturas de bancos públicos brasileiros, quanto dentro do sistema financeiro tradicional privado, a realidade é que não há crédito em condições de serem utilizáveis e satisfeitos para este segmento de empresas.

A SBA também se utiliza de agentes financeiros tradicionais para uma série de linhas de financiamento de capital de giro e investimento. Porém, desde a aprovação da Small Business Investment Act em 1958, iniciou-se o programa Small Business Investment Company (SBIC)³⁵⁸, que permitiu a criação de pequenas empresas de investimento com o objetivo específico de fornecer crédito para as MPE’s norte americanas. As SBICs são fundos de investimento de propriedade privada que a S.B.A. licita e regula, são empresas privadas, que em troca de aceitar diversas restrições sobre os tipos de investimentos que realizam, são elegíveis para receber subsídios do governo por meio da emissão de debêntures garantidas pela SBA (alavancagem).

As SBIC não são, normalmente, afiliadas a instituições bancárias tradicionais e mesmo quando são, elas somente podem fornecer crédito para empresas consideradas

³⁵⁶ SBIR STTR Program Overview Presentation.

https://www.sbir.gov/sites/default/files/SBA_SBIR_Overview_March2020.pdf Acesso 29 jun. 2020.

³⁵⁷https://www.sbir.gov/sites/default/files/DOD_SBIR%20Economic%20Impacts_1995-2018_03OCT19_releasedbyDOPSR_upload_SBIR_16OCT19.pdf

elegíveis a partir das metodologias e definições da SBA. Ou seja, elas operam sob uma lógica distinta das outras empresas do setor financeiro tradicional.

As debêntures frequentemente têm prazo de dez anos de duração, sendo que cada SBIC pode receber até US\$ 3 (três dólares) em fundos S.B.A. por cada US\$ 1 (um dólar) de capital privado, não podendo exceder o valor máximo de US\$ 35 milhões (trinta e cinco milhões de dólares) em debêntures.

A Apple, empresa de tecnologia com atuação mundial que dispensa apresentações, foi em 1980; ainda antes de ter sua primeira oferta pública de ações; elegível a participar do programa SBIC e conseguiu um investimento acionário de US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) da Continental Illinois Venture Corporation, uma Small Business Investment Company, licenciada e alavancada pela SBA para investir em Small Business.³⁵⁹

Só para termos uma idéia, em 2012, o valor de mercado da Apple ultrapassava os US\$ 612.000.000.000,00 (seiscientos e doze bilhões de dólares)³⁶⁰, portanto, a Continental Illinois Venture Corporation obteve um lucro extraordinário como retorno pelos seus investimentos em uma, à época, pequena empresa.

³⁵⁹ Audretsch, D.B. Innovation and Industry Evolution. Press. 1995.

³⁶⁰ Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado.** Portfolio-Penguin, 2014. Pp 135

Considerações Finais

O Brasil precisa espelhar-se em experiências já vividas em países mais adiantados para construir políticas e propor soluções para o desenvolvimento das MPE's fazendo com que elas sejam centrais em um projeto de transformação do padrão de desenvolvimento nacional.

Aprender com outros países mais avançados não é novidade para países que eram atrasados e que por decisões de Estado, procuraram criar seus próprios modelos de desenvolvimento, mas se apropriando de conhecimentos além de outros fatores e insumos das nações mais avançadas, especialmente, mas não só em tecnologia e inovação.

Vimos anteriormente que para a implantação de uma agência governamental para as Small Business, e a implementação de uma metodologia de abrangência; o estabelecimento de um programa de compras tecnológicas governamentais e a estruturação de um sistema de crédito que não dependa do sistema financeiro tradicional, os Estados Unidos da América aprovaram três *Acts* fundamentais para o desenvolvimento de suas MPE's e o estímulo à criação de novos pequenos negócios, o que demonstra-nos que é necessário que o Brasil modifique, inicialmente, sua base legal em relação às MPE's.

Estas seriam três modificações radicais na estrutura e organização das MPE's brasileiras, pois nossa modelagem jurídico-institucional para as MPE's não foi pensada sob uma lógica de desenvolvimento nacional.

Essa lógica fica clara quando analisamos a Lei Complementar 123 de 2006 (LC123/06), no que diz respeito ao seu conteúdo. Apesar de ser atualmente a “Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas”, dos seus 85 artigos, 33 (trinta e três) tratam de questões tributárias, incluindo-se a classificação por faturamento, 04 (quatro) sobre inovação e pesquisa, 08 (oito) sobre acesso às compras governamentais e 08 (oito) sobre estímulo ao crédito e capitalização. Isso quer dizer que a “Lei Geral” na verdade é iminentemente tributária, com uma lógica meramente arrecadatória e mantenedora do status quo das pequenas empresas, visto que as amarra a um limite de faturamento fixo.

Vimos anteriormente que temos grandes questões a resolver em relação às MPE's brasileiras, porém a base da transformação é a criação de uma metodologia de

identificação de abrangência e a partir dos conhecimentos adquiridos da experiência norte americana, verifica-se que foi determinante o estabelecimento de uma metodologia com uma lógica de desenvolvimento estratégico nacional e de garantia isonômica de concorrência que considera as especificidades dos diversos setores econômicos.

Para isso poderá ser necessária uma nova lei para as MPE's brasileiras, dentro da lógica do tratamento diferenciado e favorecido, porém que substitua a Lei Complementar 123 de 2006.

Nos Estados Unidos da América a SBAct foi criada sob uma lógica de desenvolvimento econômico, melhoria das condições de concorrência e segurança nacional e não trata de questões tributárias especiais para as Small Business, pois o sistema tributário norte americano é completamente diferente do brasileiro.

Aqui teremos que reformar um conjunto legal arcaico e, portanto, pode ser necessário um período de transição para a implementação de uma nova “Lei Geral da Micro e Pequena Empresa”.

A transição prevista em nova lei, a priori, poderá ter como bases a modificação da lógica tributária para uma lógica de desenvolvimento e garantia da concorrência, criando os alicerces legais para: 1) a criação de uma agência governamental independente e com mandatos fixos, e poderes para a coordenação do desenvolvimento da metodologia de abrangência e que possa atuar na coordenação de todos os programas voltados para as MPE's; 2) a criação de uma metodologia da identificação de abrangência das MPE's; 3) o estabelecimento de um período de transição para a modificação do SIMPLES Nacional, mas que não seja definido somente em lapso temporal, mas sim em métricas obrigatórias de cumprimento pelas estruturas de estado. Por exemplo, metas financeiras de compras governamentais, especialmente as federais efetivamente pagas para as novas MPE's, e montante de crédito para investimento e capital de giro subsidiado para as MPE's.

A criação de uma metodologia de identificação de abrangência para definição do que seja uma micro e pequena empresa poderá ter como base a identificação dos tamanhos mínimos eficientes de uma empresa para que ela tenha condições de concorrer com as outras empresas atuantes nos setores econômicos.

O Brasil já categorizou os setores econômicos a partir dos estudos do IBGE sob a “Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE versão 2.0”, portanto, já há um alicerce para o desenvolvimento de uma metodologia de identificação para as MPE’s brasileiras, e assim estas categorizações e estudos estatísticos, poderão servir como estrutura para as novas definições de abrangência para as MPE’s brasileiras.

Essa primeira e estruturante legislação brasileira, diferentemente dos Estados Unidos não criaria a agência governamental do zero; apesar do que a SBA foi criada, inspirada e como evolução de duas estruturas anteriores e acabou as absorvendo: 1) a Reconstruction Finance Corporation (R.F.C.)³⁶¹ empresa estatal criada durante o governo do presidente Herbert Clark Hoover³⁶² com o principal objetivo de proporcionar liquidez e restaurar a confiança no sistema bancário, que experimentou uma pressão extensiva durante a contração econômica de 1929 a 1933 e 2) a Small War Plants Corporation³⁶³, que era uma agência de contratação do estado norte americano durante a segunda guerra mundial, que canalizava os contratos federais para os pequenos fabricantes.

No Brasil, não podemos esquecer que temos o SEBRAE (Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) instituição de direito privado, mas financiado com recursos; de acordo com o último relatório de gestão do ano de 2018; que atualmente chegam a R\$

³⁶¹ Ao longo dos anos 30 a R.F.C. foi um barômetro do New Deal, desempenhando um papel central na aparição do capitalismo de Estado nos mercados federais e o descrédito da política monetária que precedeu a conversão nacional para Keynes [...] Embora as reservas bancárias tenham aumentado durante a depressão, elas não se traduziram em crédito comercial expandido para impulsionar o país para fora do declínio [...] O estímulo da R.F.C. teve pouca influência sobre a recuperação industrial, que aguardava uma demanda vigorosa de consumidores para emergir com a mobilização para a Segunda Guerra Mundial. [...] Em seus programas de reconstrução bancária e programas preferenciais de investimento em ações, a RFC reconstruiu os mercados monetários, proporcionou uma liquidez financeira que impediu um colapso total da economia e preparou o cenário para a recuperação. Sua ajuda às ferrovias adiou a falência e permitiu sua reorganização, ganhando tempo junto às companhias de seguros e caixas de poupança, para reduzir suas participações em títulos ferroviários. A R.F.C. foi parte integrante do governo federal no período da depressão e da Segunda Guerra Mundial com a responsabilidade direta para regular o ciclo de negócios. Em consequência, o capitalismo de estado tornou-se a norma em subscrever permanentemente os mercados financeiros, ao usar ideias econômicas keynesianas como ferramentas para promover o pleno emprego e preços estáveis. OLSON, James Stuart. Saving Capitalism: The Reconstruction Finance Corporation and the New Deal, 1933-1940. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988. Tradução livre do autor.

³⁶² 31º presidente dos Estados Unidos, entre 1929 e 1933.

³⁶³ Jonathan Bean destaca o discurso de um senador do partido democrata do Estado de Wyoming que exemplifica as preocupações da época: “Na véspera da entrada da América na Segunda Guerra Mundial, o senador Joseph O’Mahoney (D-Wyo.) Alertou que “se deixarmos que poucas empresas se empenhem em um esforço total para defender a democracia, deixaremos perecer os próprios fundamentos da democracia”. esforço total resultará em governo total ”. O’Mahoney estava preocupado com o fato de a crescente concentração de contratos de defesa com grandes corporações amarrar grandes empresas a grandes governos e, assim, abandonar as pequenas empresas” BEAN, Jonathan J. World War II and the “Crisis” of Small Business: The Smaller War Plants Corporation, 1942–1946. Journal of Policy History, v. 6, n. 03, p. 215-243, 1994. Tradução livre do autor.

3.605.660.000,00 (três bilhões, seiscentos e cinco milhões e seiscentos e sessenta mil reais)³⁶⁴, dos quais R\$ 3.424.708.000,00 (três bilhões quatrocentos e vinte e quatro milhões setecentos e oito mil reais) advindos de contribuições sociais obrigatórias (CSO), ou seja, verbas públicas com nenhum esforço arrecadatório.

Como termos de comparação, a SBA em seu relatório de justificação ao congresso nacional norte americano do ano de 2019, para solicitar as verbas para o ano fiscal de 2021, requer US\$ 819.000.000,00 (oitocentos e dezenove milhões de dólares) em um documento de 257 (duzentos e cinquenta e sete) páginas.³⁶⁵

No caso Brasileiro, por conta de nosso “atraso”, poderemos tratar das três questões relacionadas às MPE’s de uma vez só, visto que poderemos nos apropriar da experiência, acertos, erros e correções de rotas já estudados e demonstrados durante a trajetória estadunidense.³⁶⁶

Porém, a concepção Gerschenkroniana a respeito das “vantagens do atraso” não garante o sucesso que um país pode obter de um país mais adiantado para promover o seu desenvolvimento industrial e econômico. Se é verdade que quanto maior seu atraso relativo tal país pode obter maior sucesso na “arrancada” para o desenvolvimento, uma série de fatores podem influenciar nas taxas de sucesso alcançados.

Completando a explicação:

Se essa concepção é correta, isso significa que a acumulação de “vantagens do atraso”, pelo menos em certas ocasiões, pode ter como paralelo uma acumulação de desvantagens do atraso. Quando essa última avança em ritmo desigual, certos momentos históricos de desenvolvimento de um país devem ser considerados particularmente propícios à industrialização, como seus *Sternstunden* [grandes momentos]. Modificando – e reduzindo – a metáfora, o ônibus tido como condutor de um país durante seu grande surto de

³⁶⁴ SEBRAE. Relatório de Gestão do exercício de 2018, apresentado aos órgãos de controle interno e externo como prestação de contas anual. Brasília- DF 2019.

<https://databasebrae.com.br/documentos2/ppa78tcv/rele-gestao/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%202018%20-%20Sistema%20Sebrae.pdf>
<https://contas.tcu.gov.br/econtasWeb/web/externo/listarRelatoriosGestao.xhtml> Acesso em 15 jun. 2020.

³⁶⁵ Congressional budget justification and annual performance report 2019/21.
https://www.sba.gov/sites/default/files/2020-02/FY%20202021%20CJ-508_FINAL.pdf Acesso em 10 jun. 2020.

³⁶⁶ GERSCHENKRON, Alexander. O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios. Contraponto Editora Ltda., 2015. Pp.210, 211.

industrialização pode passar em horários estranhos e é possível perde-lo. Talvez o ônibus seguinte não seja tão grande, conveniente ou veloz quanto o anterior. De qualquer modo, a espera pode ser bem longa. Em outras palavras, tanto o momento quanto o caráter da grande arrancada de um país podem ser afetados.³⁶⁷

O Brasil é um país que por diversas vezes pode ter deixado passar os “ônibus”, dos mais diversos tipos, velocidades e tamanhos, desperdiçando oportunidades - mesmo com as enormes “vantagens do atraso” que poderia obter - quer por conta de deficiências estruturais, quer por conta de políticas equivocadas ou que não tiveram perenidade, além de outros possíveis fatores.

Assim, voltamos a enfatizar que – utilizando novamente um termo de Gerschenkron – os três problemas para as MPE’s brasileiras identificados como “pontos nodais”, devem ser considerados como estruturantes para a modificação e melhoria do conjunto jurídico-institucional para a promoção do desenvolvimento dos pequenos negócios no Brasil e melhoria da dinâmica da concorrência empresarial nos setores econômicos.³⁶⁸

Os três “pontos nodais” foram escolhidos hipoteticamente, pois são destes que poderemos obter as “vantagens do atraso” em níveis ótimos.

Isto porque no Brasil os objetivos corporativos, o espírito de manutenção de privilégios e a apreensão das políticas têm sido alcançados por meio de retórica, massificada em incursões midiáticas e lobby, nada tendo a ver com políticas públicas que pensem verdadeiramente as MPE’s como participantes fundamentais nos processos de desenvolvimento da economia brasileira.

Propiciou-se assim o atraso no desenvolvimento Brasileiro em relação às MPE’s, por conta da qualidade das políticas de intervenção desenvolvidas ao longo do tempo, influenciadas pelas estruturas estatais arcaicas e pela falta de planejamento, reproduzindo a manutenção da estrutura econômica e da concorrência nacional sempre da mesma forma.

³⁶⁷ Idem Pp. 211, 212.

³⁶⁸ Op cit. Pp 212.

Portanto, é preciso “quebrar” essa corrente factual relacionada ao desenvolvimento das MPE’s, propondo um novo modelo de organização e desenvolvimento para as Pequenas Empresas; demonstrando a lógica da intervenção estatal como garantidora de condições de concorrência entre as empresas, no mercado de uma nação capitalista.

Referências Bibliográficas

- AUDRETSCH, D.B. Innovation and Industry Evolution. Press. 1995.
- BEAN, Jonathan J. World War II and the “Crisis” of Small Business: The Smaller War Plants Corporation, 1942–1946. *Journal of Policy History*, v. 6, n. 03, p. 215-243, 1994.
- BNDES - Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas. Disponível em <http://www.bnDES.gov.br>. Acesso em 18 de fevereiro de 2018.
- BNDES. **BNDES automático**. Rio de Janeiro: BNDES, 2014d. Disponível em: <<https://goo.gl/r9rtwY>>. Acesso em: 03 jun. 2020.
- BOTELHO, M. R. A.; MAIA, A. F. S.; PIRES, L. A. V. Inovação e porte das empresas: evidências sobre a experiência internacional e brasileira. *Revista de Economia*, v. 38, n. 1, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.
- _____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.
- _____. [LEI COMPLEMENTAR N° 128, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2008](#).
- _____. Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014.
- _____. [LEI N° 10.973, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004](#). Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.
- CARVALHO, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Giuliano Contento. O Componente “Custo de Oportunidade” do *Spread Bancário* no Brasil: Uma Abordagem Pós-Keynesiana. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 16, n. 3, p. 376-380, dez. 2007.
- CASTELLS, M. A sociedade em rede. Era da informação: economia, sociedade e cultura. 7. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2003. v. 1. pp. 247-248.
- FAGERBERG, J. Systems of innovation: perspectives and challenges. In: FAGERBERG, J. MOWERY, D. N., R. (Orgs.). *The Oxford handbook of innovation*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

FINEP. Edital de Seleção Pública MCTI/AEB/Finep/FNDCT: subvenção econômica à inovação – transferência de tecnologia do SGDC – 01/2015. Rio de Janeiro: Finep, 2015. Disponível em: <<http://tinyurl.com/editaldeselecaopublica>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

GERSCHENKRON, Alexander. O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios. Contraponto Editora Ltda., 2015.

GONZÁLEZ-ALVARADO, Tania E. “Problemas en la Definición de Microempresa”, Revista Venezolana de Gerencia, vol. 10, nº 31, julho/setembro de 2005.

GREMAUD, Amaury; TONETO JÚNIOR, Rudinei; VASCONCELLOS, Marco. Economia Brasileira Contemporânea. 4. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2002. Pp. 597

HOLMES, Scott; GIBSON, Brian. Definition of small business. Retrieved September, v. 3, The University of New Castle, 2001.

HAUSMAN, A. Innovativeness among small businesses: theory and propositions for future research. Industrial Marketing Management, n. 34, 2005.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Introdução à Classificação Nacional de Atividades Econômicas-CNAE versão 2.0
https://concla.ibge.gov.br/images/concla/documentacao/CNAE20_Introducao.pdf
Acesso 11 Jun. 2020

KERSTENETZKY, Jaques. “O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios| Alexander Gerschenkron”. Cadernos do Desenvolvimento, v. 10, n. 17, p. 215-221, 2018.

LIPCZYNSKI, Jhon; WILSON, John; GODDARD, John. Industrial organization: competition, strategy, policy. Pearson Education Limited, Prentice Hall, London, 2005.

MAZZUCATO, Mariana. O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado; tradução Elvira Serapicos. 1a edição. São Paulo, Penguin, 2014.

MCC LOSKEY, d. n. Teaching. In: The American Scholar, vol. 61, n. 2, p. 241-246, Spring 1992.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, José Mauro. Crédito bancário no Brasil: participação das pequenas empresas e condições de acesso. CEPAL, 2005.

MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro. Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, NAFTA, Estados Unidos e Brasil. CEPAL, 2003.

NOGUEIRA, Mauro Oddo. Um Pirilampo no porão: um pouco de luz nos dilemas da produtividade das pequenas empresas e da informalidade no país. 2019. 2. ed. rev. ampl. – Brasília: IPEA, 2019. Pp 116.

OLSON, James Stuart. Saving Capitalism: The Reconstruction Finance NOGUEIRA Corporation and the New Deal, 1933-1940. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988.

PRADO JÚNIOR, Caio, História econômica do brasil, são Paulo, Editora Brasiliense, 1976.

RANGEL, Inácio. Dualidade básica da economia brasileira. Instituto Ignácio Rangel, 1999; 2^a Edição.

ROSTOW, Walt Whitman; The stages of economic growth: A non-communist manifesto. Cambridge University Press, 1990.

SMALL BUSINESS ADMINISTRATION; SBIR STTR Program Overview Presentation.

https://www.sbir.gov/sites/default/files/SBA_SBIR_Overview_March2020.pdf Acesso 29 jun. 2020.

_____. National Economic Impacts from DOD SBIR/STTR Programs 1995-2018. https://www.sbir.gov/sites/default/files/DOD_SBIR%20Economic%20Impacts_1995-2018_03OCT19_releasedbyDOPSR_upload_SBIR_16OCT19.pdf

_____. Congressional budget justification and annual performance report 2019/21. https://www.sba.gov/sites/default/files/2020-02/FY%20202021%20CJ-508_FINAL.pdf Acesso em 10 jun. 2020.

SEBRAE/DIEESE (orgs.), Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2017
<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anu%C3%A1rio%20do%20Trabalho%20nos%20Pequenos%20Neg%C3%B3cios%202016%20VF.pdf> pp 61,62.

SEBRAE 2019 <https://databasebrae.com.br/perfil-do-microempreendedor-individual/#atividades> Acesso 11 de jun. de 2020.

_____. Relatório de Gestão do exercício de 2018, apresentado aos órgãos de controle interno e externo como prestação de contas anual. Brasília- DF 2019.
<https://databasebrae.com.br/documentos2/ppa78tcv/rel-gestao/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%202018%20-%20Sistema%20Sebrae.pdf> Acesso em 15 jun. 2020.

SCHERER, F. M.; ROSS, David. Economic Performance. Boston: Houghton-Mifflin, 1990.

SCHERER, F. M. Changing perspectives on the firm size problem. In: ACS, Z. J.; AUDRETSCH, D. B. (Eds.). Innovation and technological change: an international comparison. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1991.

SCHUMPETER, J. A. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

_____. A Teoria do desenvolvimento econômico. São Paulo: Abril, 1982 (Coleção Os Economistas).

VAONA, A.; PIANTA, M. Firm size and innovation in European manufacturing. Small Business Economics, n. 30, 2008

WHITE, Alice P. A Note on Market Structure Measures and the Characteristics of Markets That They" Measure". Southern Economic Journal, p. 542-549, 1982.

YEATS, Alexander J. An analysis of the effect of mergers on banking market structures. Journal of Money, Credit and Banking, v. 5, n. 2, p. 623-636, 1973.

O NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO: DIGNIDADE HUMANA PELO MERCADO

THE NEW REGULATORY FRAMEWORK OF BASIC SANITATION: HUMAN DIGNITY BY THE MARKET

*Vicente Bagnoli*³⁶⁹

*Rodrigo Albuquerque Maranhão*³⁷⁰

*Carlos Eduardo Rodrigues Bandeira*³⁷¹

Resumo: este ensaio tem o objetivo de analisar a alteração legislativa produzida pelo Marco Legal do Saneamento Básico, em especial aquelas relativas à regulação do mercado que com a nova lei será aberto à concorrência entre empresas públicas e privadas. A partir da análise de dados que mostram a abrangência da infraestrutura existente quando da entrada em vigência da lei, confrontando-a com a modificação conceitual relativa à primazia pública tanto para execução dos serviços de saneamento quanto pela fiscalização e regulação difusa, os autores pretendem questionar a eficácia potencial da lei quanto às metas de universalização dos serviços e modicidade tarifária. O ponto central de debate gira em torno de responder se o desenvolvimento do setor poderá ser alcançado mediante a livre concorrência sustentada pelas novas regras jurídicas e forma de regulação centralizada.

Palavras-chave: Saneamento básico. Regulação. Concorrência. Dignidade humana.

Abstract: this essay's goal is to analize the legislative amendment produced by the New Regulatory Framework of Basic Sanitation, particularly those concerned to regulation of the

³⁶⁹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

³⁷⁰ Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Direito do Consumo pela Universidade Cândido Mendes. Possui extensão em Direito dos Contratos pela PUC-Rio. Graduado em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Pensamento social brasileiro” e “Marco regulatório da economia solidária”. Advogado C-Level.

³⁷¹ Doutorando e mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), especialista em Direito das Relações de Consumo, Direito Penal e em Processo Penal, advogado na cidade de São Paulo.

market that will be opened to competition between privates and public companies. From the data analysis that show the infrastructure coverage existent at the time of entry into force of the regulation, comparing it with the conceptual modification on the public precedence with execution of the sanitation services and by the diffuse regulation, the authors want to question the potential efficacy of the law with regards to the universalization goal and low tariffs. The focal point is to answer if the development of the sector can be achieved through free competition sustained by new rules of law and central regulation.

Keywords: Basic sanitation. Regulation. Competition. Human Dignity.

Introdução

Quando se fala em saneamento básico no contexto brasileiro as primeiras informações resgatadas remontam à prestação do serviço de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário por meio de empresas públicas, majoritariamente estaduais. Na mesma velocidade, indissociável, as realidades urbana e rural do país nos levam a recordar que o conceito completo e ideal - deste que é um direito essencial à manutenção de níveis adequados de saúde e desenvolvimento - foi garantido até hoje a parcela muito pequena da população, contribuindo para ser consolidado o forte de um país desigual.

Apesar da dureza dos dados, a entrada em vigor do Marco Legal do Saneamento Básico não se dá, em 2020, isenta de críticas. Dentre elas estão aquelas atinentes à abertura do mercado à contratação de empresas privadas para prestação do serviço sanitário, o que gera intensos debates acerca de concessões, privatizações e toda sorte de medidas desestatizantes apesar de passados mais de vinte anos da reforma administrativa do Estado brasileiro promovida na década de 1990.

O confronto de argumentos é debate de modelos de atuação do Estado e gira em torno de premissas conceituais. Embora válida a discussão, a realidade urge diariamente e reclama por medidas eficientes que venham atingir à parcela de cidadãos e cidadãs que vem tendo gerações em fila submetidas a tratamento indigno pelo Estado, omissivo e incompetente em seu dever de fornecer ambientes coletivos – metropolitanos ou não – saudáveis e que permitam o desenvolvimento pleno das capacidades individuais.

A título de registro histórico, o ano de 2020 será marcado na História como aquele em que o mundo foi sugado pela Pandemia do vírus conhecido como Covid-19, tendo atingido com especial dureza as camadas economicamente mais frágeis da população. Enquanto escolas privadas viabilizaram aulas por meio de plataformas digitais a crianças isoladas em seus lares, as escolas públicas inadequadas para o uso em larga escala de tecnologia precisaram se comunicar com estudantes residentes em localidades sem serviço de internet de alta velocidade, que moravam em casas com pequena metragem quadrada, muitas vezes em comunidades – regulares ou não – que não dispunham de planejamento ocupacional e, por consequência, não foram “agraciadas” com recolhimento de esgoto sanitário ou limpeza urbana.

A relação íntima entre os fatores acima narrados e o baixo desempenho escolar destes estudantes, bem como no êxito inferior em exames como o Enem não são suficientes, contudo, para que a resistência a um novo modelo de contratação e abertura do mercado de saneamento básico cesse. Embora resistida, a Lei que instituiu o Marco Legal do Saneamento Básico entra em vigor no Brasil pretendendo abrir o mercado antes fechado à livre concorrência, mediante estipulação de regras regulatórias gerais que permitam à todos os interessados saber de antemão sob quais limites e expectativas girarão os contratos de concessão, o que se contrapõe ao modelo anterior de agências regulatórias estatais e municipais.

O presente artigo se propõe a analisar brevemente alguns momentos históricos do saneamento básico e a partir daí chegar ao desenho institucional brasileiro vigente desde a década de 1990. Para tanto, se fará a confrontação do texto constitucional no que toca à fixação do papel do Estado como empresário e no que refere ao estabelecimento de uma economia de livre mercado, com livre atuação e competição entre os diversos atores empresariais.

1. Saneamento Básico: conceito, importância e amparo jurídico

O saneamento básico, segundo a Lei nº 11.445/2007 e redação trazida pela Lei nº 14.026/2020, significa o conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais que visam ao abastecimento de água potável, sistema de esgoto sanitário, drenagem e tratamento de resíduos sólidos e pluviométricos. O conceito trazido pela lei abrange uma

série de atividades e toda uma infraestrutura relacionada com a saúde pública, que não se pode cogitar em conquistas e acréscimos nas políticas sanitárias em sentido macro, sem políticas específicas para o saneamento básico. Fernando Aith afirma que a preocupação com o saneamento básico começou quando os administradores começaram a perceber a relação existente entre os surtos de doenças (*outbreaks*) e as condições sanitárias dos centros urbanos (AITH 2007).

Mas o saneamento básico, e sobretudo a sua necessidade, não é algo recente na história da humanidade, pelo contrário.

Em Roma, na era antiga, existia, conforme afirma o autor, uma preocupação com a saúde pública pela construção das famosas casas de banho e banheiros públicos romanos, mas isso é inversamente proporcional a uma política sanitária em sentido macro, com a preocupação em garantir o saneamento básico³⁷².

Na época romana, muito embora tenha existido a construção dessas obras públicas, as condições das cidades eram de precariedade sanitária, isso porque o crescimento de Roma foi desordenado e desorganizado, principalmente durante a era de expansão das dinastias Júlio-Claudiana e Flaviana. Não por acaso, Dião Cássio afirma que a famosa peste dos antoninos se alastrou com imensa facilidade, principalmente durante o desabastecimento promovido por Cleandrus durante o reinado de Commodus (CASSIUS, 1997).

Por outro lado, existiu toda uma arquitetura romana para garantir o abastecimento de água nas cidades, os famosos aquedutos (alguns deles plenamente visíveis na época contemporânea) visavam abastecer as cidades com água e, com isso, garantir não somente o acesso da plebe (massas) à água, mas garantir o escoamento dos dejetos públicos. Os romanos, mesmo com a precariedade das cidades, sabiam que a falta

³⁷² O historiador francês Pierre Grimal ao analisar o modo de vida dos cidadãos romanos traz toda essa questão das obras de caráter público e da arquitetura romana que definiram aquela civilização. Uma questão de suma importância para os sistemas de governo romano (Roma Monarquia, Roma República e Roma Império) era o abastecimento da cidade e isso se reflete nas colônias romanas e sobre os territórios conquistados. Em relação às obras relacionadas ao saneamento básico, a civilização romana já tinha a devida noção que existia um nexo entre a ausência de um sistema de abastecimento de água e eliminação de dejetos com as doenças, muito embora a medicina da época fosse vinculada com a religião pagã, existia uma preocupação com a saúde pública que, mesmo sendo muitas vezes populista, visava manter a plebe sobre controle para evitar que surtos perturbassem o status quo, como foi o caso principalmente da peste dos antoninos.

de um sistema que impedisse a acumulação de dejetos era fundamental para impedir o alastramento de doenças.

A construção desse sistema na Roma antiga não é derivado de um planejamento montado sobre uma teoria de políticas públicas como conhecemos na atualidade, muitas dessas obras surgiram, em muitos casos, de populismo ou por plena necessidade, mas existiu um embasamento jurídico para a construção desse sistema de saneamento básico. Isso porque existiu o embasamento dos Éditos e toda uma discussão no Senado romano acerca da viabilidade ou não da construção, mesmo em épocas imperiais, ainda existia a discussão, votação e aprovação da construção, o que permite reconhecer a importância do debate público acerca da matéria³⁷³.

Nas cidades medievais, a matéria saneamento básico possuía importância diminuta, mesmo com a presença de poucas obras públicas em cidades italianas como Veneza e Gênova, as principais capitais europeias seguiram com um baixo padrão de saneamento básico no alto e no baixo medievo³⁷⁴.

Ainda na época moderna, precipitadamente denominada como “período das luzes”, ainda continha cidades com baixo nível de organização sanitária e cidades com crescimento desordenado, principalmente ao período que sucedeu à Revolução Industrial e a troca da população campesina pela população urbana e formação das primeiras classes operárias³⁷⁵.

³⁷³ É errôneo imaginar que existia uma participação ínfima do Senado romano em matérias relacionadas com a ordem pública. O império trouxe consigo a figura do imperador, mas não a figura de um autocrata com plena liberdade, isso porque não houve a eliminação da representatividade patrícia no Senado. Essa divisão entre império e república em 27 A.C surge para fins acadêmicos. Em matéria historiográfica e política, Pierre Grimal afirma que Roma somente teve características próprias de um império e a diminuição de papel do Senado apenas no período de Diocleciano em 284 D.C.

³⁷⁴ Essa é uma das constatações que historiadores e epidemiologistas atribuem para a disseminação e o alto grau de mortalidade da peste negra na Europa, ainda que várias cidades tenham adotado, a partir de 1346 medidas como a quarentena e isolamento de determinadas partes da cidade por decreto, as próprias condições sanitárias das cidades não auxiliavam no processo de diminuir os impactos.

³⁷⁵ O suposto renascimento do “período das luzes” não ocorreu de modo imediato e nem seguiu uma linha homogênea, a modernização das cidades e do saneamento básico é um fenômeno recente. Quando se fala em Revolução Industrial e formação da classe operária se fala primeiramente em êxodo da população campesina para os centros urbanos, o que não foi acompanhado de obras de caráter público, mas de degradação do ambiente urbano provocadas pelo efeito das primeiras fábricas. Salientem-se também as péssimas condições dos operários e as condições precárias de trabalho que também foram responsáveis pela formação das primeiras uniões de classe que chegaram a ser proibidas e perseguidas legal e judicialmente, principalmente na Inglaterra onde a Revolução Industrial gerou os principais frutos do sistema capitalista, conforme explica o historiador econômico Paul Bairoch. Por outro lado, inegável os ganhos de bem-estar para a sociedade e a possibilidade de ascensão social jamais vista na história,

A preocupação com o saneamento básico enquanto política pública só surge, como afirma Fernando Aith, no final do século XIX e início do século XX com a modernização, em parte, de algumas cidades. No Brasil, o problema do saneamento básico está atrelado ao problema das políticas públicas de habitação e exclusão social. Conforme afirma José Murilo de Carvalho, a falta da presença do estado para determinados seguimentos da sociedade, sobretudo, da parcela mais baixa e descendente de população escravizada, veio a gerar um déficit crescente na inclusão dessa parcela da população às políticas de saneamento básico (CARVALHO, 2002).

A partir da constatação desse déficit e da “cláusula transformadora” constante no art. 3º da Constituição Federal brasileira de 1988 que insculpe objetivos fundamentais da República, é possível afirmar, diferente de outras épocas da história, que existe um verdadeiro dever do gestor público em garantir o acesso da população ao saneamento básico como parte de um programa de saúde pública que não está condicionado a discricionariedades administrativas, mas vinculado a uma exigência constitucional.

Essa demanda constitucional que legitima e ampara a exigência pelo acesso ao saneamento básico no país representou um grande avanço trazido pelo constituinte de 1988, posto que elimina e substitui a “boa vontade” da administração pública pela obrigação em garantir o acesso ao saneamento básico.

Conforme se pode perceber, saneamento básico está estritamente ligado com a saúde pública, não é uma questão simplesmente para se denotar se um país é desenvolvido ou não, mas para gerir a saúde pública do país³⁷⁶. O Brasil, nesse sentido, segue na lógica furtadiana como país subdesenvolvido, posto que uma boa parcela da população não possui acesso ao tratamento de água e tampouco às políticas de eliminação de dejetos. A ligação entre saneamento básico e saúde pública é a mesma já percebida

viabilizadas pela Revolução Industrial e a nova estrutura de economia de mercado, conforme relata David Landes.

³⁷⁶ Saneamento básico e desenvolvimento só estão ligados porque essa política representa a participação da população no bem comum e mede o grau da administração pública no sentido de planejar e executar obras públicas. Esse conceito só veio a ser possível a partir da criação de um conceito envolto na teoria dos Direitos Humanos a partir da criação da ONU e OMS, ou seja, um conceito bem recente. Na época em que o Império Britânico era a potência dominante no mundo nos idos de 1700 até o início do século, não existia qualquer preocupação em atrelar o desenvolvimento do país ao grau de participação da população sobre os bens públicos, conforme assevera Paul Bairoch. O índice era medido apenas no grau de acumulação e crescimento econômico anual.

pelos romanos e por algumas populações americanas pré-colombianas (como incas e astecas que também tinham sistemas de aquedutos): a ausência de saneamento básico está ligada, necessariamente, com o surgimento e surto de várias doenças e moléstias. Uma das modalidades de expressar a preocupação com esse ramo da saúde pública é justamente amparar legalmente e retirar do ramo da discricionariedade gestora e transformar em um mecanismo legal de obrigação, posto se tratar de uma questão essencial e estratégica para o estado.

No caso do estado brasileiro, a edição do Marco Legal do Saneamento, Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, complementou a redação da Lei 11.445/07 ao permitir que o setor privado venha a integrar e participar dessa questão estratégica. Uma questão fundamental, ainda que com um lapso temporal relativamente longo, é garantir a universalização do abastecimento de água até 2033, um período de quase uma geração de novos brasileiros. Essa aposta, talvez pouco ambiciosa em razão do lapso temporal, busca diminuir uma desigualdade histórica de quase quinhentos anos com a participação do setor privado, um desafio que não foi alcançado no Brasil pelo Estado prestando esse serviço público para a população – ou em várias localidades, de fato sequer prestando. Os números, per se, revelam que o Estado brasileiro falhou com a sua população ao não atender às suas necessidades sociais com relação ao saneamento básico e água potável. Nesse sentido, 48% da população não possui coleta de esgoto, 54% dos esgotos coletados não são tratados e 35 milhões de indivíduos não têm acesso a água tratada. Tal situação é acentuada em Estados das regiões Norte e Nordeste.

O fracasso do Estado em cumprir o seu papel permite – ou até transfere – à iniciativa privada a missão de viabilizar o verdadeiro saneamento básico universal.

Porém, com relação à participação do setor privado, pode-se questionar como será o ambiente econômico para a participação do setor privado na exploração da atividade, uma vez que tradicionalmente, e não seria diferente, o setor privado não se guia pelo altruísmo ou obrigação legal, mas por meio da persecução e percebimento do lucro. Aliás, algo natural, completamente normal e lógico dentro de uma economia de mercado, até porque, sem lucro a empresa não consegue permanecer no mercado e viabilizar suas obrigações, inclusive, a universalização do saneamento básico.

O exame do novo marco do saneamento básico, portanto, faz-se fundamental para a compreender o modelo escolhido na busca de “democratizar” o acesso à água potável e ao sistema de tratamento de esgotos.

2. Universalização do saneamento básico: políticas de desenvolvimento e concorrência

O advento do novo marco legal trazido pela Lei nº 14.026/2020, que trata da universalização do saneamento básico, é um atestado de que o Estado, em geral, falhou e muito, em atender adequadamente à população.

Atento ao disposto na CF/1988, notadamente em seu art.170, o mercado tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Portanto, a existência digna da população necessariamente passa pelo mercado e, para tanto, alguns princípios devem ser observados, tais como a livre concorrência.

Desde o advento da CF/1988 se tem como regra, conforme se depreende da leitura do art. 173, que a exploração direta da atividade econômica cabe à iniciativa privada, podendo o Estado desempenhá-la, excepcionalmente, nas situações de relevante interesse coletivo ou segurança nacional.

A CF/1988 também trata da hipótese de serviços públicos, tal como disposto no art. 175, quais sejam, aqueles que são prestados pelo Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, assegurando por Lei o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; política tarifária; e a obrigação de manter serviço adequado.

Também estabelecido na CF/1988 em ser art. 174, cabe ao Estado, dentro desta lógica de economia de mercado, o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica para exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O mercado de saneamento básico, tais como outros setores da economia e essenciais para a população, exemplo energia e telecomunicações, são serviços que numa nomenclatura mais adequada ao dado momento histórico que reflete as transformações sócio-jurídico-econômicas se pode chamar de “serviços interesse coletivo” ou “serviços utilidade pública” (BAGNOLI: 2020, 183), e que podem certamente ser prestados pela iniciativa privada.

Pela essencialidade que esses serviços representam à população esses mercados são regulados e fiscalizados pelo Estado, notadamente por meio das Agências Reguladoras. E como ensinam dois prestigiados economistas, Walsh e Stiglitz (BAGNOLI: 2020, 183), a regulação se mostra eficaz, quando mesmo que o mercado seja monopolizado, a população terá serviço e preços, no caso tarifas, como se tal mercado fosse competitivo. Da mesma forma, a regulação se mostra eficaz quando a empresa que explora o serviço no mercado monopolizado, seus ganhos são como se atuasse em competição.

Em mercados como o de saneamento básico, onde se está diante de monopólios naturais, a competição no mercado tornaria o serviço inviável, tanto para o usuário/consumidor, quanto para a empresa que explora e presta tal serviço. Nesses mercados a competição se dá em fase anterior, se dá pelo mercado, por meio de licitações.

O novo marco do saneamento básico endereça essas questões, de forma a estimular e possibilitar a participação da iniciativa privada na prestação desses serviços, por meio de processos licitatórios. Mas não é só, a empresa pública que queira atuar em outro mercado/localidade, ou o Estado em parceria público-privado, também poderá participar do processo, mas em competição, inclusive com a iniciativa privada. Ou seja, fomenta-se a concorrência para que o melhor vença a disputa.

Uma vez superada essa fase, inicia-se a prestação do serviço, cujos objetivos são estabelecidos por Lei ao Poder Público que ao contratar com a iniciativa privada esta acaba se obrigando a cumprir as metas para melhor atender a população, tais como modicidade tarifária e universalização dos serviços, por meio do que for pactuado no contrato de concessão. E, como em qualquer contrato, lá estão estabelecidos direitos, obrigações e sanções no caso de descumprimento.

3. Estrutura regulatória do saneamento básico

Ao analisar a concessão de serviços públicos, percebe-se que se está debatendo como o Estado pode se organizar juntamente à iniciativa privada para gerar infraestrutura de qualidade. A titularidade do Estado remonta tanto ao direito que se reconhece dos cidadãos em receberem determinadas prestações serviços, quanto de seu dever constitucional em promover planejamento voltado ao desenvolvimento econômico e social. Desenhar a estrutura setorial do saneamento básico, portanto, não se limita a falar em metas, prazos e valores a serem investidos, mas também em entender a razão disso ser feito.

Para analisar o modelo proposto pelo Marco Legal do Saneamento Básico, entender o arcabouço jurídico do qual passou a pertencer é medida necessária. A proposta da Lei, como anunciada, é garantir a universalização do fornecimento de água potável e esgoto sanitário até 2033, atraindo, para tanto, recursos da iniciativa privada e fazendo com que o setor privado integre e participe de uma questão estratégica que até então fora deixada exclusivamente à gestão pública.

Já por essa constatação inicial é possível afirmar que a Lei nº 14.026/2020 rompe com o modelo até então adotado no Brasil. E essa não foi a primeira vez. O modelo burocrático implantado no Governo Vargas buscou, em teoria, atacar o poder tradicional e os efeitos do nepotismo. Já a partir dos anos 1990, tendo a máquina administrativa estatal crescido para promover e consolidar direitos sociais, o modelo gerencial (*new public management*) promoveu nova ruptura e apresentou-se como "desburocratizador", tendo como mote a eficiência (de resultados), eficácia, produtividade e competitividade na administração pública.

Em ambos os modelos, a proposta se baseia no conceito de eficiência, embora com leituras distintas. Em linhas gerais, enquanto na burocracia eficiente era o que alcançava o fim proposto, no gerencialismo é o que custa menos. Além de propor alteração na forma de administrar e pregar resultados pela adoção constante de inovação, de transferência de funções do Estado para o particular quando a lei não exigisse atuação estatal (descentralização), a "desestatização" alterou o modelo de "estado provedor" para "estado catalisador" (KISSLER; HEIDEMANN, 2006).

Para tanto, foram publicadas Emendas Constitucionais que, por meio de nova redação dada à artigos específicos, possibilitaram as privatizações e a descentralização da administração do Estado, por meio da delegação dos serviços. A alteração do texto constitucional por meio de Emendas trouxe ao ordenamento jurídico não somente um novo enquadramento formal, mas, como citado, um outro conceito econômico de eficiência como “um valor a ser observado pela administração pública e [segundo o qual] o Estado passa a exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento” (FORTES et al, 2020).

As agências reguladoras incorporadas ao direito brasileiro com o modelo gerencial guardam dentro de seu esquadro, portanto, uma finalidade que supera a fiscalização e envolve mesmo o planejamento setorial. Importante fazer esse breve apanhado sobre a organização administrativa brasileira para fins de prestação de serviços públicos, porque o Marco Legal do Saneamento Básico representa não apenas um aprimoramento da regulação desse setor, mas, como dito, real ruptura com a modelagem até então vigente.

Tem o Marco Legal como um dos seus principais pontos a abertura de um mercado e possibilidade de ingresso do setor privado que, consequentemente, demandará uma forma de fiscalização e planejamento distintos daqueles que até então eram feitos, e isso também exigirá um arranjo regulatório diverso.

Dentre as alterações promovidas estão o fim do direito de preferência a empresas estaduais para exploração de serviços de saneamento básico, fazendo-as concorrer com empresas privadas. A Lei nº 14.026/2020 dispôs que os contratos vencidos passarão por nova licitação. No modelo revogado, quando um contrato vencia era automaticamente renovado. Com a modificação, todos os contratos com prazo ultrapassado passarão por processo de concorrência. Para as estatais renovarem os contratos vencidos, precisarão comprovar capacidade econômico-financeira para fazer a universalização dos serviços. Prestigiando a equanimidade, doravante os contratos – de empresas públicas ou privadas – somente poderão ser passíveis de renovação desde que fique demonstrada a capacidade financeira, por recursos próprios ou mediante financiamento para atingimento dos índices de universalização previamente determinados. Estes são alguns exemplos da modificação implantada pelo novo Marco Legal e da mudança de postura que se exigirá da regulação.

Em análise da atividade regulatória praticada antes da vigência do Marco Legal, André Saddy destacou que em muitos casos era o próprio ente estatal que tinha a incumbência concorrente de fiscalizar e prestar determinada atividade econômica: “pode-se dizer, inclusive, que o Poder Concedente e o concessionário se confundiam ou invertiam seus papéis, porque todas as organizações envolvidas, no final das contas, eram públicas. (SADDY, 2016). Portanto, embora o modelo gerencial brasileiro esteja em implantação desde meados da década de 1990, no setor de saneamento básico não era possível afirmar que premissas como da autonomia técnica estivessem sendo alcançadas.

Se era assim, para promover a abertura do mercado de saneamento à atuação privada, seria necessário também modificar o enredo legislativo que regia a regulação do setor. Não bastaria separar as atividades e transmitir ao Estado regulador a exclusividade do planejamento. Embora seja prerrogativa própria do Estado a estruturação de longo prazo, a coordenação e planejamento intencional de um determinado mercado³⁷⁷, tanto na leitura de André Saddy quanto na de Alexandre dos S. Cunha e Diogo Coutinho (2006), para viabilizar uma outra proposta gerencial seria indispensável reconfigurar a estrutura da própria regulação. Ambos são taxativos ao indicarem o desencaixe decorrente da execução e fiscalização praticadas pelo mesmo ente e sugerirem que os avanços no saneamento passariam pela regulação.

Como exemplo, Cunha e Coutinho (2006) expõem que na maioria dos municípios brasileiros as companhias estaduais de águas e esgotos exerciam tarefas autorregulatórias mediante autorização constante nos contratos de concessão, o que lhes permitia amplo grau de discricionariedade. Isso ocorreu porque nos termos do PLANASA (Plano Nacional de Saneamento) a delegação passava pela outorga da operação à companhia estadual e do poder regulatório ao BNH. Entretanto, “com a extinção do BNH, as companhias estaduais deixaram de sofrer regulação da União”. O déficit de saneamento no Brasil mostra que a reunião de funções conceitualmente incompatíveis em um mesmo ente contribui para a ineficácia setorial.

³⁷⁷ Para agir com antecedência, para planejar, é necessária a presença de atores cuja natureza não seja a de extrair lucros a curto prazo, mas outra que permita decisões interdependentes e antecipadas (CASTRO, 2002). Por isso, políticas de recuperação de atraso setorial requerem a coordenação prévia de certas decisões que envolvem diferentes atores, e que podem ser consideradas críticas ou fundamentais para o avanço em direção aos grandes resultados pretendidos.

Visando cumprir justamente o papel de planejador que cumpre ao Estado, na tentativa de corrigir estes desajustes, o Marco Legal do Saneamento Básico alterou leis³⁷⁸ e estabeleceu diretrizes e objetivos que deverão ser buscados por empresas públicas e privadas, em conjunto ou não, permitindo, ainda, a formação de consórcios de entes federativos.

Na nova redação, a Lei nº 9.984/2000, por exemplo, alterou a competência da ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) para além de promover o uso racional de recursos naturais, buscar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e perseguir a universalização do acesso ao saneamento básico (art. 4-A, §1º, incisos I e II). A regulação para tanto, poderá estabelecer metas a serem cumpridas tanto no âmbito financeiro (equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inc. III), quanto prestacional (universalização dos serviços, inc. IV) e social (redução do desperdício de água, inc. VI)³⁷⁹.

Enfrentando realidade absolutamente comum em municípios brasileiros, o novo texto da Lei nº 9.984/2000, estabelece que a universalização perseguida deverá considerar a integralidade do conceito, aí sendo envolvidas a oferta de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, preservação do meio ambiente e conservação dos recursos naturais, conjugado às políticas de desenvolvimento urbano, habitação, erradicação da pobreza, proteção ambiental, promoção à saúde. Considerou também a prestação concomitante de água e esgotamento sanitário (inc. XVI) e instituiu a seleção competitiva de prestadores de serviço (inc. XV). Passa a haver, desse modo, um espectro mais amplo de obrigações originárias que deverão ser cumpridas pelo Concessionário (empresa pública ou privada) mediante mecanismos de intervenção no domínio econômico que se presume serão eficientes para garantir retorno à Empresa ao mesmo tempo em que sinaliza inclinação ao controle tarifário.

Por outro lado, para aí chegar, o novo ordenamento instituiu a universalidade como meta objetiva, embora o equilíbrio econômico-financeiro coexistente à busca pela

³⁷⁸ Especificamente as leis 9.984/2000, 12.305/2010, 13.089/2015 e 13.529/2017.

³⁷⁹ Em outros exemplos, o art. 4-A, §3º, inc. II estimula a livre concorrência e a competitividade enquanto no inc. III vem descrito o estímulo à cooperação entre entes federativos na contratação e regulação conjunta, buscando a “modicidade tarifária” e no inc. V à regionalização dos serviços “de modo a contribuir para a viabilidade técnico-financeira, ganhos de escala, eficiência e universalização dos serviços”. Também criou a gestão associada de entes federativos mediante associação voluntária invocando o art. 241 CF (art. 3º, inc. II).

modicidade tarifária sejam subjetivos. A ver, a abrangência conceitual poderá implicar em incerteza quanto a possíveis discussões tarifárias – inclusive em âmbito judicial – que, em ocorrendo, afetarão justamente a modicidade perseguida.

Ainda nesse tema, a intervenção econômica nos contratos se fez presente em algumas outras disposições, como a proibição de a distribuição de lucros e dividendos em contratos em vigor nos quais estejam sendo descumpridas as metas específicas daquele contrato (art. 11, §5º).

Ora, o contrato de concessão transfere a gestão da atividade do Estado para o particular, que assume os riscos e realiza investimentos em determinado empreendimento e dele espera retorno financeiro que o justifique. Embora o retorno se faça de modo direto mediante a cobrança de tarifa ao usuário final, subsídios assumidos pelo Poder Concedente não são incomuns a fim de impedir que o valor pago pelo usuário seja considerado socialmente elevado. No caso do saneamento básico, o financiamento do sistema – que exige investimentos expressivos – se dá em parte mediante cobrança de uma tarifa básica a todos os usuários, indistintamente. Não está limitada, portanto, a identificar a fruição individual e a partir daí apresentar uma conta conforme o consumo. Perseguir a modicidade tarifária, à primeira vista, pode vir a representar objetivo inócuo ou, igualmente grave, que o subsídio a ser pago pelo Estado seja de tal monta que promova uma oneração orçamentária injustificada.

Assim, propor uma regulação que promova intervenção no domínio econômico e sinalize um “preço sugerido” de forma abstrata e subjetiva, representa risco real de desconsiderar que é a fixação da tarifa a forma de ordenar a captação de receitas para financiamento do serviço. Por fim e igualmente preocupante é o fato de transmitir aos potenciais investidores de um mercado nascente haver riscos de alteração superveniente de regras contratuais, o que sempre se refletirá naquilo que se quer blindar: a tarifa.

Conclusões

O saneamento básico, entendido como uma das faces da saúde pública, o que já indica que o setor representa importância para o legislador e para a Administração Pública. Contudo, para que esse direito venha a se concretizar, depende de dois fatores essenciais para que venha deixar o plano do ser (mundo normativo) e venha a pertencer ao mundo do dever ser (mundo real, o mundo da vida): o amparo jurídico e a efetividade no momento de implementação.

O amparo jurídico é estipulação e defesa de um direito pelo ordenamento jurídico. No caso brasileiro, o direito de acesso ao saneamento básico e o direito de acesso à saúde estão presentes na Constituição Federal, o pináculo do ordenamento jurídico nacional. Essa preocupação externada pelo legislador não é novidade para a história e cultura jurídica, ao longo da história, desde o mais notório caso dos romanos, existiu uma sucessão de leis e atos com efeitos normativos que vinham externar a preocupação do legislador de cada época com a saúde pública.

O que a história e a cultura jurídica do ocidente apresentam é uma sucessão de leis e atos normativos que se repetiram e externavam uma preocupação com a saúde pública e que, portanto, regulavam a questão do saneamento. A intenção do legislador de cada época era evitar o alastramento de doenças e enfermidades nos centros urbanos com medidas semelhantes, mesmo com as enormes discrepâncias tecnológicas de cada época.

Similar ao direito à saúde, o direito ao saneamento básico é um direito público subjetivo que pode ser exigível pelo cidadão *ultima ratio* quando este não for cumprido pelo poder público. O Brasil possui discrepâncias sociais e regionais históricas e crônicas e o abastecimento e eliminação de dejetos, enquanto medidas de concretização do direito ao saneamento básico, aparecem de formas muito distintas de estado para estado e, às vezes, de município para município.

O Marco Legal do Saneamento Básico é uma tentativa de garantir efetividade a esse direito no país. O legislador brasileiro contemporâneo buscou “unir forças” com a iniciativa privada para tentar melhorar o acesso ao saneamento básico nos municípios e estados brasileiros, um caminho distinto daquele tomado na maioria dos países ocidentais, mas um caminho dentro da constitucionalidade e legalidade.

A concessão da atividade para o setor privado permite ao estado apenas fiscalizar a obediência aos princípios e normas sob pena de perda de concessão e o estabelecimento de resarcimento aos cofres públicos. Um dos principais desafios do Marco Legal do Saneamento Básico é a universalização do acesso à água, uma das principais e mais crônicas dificuldades que o estado brasileiro encontrou desde muito antes de sua independência formal.

Existe todo um conjunto de atos no Marco Legal do Saneamento Básico voltado para garantir essa efetividade como o estabelecimento de metas para a cobertura do acesso ao saneamento básico. Esse estabelecimento de metas é fundamental para garantir a efetividade do acesso ao saneamento básico e, mais que isso, permitir a concretização de um direito constitucionalmente previsto.

Esse é o desafio para a concretização de direitos que o Marco Legal do Saneamento Básico se propõe a solucionar: garantir a efetividade para um direito legalmente previsto. Mais que isso, a novação legislativa busca corrigir uma iniquidade social histórica com o auxílio da iniciativa privada dentro de uma esfera de legalidade e respeito aos princípios da ordem jurídica.

Referências bibliográficas

- AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 72.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Democracia e Segredo**; tradução Marco Aurélio Nogueira. – 1 ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 24. ed. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, pp. 71-76, 2002.
- CASTRO. Antonio Barros de. **A Rica Fauna da Política Industrial e a sua Nova Fronteira**. Revista Brasileira de Inovação, vol. 1, núm. 2, Julho/dezembro 2002.
- CUNHA, Alexandre dos Santos; COUTINHO, Diogo. **Poder concedente e marco regulatório no saneamento básico**. Cadernos Direito GV V. 2, N. 2 março 2006.
- DIO, Cassius. **The Roman History: The Reign of Augustus**. Penguin, 1997, pp. 217-228.
- SGRIGNOLLI, Ruth Carolina Rodrigues; FORTES, Diego Monteiro de Arruda; OTAVIANO, Luiz Renato Telles. **O Protagonismo das agências reguladoras na solução das distorções do mercado e seu papel no desenvolvimento econômico brasileiro com vistas à inovação**. In Comentários à superação do subdesenvolvimento – volume II. BANDEIRA, Carlos Eduardo Rodrigues; MARANHÃO, Rodrigo Albuquerque (orgs.). São Paulo: Reino Editorial, 2020.
- KISSLER, Leo; HEIDEMANN Francisco G. **Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?** Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro 40(3):479-99, Maio/Jun. 2006.
- MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o método setor público vs. setor privado**. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014.
- SADDY, André. **Regulação da prestação direta de serviços públicos: divergências decorrentes do marco regulatório para o saneamento básico**. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 32, n. 4, p. 344-359, abr. 2016.

DIREITO DE EMPRESA, ESTRUTURAS E PODER ECONÔMICO: UM ENSAIO ESTRUTURALISTA

COMMERCIAL LAW, STRUCTURES AND ECONOMIC POWER: A STRUCTURALIST ESSAY

Pedro A. L. Ramunno³⁸⁰

Resumo: Este ensaio tem o objetivo de apresentar uma reflexão acerca do direito empresarial como instrumento para a promoção de desenvolvimento econômico e de transformação da realidade social. Para tanto, são apresentadas ponderações acerca de teorias jurídicas e de teorias relacionadas ao interesse social como pano de fundo para a análise proposta.

Palavras-chave: empresa. desenvolvimento econômico. poder econômico. estruturalismo jurídico. interesse social.

Abstract: This essay aims to present a reflection on corporate law as an instrument for promoting economic development and the transformation of social reality. For this purpose, considerations about legal theories are presented, being certain that theories related to the company's interest are used as a background for the proposed analysis.

Keywords: company. economic development. economic power. legal structuralism. company's interest.

Introdução: objetivo e forma deste ensaio

A pesquisa jurídica realizada com seriedade possui motivações e objetivos multifártios. Pode ter por escopo a validação de uma tese, a análise crítica de dados estatísticos, o relato de fatos visando à sua sistematização, a revisão bibliográfica de temas

³⁸⁰ Graduado, Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e Sócio de Ramunno Advogados. Correio eletrônico: pedro.ramunno@mackenzie.br; ramunno@ramunnoadvogados.com.br

de diferentes complexidades ou, até mesmo, uma reflexão, seja para fins provocativos, ou para mero desabafo de seu autor. Este trabalho se enquadra justamente neste último grupo, sendo que não foi possível determinar *a priori* se há maior proximidade com a provação ou com o desabafo. Espera-se que agrade ambos os públicos.

Justamente por apresentar esse objetivo um pouco heterodoxo, optou-se por uma exposição dos argumentos diferente, sem a estruturação formal tradicional observada em textos acadêmicos, haja vista que a distribuição artificial entre seções e capítulos, não refletiria a intenção acadêmica pretendida. Dessa forma, a estrutura formal desse trabalho será idêntica à sua concepção: o compartilhamento direto de reflexões. Pretende-se, assim, permitir ao leitor acompanhar cada argumento da forma como foram construídos, reflexiva e, em certa medida, desordenadamente.

Reflexão

O direito empresarial é um dos ramos do direito que mais impacta o desenvolvimento econômico e social, exercendo importante papel para o desafio furtadiano, para o qual se deve almejar a superação do subdesenvolvimento³⁸¹. A assertiva pode gerar alguma surpresa para aqueles que, seja por desconhecimento, seja por imprudência – não se espera que seja intencional –, vinculam o direito de empresa a uma ordenação burocrática e hermética das relações comerciais, alheias ao mundo e aos impactos sociais relacionados, ainda atadas – com algumas vicissitudes e imprecisões, pasme-se – à visão do direito mercantil que era ostentada, com orgulho, nas feiras medievais³⁸² e retratada com algum lirismo na literatura.

³⁸¹ É nítida a referência ao desafio furtadiano, no qual se defende o desenvolvimento da região periférica que culminaria com a superação do subdesenvolvimento. A despeito da complexidade das reflexões que advém da obra de Celso Furtado, ressalvando a insuficiência de se tentar limitação fenômeno de tamanha complexidade, o desafio furtadiano pode ser assim enunciado: “*O desafio que se coloca à presente geração é, portanto, duplo: o de reformar as estruturas anacrônicas que pesam sobre a sociedade e comprometem sua estabilidade, e o de resistir às forças que operam no sentido de desarticulação do nosso sistema econômico, ameaçando a unidade nacional*” (FURTADO, Celso. Brasil: a construção interrompida. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 13). Essas ideias também estão refletidas, em diversas passagens, em FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 32^a Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

³⁸² Para uma análise desapegada dessa visão limitadora e bem conduzida sobre a evolução histórica do direito empresarial e a importância, v. FORGIONI, Paula A. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado. 3^a Ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Essa herança apresenta traços marcantes para o modo como o direito empresarial é concebido pelos estudiosos e é traduzida por uma perspectiva positivista, pautada pelo racionalismo jurídico, e por uma análise eminentemente dogmática dos fenômenos empresariais. Isso contribui para a aplicação do direito empresarial como mero instrumento de chancela das decisões econômicas, sem qualquer preocupação com a transformação da realidade social, haja vista que outra ciência, no caso a economia, assumiu o protagonismo do direcionamento da vida social. O papel de relevância e eventual protagonismo do direito, mais especificamente do direito empresarial, merece ser revisitado e, quem sabe, defendido.

Este texto pretende justamente refletir sobre o papel determinante desse ramo jurídico para o desenvolvimento social, em uma visão que se confessa ser “às avessas”³⁸³. Para tanto, algumas considerações preliminares devem ser necessariamente apresentadas.

Ora, quando os anseios da política econômica se afastam de transformações estruturais, a regulação – e aqui está inserido o direito empresarial –, por meio de instrumentos jurídicos, tende a não mais incentivá-las, uma vez que há a procura por um alinhamento da regulação aos objetivos macroeconômicos do período. Quando não ocorre esse alinhamento entre a regulação e a política econômica, é possível que exista um descompasso, caracterizando um cenário marcado por disposições que vão ao encontro das visões de um período econômico diferente, que ficam sujeitas à mera instrumentalização do direito, sem que haja uma efetiva mudança estrutural, relegando os instrumentos jurídicos a um papel secundário quando comparado com os econômicos. Trata-se justamente do já referido papel de “chancelador” das decisões econômicas: se é pretendida concentração de poder econômico, não conseguirá o direito, em uma visão tradicional, alterar por si só o rumo já pré-determinado pela ciência econômica, restando-lhe tão somente conferir a tal decisão fundamento jurídico e legitimidade.

Nesse contexto, Calixto Salomão Filho é certeiro ao reconhecer a correlação entre a regulação e a economia³⁸⁴, lamentando a perda da penetração das normas jurídicas

³⁸³ Faz-se aqui clara referência ao artigo de Fábio Konder Comparato, “O direito e o avesso” (COMPARATO, Fábio Konder. O direito e o avesso. In: Estudos Avançados. v. 23, n. 67. São Paulo, jan. 2009. pp. 6-22).

³⁸⁴ Destaca-se o trecho de Max Weber sobre a relação entre direito e economia: “E isso porque o desenvolvimento do racionalismo econômico é parcialmente dependente da técnica e do direito racionais, mas é ao mesmo tempo determinado pela habilidade e disposição do homem em adotar certos tipos de conduta racional prática. Quando tais tipos de conduta têm sido obstruídos por obstáculos

sobre as relações econômicas quando comparado com outras esferas de conhecimento, com destaque para a política³⁸⁵. Esse cenário pode ser evidenciado em países com tradição de concentração econômica e forte contato entre relações políticas e econômicas, como é o caso do Brasil.

Nesse cenário, apesar do descompasso entre a realidade econômica e a regulação jurídica, o que culmina com a posição coadjuvante do direito, não seria, contemporaneamente, possível enxergar o direito, mais especificamente o direito empresarial, como um instrumento organizador da sociedade e transformador das estruturas?

Em outras palavras, em que medida é possível que o direito empresarial seja, de fato, encarado como detentor de um papel protagonista na regulação social e não mero chancelador das escolhas determinadas pelo âmbito econômico ou, para ser direto, mero ramo de “carimbadores de papéis”, regulamentando as burocracias empresariais?

Neste ponto, a reflexão começa a tomar algum endereçamento...

Há diversas formas para fazer o enfrentamento acerca do impacto do direito nas relações sociais, a partir de teorias jurídicas. Uma dessas formas enaltece a dicotomia existente entre as teorias jurídicas *do e no* direito, por um lado, e as *sobre* o direito, por outro lado³⁸⁶.

No primeiro grupo – de modo absurdamente resumido e compatível com a breve reflexão que se pretende –, está-se diante da denominada dogmática jurídica, que se dá,

espirituais, o desenvolvimento da conduta econômica racional encontrou também séria resistência interna” (WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. São Paulo: Editora Pioneira, 1985. p. 09).

³⁸⁵ Nesse sentido, é o seguinte excerto: “*The reason for this lack of harmony among the effects of the Law over the political and economic spheres is in the content of the respective rules. While legal rules in the political sphere are procedural, providing the choice to all and consequently social change, legal rules in the economic sphere are deterministic, being usually mere instruments of economic policy. Economic Law has never been capable of establishing freedom of consciousness and choice in the economic field; such rules are the only ones that truly have autonomous changing potential, since they are the only ones that allow that the changes be introduced by the society itself and not by the State.*” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Revolution through law in the economic sphere. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 10. p.2. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/10, Acesso em 30.07.2020).

³⁸⁶ O debate é recorrente entre os filósofos do direito, dentre os quais destaca-se Tércio Sampaio Ferraz. Para uma visão sistematizada e completa sobre o tema, v. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1988. p. 93-230, bem como FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. São Paulo: Saraiva, 1997.

ao menos, a partir da discussão sobre a validade e a legitimidade de premissas logicamente formuladas, tendo como palco de atuação o direito posto. Dessa forma, a crítica voltada a excluir uma premissa se coloca em um discurso organizado por padrões de teste e hierarquia lógica, com preocupação eminentemente da conformação interna do próprio ordenamento. Inexiste, assim, uma abordagem pautada por critérios externos: trata-se de um fim em si mesmo, em uma ode ao “dogma da completude”³⁸⁷. Importante destacar que não se dá grande atenção, para fins deste trabalho às vertentes positivistas ditas “modernas” ou “contemporâneas” que sustentam ser o positivismo permeável a valores sociais que não o direito posto e, dessa forma, afastam-se de sua própria essência.

Já no segundo grupo, nas teorias *sobre* o direito, há um alargamento relevante das lentes de análise, em quantidade e – para quem compartilhar a visão aqui defendida – qualidade. Há a aproximação dos problemas e reflexões jurídicas a outras ciências e perspectivas de análise, podendo ser citadas inúmeras vertentes, dentre as quais, destacam-se: filosofia, sociologia, antropologia, economia, psicologia, ciência política, dentre tantas outras, apenas para se restringir àquelas mais bem “aceitas” pelos estudiosos considerados mais tradicionais (entre os mais heterodoxos, que certamente não são afastados, é de destacar as reflexões propostas pelo “direito e cinema”, “direito e magia” e até o “direito geek”). Nesse segundo grupo, é recorrente a interface entre direito e economia, o que enuncia as lentes apresentadas como *Law & Economics* e *Economic Analysis of Law*, para se valer dos termos estrangeiros originalmente cunhados.

É inegável que ambos os grupos de teorias jurídicas possuem méritos e, cada qual da sua maneira, contribuem para o aprimoramento da forma como o direito responderá às necessidades sociais. Uma análise dogmática pode, sim, promover uma

³⁸⁷ A respeito da teoria da completude na visão de Norberto Bobbio, destaca-se o seguinte excerto: “Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um direito concorrente, romper com o monopólio da produção jurídica estatal. E é por isso que a afirmação do dogma da completude caminha pari passu com a monopolização do direito por parte do Estado. Para manter o próprio monopólio, o Estado deve servir a todos os usos” (BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Trad. Denise Agostinetti. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 276). E, ainda, em complementação e síntese: “os tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatista do direito, ou seja, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. À medida que o Estado moderno crescia em potência, esgotavam-se todas as fontes do direito que não fossem a lei, ou seja, o comando do soberano. A onipotência do Estado canalizou-se para o direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro direito a não ser aquele que era emanção direta ou indireta do soberano. (...) Uma expressão macroscópica desse desejo de completude foram as grandes codificações; e, observe-se, é justamente no interior de uma dessas grandes codificações que foi pronunciado o veredito de que o juiz deve julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado. A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso” (Idem ao anterior).

mudança da realidade social, mormente se permitir permear por princípios jurídicos que englobem múltiplos interesses, como é o caso da “função social da propriedade” ou da “função social da empresa”, ambos de extrema relevância para o direito empresarial. Por óbvio, reconhece-se que essa visão não é majoritária e representa uma utopia em certa medida entre os militantes desse complexo ramo do direito.

Não se furta, contudo, de sugerir que o segundo grupo – as teorias *sobre* o direito – são preferíveis para promover a transformação da realidade social, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento. Destaque-se que a eleição dessas teorias é motivada por um objetivo, não sendo melhor ou mais complexa que as vinculadas ao dogmatismo.

A assertiva – e consequente escolha pelas teorias *sobre* o direito – merece algumas explicações, ainda mais quando se toma como ponto de partida o direito empresarial.

O dogmatismo jurídico – desenvolvido sobretudo pela *Pandectista* alemã – é intimamente relacionado ao positivismo e ao racionalismo jurídicos, cuja abordagem, inclusive, reina no ensino jurídico e orienta toda a formação de bacharéis treinados para a manutenção e consolidação de estruturas de poder econômico, cujas consequências não serão abordadas nesta reflexão. Ora, sem deixar de lado a suposta segurança jurídica que é originada do maior grau de previsibilidade das normas positivadas e do racional-positivismo, inexiste um apelo por uma mudança estrutural e que vise à transformação da sociedade. Como consequência, esses sistemas tendem a configurar formas de manutenção de poder econômico e a negligenciar a discussão sobre interesses afetados pelas próprias relações econômicas³⁸⁸.

Perceba-se que é justamente essa negligência que faz com o que o papel de norteador das relações sociais seja transferido à economia, em um transplante osmótico, no qual o espaço vago é preenchido por aquilo mais adequado (ou conveniente),

³⁸⁸ Essa relação é muito bem evidenciada na seguinte passagem de Calixto Salomão Filho: “A consequência mais direta e talvez óbvia do raciocínio positivista é a aversão a discussão de interesses. Se o direito é racional e intimista, obviamente qualquer discussão de interesses envolvidos pelas normas e esforço no sentido de seu sopesamento parece estranho ao raciocínio jurídico. Ainda que tal reflexão sobre interesses não seja formalmente proibida (e nem poderia sé-lo) torna-se com o passar dos séculos algo totalmente estranho para o jurista. (...) Um dos mais nocivos (mas não tão óbvios) corolários do direito de inspiração racional-positivista é a ideia de compensação. O direito compensatório é na verdade o tipo mais comum de solução legal para tratar de problemas econômicos e sociais.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito? In: Revista dos Tribunais, vol. 926. Dezembro, 2012. pp. 537-538).

relegando ao direito o já mencionado papel de instrumento de chancela, por meio da positivação de normas economicamente conformadas.

Como resultado lógico dessas premissas, a solução pleiteada pelo ordenamento jurídico acaba por ser a manutenção e a consolidação das estruturas de poder econômico, já que a regra de conformação ou fechamento do sistema possui natureza compensatória (ou indenizatória). Aqui cabe uma nota explicativa.

Veja-se a lógica: (1) o ordenamento possibilita a consolidação de poder econômico; (2) o ordenamento não possibilita transformações estruturais; (3) na hipótese de abuso por parte do titular do poder econômico, não há instrumento para uma mudança estrutural; (4) vale-se, assim, de uma solução compensatória, na qual o que abusou indeniza o abusado, sem qualquer alteração na estrutura de poder; (5) soluciona-se o problema concreto, mas a estrutura prejudicial é mantida. Entendida a lógica, ilustre-a com o direito do consumidor e com uma situação de abuso do fornecedor em relação ao consumidor: o consumidor continuará sendo fática, econômica e juridicamente vulnerável, sendo que, inclusive, o valor da indenização passará a compor o preço, sendo solidarizado por toda a classe consumidora.

Alternativamente, como as teorias *sobre* o direito são naturalmente mais permeáveis a outras abordagens e, consequentemente, à discussão de interesses, a possibilidade de transformação estrutural é bem maior e mais nítida, apesar de complexa. Todavia, isso não deve implicar a subjugação do direito em relação a essas outras perspectivas, mormente a economia, sob pena de se ter o mesmo desfecho das teorias *do* e *no* direito, a despeito da adoção de outra narrativa. Afinal, trata-se de uma teoria *jurídica* a partir da economia não *econômica* sobre o direito.

Deve-se buscar uma solução que leve em consideração cada uma dessas perspectivas (jurídica, econômica, sociológica etc.) e a forma como elas interagem à medida em que um de seus elementos estruturais é objeto de incentivos positivos ou negativos. Esta é justamente a visão propugnada pelo chamado novo estruturalismo jurídico, que pretende uma resposta para as visões tradicionalmente adotadas, que são tidas como insuficientes para o desenvolvimento econômico e social.

Apesar de não ser objeto deste texto a apresentação de todas as suas particularidades, o termo estruturalismo jurídico se refere à crítica e transformação de

estruturas (a exemplo do Estado, da propriedade e da empresa), formadas em uma perspectiva histórica, que levam a relações de dominação e de concentração e manutenção de poder econômico, sem se preocuparem com os valores e interesses envolvidos. Sendo assim, a visão do estruturalismo jurídico pressupõe a necessidade de valoração dos interesses envolvidos, que está no cerne da organização jurídica das relações sociais, e afasta-se do funcionamento positivista do direito e da interpretação baseada no racionalismo jurídico, por favorecerem a manutenção das referidas estruturas de poder, como já abordado no decorrer desta reflexão³⁸⁹.

É justamente nesse contexto que a estrutura “empresa” exsurge como forma de organização das relações sociais, merecedora de atenções para fins de transformação da realidade social e promoção de desenvolvimento. E é, aqui, que se abre oportunidade para que o direito empresarial protagonize mudanças, dando um direcionamento para esta reflexão.

Tradicionalmente, é grande a quantidade de temas envolvendo o direito empresarial que são capturados por premissas que levam à consolidação de poder econômico, afastando-se das discussões sobre interesses. Propõe-se outra forma de análise, a partir dessa perspectiva estrutural, não com o objetivo de eliminar outras visões, mas de municiar o intérprete com mais uma lente de análise. Afinal, fenômenos complexos merecem ser analisados por vários ângulos e não somente por aquele que é mais confortável para a maioria das pessoas ou conveniente para quem direciona a tomada de decisões.

Nesse contexto, o debate acerca dos interesses a serem perseguidos por uma companhia, entendida como elemento central de um dos principais ramos do direito empresarial, o direito societário, sugere uma abordagem interessante. Note-se que se trata de um exemplo, sendo grande o rol de opções: (a) concentração de poder econômico, acesso a medicamentos e propriedade industrial, (b) mercados competitivos e concentração vertical ou horizontal, (c) regulação do mercado de capitais, taxa de juros bancários e acesso ao financiamento empresarial, dentre inúmeras narrativas.

³⁸⁹ Para uma análise aprofundada do estruturalismo jurídico v. SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo.

Pois bem. Não é novidade que toda teoria jurídica possui cunho valorativo, de igual forma que uma teoria é tão boa quanto prática. Afinal, é essencial que o direito empresarial não se afaste do contexto social em que está inserido, uma vez que a discussão sobre o sopesamento entre os interesses afetados pela sociedade empresária protagoniza as relações econômicas e sociais, ao mesmo tempo que de nada adianta uma teoria sem aplicação prática, fazendo-a tornar mera opinião de seu autor. Com base nisso, nunca é demais rememorar as afirmações cirurgicamente trazidas pela doutrina: “*o direito empresarial não pode ser passivo observador dos dados da vida empresarial*”³⁹⁰. E, diga-se mais: deve protagonizar a vida empresarial.

O tema fica ainda mais relevante diante da existência de interesses nem sempre alinhados ou harmônicos em uma companhia, os quais são afetados pela atividade empresarial. Trata-se de premissa inerente à concepção de uma sociedade – ainda mais em uma organização empresarial institucional, como ocorre com a sociedade anônima –, já que se trata de palco de interação de interesses múltiplos, a exemplo dos interesses dos próprios sócios, com destaque ao acionista controlador, dos seus colaboradores, dos seus credores, da comunidade em geral, do meio ambiente (para ilustrar os chamados direitos transgeracionais), dentre outros³⁹¹.

Nesse cenário, a delimitação dos inúmeros interesses que compõem a empresa e preenchem o que seria o *interesse social*, aquele a ser perseguido pela companhia, e o que deve prevalecer são temáticas que devem ser alçadas a um patamar nuclear³⁹². E que devem ser analisadas à luz do direito empresarial e de seus princípios norteadores.

³⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 4^a ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 20.

³⁹¹ Trata-se, em outras palavras, da interpretação literal que se extrai tão somente da leitura do parágrafo único do artigo 116 da Lei nº 6.404/1976: “*Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:* a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

³⁹² Destaca-se o seguinte excerto de Bonfim Viana: “*o interesse constitui o ponto nevrágico do direito acionário. Tem a função de regular os conflitos de pretensões e de estabelecer seus limites no âmbito da sociedade. Ainda é uma noção nebulosa e fugidia entre o direito e a economia*”. (VIANA, Bonfim. Situação jurídica do acionista – direito alemão. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 212).

Como é de se esperar, os caminhos são variados, inexistindo certo ou errado, apenas o muito errado: desconsiderar a complexidade da discussão.

Na doutrina especializada, confrontam-se as teorias *contratualistas* e *institucionalistas* de interesse social. Para as primeiras, o interesse da companhia é decorrente do interesse dos sócios³⁹³, sendo identificado como aquele pertencente aos sócios como um todo³⁹⁴. Essa vertente tem como fundamento a compreensão de que a sociedade decorre de uma relação contratual, devendo atingir o interesse das partes contratantes. Consequentemente, não raro, há a aproximação do interesse social ao interesse do acionista controlador, que predomina entre os acionistas, tendo, geralmente, realizado o maior comprometimento financeiro com os negócios da companhia. Note-se, mais uma vez, o potencial de captura promovido pelo poder econômico.

Já para a corrente *institucionalista*, cujo desenvolvimento inicial se deu principalmente na Alemanha³⁹⁵, o interesse da companhia não se resume ao de seus sócios. Sendo considerada uma instituição³⁹⁶, a companhia deve ser reconhecida como vetor de impacto de inúmeros atores econômicos e sociais, não apenas os acionistas, controladores ou não.

A multiplicidade de posicionamentos institucionalistas é complexa, existindo variações: para Walther Rathenau, por exemplo, principal referência do estudo do

³⁹³ Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Conflito de interesses nas assembleias de S.A. São Paulo: Malheiros, 1993. pp. 35-36. E, no mesmo sentido, FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Invalidade das Deliberações de Assembleia das S.A. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 44.

³⁹⁴ Nesse sentido e em atenção às vertentes que o contratualismo pode adotar, destaca-se o excerto de Alberto Asquini, referência na discussão: “*Logicamente, se la personalità giuridica della società si riduce a una semplice normativa di rapporti dei singoli soci a servizio dei loro interessi individuali, sia purè uti soci, l'interesse sociale sarà l'interesse comune dei soci più ristretto (gruppo chiuso). Se invece si considera il gruppo sociale personificato come ente giuridico analogo a quelli che si hanno nel campo del diritto pubblico, pur senza fare della agiologia, l'interesse sociale sarà non la somma degli interessi dei singoli soci, come tali, mas l'interesse del gruppo, costante anche nella variazione dei soci*” (ASQUINI, Alberto. I batelli del Reno. In: Revista delle Società. Ano IV. Milano: Giuffrè, 1959. p. 619).

³⁹⁵ Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações – O Princípio da Preservação da Empresa na lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 160.

³⁹⁶ Conforme salienta Asquini: “*la nozione di istituzione è stata elaborata dalla scienza del diritto pubblico, in Italia specialmente da Romano, e precedentemente in Germania da Gierke, in Francia da Hauriou. Instituzione è ogni organizzazione di persone – volontaria e coatta – fondata su um rapporto di gerarchia e di cooperazione tra i suoi membri in funzioni di uno scopo comune (...) Il conferimento della personalità giuridica a um'organizzazione di persone há essenzialmente lo scopo di riferire a um soggetto diverso dai singoli i rapporti giuridice esterni dell'organizzazione. Il riconoscimento di um determinato modo di essere dei rapporti interni tra i componenti dell'organizzazione in relazione a um fine comune*” (ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. In: Rivista de Diritto Commerciale. Vol. XLI, I, 1943. pp. 17-18).

institucionalismo, a companhia, por exercer função de extrema relevância, possui grande importância para o Estado e para a sociedade em geral, aproximando o interesse da companhia ao interesse do Estado, entendido como o interesse pelo desenvolvimento nacional³⁹⁷. Aproxima-se essa visão da promoção do interesse público, o que seria alcançado a partir da valorização dos órgãos da administração, como forma de promover a autopreservação da unidade produtiva. Esta é uma das diversas variações relacionadas ao *institucionalismo*.

Diante da complexidade evidenciada para a determinação do interesse social que deve ser perseguido pela companhia, há a proposta por parte de alguns juristas de tratarem o “interesse social” como uma categoria procedural, por se entender que ele não seria materialmente concebível³⁹⁸.

Essa vertente de interesse social é referida como *institucionalismo integracionista* (ou *organizativo*)³⁹⁹ – cuja denominação foi inspirada no termo utilizado pela doutrina alemã, *Integrationsmodell* –, defendendo justamente a necessidade de serem criados mecanismos por meio de soluções procedimentais para internalizar os interesses afetados pela realização da atividade empresarial, diante da dificuldade de eleger, previamente, qual deles deve prevalecer e orientar a companhia.

Retome-se, então, a visão estrutural da empresa e a discussão acerca das teorias jurídicas, colocando-as em contato com o debate envolvendo as teorias de interesse social.

Uma abordagem dogmática tenderá a uma aproximação ao *contratualismo*, corrente definitivamente majoritária, concebendo o interesse social como o interesse dos sócios e, mais precisamente, como o do acionista controlador. Haverá, assim, a tendência à consolidação de poder econômico e a uma visão utilitarista do direito societário e

³⁹⁷ Nessa linha, v. “Do Sistema Acionário – Uma Análise Negocial”, originalmente publicado em 1917 (intitulado *Vom Aktienwesen – Ein geschäftliche Betrachtung*), cuja tradução foi proporcionada por Nilson Lautenschleger Jr. (RATHENAU, Walther. Do Sistema Acionário – Uma Análise Negocial. (Trad. Nilson Lautenschleger Jr.). In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLI, No. 128, out-dez/2002. p. 205).

³⁹⁸ “(...) almeja-se encontrar um procedimento para a definição do conceito [uma vez que] o interesse social não seria materialmente concebível, mas deveria ser implementado e protegido mediante a colaboração dos órgãos da empresa”, pois, desse modo, “um procedimento definido representaria o conteúdo da máxima de comportamento que é o interesse social” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Op. cit. 171).

³⁹⁹ Uma das primeiras manifestações na doutrina brasileira acerca do *institucionalismo integracionista* foi feita por Calixto Salomão Filho, na obra *A Sociedade Unipessoal*: SALOMÃO FILHO, Calixto. A Sociedade Unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995. pp. 44-56.

atividade empresarial como um todo, com a eficiência alocativa assumindo um papel central. A possibilidade de entender a empresa, enquanto atividade econômica, como um catalisador para a transformação social é bastante mitigada, em razão da prévia captura pelo poder econômico.

Já uma concepção procedural do interesse social, tal como a defendida pelo *institucionalismo organizativo*, aumenta de forma exponencial o rol de possibilidades, já que internaliza no processo de determinação do interesse social outros atores. Será possível discutir, de fato, a implementação de políticas públicas por meio da atividade desenvolvida pelas empresas, ou mesmo debater com precisão técnica a interface entre o público e o privado, tão relevantes para o Brasil. Isso sem contar a maior facilidade de eleger as empresas em geral como destinatárias das normas que visam à implementação dos direitos humanos, passando a ser responsáveis pela sua efetivação, por exemplo.

Perceba-se que essa abordagem é mais sensível e efetiva do que tentativas de aproximação de temáticas mais vinculadas por apelo social, do que por uma abordagem técnica, como ocorre, por exemplo – com agradáveis exceções –, os movimentos acadêmicos que pretendem discutir a interface entre direitos humanos e empresas. A análise deve ser técnica e *deve partir do direito* e não apenas envolver os seus atores em relatos marcados por oportunidade e conveniência.

Convida-se, contudo, à reflexão: como possibilitar o desenvolvimento desse tipo de posicionamento diante de uma concepção do direito eminentemente dogmática e que, por si só, relega-o ao papel de coadjuvante? E, mais: como sugerir a adoção dessa lente diferenciada quando os intérpretes normalmente nem conseguem identificar que estão com os olhos embaçados e sua formação os condicionam a tratar o real como natural ou até mesmo desejado?

Como o que se pretende é uma reflexão, este texto não apresentará uma seção ou capítulo para a apresentação de considerações conclusivas, mas tão somente um convite para novas ponderações, encerrando-se, assim, como começou: reflexiva e desordenadamente.

Referências bibliográficas

- ASQUINI, Alberto. I batelli del Reno. In: Revista dele Società. Ano IV. Milano: Giuffrè, 1959.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. In: Rivista de Diritto Commerciale. Vol. XLI, I, 1943.
- BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Trad. Denise Agostinetti. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações – O Princípio da Preservação da Empresa na lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. O direito e o avesso. In: Estudos Avançados. v. 23, n. 67. São Paulo, jan. 2009. pp. 6-22.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1988.
- FORGIONI, Paula A. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado. 3^a Ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FURTADO, Celso. Brasil: a construção interrompida. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 32^a Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Conflito de interesses nas assembleias de S.A. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Invalidade das Deliberações de Assembleia das S.A. São Paulo: Malheiros, 1999.

RATHENAU, Walther. Do Sistema Acionário – Uma Análise Negocial. (Trad. Nilson Lautenschleger Jr.). In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLI, No. 128, out-dez/2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 4^a ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A Sociedade Unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito. In: Revista dos Tribunais, vol. 926. Dezembro, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Revolution through law in the economic sphere. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 10. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/10, Acesso em 30.07.2020.

VIANA, Bonfim. Situação jurídica do acionista – direito alemão. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. São Paulo: Editora Pioneira, 1985.

DA ARBITRAGEM EM TEMPOS DE PANDEMIA

OF ARBITRATION IN PANDEMIC TIMES

Armando Luiz Rovai⁴⁰⁰

Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior⁴⁰¹

Resumo: O presente artigo tem como intuito realizar a análise da validade e eficácia do Procedimento Arbitral em tempos de Pandemia, observando sua possibilidade na seara Empresarial, Contratual e Consumerista, tendo como principal foco a desburocratização das relações negociais, visando uma possibilidade de solução alternativa de conflitos em um momento tão delicado. Vê-se que a busca pela celeridade nas relações negociais é incessante, tanto no âmbito privado quanto na gestão pública que, tem editado normas visando a desburocratização do sistema empresarial e do sistema contratual, principalmente das relações locacionais, que fortalece a busca pela melhora da economia, recuperação do mercado e o cumprimento da função social das empresas. Desta forma, resta evidente que, em virtude do momento que vivemos, as transações devem ser pautadas pelos princípios da Boa-fé e da Solidariedade.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito Empresarial. Consumerista. Contratual.

* Doutor em Direito pela Puc/SP, Professor de Direito Comercial da Puc/SP e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito MACKENZIE - chefe de Departamento; Professor Convidado da GvLaw e do Insper (D. Societário), Palestrante em todo o Brasil e no exterior (Professor Convidado da Universidade de Valladolid - Espanha; Universidade do Porto; London University e Universidade de Santiago de Compostela;), sobre assuntos relativos ao Direito de Empresa. Foi Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo - por 04 mandatos. Foi Presidente do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo. Foi Chefe de Gabinete da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, Superintendente da Casa do Empreendedor, escreve em Jornais de grande circulação - Valor Econômico, Tribuna do Direito, e Empresas e Negócios, entre outros - (escrevia no extinto Jornal da Tarde). Integrou a Comissão do 184º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo. Membro da Comissão Mercado de Capitais do Conselho Federal da OAB. Integra o Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos CONJUR, da FIESP/IRS. Advogado, Árbitro em arbitragens na Amcham - Câmara de Comércio Americana, na CCBC - Câmara de Comércio Brasil-Canadá e FIESP. Foi Secretário Nacional do Consumidor – Senacon/MJ. Advogado em São Paulo.

⁴⁰¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, assistente do Professor Armando Luiz Rovai na cadeira de Direito Comercial na PUC-SP, Advogado do Escritório ALR Advogados.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the validity and effectiveness of the Arbitration Procedure in times of Pandemic, observing its possibility in the Business, Contractual and Consumer areas, with the main focus on reducing bureaucracy in business relations, aiming at a possibility of alternative solution of conflicts in a such a delicate moment. It can be seen that the search for speed in business relations is incessant, both in the private sphere and in public management, which has issued rules aiming at reducing bureaucracy in the business system and the contractual system, especially in locational relations, which strengthens the search for improving the economy, market recovery and the fulfillment of companies' social function. In this way, it remains evident that, in view of the moment we live in, transactions must be guided by the principles of Good Faith and Solidarity.

Keywords: Arbitration. Law Business. Consumer. Contract.

Introdução

Verifica-se que cada vez mais o Poder Judiciário está sobrecarregado, sendo mais moroso e sem capacidade de atender aos anseios dos cidadãos, que buscam pela entrega da prestação jurisdicional de forma efetiva e célere, fazendo-se necessária a utilização meios alternativos de solução de conflitos, ainda mais em momentos de pandemia como a que tem assolado nosso país.

Vê-se que a forma de solução de conflitos mais adequada para as Sociedades é a Arbitragem, tendo em vista que nosso ordenamento jurídico dá a oportunidade das partes convencionarem uma cláusula compromissória, conforme disposto no Artigo 1º da lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, nos seguintes termos: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Logo, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis, 2º Artigo 3º da lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

O presente artigo tem como escopo analisar a validade e eficácia do Procedimento Arbitral em tempos de Pandemia, observando a sua possibilidade de aplicação na seara Empresarial, Contratual e Consumerista.

1. Conceito de Arbitragem

Este estudo tem como objetivo a análise da arbitragem em seus mais diversos aspectos, com especial enfoque na sua aplicação em diversos ramos do Direito, em especial, na seara do contrato comercial.

Como meio privado de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, a arbitragem se presta a substituir a fase de conhecimento no Poder Judiciário, onde, por muitas vezes, o litígio é moroso e custoso para as partes envolvidas, causando vultosos prejuízos para as empresas.

Este método de solução de conflitos é constituído por meio de um árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente um especialista na matéria, que profera sentença que não está sujeita a recurso ou à homologação do Poder Judiciário, constituindo título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC).

Quando as partes optam por este método de solução de conflitos, o árbitro pode conceder tutela antecipada e tutela cautelar e proferir sentença, porém, vale ressaltarmos, que a execução deve ser exclusiva no Judiciário, pois o árbitro tem poder de decisão e não de coerção, cabendo somente ao juiz togado dar efetividade à decisão do árbitro.

A arbitragem, como meio alternativo, traz muitas vantagens, a maior delas, como já mencionado, é a sua agilidade processual em relação ao Poder Judiciário, pela Lei de Arbitragem, o processo arbitral deve durar seis meses, salvo disposição em sentido contrário pelas partes, ou seja, enquanto seus procedimentos são deveras mais simples e flexíveis e adaptados à cada caso, os tribunais são obrigados a seguir a intrincada e rigorosa sistemática de prazos e ritos do Código de Processo Civil.

Além de a arbitragem ter celeridade em seu procedimento, este meio traz em seu processo a informalidade, pois este deve observar, segundo a Lei de Arbitragem, menos dispositivos legais do que no Código de Processo Civil.

Outros aspectos relevantes que podemos trazer a baila são as vantagens de especialização, sigilo e irrecorribilidade.

O árbitro, normalmente, é especialista na matéria, enquanto o juiz togado é sempre um generalista.

Com relação ao sigilo (art. 13, par. 6 da Lei 9307/96): a arbitragem é sigilosa, pois entre os deveres legais do árbitro está o dever de discrição, situação que atende, em muitos casos empresariais, em que haja necessidade de negociação sigilosa, enquanto o processo judicial é público.

Por último, a arbitragem traz como vantagem a irrecorribilidade: O processo arbitral não é passível de recurso. O princípio do duplo grau de jurisdição é apenas aplicável à jurisdição estatal, e não à jurisdição privada.

Este método de solução de conflitos deve ser um meio alternativo, caso contrário, afrontaria ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois caso fosse obrigatório, este seria constitucional (art. 5, inciso XXXV da CF).

Importante ressaltarmos que caso a parte tenha convencionado a arbitragem, em contrato legalmente celebrado, pelo princípio do “*pacta sunt servanda*”, a parte venha tentar submeter sua pretensão ao Judiciário, o juiz togado deverá extinguir o processo, sem resolução do mérito.

2. Das Fontes Jurídicas Da Arbitragem

2.1 Fontes Estatais

A arbitragem está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1824. Apesar disso, pela tradição da jurisdição estatal, este meio alternativo de solução de conflitos permaneceu esquecido, até que em 1996, a arbitragem foi regulamentada pela Lei nº 9.307, por iniciativa do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

A partir da publicação dessa legislação, a arbitragem passou a ter maior relevância, adquirindo especial importância no cenário do comércio internacional.

A Lei da Arbitragem também já foi reconhecida como constitucional pelo STF, que considerou que a lei não fere nenhum princípio da Constituição, principalmente por se aplicar somente aos casos que envolvam direitos disponíveis.

2.2. Leis

As leis são ordens do Estado, de cumprimento impreterível, aprovados por um parlamento e aprovados pelo Chefe de Estado. Correspondem ao sistema jurídico de um determinado país e podem ser escolhidas pelas partes para serem aplicadas em um determinado procedimento arbitral para definirem uma controvérsia. Conforme mencionado, a arbitragem foi regulamentada pela Lei nº 9.307/1996, Capítulo I, Disposições Gerais:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) (...).

3. Alterações no Direito Societário em razão da Pandemia do COVID-

19

Vê-se que no âmbito do direito societário o Poder Público, por meio de seus representantes e dirigentes, como no caso as pastas do governo federal, ou seja, o Ministério da Justiça e o DREI (Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração) adotaram uma postura ativa e correta em uma situação de crise, como o caso da edição da Medida Provisória 931, de 30 de Março de 2020.

O principal objetivo da MP foi amenizar os transtornos decorrentes desta necessária paralisação, observando-se, em especial, as corretas medidas de restrição ao funcionamento das Juntas Comerciais e dos adiamentos das realizações e instalações de reuniões e assembleias de sócios das sociedades empresárias.

No que tange às Sociedades Limitadas, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio determina que a Reunião Anual de sócios, para deliberações acerca da aprovação de contas dos administradores e validação do balanço patrimonial, correspondente ao final do exercício, deve ser realizada nos quatro meses subsequentes ao término do período social, ou seja, na grande maioria das sociedades, até o mês de abril (quarto mês do presente ano).

Excepcionalmente, em razão da pandemia, no ano de 2020, a reunião poderá ser realizada até o sétimo mês posterior ao encerramento do exercício social, estabelecendo, ainda, que caso o contrato social disponha que reuniões ou assembleias devam ser realizadas em prazo inferior ao legal, deverão ser desconsideradas no ano de 2020, com o intuito de evitar que hajam aglomerações e contatos próximos de sócios.

Para não ocorrer problemas de continuidade dos atos societários, os mandatos de diretores e administradores que tenham o seu termo final antes da realização destas reuniões ou assembleias serão prorrogados, automaticamente, até a data do evento.

Importante destacar que as medidas trazidas para as sociedades limitadas, como a prorrogação do prazo das reuniões aplicam-se, da mesma forma, para as sociedades anônimas, no caso das realizações das AGO e AGOE, sendo que os mandatos, também, serão prorrogados, automaticamente, até o momento das deliberações.

Neste diapasão, a Medida Provisória 931/20, como implemento para que haja a desburocratização dos atos societários, bem como primando pelo isolamento social e saúde da população, em seus artigos 7º, 8º e 9º altera as redações sobre a forma de realização de reuniões e assembleias nas Sociedades Limitadas, Anônimas e Cooperativas. Esclarece-se que tal mudança legislativa permite a realização destes atos societários por meio de videoconferência, permitindo, ainda, que o sócio exerça seu direito de voto, conforme manda o diploma legal brasileiro, de maneira digital.

Percebe-se que houve uma diliação nos prazos legais para os atos societários e também efeito retroativo aos atos que já tenham sido praticados pelas sociedades e necessitem de registros nas Juntas Comerciais, uma vez que estas se encontram com as atividades suspensas, ou seja, enquanto perdurar o fechamento das repartições públicas e as medidas de isolamento, os atos que forem levados a registro na reabertura, terão seus efeitos da data da assinatura dos documentos.

Ao nosso ver, enfim, por vivermos uma situação atípica, ou seja, uma pandemia global, a aplicação desta Medida Provisória em nada alterou ou dispôs sobre os procedimentos arbitrais, os quais continuaram a tramitar durante este período, tendo como objetivo fulcral a preservação da empresa e a possibilidade que estas cumpram com sua função social.

4. Alterações Nas Relações Contratuais

Nas relações locatícias, verifica-se que a paralisação dos serviços e atividades que não são consideradas essenciais pelo Poder Público, o que causou o fechamento da maioria dos estabelecimentos comerciais e, via de consequência, está atingindo as relações contratuais dos aluguéis residenciais e não residenciais.

Diante deste cenário, a atividade produtiva foi drasticamente reduzida em alguns setores, como no caso de bares e restaurantes, comércio varejista de produtos eletrônicos, utensílios e de bens de consumo em geral, principalmente, aqueles que não desenvolveram alguma plataforma ou sistema de comércio eletrônico. Excetuam-se, aqui, os supermercados e farmácias que por razões de evidente necessidade básica da população permanecem abertos e em pleno funcionamento.

Vale esclarecer, contudo, que buscando amenizar os danos causados na atividade produtiva, neste momento de calamidade, foram tomadas certas medidas paliativas como a de diminuição de jornadas de trabalho e consequente redução de salários, a fim de garantir empregos e manter viva a chama da atividade empresarial, como prevê a redação da MP936/2020. Outras medidas têm sido tomadas e criadas pelo Poder Público, diga-se de passagem, com certo exagero de produção legislativa, às vezes dentro de uma pertinência e cabimento jurídicos duvidosos.

Especificamente, retornando ao tema “relações contratuais”, na modalidade dos contratos de locação, percebe-se que não foram editadas legislações novas para a disciplina, chamando atenção, apenas, para o trâmite no Senado, do Projeto de Lei 1.179/2020, que versa sobre a proibição de concessão de liminares nas ações de despejo, até o término do mês de outubro do presente ano.

O que se nota, neste momento “sui generis”, para manutenção do equilíbrio das relações locatícias, é o seguinte: i) primeiro e como regra a ser seguida, devem as partes ter em mente a necessidade do cabal cumprimento dos contratos de locação, nos moldes firmados no momento de sua entabulação, a fim de viabilizar a devida segurança jurídica, privilegiar o ambiente de negócios e proporcionar a mais rápida retomada do estado das coisas; ii) na hipótese inviabilidade do cumprimento dos contratos, por conta da evidente calamidade causada pela pandemia, as partes envolvidas nas relações de locação (locadores e locatários), permeadas pelo bom senso e pela boa vontade, devem viabilizar possíveis negociações extrajudiciais, pautando-se por condutas absolutamente éticas e sinceras, lastreadas pelo princípio da boa-fé, a fim de buscarem uma solução consensual para o pagamento dos aluguéis e eventuais atrasos, em vista da paralisação das atividades negociais como um todo.

Percebe-se que o caminho do consenso e do acordo extrajudicial é a única forma de não tornar mais danosa os já suficientes problemas econômicos que todos enfrentamos, não abarrotando, assim, o Poder Judiciário com demandas inoportunas e morosas. É, portanto o meio mais inteligente de darmos o efetivo cumprimento às relações locatícias sejam elas residenciais ou não residenciais, com menor prejuízo às partes.

Cumpre verificar, também, num sentido holístico, que o excesso de legislações que estão sendo elaboradas e promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, neste

momento de pandemia, a pretexto de combater seus efeitos, vem gerando dúvidas e insegurança jurídica desnecessária. Isso, porque, já temos Leis suficientes, inclusive com dispositivos próprios, para o enfrentamento de situações supervenientes ou de fatos ocasionados por motivos de força maior, impedindo que ocorram abusos indevidos nas relações contratuais em geral, conforme, por exemplo, a disposição legal contida no artigo 187 do Código Civil Brasileiro - “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Destarte, retornando ao tema locacional, vê-se como justo e mais acertado que em tempos de pandemia, nos casos em que o locatário apresentar dificuldades para adimplir o pagamento do valor correspondente ao seu aluguel, torna-se premente que se busque apaziguar a situação, com equilíbrio e respeito, a fim de possibilitar um acordo entre as partes e não gerando enriquecimento indevido nem para locadores, nem para locatários.

Até que a economia se recupere e volte ao normal, aqueles que estão envoltos em conflitos contratuais devem buscar medidas de composição, extrajudicialmente, evitando o ajuizamento demasiado e desnecessário de ações judiciais. Os céticos de plantão podem discordar e considerar utópico tal assertiva, porém, os atuais tempos emanam a necessidade de solidariedade e compreensão às necessidades dos outros. Não podemos entrar num cenário de judicialização desenfreada o que irá colapsar toda a dinâmica do sistema processual.

Entrementes, então, podemos concluir este breve ensaio da seguinte maneira: a) contratos representam obrigações que a priori e a rigor devem ser taxativamente cumpridas; b) se em razão da pandemia não der para cumprir, as partes envolvidas devem buscar exaustivamente todos os esforços para se comprem de forma extrajudicial e; c) em situações extremas, principalmente, naquelas em que uma das partes está querendo se valer indevidamente da situação para obter alguma vantagem indevida, aí sim, autoriza-se a propositura de demandas, de qualquer natureza, a fim de buscar o devido e necessário equilíbrio negocial e social. Isto posto, não será diferente para assuntos locatícios, onde, caso os signatários do contrato de locação não venham a chegar a um consenso extrajudicial, a parte prejudicada poderá também se valer do instituto jurídico da revisão contratual, momento em que o Poder Judiciário será instado a agir para dirimir a lide e

viabilizar um valor de aluguel de acordo com o mercado, conforme bem-dispõem a Lei do Inquilinato, em seu artigo 18.

Posto isto, verifica-se que a Arbitragem pode ser utilizada, em todas as searas abordadas, como uma força motriz para a desburocratização, visto de tratar de um meio alternativo de solução de conflitos, evitando uma judicialização em massa e um abarrotamento do sistema judiciário.

Conclusão

Diante do exposto, fica evidente que o Poder Público, de maneira correta editou normas visando a desburocratização do sistema empresarial e do sistema contratual, principalmente das relações locacionais, que fortalece a busca pela melhora da economia, recuperação do mercado e o cumprimento da função social das empresas.

Neste diapasão, ao não editar ou alterar as normas que versam sobre a Arbitragem possibilita que as empresas e os contratantes busquem este meio alternativo de solução de conflitos, possibilitando uma maior fluidez dos processos e diminuindo o número de ações que são propostas no sistema judiciário, já sobrecarregado.

Assim, devemos utilizar o meio Arbitral para possibilitar a rápida solução de litígios e, também, como um meio desburocratizante do sistema jurídico.

Referências Bibliográficas

- FERREIRA, Carolina Iwancow, em ARBITRAGEM INTERNACIONAL & SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, 2^a edição, D'Plácido Editora, 2015;
- BAPTISTA, Luiz Olavo, em ARBITRAGEM COMERCIAL E INTERNACIONAL, Lex Magister, São Paulo, 2011;
- GONÇALVES, Carlos Roberto, em DIREITO CIVIL BRASILEIRO, volume 3, Contratos e Atos Unilaterais, Ed. Saraiva, 2010;
- DINIZ, Maria Helena, em CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, vol. 3, Ed. Saraiva, 2008;
- REAL, Miguel, em LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO, Ed. Saraiva, São Paulo, 1976;
- REAL, Miguel, em TEORIA DO DIREITO E DO ESTADO, 2^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 1960;
- CARVALHOSA, Modesto, em COMENTÁRIOS À LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS, 3^a ed., 2º vol., SP, Ed. Saraiva, 2003;
- SUCCAR, Paulo Egídio Seabra, em A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLVER CONFLITOS SOCIETÁRIOS, SP, Editora Mackenzie, 2008 – Publicação Eletrônica; e
- CARMONA, Carlos Albert, em ARBITRAGEM E PROCESSO: UM COMENTÁRIO À LEI Nº 9.307/96, 2^a ed., Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. A propósito do novo anteprojeto do novo projeto de lei sobre arbitragem no Brasil. Vol. 142. *In* Jurisprudência Brasileira
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Comentários à Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROVAI, Armando Luiz. Atualidades do Direito Empresarial Brasileiro. Belo Horizonte.
D'Plácido. 2019

EMPRESAS E A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA PESSOA MIGRANTE FRENTE A CRISE SANITÁRIA

*Luis Renato Vedovato**

*Viviane de Arruda Pessoa Oliveira***

*Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini****

*Carolina Piccolotto Galib*****

*Amanda de Souza Camargo******

Introdução

A busca do exercício das liberdades e garantias em igualdade de condições trazem na perspectiva das trajetórias dos migrantes a necessária concretização da titularidade de direitos que lhes são reconhecidos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos e incorporados pelos ordenamentos dos Estados Nacionais.

Em uma grave crise sanitária, que assola e abala as estruturas econômicas dos países, essa lógica perde toda racionalidade colocando em relevo as manifestas desigualdades presentes no cotidiano e na vida de grupos e minorias, trazendo o viés da violência do não reconhecimento de direitos básicos em manifesta violação da dignidade humana e do princípio da igualdade.

Se de um lado a circulação de pessoas no cenário das migrações internacionais ostenta a condição de expulsão da condição de humanidade onde vivem, da mesma forma na ideia de permanência, integração e acolhimento pelo Brasil revelam que as dificuldades e distinções se fazem evidentes em momentos de crise, seja pela ausência de acesso aos direitos sociais básicos como a saúde, moradia digna, educação, trabalho e benefícios sociais, seja na distinção com os nacionais, em geral, promovidas por discursos xenofóbicos e políticas públicas não inclusivas.

Assim, embora o Brasil possua uma legislação migratória protetiva e asseguratória dos Direitos Migrantes em consonância com os tratados Direitos Humanos

que é signatário, contendo textos modelos elogiados no mundo inteiro, como é o caso da lei de refúgio brasileira e também a nova lei de migração, onde são asseguradas condições humanitárias de hospitalidade ao ser migrante, na prática se verificam algumas dificuldades na aplicabilidade e efetividade dos Direitos nelas manifestos.

Neste aspecto, pode-se afirmar que muito embora não haja possibilidade de distinção pela condição migratória com os nacionais nos termos constitucionais e na legislação vigente, essas dificuldades se fazem sentir, como é caso do acesso da priorização dos nacionais como entrave ao ingresso de pessoas oriundas de outros países em tempos de pandemia como garantir a preservação do sistema de saúde e acesso a população brasileira, ou mesmo na exigência de documentos que muitas vezes não possuem para garantia dos benefícios sociais.

No âmbito laboral, por sua vez, grupos presentes oriundos de nacionalidades distintas, especialmente haitianos, bolivianos, sírios, venezuelanos e descendentes de países africanos já se apresentavam no mercado de trabalho nacional expostos a condições de precariedade, sendo com o agravamento da situação econômica e paralisação de algumas atividades expostos a condições de exploração e subumanidade, até a condição análoga de escravo.

Essas distinções e ausências a direitos sociais traduzem uma manifesta desigualdade, que traduz a condição de desumanidade e ausência da percepção do que vem de fora como pertencente a mesma condição humana evidentemente presente ainda na nossa sociedade.

Assim, almejando explorar a visão dos tribunais, por meio de precedentes jurisprudências, bem como de referências bibliográficas e dados sobre o tema, busca-se no presente artigo a incorporação e reflexão dos direitos sociais aos migrantes que reverbera a necessidade dessa efetiva de proteção, estabelecidas nos termos da nova lei de migrações, especialmente com a pandemia do Coronavírus.

1. Poder Judiciário e os direitos dos migrantes

A Nova Lei de Migração garante, em seu artigo 4º, direitos aos migrantes, dentre eles o direito à saúde, previsto no inciso VIII, o que colabora para o viés protetivo da dignidade humana sem qualquer roupagem discriminatório ou xenófoba. O referido instrumento legal encontra-se em consonância com a Constituição Federal que prevê a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, independentemente de residência no país, e, por consequência, elenca direitos.

Por conta disso, qualquer pessoa, migrante ou não, pode usufruir dos serviços públicos de saúde, além de assistência e previdência social e educação, não podendo a nacionalidade ser um obstáculo. Tanto é assim que a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) reconhece os direitos vistos como fundamentais a todos os indivíduos, independentemente de raça, cor, sexo, nacionalidade, corroborando com isto a visão de Guilherme de Almeida ao sustentar que “a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e protegida por parte do Estado e de todos os cidadãos e cidadãs de uma comunidade política” (ALMEIDA, 2018, p.96).

Especificamente sobre o direito à saúde tão essencial para promover a dignidade humana, José Afonso da Silva (SILVA, 2005, p.39), ao analisar Canotilho e Vidal Moreira, menciona que o dito direito tem uma natureza positiva e negativa, uma vez que exige que o Estado se abstenha de atos que o violem e, ao mesmo tempo, deve agir para promover um tratamento e uma prevenção da doença. No mesmo sentido, Ferrajoli (2007, p. 409) dispõe acerca da existência do aspecto positivo e negativo do direito.

Il diritto alla salute si configura peraltro come un diritto tipicamente molecolare. Esso include da un lato un diritto negativo di immunità, garantito dal divieto di lesioni: che l'aria e l'acqua non vengono inquinate, che non si mettano in commercio cibi adulterati, in breve che non si rechino danni alla salute; dall'altro, esso include un diritto positivo, tipicamente sociale, all'erogazione di prestazioni sanitarie⁴⁰².

⁴⁰² Tradução livre: O direito à saúde se configura como um direito tipicamente molecular. Este inclui, de um lado um direito negativo de imunidade, garantindo a proibição de lesões: que o ar e a água não sejam poluídos, que não sejam comercializados alimentos adulterados, que não cause danos à saúde; de outro, inclui um direito social positivo, à prestação sanitária.

Além disso, o direito à saúde é um direito fundamental e humano, o que demanda tutela e observância por parte do Estado. Direitos fundamentais e humanos, para Virgílio Afonso da Silva (2017, p.24), são aqueles que possuem um conteúdo considerado essencial, ou seja, se averigua o significado de determinado direito para a vida social, observando cada caso concreto⁴⁰³. Acredita-se que o direito à saúde pode ser assim alocado por ter um enorme significado para a comunidade, até porque questões sanitárias afetam outras como econômica e social (algo visível com a pandemia), e para cada caso concreto, já que cada um tem um corpo, uma imunidade e uma reação à eventuais doenças.

Destaca-se que com relação ao poder migrar para o Brasil envolve não apenas o direito de ir e vir, garantido constitucionalmente e na própria legislação infraconstitucional, com destaque para o art. 45 da Lei 13.445/2017, que requer entrevista individual e ato fundamentado para não possibilitar a entrada de alguém no país, o que é enfatizado ainda mais pelo artigo 7º e seu parágrafo 1º da Lei 9474/1997, que concede ao migrante a possibilidade de solicitar refúgio a qualquer autoridade migratória da fronteira e que em nenhuma hipótese poderá ser deportado se estiver sob ameaça.

Com isso, é possível se sustentar, novamente, que aquele que migra e encontra-se no território brasileiro, ainda que temporariamente, faz jus aos direitos fundamentais, o que inclui o direito à saúde. Também é passível de inclusão outros direitos como o auxílio emergencial, uma vez que se prostra como um meio que colabora para que o indivíduo tenha o essencial para a sua sobrevivência em tempos de pandemia, como alimentação e produtos de higiene.

Corrobora com isto, os julgados do Supremo Tribunal Federal por reconhecerem que não há diferença entre brasileiro e não nacional no que concerne ao acesso à direitos desde quando estava em vigência o Estatuto do Estrangeiro, pois o critério da residência do país não é necessário. Nesse sentido, o STF, no HC 94.016 de 1995, entendeu que o imigrante ou estrangeiro possui direito aos direitos básicos, além de direitos processuais, mesmo que não possua domicílio no país. Também compreendeu, em 2017, no RE 587970, que ao estrangeiro deve ser concedido o benefício assistencial.

⁴⁰³ O autor menciona isto ao tratar do enfoque objetivo e subjetivo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

No entanto, este dever estatal enfatizado até pelos tribunais, tem sido usado de forma não compatível, principalmente neste momento de pandemia causado pela COVID-19.

Como mencionado, a Constituição Federal, juntamente com a Lei de Migração, asseguram o acesso, bem como não promovem nenhuma diferença entre o brasileiro e o não nacional. Porém, antes do período de pandemia, algumas manifestações se colocam contrárias ao aludido, à exemplo do que ocorreu com a dita lei, no qual um dos vetos recebidos teve como base a ideia de que a igualdade de tratamento somente é concedida entre brasileiros e estrangeiros com residência no país. E, em tempo de COVID-19, Portarias foram criadas para barrar a entrada de migrantes, como a Portaria Interministerial 255 de 2020, além da existência de um Projeto de Lei (de nº 2074/2020), cujo escopo é restringir o acesso de migrantes ao sistema de saúde dos hospitais de Boa Vista em um percentual de 50%, contrapondo-se a Constituição Federal e a Nova Lei de Migração. Também é preciso citar a Lei 13.982/2020, que elenca requisitos para que se possa ter acesso ao auxílio emergencial, como regularização do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). E, por fim, a Portaria nº 120 de 18 de março que impede a entrada de venezuelanos no Brasil, tendo como justificativa que o Sistema Único de Saúde (SUS) não comporta o tratamento de infectados que não sejam brasileiros, além de aduzir que os imigrantes podem ser uma fonte de propagação do vírus.

Ora, é notável que, com isto, deixou-se de lado um entendimento que predomina e que existe há anos no Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a igualdade entre nacionais e não nacionais, independentemente de residência no país. Afinal, restringir o acesso à saúde, vetar dispositivos na forma mencionada, exigir que se tenha CPF para conseguir o auxílio emergencial, deixam de considerar a igualdade e, em consequência, a essencialidade da saúde para se ter dignidade humana, sendo perceptível a desconsideração não apenas do que prega a Carta Magna, como também a própria Lei de Migração e instrumentos internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que busca tutelar a saúde física e mental dos indivíduos.

Sem saúde, não há vida ou, se há, ela envolve um certo sofrimento, não sendo digna, o que colabora para enaltecer a ideia de que o Poder Público deixou de observar o direito à saúde em sua dimensão positiva e negativa, pois, não apenas teve atos que o

degradem, como também uma postura incompatível com o prevenir e tratar a COVID-19 nos imigrantes venezuelanos ao reduzir o acesso ao sistema de saúde nos hospitais de Boa Vista, além de se mostrar inconstitucional.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR), na ADI 9000025-43, compreendeu que a saúde é um direito constitucional e humano que exige uma prestação estatal mediante políticas públicas. E, em complemento, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), órgão do Ministério Público Federal (MPF), enfatizou que a restrição ao acesso à saúde é inconstitucional e viola leis nacionais e tratados internacionais. Transcreve-se:

A Constituição trata a saúde como um direito humano fundamental, garantindo o acesso universal e igualitário com tratamento integral. Trata-se de um direito social de natureza pública subjetiva, com característica híbrida, constituída ao mesmo tempo de um direito individual e social, com efeito concreto que exige uma prestação positiva do “Estado” e da sociedade, impondo a sua inserção nas políticas públicas (Art. 196 da CF/88 e art. 135 da Constituição Estadual de RR)

ADI 9000025-43.2020.8.23.0000 - Relator: Des. Almiro Padilha. Julgada em 06 de março de 2020.

A restrição no acesso a serviços de saúde impõe a migrantes e refugiados por uma lei de Boa Vista, em Roraima, é inconstitucional, além de ferir a legislação nacional e também compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro (MPF, 2020).

Quanto ao ingresso no país, é certo que a liberdade de ir e vir é um direito fundamental e muito usada por aqueles que almejam simplesmente viver, já que, em seus países de origem, sofrem ou por questões de segurança ou, até mesmo, pela própria falta de ter acesso a direitos básicos, não podendo um refugiado ser barrado, como dispõe a Lei de Migração no artigo 45. Assim, a Defensoria Pública da União ingressou com a ação civil pública nº 5031124-06.2020.4.04.7100/RS, na Justiça Federal de Porto Alegre (RS), com o escopo de não aplicar a Portaria Interministerial 255 de 2020, que restringe o ingresso de migrantes no país, seja por vias terrestres, aéreas ou aquaviárias, que foi extinta sem resolução do mérito pela 3ª Vara Federal por entender que não é possível admitir uma ação civil pública que deseja a ilegalidade de uma norma sem indicar qual foi o ato lesivo concreto, contrapondo-se a decisão do STF no RE 511961, pois, mediante a interposição de uma ação civil pública, declarou-se inaplicável um decreto que mencionava ser necessário o diploma de jornalista para exercer a profissão.

Com relação a exigência de CPF, pode-se constatar uma despreocupação do Poder Público com os imigrantes que estão no país e não tem trabalho ou que foram prejudicados por conta da pandemia da COVID-19. Nota-se que a exigência de demonstração de regularização do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) para ter acesso ao auxílio emergencial indique que este benefício foi estabelecido pensando em pessoas que possuem nacionalidade brasileira. Assim, este requisito pode levar à conclusão de que os imigrantes indocumentados ou em situação migratória irregular, seria impossível receber dado benefício.

A Defensoria Pública da União (DPU), após sinalizar o problema à Caixa Econômica Federal em meados de abril, e, não obtendo resposta satisfatória, distribuiu Ação Civil Pública (ACP), com pedido de tutela de urgência contra a Caixa Econômica Federal e o Banco Central do Brasil, com o intuito de que os imigrantes pudessem ter acesso ao pagamento do auxílio independentemente da sua condição migratória, bastando, apenas, a apresentação de qualquer documento de identidade, mesmo que com prazo de validade vencido, tendo em vista a suspensão das atividades dos sistema de regularização migratória. A ação intentada pela DPU se baseia em fatos sobre a dificuldade dos migrantes ao acesso ao pagamento.

A Nova Lei de Migração, em seu artigo 4º, inciso VIII, garante que todos os migrantes residentes no país possam acessar serviços públicos, independentemente de sua situação migratória regular (com autorização de residência) ou irregular (sem autorização de residência), bem como o direito de acessar serviços bancários.

Uma das grandes barreiras enfrentadas pelo não nacional é o idioma e a falta de acesso à documentação, o que impede o labor. A Lei de Migração veio auxiliar para facilitar a regularização documental do migrante no Brasil, mas ainda é um obstáculo a ser enfrentado, até porque muitos desconhecem o próprio procedimento para se regularizar. Com isso, se já se coloca como um entrave antes da pandemia, com ela, tudo piorou, conforme pode se verificar da fala de Renan Sotto Maior, defensor público federal, numa entrevista ao Conectas, uma vez que enfatiza que o programa do auxílio emergencial teve como base os nacionais e não se ateve às peculiaridades dos migrantes, como a questão documental.

Os migrantes que se enquadrarem nos requisitos legais têm direito ao auxílio emergencial. Esse auxílio é relacionado ao mínimo existencial, por isso é fundamental que as pessoas consigam acessar esse benefício. Infelizmente, percebe-se que o programa foi pensado olvidando a situação das pessoas realmente hipervulneráveis, como pessoas em situação de rua e diversos grupos que não têm acesso a um telefone celular para requerer o benefício. No mesmo sentido, esse programa foi pensado, claramente, para nacionais e não observou as particularidades que migrantes possuem, principalmente em relação à documentação. A Defensoria Pública da União em São Paulo, observando essa situação, ingressou com uma ação civil pública com pedido de tutela de urgência contra a Caixa Econômica Federal e o Banco Central do Brasil para que migrantes, independentemente da situação migratória, consigam obter pagamento do auxílio emergencial apresentando qualquer documento de identidade, ainda que com prazo de validade vencido. Até o momento, infelizmente, não foi proferida decisão judicial na ação civil pública (CONECTAS, 2020).

Destaca-se que para amenizar a situação, organizações não governamentais estão colaborando, além de ter um Projeto de Lei nº 2699/2020 em andamento, que busca a concessão de residência para os migrantes indocumentados no Brasil, que são muito atingidos nesta pandemia, tendo como base a finalidade humanitária decorrente de calamidade pública e graves impactos socioeconômicos, além de existência de serviços públicos que aceitem a documentação que o migrante possui, transformando o estar ou não regular em algo pequeno face às necessidades e direitos dos migrantes (CONECTAS, Crise da Covid, 2020).

Portanto, a fim de promover a inclusão e proteção humanitária, garantindo a plena cidadania dos migrantes, na condição de titulares de direitos humanos, é evidente que há de se consolidar o exercício pragmático no cotidiano e realidades locais, por meio de políticas efetivas que afastem as condições de desumanidade, pela percepção de humanidade que todo e qualquer ser humano ostenta, seja no exercício dos direitos sociais, dos direitos civis e nas imposições legais que lhes são dirigidas para terem efetividade.

2. Empresas e a proteção ao trabalho da pessoa migrante frente a crise sanitária

“*We asked for workers. We got people instead*”⁴⁰⁴. Essa famosa frase do escritor suíço Max Frisch se refere ao resultado da política de facilitação e atração de mão-de-obra estrangeira (*guestworkers*), especialmente italiana, adotada pelo governo Suíço nos anos 1960, e que posteriormente gerou conflitos pelas limitações impostas pelo Estado aos postos de trabalho ocupados pelos migrantes e também entre os suíços, chegando ao ponto de ser criado um partido “anti-italiano” em 1963 (LISPERGUER, 2016).

A frase sintetiza de modo claro o núcleo duro de algumas questões que surgem em um mundo hoje profundamente globalizado, sobretudo em relação ao mercado, conectado por tecnologias que avançam em ritmo acelerado, em que mercadorias chegam às portas das casas das pessoas vindas de diversos países, mas a mobilidade humana ainda é vista como um “problema” a ser enfrentado.

Isso porque, conforme elucida Sayad (1998), a pessoa migrante historicamente é considerada - seja por Estados, seja por empresas e demais atores da sociedade civil, essencialmente como uma força de trabalho provisória, revogável a qualquer momento (SAYAD, 1998, p. 55).

O trabalho é, segundo essa visão, a condição de existência do migrante internacional na sociedade de destino. Não se trata, porém, de qualquer trabalho. É o trabalho disponível no “mercado de trabalho para imigrantes”, que, quando desaparece, leva consigo a justificativa da própria existência desse indivíduo, afinal:

(...) um imigrante só tem razão de ser no modo provisório e com a condição de que se conforme ao que se espera dele; ele só está aqui e só tem sua razão de ser pelo trabalho; porque se precisa dele, enquanto se precisa dele, para aquilo que se precisa dele e lá onde se precisa dele. (SAYAD, 1998, p. 55).

No cálculo entre vantagens e custos, o ideal seria que o migrante internacional fosse pura máquina, trabalhador no momento de demanda por trabalho migrante, e que partisse assim que a demanda se encerrasse. Mas como nem mesmo o migrante, que só

⁴⁰⁴ “Nós pedimos trabalhadores, mas recebemos pessoas” (tradução livre).

tem existência reconhecida na condição de trabalhador, é só força mecânica, “é forçoso conceder-lhe um mínimo”, isto é, aquilo que é essencial para que essa existência se concretize: alojamento (precário), tratamento de saúde (rápido e barato), convívio familiar (sob certas condições e dentro de limites claros), igualdade de salário, etc., (SAYAD, 1998, p. 58).

Também no Brasil essa é uma realidade vivida pelas pessoas migrantes, para as quais a dimensão do trabalho é ainda hoje central, já que boa parte dos fluxos recentes de pessoa migrantes com destino ao Brasil estão inseridas no processo de mobilidade mundial enquanto alternativa aos trabalhadores “para venda de sua força de trabalho na busca por melhores condições de vida”, mesmo que a irregularidade e/ou a submissão a condições de trabalho extremamente precárias sejam a “forma possível de permanência” no país de destino (PAULA, 2015, p. 177). Como elucida Villen (2015), em nosso país:

É o trabalho precário, no campo e na cidade, ora flexibilizado, sujeito às marcas de concentração de renda e de desigualdades “de raça” (Alfonso et. al., 2013), à divisão sexual do trabalho (Gonçalves, 2013) também imperante e às instabilidades de uma economia propriamente periférica que, em primeiro lugar, condiciona a estruturação dos imigrantes no Brasil, seja ela por curto ou por longo período (VILLEN, 2015, p. 143).

Desta forma, a perspectiva do trabalho está diretamente relacionada às condições de vida que muitos migrantes experimentam no Brasil, sobretudo em relação ao acesso a direitos sociais básicos como trabalho decente, saúde, educação e moradia (VILLEN, 2015).

Por essa razão é que se torna essencial refletir sobre a inserção dos migrantes no mercado de trabalho brasileiro, quais as características desse fenômeno e de que maneira as empresas empregadoras podem contribuir para a proteção dos direitos sociais dos migrantes, em especial em um momento de crise generalizada, como a vivida mundialmente a partir da eclosão do COVID-19 e que, conforme já mencionado, prejudica de forma especial a população migrante.

Como visto, a presença migrante no Brasil, apesar de não apresentar um grande percentual quando considerada proporcionalmente à população brasileira, tem se estabelecido progressivamente no país e hoje ocupa diversos setores do mercado de trabalho formal⁴⁰⁵.

Nos termos sintetizados por Camargo (2018), segundo dados do *Relatório Anual de 2015* (OBMIGRA, 2015), entre os anos de 2000 e 2014, o Brasil contabilizou aproximadamente 830 mil imigrantes registrados na Polícia Federal, distribuídos a partir de seus “status” jurídicos: “320 mil permanentes, 485 mil temporários, 14 mil provisórios, 10 mil fronteiriços, 3,5 mil em outra situação, no caso, refugiados tramitando o status para permanente, e somente 3 asilados” (OBMIGRA, 2015).

O perfil apresentado então era de uma população predominantemente masculina (quase o dobro de homens para mulheres), mas com uma crescente feminização durante o período observado. Em relação à movimentação dos trabalhadores migrantes formalmente empregados no Brasil, a quantidade de vínculos empregatícios formais passou de 69.015, em 2010, para 155.982, em 2014, o que representou um crescimento de 126,01% nesse período, apontando um aumento contínuo do contingente de migrantes no trabalho formal no país durante o primeiro quinquênio da presente década e, por conseguinte, *a existência de uma demanda pela mão de obra migrante*. A principal nacionalidade no mercado de trabalho formal era a haitiana.

O relatório de 2015 indica, ainda, que as principais ocupações de estrangeiros no Brasil em 2014 eram relacionadas à cadeia produtiva do agronegócio, em especial no setor frigorífico (alimentadores de linha de produção, açougueiro, abatedor, etc.), além das categorias ligadas à construção civil (servente de obras, pedreiro) e setor de serviços (faxineiro, cozinheiro geral, reposito de mercadorias, vendedor de comércio varejista e montador de estruturas metálicas). Trata-se de ocupações caracterizadas por jornadas de

⁴⁰⁵ Utilizaremos como referência os relatórios publicados pelo Observatório de Migrações (OBMigra) em colaboração com o Ministério de Relações Exteriores no período de 2015 a 2019. Algumas das ressalvas feitas nos relatórios indicam elementos importantes a serem considerados na análise desses dados, dentre os quais se destacam: o fato de que nem todas as pessoas registradas junto à Polícia Federal estão entre a População por Idade Ativa (PIA); o exercício de atividades laborais informais ou que não são captadas pela Relação Anual de Informações Sociais, em especial as trabalhadoras domésticas, babás, autônomos, donos de empresas, freelancers, entre outras atividades; a questão da migração de retorno aos países de origem ou mudança de país de assentamento sem que se dê baixa no sistema da Polícia Federal e o fato de que as bases do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) não contemplam programas específicos de migração qualificada e organizada, como foi o Programa Mais Médicos.

trabalho intensivas, alto grau de risco à saúde do trabalhador e, de forma geral, pela alta exploração e precariedade, com remunerações que não ultrapassam R\$1.329,00 (mil trezentos e vinte e nove reais).

O *Relatório Anual de 2017* do OBMigra (OBMIGRA, 2017), reforçando as conclusões indicativas do relatório de 2015, mostra a persistência dos novos fluxos migratórios - formados principalmente por pessoas do Sul global, compondo uma mão de obra absorvida pelo Brasil “em diferentes setores produtivos da economia”, prioritariamente no setor frigorífico e presente de forma mais destacada na região Sul do país.

O protagonismo dos haitianos como a principal nacionalidade no mercado de trabalho formal brasileiro também foi reforçado, uma vez que se consolidou desde 2010 até 2017, superando até mesmo migrações clássicas, como a dos portugueses, e comprovando a demanda persistente pela mão de obra migrante no país.

Quanto à caracterização da inserção laboral dos migrantes internacionais no mercado de trabalho formal brasileiro, o relatório do OBMigra retrata que de 2010 a 2015, o número geral de migrantes no mercado manteve uma tendência positiva, o que significa que “até o ano de 2015 houve uma progressiva absorção da mão de obra estrangeira no mercado de trabalho formal brasileiro” (OBMIGRA, 2017).

O *Relatório Anual de 2018 sobre Migrações e Mercado de Trabalho no Brasil* (OBMIGRA, 2018), analisando a série histórica 2010-2017, aponta que em 31 de dezembro de 2017, haviam 122.069 migrantes empregados no mercado de trabalho formal brasileiro e o setor que mais empregou imigrantes no Brasil no período foi o grupo ocupacional da produção de bens e serviços industriais, especialmente as ocupações relacionadas com o final da cadeia produtiva do agronegócio (setor de frigorífico e áreas afins).

Na série analisada, os haitianos ocuparam a primeira posição no mercado de trabalho formal e nacionalidade com maior número de migrantes registrados no Brasil. Contudo, a partir de 2017 os venezuelanos ganharam destaque nos registros de movimentação no mercado de trabalho formal, tornando-se no primeiro semestre de 2018, a segunda nacionalidade com maior movimentação no mercado.

O *Relatório Anual* mais recente (OBMIGRA, 2019), analisando as movimentações de migrantes no mercado formal de trabalho no ano de 2018 e primeiro semestre de 2019 reiteram o diagnóstico do ano anterior no que diz respeito à nacionalidade haitiana ocupar o primeiro lugar no mercado de trabalho formal.

Além disso, a análise conclui que “Entre 2011 a 2018, foram registrados 492,7 mil imigrantes de longo termo, com os haitianos (106,1 mil) representando 21,5%” (OBMIGRA, 2019), dado que reflete a contínua absorção de mão de obra migrante pelo mercado de trabalho brasileiro, tendência mantida no primeiro semestre de 2019.

Como visto, os dados levantados apontam a presença migrante no mercado de trabalho formal brasileiro como um fenômeno real que, pelo menos nos últimos dez anos, em geral avançou progressivamente, o que denota a demanda continuada pela mão de obra das pessoas migrantes no Brasil, com ênfase na cadeia produtiva final do agronegócio, notadamente no setor dos frigoríficos.

Com a eclosão da pandemia de COVID-19 no Brasil no início de março de 2020, assim como observado em outros países do mundo (OIT, 2020a), os efeitos socioeconômicos da crise sanitária foram imediata e profundamente sentidos pela população migrante no país, causando impactos diretos na subsistência das famílias migrantes e impulsionando inclusive migrações de retorno aos países de origem (RODRIGUES; ALMEIDA, 2020). Isso porque, como a Organização Internacional do Trabalho destaca:

Migrant workers are often over-represented in some of the sectors hardest hit by the crisis (hospitality, domestic work), while at the same time they also face more health-related risks as they often carry out essential jobs such as in health care, agriculture and agro-food processing” (OIT, 2020).⁴⁰⁶

Trabalhando em diversos setores essenciais, vivendo em moradias superlotadas ou até mesmo em casas de acolhida, tendo em vista a dificuldade de encontrar moradias com preços acessíveis e que ao mesmo tempo permitam a remissão de valores a familiares

⁴⁰⁶ Tradução livre: “Os trabalhadores migrantes são frequentemente super-representados em alguns dos setores mais afetados pela crise (hospitalidade, trabalho doméstico), enquanto ao mesmo tempo enfrentam mais riscos relacionados à saúde, pois geralmente realizam trabalhos essenciais, como na área da saúde, agricultura e processamento agroalimentar” (OIT, 2020).

nos países de origem, a população migrante foi profundamente afetada pela crise sanitária.

No caso específico dos trabalhadores migrantes do setor frigorífico, esses impactos foram ainda mais sensíveis, dadas as características próprias da organização da produção nesse ramo: espaços fechados, extremamente refrigerados e úmidos, com trabalhadores lado a lado em turnos ininterruptos de serviço.

Em toda a região Sul do país, que concentra aproximadamente metade dos 500 mil trabalhadores de frigoríficos do Brasil, já são 11.500 casos de COVID-19 confirmados em 104 fábricas. Somente em Santa Catarina, foram contabilizados 3.132 diagnósticos positivos entre trabalhadores de 31 frigoríficos, com pelo menos 50 hospitalizações e duas mortes — uma delas, a de um haitiano de 48 anos que vivia em Xaxim (SC), conforme as informações do Ministério Público do Trabalho (MOTA, 2020).

Como relatado por Mota (2020), representantes dos órgãos responsáveis pela vigilância em saúde em Santa Catarina afirmam que algumas empresas do setor têm sido resistentes em adotar as medidas recomendadas para evitar o contágio nas fábricas, tais como detecção de novos casos e aplicação de isolamento social, distanciamento dos trabalhadores na produção e adequação dos turnos para diminuir as aglomerações. Essa postura, além de colocar em risco o conjunto dos trabalhadores, pode também prejudicar a imagem das próprias empresas, já que pode implicar na suspensão de importações brasileiras pela violação de normas sanitárias em um contexto tão delicado de disseminação global do novo coronavírus.

Mota (2020) relata, ainda, dimensões concretas dos desafios vividos pelos migrantes contaminados pela doença, como foi o caso de um haitiano, trabalhador do setor frigorífico que, morando em Xaxim (SC), contraiu o COVID-19 e somente conseguiu compreender que estava com a doença quando uma outra migrante, funcionária de um hotel, também haitiana, traduziu o quadro clínico comunicado pelos médicos e o ajudou a entrar em contato com sua família, ainda no Haiti. O migrante terminou por falecer em razão das complicações da doença e, com o apoio de sua “tradutora” informal, um parente residente na região pôde ser comunicado do óbito.

O cenário retratado por este episódio denota como os desafios gerais colocados pela crise sanitária se relacionam com características específicas das populações migrantes e dos setores econômicos que têm absorvido sua mão-de-obra, tornando necessária uma ação articulada entre os diversos atores sociais - Estados, empresas e outras instituições, para construção de ferramentas que protejam os direitos sociais das pessoas migrantes e, no caso das relações de trabalho, garantam as condições para um trabalho digno.

Com essa preocupação em mente, órgãos internacionais têm apresentado diretrizes essenciais para a proteção do trabalho migrante e do acesso aos direitos sociais como um todo, a serem adotadas especialmente pelas empresas que empregam pessoas migrantes.

Inicialmente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) lançou o documento *Social protection for migrant workers: a necessary response to the covid-19 crisis*⁴⁰⁷ (OIT, 2020b), em que propõe, no curto prazo, a necessidade de se assegurar que todos os trabalhadores migrantes e suas famílias tenham acesso à saúde e à proteção da renda, condições adequadas de trabalho e moradia, incluindo o cumprimento de medidas de saúde do trabalho e acesso às informações relevantes sobre o novo coronavírus.

Do ponto de vista das medidas de médio e longo prazo, a OIT aponta a centralidade da expansão da proteção social aos migrantes e suas famílias por meio do desenvolvimento e fortalecimento de sistemas nacionais e universais de proteção social, incluindo um piso mínimo de proteção e o estabelecimento de acordos a respeito da seguridade social (direitos à saúde, previdência e assistência social) e das relações de trabalho (OIT, 2020b).

Trata-se de diretrizes que impõem o aprofundamento de questões já discutidas neste artigo, sobretudo quanto ao acesso das pessoas migrantes a direitos sociais como a saúde, a assistência social, dentre outros, mas em caráter geral, isto é, considerando a elaboração de políticas de longo prazo que abarquem essas realidades.

Entretanto, mesmo no âmbito dessas orientações mais estruturais, encontra-se em o papel das empresas de garantir aos trabalhadores migrantes condições adequadas de

⁴⁰⁷ Em uma tradução livre: “Proteção social para trabalhadores migrantes: uma resposta necessária à crise do COVID-19”.

trabalho, capazes de viabilizar a proteção à saúde dessas pessoas, bem como o acesso a informações relevantes, o que por vezes representa um desafio próprio à população migrante, em razão das dificuldades com o idioma.

Ainda com foco nas relações de trabalho e no papel das empresas e empregadores na proteção dos trabalhadores migrantes durante a crise sanitária, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) elaborou documento específico (OIM, 2020), com orientações voltadas aos empregadores para:

(...) para aprimorar sua resposta à crise atual de saúde causada pela COVID-19 e, em particular, oferecer orientação para a definição de medidas de proteção efetivas para os trabalhadores migrantes nas operações e cadeias de suprimentos de empregadores. (OIM, 2020)

No documento consta uma série de diretrizes, desde afirmações gerais sobre a necessidade de tratamento igualitário, digno e respeitoso aos trabalhadores independentemente de gênero e situação migratória como uma prioridade para empregadores no curso da crise sanitária, até orientações específicas a respeito do fornecimento de equipamentos de proteção individuais adequados, higienização, manutenção de ambulatórios e equipe de saúde de trabalho preparados para atendimento dos trabalhadores.

A OIM também chama atenção para o fato de que os trabalhadores migrantes podem “enfrentar altos níveis de estresse e ansiedade relacionados à COVID-19” (OIM, 2020) em razão da distância de suas famílias e comunidades de origem e ao isolamento social, já que estão desprovidos em boa parte de sua rede de apoio. Além disso, alerta para o temor recorrente entre os migrantes de que podem ser deportados “se perderem seus empregos e permissões de trabalho ou se contraírem o vírus”.

Em face desse cenário, a OIM incentiva os empregadores a reconhecer essas especificidades e tomar medidas para mitigar essas circunstâncias, tais como: a realização de “atividades de apoio psicossocial no ambiente de trabalho, encaminhamentos para serviços de aconselhamento e linhas diretas (hotlines)” (OIM, 2020); a facilitação do contato com serviços consulares, organizações da sociedade civil e redes de apoio locais; e o acesso a informação segura e de qualidade a respeito da pandemia e comunicação com familiares.

Quanto à saúde e a proteção social como um todo, a OIM reforça a importância da cobertura universal de saúde e, no que diz respeito às empresas, sugere medidas para “minimizar barreiras linguísticas comuns” (OIM, 2020), como por exemplo fornecer tradutores para acompanhamento em visitas médicas ou hospitalares, bem como acesso às linhas gratuitas de atendimento com profissionais médicos, quando isto for uma opção.

Ainda no que toca às relações de trabalho, a OIM reafirma a importância de que os empregadores continuem a respeitar e garantir os direitos “humanos e laborais dos trabalhadores migrantes”, cumprindo todas as normas aplicáveis, inclusive as de natureza coletiva. Há um destaque dado para o cumprimento das jornadas de trabalho de maneira regular, haja vista a condição particular dos migrantes que, por vezes receosos das consequências, temem em negar a realização de jornadas excessivas.

Outro ponto relevante das recomendações feitas pela OIM centra-se sobre o combate à xenofobia e à exclusão social dos trabalhadores migrantes, tema que pode ser enfrentado pelos empregadores a partir de treinamentos e campanhas de conscientização, e a criação de mecanismos de comunicação para que trabalhadores possam relatar episódios dessa natureza e empresa, por sua vez, possa agir para corrigir a situação.

Por fim, dentre as várias questões discutidas no documento da OIM, ressalta-se o papel da comunicação entre empresas e trabalhadores e do acesso às informações de qualidade, para viabilizar um diálogo contínuo e mitigar as difíceis circunstâncias vivenciadas durante a crise atual.

Analizando o quadro de orientações aqui comentadas, nota-se a importância das ações e políticas adotadas pelas empresas que empregam mão de obra migrante no contexto das relações de trabalho e seu papel na mitigação dos efeitos da crise sanitária sobre as condições de vida dos migrantes, sobretudo no que tange à efetivação de seus direitos sociais.

Essas ações, porém, devem ser inseridas no quadro mais geral da efetivação dos direitos das pessoas migrantes, tutelados pela Constituição Federal e pela Nova Lei de Migração, de modo que associadas a políticas de longo prazo e à ação do Poder Judiciário, possam extrapolar o contexto da crise sanitária atual e serem transformadas em medidas sólidas e continuadas de concretização dos direitos dos migrantes no âmbito da relação de trabalho.

Conclusão

A Nova Lei de Migração trouxe avanços importantes à mobilidade urbana no Brasil. Os imigrantes têm a seu favor um rol extenso de direitos, dentre os quais, o direito de acesso aos serviços de saúde, direito à assistência social, direito ao trabalho digno. No entanto, a concretização destes direitos, que já possuía certos entraves antes da pandemia, deflagrou um maior desafio durante a atual crise sanitária.

É possível perceber que tais desafios não são exclusivos dos poderes públicos. Certos atores privados, dada sua evidente responsabilidade social, têm o dever de garantir um padrão mínimo de dignidade através de direitos laborais mínimos aos trabalhadores e, é claro, que o desafio é maior quando há a presença de trabalhadores imigrantes.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar a importância de ações integradas entre os diversos atores para garantir a proteção social e acesso a direitos. Também, neste sentido, segundo a OIT, o respeito às normas internacionais de trabalho e tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo no que dizem respeito à igualdade de tratamento, desempenham um papel essencial na mitigação dos efeitos da Pandemia.

Referência Bibliográficas

CAMARGO, Amanda de Souza. Política migratória brasileira e as condições de trabalho dos migrantes internacionais: a produção da "ilegalidade". 2018. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito e Relações Internacionais, Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo, 2018.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; TONHATI T.; DUTRA. D., A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho brasileiro. Relatório Anual 2015. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho e Previdência Social/Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2015. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/obmigra/home.htm>>. Acesso em 17/07/2020.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; ARAÚJO, D., TONHATI, T., A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho brasileiro. Relatório Anual 2017. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2017. Disponível em: <http://obmigra.mte.gov.br/index.php/>. Acesso em 17/07/2020.

CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M. Resumo Executivo. Relatório Anual 2018. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2018. Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes-obmigra/resumo-executivo2018.pdf>>. Acesso em: 10/07/2020.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança pública/Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra 2019. Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>>. Acesso em: 10/07/2020.

CONECTAS. Crise da Covid-19: migrantes sofrem para terem acesso a direitos no Brasil. Entidades apontam regularização emergencial como medida para diminuir

vulnerabilidade. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/crise-da-covid-19-migrantes-sofrem-para-terem-acesso-a-direitos-no-brasil>>. Acesso em: 26/07/2020.

CONECTAS. Entrevista: Migração e refúgio no contexto da pandemia. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/entrevista-migracao-e-refugio-no-contexto-da-pandemia>>. Acesso em: 26/07/2020.

DE ALMEIDA, Guilherme Assis. A Proteção da Pessoa Humana no Direito Internacional. CONflitos Armados, Refugiados e Discriminação Racial. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris I: teoria del diritto. Roma-Bari Laterza, 2007.

LISPERGUER, Karen Contreras. We asked for workers, but we got labor instead: Modelling labor market effects of migration. 2016. 82 f. Dissertação (Mestrado), Department Of Economics, Universitetet I Oslo, Oslo, 2016. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/52453/Masteroppgave_final_karen-contreras-Lisperguer_-01-06-2016.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17/07/2020.

MOTA, Camilla Veras. Covid-19 se alastra em frigoríficos e põe brasileiros e imigrantes em risco. BBC News Brasil. São Paulo, p. 1-16. 22 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53477319>. Acesso em: 24/07/2020.

MPF. PFDC defende inconstitucionalidade de lei que restringe atendimento de saúde a migrantes e refugiados em Roraima. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/noticias/pfdc-defende-inconstitucionalidade-de-lei-que-restringe-atendimento-de-saude-a-migrantes-e-refugiados-em-roraima>>. Acesso em: 26/07/2020.

OIM. COVID-19: Orientação para empregadores e empresas para aprimoramento da proteção dos trabalhadores migrantes durante a crise atual de saúde. 2020. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/default/files/Publications/COVID%2019%20Orienta%C3%A7%C3%B5es%20para%20empregadores%20e%20empresas.pdf>. Acesso em: 24/07/2020.

OIT. Para trabalhadores e trabalhadoras migrantes, a COVID-19 representa uma "crise dentro de uma crise". 2020. Disponível em:

https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_749111/lang--pt/index.htm. Acesso em: 24/07/. 2020.

OIT. Social protection for migrant workers: a necessary response to the covid-19 crisis. Genebra: Oit, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/Brochures/WCMS_748979/lang--en/index.htm. Acesso em: 15/07/2020.

REPÓRTER BRASIL. Migração como direito humano: rompendo o vínculo com o trabalho escravo. São Paulo, 2016. (Escravo, nem pensar!). Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/wp-content/uploads/2018/06/caderno_migracao_web.pdf>. Acesso em: 16/07/2020.

REPÓRTER BRASIL. Migração: O Brasil em Movimento. São Paulo, 2017. (Escravo, nem pensar!). Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/wp-content/uploads/2017/10/caderno-migracao-22_08_17-baixa.pdf>. Acesso em: 16/07/2020.

RODRIGUES, Artur; ALMEIDA, Lalo de. Sem comida, estrangeiros de SP pulam refeições e já voltam para seus países. Folha de São Paulo. São Paulo, p. 1-5. 12 abr. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/semp-comida-estrangeiros-de-sp-pulam-refeicoes-e-ja-voltam-para-seus-paises.shtml?fbclid=IwAR0Bot0v4Kb6tAD_0PUZVQ6FjdQj3hBEAhB-6hCiKc0n7k72QCL0xKDPxT0%3Floggedpaywall&origin=folha. Acesso em: 13 jul. 2020.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Malheiros: São Paulo, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário (RE) 587970, 2017.

UNHCR ACNUR. Agencia da ONU para Refugiados. Resposta Humanitária no Brasil se intensifica diante a crescente chegada de venezuelanos. Disponível em: <

<https://www.acnur.org/portugues/2018/04/06/resposta-humanitaria-no-brasil-se-intensifica-diante-a-crescente-chegada-de-venezuelanos/>. Acesso em: 20/06/2020.

VILLEN, Patrícia. Imigração na modernização dependente: “braços civilizatórios” e a atual configuração polarizada. 2015. 304 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/281241/1/Villen_Patricia_D.pdf>. Acesso em: 19/07/2020.

O IMPACTO DA PANDEMIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DA LEI FEDERAL nº 14.034/20 (ANTIGA MEDIDA PROVISÓRIA nº 925)

THE IMPACT OF THE PANDEMIC ON CONSUMER RIGHTS UNDER FEDERAL LAW nº 14,034/20 (FORMER PROVISIONAL MEASURE nº 925)

*Rafael Quaresma Viva*⁴⁰⁸

Resumo: o presente artigo analisa o impacto e os reflexos da pandemia nas relações jurídicas de consumo, mais precisamente em um segmento específico do mercado consumidor – o do transporte aéreo de passageiros. Correlacionando o direito empresarial ao direito do consumidor e, ambos, ao atual cenário pandêmico que atravessamos, o texto enfatiza a necessidade de proteção da vida e da saúde dos consumidores, sem esquecer da questão econômica dos fornecedores. A análise da novel legislação é feita considerando o microssistema protetivo criado em prol do consumidor e, consequentemente, ponderando as limitações daí advindas, para, então, apontar, ao final, se tivemos avanços ou retrocessos neste particular.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Transporte aéreo. Pandemia. Lei Federal nº 14.034/20. Alternativas.

* Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Professor universitário e de pós-graduação de Direito do Consumidor. Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/Santos. Membro do BRASILCON.

Abstract: this article analyzes the impact and reflexes of the pandemic on legal consumer relations, more precisely in a specific segment of the consumer market - that of passenger air transport. Correlating business law to consumer law and both to the current pandemic scenario that we are going through, the text emphasizes the need to protect consumers' lives and health, without forgetting the economic issue of suppliers. The analysis of the new legislation is made considering the protective microsystem created in favor of the consumer and, consequently, considering the limitations that arise therefrom, to then point out, in the end, if we had advances or setbacks in this particular.

Keywords: Consumer law. Air transport. Pandemic. Federal Law nº 14,034/20. Alternatives.

Introdução

Sabemos que o Direito do Consumidor tem como ponto de partida a Constituição Federal de 1988⁴⁰⁹. E é na Carta Magna que este microssistema criado para regular um tipo específico de relação jurídica tem sua interface com outros ramos do direito, em especial o direito econômico⁴¹⁰ e, como corolário, o direito empresarial.

A legislação infraconstitucional se encarrega de aproximá-los, pelos mais variados fundamentos. E é bom que assim seja, afinal, modernamente, não se pode conceber uma análise isolada de um ramo do direito apenas. Até porque sob o viés do direito econômico, o direito do consumidor se relaciona com o direito empresarial e vice-versa.

Sem dúvida, atualmente, vivemos um dos maiores desafios para o direito enquanto ciência – por força da pandemia – e isso não é diferente para as áreas abordadas nesse artigo. Aliás, dentre as mais impactadas seguramente estão as do direito do consumidor e do direito empresarial⁴¹¹.

A pandemia da Covid-19 fez da incerteza um sentimento generalizado em indivíduos e organizações. Uma crise sanitária sem precedentes, aliada à globalização acentuada, permitiu sua exponencial evolução, que dificulta, em muito, a tentativa de se traçar uma previsão quanto aos seus efeitos.

Este desafio, agravado também pela incerteza da sua duração, começou a fazer com que se enxergasse na pandemia a ideia de que a vida jamais seria como antes. Dito de outro modo, a Covid-19 seria um divisor de águas, o antes e o depois da sua ocorrência. Palavras como ‘quarentena’, ‘isolamento social’, ‘achatar a curva’ passaram a fazer parte do nosso vocabulário; até termos em inglês, como *lockdown*, passaram a integrar o nosso cotidiano. Com isso, expressões como ‘novo normal’, ‘reinventar-se’, dentre outras, ganharam destaque, em razão de novos hábitos e expectativas.

⁴⁰⁹ Art. 5º, inciso XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁴¹⁰ Art. 170, V, CF.

⁴¹¹ A elaboração de leis nesse sentido, como a do Regime Jurídico Emergencial e Transitório (Lei nº 14.010/20), dentre outras, é um exemplo.

Essa visão não é unânime. Vitor Cabral Fonseca adverte:

Isso não significa, entretanto, que devemos encarar a realidade como um ‘novo normal’, como tem sido amplamente defendido. Primeiro, porque o termo é impreciso em sua origem: uma sociedade em ininterrupta transição, como a que vivenciamos atualmente, vive um ‘novo normal’ a cada segundo. Segundo, e mais importante: assumindo que há um marco a.c. e um d.c. (antes e depois do coronavírus), falar em ‘novo normal’ significa admitir que não evoluímos nada até agora e, mais sério ainda, que após a pandemia teremos um estado de inércia associado a uma sensação de normalidade⁴¹².

Para nós, porém, o impacto, o alcance e os reflexos que a pandemia está gerando – e ainda gerará –, isto sim é comum a todos e aponta a necessidade de se criarem alternativas para mitigar os efeitos de tal situação excepcional.

Alteramos o modo de nos relacionarmos, de trabalharmos e, quanto aos consumidores, estes mudaram a forma de adquirirem produtos e serviços.

A pandemia representa uma situação atípica na relação contratual e de consumo, motivo pelo qual por bom senso e por questão de saúde pública, houve o cancelamento de viagens, de congressos, de shows, de festas e dos mais variados eventos que possam implicar em aglomeração de pessoas.

A intenção em se assegurar os bens mais valiosos, no caso a vida⁴¹³ e a saúde⁴¹⁴, exigiu que regras fossem criadas com vistas a tentar pacificar – e uniformizar – as respostas que eram necessárias para solucionar os impasses criados.

1. A edição da Medida Provisória nº 925, de 18 de março de 2020

Dentre as novas regras, podemos citar as Medidas Provisórias (MP) nº 925/20 e 948/20, convertidas, respectivamente, nas Leis Federais nº 14.034, de 05 de agosto de 2020 e 14.046, de 24 de agosto de 2020, a primeira dispende sobre as medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19 e a segunda que trata do cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de

⁴¹² <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/fonseca-normal-direito-pos-covid-19>, acessado em 24/07/2020.

⁴¹³ Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

⁴¹⁴ Art. 196 da Constituição Federal.

turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19.

Parece-nos claro que ao baixar as medidas provisórias a ideia inicial era a de tentar harmonizar os interesses das partes, como se fosse possível evitar a assunção de prejuízo exclusivamente por uma delas, apenas.

Aqui, faremos exclusivamente a análise da Lei nº 14.034/20, resultado da MP nº 925, mais conhecida como MP do transporte aéreo. A princípio, o foco da MP era disciplinar o reembolso e a remarcação de passagens de voos cancelados durante a pandemia, sem extremar a solução que viesse a ser idealizada.

Até porque, com o aumento de demandas envolvendo esse segmento específico do mercado de consumo, era mesmo necessário que se criasse um regramento com vistas a disciplinar a solução a ser dada ao caso em questão.

Alguns podem indagar se já não tínhamos lei para resolver situações como esses. Ora, o Código Civil, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o próprio Código de Defesa do Consumidor já existiam antes da pandemia e estão em pleno vigor enquanto passamos por ela. Por que, então, se criar mais leis, como a edição da referida MP?

Podemos responder a esta indagação primeiramente dizendo que as leis já existentes não pressupunham uma situação tão aguda e extrema como a desencadeada pelo coronavírus, cujos efeitos, como dito, têm características especiais: atingem múltiplas relações jurídicas; não foi criado ou causado por uma das partes; alcançam todos os sujeitos da relação; isto para citarmos as consequências mais comuns.

Dito de outro modo, as leis postas, por não imaginarem a possibilidade real e concreta de acontecer um cenário de pandemia como o que atravessamos – com severas restrições às atividades em geral – não se preocuparam em disciplinar os efeitos de sua ocorrência, tampouco de responder às consequências da sua existência.

De fato, pensamos que não seria razoável aplicarmos as alternativas anteriormente previstas em lei para o momento atual. As respostas tradicionais para caso fortuito e força maior não eram adequadas, além de não serem suficientes para resolver o

conflito gerado pela pandemia, em razão das particularidades e especificidades retro apontadas.

Portanto, entendemos que era mesmo necessária a criação de regras aptas a produzirem efeitos nesse momento excepcional e, por conta da relevância e urgência, a ferramenta mais adequada para isso seria a edição de medidas provisórias.

Contudo, na nossa visão, o problema não está em se baixar as MP's – necessárias que eram – mas no curso que tomou o seu processamento. É que durante o processo legislativo da MP nº 925, outros assuntos que não guardam a mínima relação com a pandemia (fundamento inicial da medida) foram inseridos no seu texto, descaracterizando-o, como, por exemplo, as alterações da Lei nº 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). Ou seja, utilizou-se de uma situação excepcional para se resolver antigos e velhos problemas destes específicos fornecedores.

Comecemos pelo artigo 4º da MP, que virou o art. 4º da Lei nº 14.034/20 e incluiu o art. 251-A no CBA, cuja redação diz que “a indenização por dano extrapatrimonial em decorrência de falha na execução do contrato de transporte fica condicionada à demonstração da efetiva ocorrência de prejuízo e de sua extensão pelo passageiro ou pelo expedidor ou destinatário da carga”.

O relator, Senador Eduardo Gomes (MDB-TO), que também acumula a função de líder do governo no Congresso, disse que a MP tem o objetivo de promover um alívio imediato no fluxo de caixa das empresas do setor de aviação civil. Segundo ele, com a crise gerada pelo coronavírus, a demanda por voos domésticos caiu 93% e a de voos internacionais, 98%⁴¹⁵.

Não se nega, porquanto notório, que o setor da aviação civil seja um dos mais atingidos. Da mesma maneira, sabemos que a perda de receita (admitindo-se os patamares indicados acima) não implica na mesma proporção em redução similar de despesa, ou seja, haverá um déficit no caixa das empresas. Todavia, o que se vê, na verdade, é a proteção desarrazoada destes prestadores de serviços e em detrimento dos consumidores, que também estão sendo tão ou mais impactados pelas consequências da pandemia do

⁴¹⁵ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-aprova-mp-de-ajuda-ao-setor-aereo>, acessado em 26/07/2020.

que os fornecedores. Ou, dito de outro modo, o que se vê é a proteção destes fornecedores às custas de um sacrifício desproporcional dos consumidores⁴¹⁶.

Não se pode esquecer, como dito, que a redação original da MP já tratava da questão de forma enviesada, na medida em que instituía uma espécie de moratória às aéreas em relação aos seus consumidores. Tanto que estipulava um prazo para devolução dos valores pagos por um serviço não prestado, mas nada mencionava acerca da necessidade de correção dessa quantia, o que, de início, já acarretava um prejuízo ao consumidor.

Esse ponto, de fato, foi corrigido, mas ao custo da inclusão de outros tantos assuntos que, repita-se, nada têm a ver com os efeitos ou reflexos da pandemia. Como demonstrado, a inserção do art. 251-A no CBA é prova disso e, também, da inequívoca força política que o segmento possui. Tudo isso, repita-se, às custas e em detrimento dos consumidores.

Analizando a redação do artigo em questão é possível perceber que esta nova regra bem dizer impossibilita o pleito de indenizações por danos morais por parte dos consumidores, decorrentes de falhas na prestação do serviço de transporte aéreo, independentemente dos fundamentos que venham a lastrear o pedido indenizatório.

Assim, um consumidor que teve o seu voo atrasado, cancelado ou a sua bagagem extraviado só fará jus a uma indenização se demonstrar a efetiva ocorrência de prejuízo (desaparecerá o dano *in re ipsa*) e de sua extensão. É de se perguntar: como isso seria feito no caso concreto? Em termos práticos, como o consumidor demonstraria a efetiva ocorrência de prejuízo e a sua extensão?

Parece-nos que o consumidor estaria diante de uma prova diabólica, como a doutrina costuma chamar aquelas de difícil produção por parte de um dos litigantes. Por isso que alguns juristas⁴¹⁷ enxergam nesse artigo de lei – a vingar a sua vigência – um retrocesso à proteção do consumidor no Brasil.

Infelizmente, essa desconstrução da proteção ao consumidor não vem de hoje e pode ser vista em muitas ações – e também omissões – de temas relevantes que

⁴¹⁶ Não se desconhece que muitos consumidores perderam seus empregos ou tiveram sua renda reduzida.

⁴¹⁷ Roberto Pfeiffer é um deles, *in* <https://www.youtube.com/watch?v=J6WmXmEvJGE>

repercudem no mercado de consumo. Não se está, aqui, generalizando, e dizendo que tudo é ruim ou contrário aos consumidores. Apenas o que se aponta – e se sustenta – é que existe esse movimento – natural ou não – por parte dos fornecedores, sobretudo os grandes. Podemos citar como uma recente ação, o artigo 8º da Lei nº 14.010/2018, que limitou o alcance do artigo 49 do CDC. Como omissão (proposital?), podemos apontar a demora na votação do PL nº 3515/15, mais conhecido como projeto do superendividamento.

Mas, voltando ao tema da Lei nº 14.034/20, como aplacar os efeitos do art. 251-A do CBA já em vigor? Pensamos que uma alternativa seria a de aplicarmos, com mais vigor, um dos direitos básicos conferidos ao consumidor, mais precisamente o estampado no art. 6º, inciso VIII, do CDC⁴¹⁹, que trata da inversão do ônus da prova.

No entanto, acreditamos que esse raciocínio só se mostra factível se concebermos a proteção ao consumidor como *status* de garantia fundamental indisponível. Não bastasse isso, o legislador ordinário, para que nenhuma dúvida remanescesse, já no seu artigo 1º do CDC, deixou clara a natureza jurídica das normas promulgadas: de *ordem pública* e de *interesse social*.

Esses qualificativos significam que no microssistema protetivo instituído pela Lei nº 8.078/90 não se facilita às partes optar ou não pela aplicação dos seus dispositivos, que, portanto, não podem ser afastados pela simples convenção dos interessados, exceto havendo autorização legal expressa⁴²⁰, como nas hipóteses de convenção coletiva (CDC, art. 107), em que se admite a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial. Isso implica dizer que se não se pode abrir mão da aplicação dos dispositivos, quanto mais dos direitos básicos conferidos aos consumidores.

Objetiva-se, com esse cunho inderrogável, preservar a seguridade das relações jurídicas, proporcionando um equilíbrio para que possa o consumidor se equiparar ao fornecedor, inviabilizando a obtenção de indevidas vantagens contratuais (ou, no caso da

⁴¹⁸ Art. 8º - “Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos”.

⁴¹⁹ VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

⁴²⁰ Arruda Alvim et alii. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 16.

Lei nº 14.034/20, legais). A norma passa a restringir a autonomia privada, retirando dos indivíduos algumas faculdades, visto que agora indisponíveis certos interesses tutelados, por isso suscetíveis de proteção jurídica além da vontade dos interlocutores.

É bem verdade que a lei passa a restringir a autonomia privada e não a vontade do legislador que, ressalvadas as limitações constitucionais (cláusulas pétreas), pode criar leis ou alterar as existentes, genericamente e, não raras às vezes, disciplinando de forma diversa os interesses dos consumidores.

Por isso voltamos à indagação inicial. Essa alteração no CBA, feita por MP convertida em lei, seria possível? Sinceramente, como já demonstrado, temos dúvidas acerca do aspecto formal, sem nos esquecermos de um possível desvio de finalidade. Mas, também sob o aspecto material a alteração encontraria guarda no ordenamento jurídico vigente?

Para começarmos a responder a essas perguntas, não podemos nos esquecer de quem é o consumidor, juridicamente falando, nem de suas características e qualidades. Ora, se entendermos que o consumidor é, em regra, hipossuficiente e vulnerável (nos exatos termos do CDC), reconhecida essa vulnerabilidade do consumidor passa-se a exigir dos poderes estatais constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) uma efetiva defesa, que só atingirá um sentido concreto se alcançar, na sua ótica protecionista subjetiva, a prevalência do Código de Defesa do Consumidor.

Ao lado da ordem pública, o interesse social acentua a intenção protecionista do Estado, deixando evidente a função do CDC de ponto regulador da ordem econômica nacional, indispensável para que sejam efetivamente buscados e realizados os valores sociais da livre-iniciativa.

Ainda na análise da Lei nº 14.034/20, curioso notar o argumento que alguns fornecedores utilizam, no sentido de que há muitas ações de indenização ajuizadas no Brasil por consumidores, se comparados a outros locais, notadamente Estados Unidos e Europa, fazendo com que os gastos a esse título em nosso país extrapolem, em muito, qualquer previsão que as companhias aéreas possam fazer e de recursos que possam alocar para esse desiderato. No entanto, pensamos, o questionamento deveria ser outro: na Europa e nos Estados Unidos a qualidade do serviço prestado ao passageiro,

consumidor, é igual a que se oferece aqui? Será que lá teria espaço para tantas reclamações e ações judiciais por parte dos consumidores?

Apenas para enriquecer o debate e contribuir na análise mais ampla desse cenário, dados da plataforma www.consumidor.gov.br apontam um crescimento exponencial envolvendo as aéreas⁴²¹. Numa situação dessas a melhor resposta seria a criação do artigo 251-A no CBA?

Parece que estamos nos acostumando a analisar os efeitos e não as causas do problema. Assim, se há muitas ações indenizatórias, que resultam em condenações, que, somadas, apontam um valor considerável de (perda de) receitas da empresa, o que devemos fazer: criar mecanismos que sirvam de empecilho ao exercício dos direitos do consumidor ou investir na melhoria da qualidade do serviço ofertado? A primeira pergunta ataca o efeito. Criam-se dificuldades, com vistas a desestimular o ajuizamento de ações indenizatórias. A segunda, a causa. Que tipo de mercado de consumo queremos ter? E quais interesses precisamos proteger e/ou estamos dispostos a atender?

Não podemos nos olvidar que a relação de consumo deve ser harmônica e justa, a fim de que o vínculo entre o fornecedor e o consumidor seja constituído de maneira tal que se estabeleça o equilíbrio econômico da equação financeira e das obrigações jurídicas pactuadas ou contratadas pelos interessados.

Assim, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo é a harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de ânimos. Interessa às partes (consumidores e fornecedores) o implemento das relações de consumo como um todo, atendidas as necessidades do destinatário final sem prejuízo de estar o mercado abastecido de bens e de serviços. Não se trata, portanto, de uma cruzada contra as empresas, mas, ao contrário, de uma forma de aperfeiçoamento do sistema empresarial, inclusive com a finalidade de dotá-lo de maior competitividade e eficiência.

Ou, em outras palavras, a tensão entre a liberdade econômica e a igualdade social há de ser resolvida pela exigência de qualidade, de produtividade, de melhor preço (concorrência plena), de transparência e de responsabilidade no exercício dos negócios. Quadra ressaltar, *in casu*, que o ponto de partida é o reconhecimento da desigualdade nas

⁴²¹ O assunto mais reclamado na plataforma foi o das companhias aéreas. O número chegou a 18.341 registros.

relações de consumo. Atualmente, por força da pandemia, entendemos e sustentamos que essa desigualdade aumentou. De novo: se o fornecedor está experimentando prejuízos – e não se nega que esteja – os consumidores também estão e, muitos, numa proporção ainda maior.

De um lado, situa-se o fornecedor de bens e serviços, geralmente uma empresa estruturada não apenas para atender a uma finalidade precípua, como também apta a prover o resguardo de seus interesses comerciais por via de recursos diversos, desde o poder de barganha até departamentos jurídicos especializados. De outro, tem-se o consumidor, em regra uma pessoa física isolada, desconhecedora de seus próprios direitos ou impossibilitada de acioná-los, impotente diante da lesão aos seus interesses legítimos, confrontada com a necessidade de consumir bens ou serviços imprescindíveis à manutenção da sua própria existência e dignidade.

José Geraldo Brito Filomeno, neste passo, identifica um novo caminho para o marketing: a defesa do consumidor. Entretanto, não basta investir em publicidade, é preciso orientar internamente as pessoas de uma empresa para aprenderem a respeitar e tratar bem aquele que lhes paga o salário: o consumidor⁴²².

Dada a realidade atual, em certa parte de ruptura com o sistema posto, essa mudança nas relações de consumo não deixa de ser desafiadora e deveras interessante. Os consumidores passariam a pautar suas escolhas levando em consideração o histórico das empresas, a política de defesa do consumidor, o respeito aos seus consumidores, enfim, valores outros que não apenas o preço, por exemplo. O chamado valor agregado – aqui travestido de defesa do consumidor – assumiria papel de destaque, sendo protagonista dessa mudança, impulsionada pelos efeitos causados pela pandemia.

Aplicando essa sugestão às aéreas e ao contido na novel legislação, os fornecedores poderiam querer cativar seus consumidores e não impor a eles as suas vontades, quase sempre antagônicas aos interesses dos consumidores. A persuasão, a demonstração de que o consumidor é protagonista, peça indispensável, central e fundamental para a existência da empresa e do próprio mercado de consumo mudaria a

⁴²² Et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 52.

forma com que se vem conduzindo situações agudas, ainda que decorrentes da excepcionalidade gerada pela pandemia.

Aliás, e ao revés, justamente por conta dessa excepcionalidade que vivemos e estamos atravessando, é que medidas como essa certamente seriam muito bem-vindas por todos, indistintamente (consumidores e fornecedores conscientes e preocupados um com o outro), na medida em que um depende do outro.

Mas, voltando à análise da Lei nº 14.034/20, outro ponto que merece destaque, a nosso ver, é o disposto no artigo 3º da referida legislação. Em que pese a existência de obrigação ao transportador aéreo de correção monetária dos valores por ele já percebidos, pelo INPC, em caso de devolução ao consumidor em um prazo de até doze meses, bem como de assistência material nos termos previstos na referida legislação, outros pontos, não contemplados, atribuem ao consumidor o prejuízo decorrente de situação a qual ele não deu causa.

Inequívocamente, percebe-se, nos parágrafos que se sucedem no aludido artigo, que a intenção foi priorizar a remarcação das passagens ou a manutenção dos valores como crédito junto ao transportador, em detrimento da devolução imediata, ampla e geral. Para tornar essa escolha mais atrativa, o legislador buscou assegurar que a opção pelo crédito garantirá um valor igual ou maior àquele pago pela passagem aérea, podendo ser utilizado por um período de até dezoito meses e não apenas pelo consumidor, mas por terceiro, inclusive.

No entanto, se houver o cancelamento do voo, diz o parágrafo segundo que o transportador deverá oferecer como alternativa ao reembolso as opções de reacomodação em outro voo, próprio ou de terceiro, e de remarcação da passagem aérea, sem ônus, mantidas as condições aplicáveis ao serviço contratado.

Já no parágrafo terceiro, que trata da devolução da quantia aos consumidores que optarem por essa alternativa, a norma admite a possibilidade do transportador aplicar e, portanto, exigir, o pagamento de eventuais penalidades contratuais.

Não custa a percebermos que a redação dos dispositivos acima tratados sugere a (falsa) ideia de isenção de penalidades ao consumidor, como se a medida estivesse, de fato, garantindo direitos à parte mais vulnerável da relação contratual. Até porque, se a

opção for a de reaver o valor pago, a penalidade está expressamente admitida. Mas não é só. Embora se consiga entender – e até aceitar – o estabelecimento de um prazo para devolução dos valores aos consumidores se esta for a hipótese escolhida por eles, não se pode perder de vista que não há garantia alguma de que depois de doze meses, isto é, depois do consumidor ter dado a sua cota de sacrifício, ele estará seguro ou terá a garantia de recebimento do valor por ele despendido quando da aquisição da passagem aérea. Ou seja, se quer evitar uma correria geral e desenfreada pelo reembolso de valores, mas não se pode deixar de ponderar que, em doze meses, muita coisa pode acontecer, inclusive a quebra (falência ou recuperação judicial) das empresas, o que implicará na impossibilidade de recebimento da quantia devida ao consumidor.

Como se vê, não tem resposta pronta, nem fácil. Saber como agir e adotar a melhor escolha é tarefa das mais árduas e, infelizmente, cercada de incertezas, de parte a parte.

Noutro giro e com tudo que falamos aqui, não precisa ser versado em direito, muito menos estudioso do direito do consumidor, para se perceber que a alteração do contrato de transporte aéreo por parte do transportador não deveria implicar em prejuízos – patrimoniais ou extrapatrimoniais – aos seus consumidores.

Lembremos da Resolução nº 400/2016 da ANAC, que dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo e prevê expressamente que a alteração no contrato de transporte aéreo por parte do transportador lhe obriga a oferecer alternativas de reacomodação e opção de ‘reembolso integral’, cuja escolha deve ser do passageiro, independentemente das regras do serviço contratado.

Em síntese, o descumprimento contratual por parte da empresa aérea, com a alteração do horário e itinerário originalmente contratados, confere ao consumidor o direito de escolha entre a reacomodação em outro voo ou o reembolso integral dos valores pagos. Frise-se: independentemente da modalidade de tarifa contratada, sem quaisquer ônus ao consumidor. As aludidas regras da ANAC refletem, seguramente, uma preocupação em atender aos princípios orientadores do Código de Defesa do Consumidor, o que não se verifica, ao menos para nós, na redação dos dispositivos legais ora abordados.

Com a edição da Lei nº 14.034/20, a proteção aos direitos do consumidor, parte vulnerável na relação contratual, foi preterida em benefício das empresas de aviação. Na verdade, inverteram-se os princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, ignorando ou relegando a segundo plano o microssistema protetivo criado com esse desiderato.

Difícil aceitar que, em razão da inexecução do contrato de transporte por parte da empresa aérea, o consumidor tenha de suportar penalidades, vez que não foi ele quem deu causa tal ruptura. Neste momento, não nos parece razoável aplicarmos ao consumidor as mesmas penas que ele sofreria caso tivesse desistido imotivadamente do contrato, em situação de normalidade. Ora, se a situação é atípica e, por isso, excepcional, a solução não pode desprezar estas particularidades e peculiaridades, sob pena de promover verdadeiras injustiças.

Conclusões

O presente artigo buscou jogar luzes em um segmento específico do mercado de consumo, sem dúvida bastante afetado pela pandemia, mas que precisa ser pensado e analisado como um todo, isto é, considerando todos os sujeitos da relação jurídica estabelecida.

Consoante se depreende do texto legislativo sancionado, a calibração dos dispositivos empregados na novel legislação parece não ter contemplado, de forma igualitária, os interesses dos consumidores e fornecedores. Quando se fala aqui em contemplar ambos os interesses não se está sustentando, necessariamente, que ambos sejam atendidos simultaneamente, mas sim que ambos sejam atendidos integralmente, ainda que em momentos ou etapas distintas. E, tal conclusão nos parece ainda mais abalizada – e pertinente – quando se mantém presente a ideia de que o fenômeno imprevisível e inevitável que repercutiu perante as relações de consumo – aqui as adstritas ao transporte aéreo – não foi gerado por qualquer das partes, reforçando a sugestão de atendimento integral a ambos os interesses.

Como se viu, se algumas alterações eram mesmo necessárias, outras foram aprioristicamente inseridas, desvirtuando a ideia de se criar uma legislação de crise, para um momento excepcional. Aproveitou-se a ocasião para contemplarem outros temas e, por via de consequência, atender a outros interesses. A questão do dano moral é um bom exemplo disso. Apenas uma das hipóteses mencionadas na legislação está associada ao cenário pandêmico (art. 256, § 3º, inciso IV, do CBA); as demais, não.

Assim, os ônus da inexecução dos contratos celebrados com as empresas de aviação civil, em decorrência de cancelamentos dos voos em razão da pandemia, não podem ser transferidos integralmente ao consumidor, ao que parece pretensão, em grande parte, da Lei nº 14.034/20. Devemos seguir diligentes para acompanharmos os próximos passos, sobretudo porque estes questionamentos, muito provavelmente, chegarão ao Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

<https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/fonseca-normal-direito-pos-covid-19>, acessado em 24/07/2020.

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-aprova-mp-de-ajuda-ao-setor-aereo>, acessado em 26/07/2020.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.