



STARTUPS: INOVAÇÕES NO EMPREENDEDORISMO E NO DIREITO.

STARTUPS: BUSINESS AND LAW INNOVATIONS.

Thiago Rebellato Zorzeto¹

RESUMO: O presente artigo pretende analisar as implicações práticas na jurisdição de conflitos originados a partir de novas formas de disponibilização de serviços permitidas pelas tecnologias desenvolvidas por Startups. Busca-se demonstrar que a atividade empresarial desenvolvida por essas empresas possui uma forte carga de inovação nas comodidades ofertadas à população. Essa revolução culmina no impacto tanto das relações sociais como jurídicas gerando novas espécies de conflitos que, por vezes, não possuem correspondência direta com o direito material vigente. A ausência de previsão normativa prévia para as novas relações desenvolvidas nessa seara é capaz de gerar incerteza quanto à sua resolução. Será analisado, portanto, o conceito empreendedor das Startups, sua relação com o direito brasileiro, e os casos práticos mais relevantes recentemente debatidos nos tribunais e no meio acadêmico.

Palavras-chave: Direito digital; Conflitos; Aplicativos; Estudo de casos.

¹ Advogado. Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, na área de Função Social do Direito. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito – EPD, na área de Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniToledo. Professor de direito no ensino superior desde 2010. E-mail: thiagozorzeto@gmail.com.

Artigo submetido em 09/01/21 e aprovado em 05/10/21

ABSTRACT: This article intends to analyze the practical implications in the jurisdiction of conflicts originated from new ways of providing services allowed by the technologies developed by Startups. It seeks to show that the business activity developed by these companies has a strong innovation load in the amenities offered to the people. This revolution culminates in the impact of social and legal relations, generating new types of conflicts that, perhaps, don't have direct correspondence with current material law. The absence of a previous normative prediction for the new relationships developed in this area can generate uncertainty about your resolution. Therefore, it will be analyzed the disruptive concept of Startups, their relationship with brazilian law, and the most relevant practical cases recently discussed in the courts and in the academic environment.

Keywords: Digital law; Conflicts; App; Case stude.

INTRODUÇÃO

O início de toda atividade empresarial é quase sempre marcado pela incerteza do sucesso do empreendimento e dos altos riscos que envolvem o alcance do ponto de equilíbrio no menor espaço de tempo possível e na prosperidade necessária para manter a operação viva e ativa.

Exceção a esse cenário costuma ser empreendimento patrocinado por conglomerados empresariais já autossuficientes e de sólida base, capazes de investimentos em novas áreas onde eventual prejuízo e até mesmo o fechamento da nova operação será um fato considerado como uma aplicação ruim. Por outro lado, para uma significativa parcela empreendedora, a linha entre o erro e o acerto não é tênue, e pode impactar diretamente na continuidade dos membros no mundo dos negócios. Logo, poderíamos cunhar que o elemento incerteza de um empreendimento é característica própria de toda empresa.

Via de regra, a conceituação da atividade empresarial passa pela execução de um conjunto de atos ordenados para se atingir uma finalidade, através do exercício habitual de uma atividade, com a intenção de obter lucro através de meios de produção organizados para

oferta de bens e serviços. A conjugação desses fatores é inerente a qualquer atividade empresarial. Nesse sentido, lições de Fábio Ulhoa Coelho:

Empresário é definido na lei como o profissional exercente de "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (CC, art. 966). Destacam-se da definição as noções de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços. (COELHO, 2016, p. 14).

É fundamental para o direito conhecer os elementos da atividade empresarial, notadamente para se fazer as devidas correlações com a norma jurídica, pretendendo, assim, a devida prestação de assistência para prevenção de conflitos, e, caso o mesmo ocorra, fornecer o meio mais adequado para tratá-lo.

No que tange às empresas de tecnologia conhecidas como Startups, é certo apontar possuírem elas as mesmas características típicas das demais empresas, pois executam os chamados fatores de produção. No entanto, em se tratando de Startups, é possível observar que além das típicas características comuns à toda a empresa sua atividade ganha contornos distintos.

A principal diferenciação observada nesse nicho empresarial, notadamente voltada para a área da tecnologia, consiste na chamada cultura disruptiva, isto é, na reformulação dos padrões da prestação de serviços, tornando os mesmos digitais, atrativos e menos burocráticos. A onda da disrupção, todavia, é contínua e fugaz, de maneira que a cada ciclo novas tendências são incorporadas e novos padrões recriados, em um ritmo cada vez mais acelerado.

Na contramão dessa rapidez, o direito, e os métodos tradicionais de solução de conflitos como o processo judicial, não acompanham tal evolução, e, por várias vezes, conflitos advindos da cultura disruptiva demandam novas interpretações jurídicas, nunca observadas ou previstas pelo legislador, situações aqui referidas como fendas legislativas.

Este trabalho, portanto, possui o escopo de apresentar para a comunidade algumas dessas fendas, explorá-las e demonstrar os pontos de vista de cada agente integrante da discussão, a fim de subsidiar o leitor com os elementos necessários para a formação de sua conclusão.

1. DAS STARTUPS.

Antes de tudo, Startups são empresas, constituídas das mais variadas formas, e que, como qualquer outra, buscam a comercialização de produtos, serviços e outras formas de mercantilização para auferir lucro. No entanto, conforme já dito, possuem algumas características próprias que as tornam merecedoras de um tratamento diferenciado (FEIGELSON, 2018). Prova disso foi a edição pelo Congresso Nacional da Lei Complementar nº 182/21, que instituiu o marco legal das Startups e do empreendedorismo inovador, trazendo conceitos e regulamentações específicas para esse novel setor empresarial.

Nesse cenário, é possível destacarmos a fase embrionária do empreendimento, onde se tem apenas uma ideia do produto/serviço a ser oferecido, ainda em fase de maturação, estando os agentes envolvidos no projeto carentes de organização, pois ainda não possuem o desenvolvimento necessário para ser uma atividade autossuficiente. Não por acaso, temos gravado na memória a imagem de Startups funcionando em ambientes improvisados na própria residência dos fundadores, com cabos e computadores se sobressaindo na imagem, e jovens gerenciando (ou tentando gerenciar) essa estrutura. Nesse sentido é o conceito do marco legal das Startups:

Art. 4º São enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados. (BRASIL, 2021).

Tanto é assim que, em geral, fundadores de Startups necessitam de capital de terceiros (investidores) para alcançar patamares competitivos, algo manifestamente natural, afinal, o início de toda atividade costuma ser marcada pela escassez de recursos. É nesse momento que ouvimos falar em variadas espécies de investimentos externos, como financiamento compartilhado/coletivo (*crowdfunding*), onde uma plataforma intermedia pequenos investidores ao objetivo dos empreendedores, que criam recompensas proporcionais ao investimento, e investimento-anjo, cujo patrocínio é feito por uma única pessoa, mas não apenas em pecúnia, englobando tutoriais (*mentoring*) e assessoramento pessoal. Poderíamos citar ainda outras formas de contribuição financeira-intelectual em

atividades de Startups, como projetos de aceleradoras e incubadoras de empresas, núcleos governamentais ou empresariais que realizam seleção das atividades com potencial de inovação e retorno para aportes de contribuição mediante contrapartidas específicas, desde criação de soluções até participações societárias.

É fácil observar que muitos dos instrumentos utilizados pelas Startups para captação de recursos são inéditos ao direito civil tradicional, e encontram suas regulações pulverizadas em diplomas legislativos distintos. Buscando organizar essas informações, o marco legal das Startups condensou as informações em capítulo próprio, bem como possibilitou à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) regular o aporte financeiro nessas empresas diretamente por Fundos de Investimentos, o que, na data de edição deste artigo, ainda não havia sido concluída pela comissão:

Art. 5º As startups poderão admitir aporte de capital por pessoa física ou jurídica, que poderá resultar ou não em participação no capital social da startup, a depender da modalidade de investimento escolhida pelas partes.

§ 1º Não será considerado como integrante do capital social da empresa o aporte realizado na startup por meio dos seguintes instrumentos:

I - contrato de opção de subscrição de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e a empresa;

II - contrato de opção de compra de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e os acionistas ou sócios da empresa;

III - debênture conversível emitida pela empresa nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - contrato de mútuo conversível em participação societária celebrado entre o investidor e a empresa;

V - estruturação de sociedade em conta de participação celebrada entre o investidor e a empresa;

VI - contrato de investimento-anjo na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 2006;

VII - outros instrumentos de aporte de capital em que o investidor, pessoa física ou jurídica, não integre formalmente o quadro de sócios da startup e/ou não tenha subscrito qualquer participação representativa do capital social da empresa.

§ 2º Realizado o aporte por qualquer das formas previstas neste artigo, a pessoa física ou jurídica somente será considerada quotista, acionista ou sócia da startup após a conversão do instrumento do aporte em efetiva e formal participação societária.

§ 3º Os valores recebidos por empresa e oriundos dos instrumentos jurídicos estabelecidos neste artigo serão registrados contabilmente, de acordo com a natureza contábil do instrumento.

Art. 6º A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) estabelecerá em regulamento as regras para aporte de capital na forma do art. 5º desta Lei Complementar por parte de fundos de investimento. (BRASIL, 2021).

Digno de elogios, ainda, é a isenção de responsabilidade conferida pelo legislador aos investidores no tocante à dívidas contraídas pelas Startups (inclusive tributárias e

trabalhistas), impondo uma importante diferenciação entre os executores do projeto e os apostadores financeiros, medida que certamente fomentará esse tipo de investimento.

Art. 8º O investidor que realizar o aporte de capital a que se refere o art. 5º desta Lei Complementar:

I - não será considerado sócio ou acionista nem possuirá direito a gerência ou a voto na administração da empresa, conforme pactuação contratual;

II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, e a ele não se estenderá o disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), no art. 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, nos arts. 124, 134 e 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e em outras disposições atinentes à desconsideração da personalidade jurídica existentes na legislação vigente.

Parágrafo único. As disposições do inciso II do caput deste artigo não se aplicam às hipóteses de dolo, de fraude ou de simulação com o envolvimento do investidor. (BRASIL, 2021).

Os 02 (dois) fatores inicialmente descritos juntos resultam numa característica atinente a um rigoroso controle de gastos. Como o dinheiro próprio dos fundadores costuma ser escasso, e o aporte principal quase sempre se dá por investimentos de terceiros que normalmente impõem uma austera política de fiscalização do uso da verba, é praxe no universo das Startups o exercício de um conjunto de ações que visa otimizar ao máximo os recursos aplicados (*bootstrap*).

Segundo FEIGELSON (2018, não paginado), uma das táticas do *bootstrap* é experimentar a ideia no mercado em um formato simples antes de partir para o desenvolvimento pleno do projeto. Isso é feito com o lançamento de um *produto minimamente viável*, que é a ideia na essência, porém na sua forma mais singela, que é lançada no mercado para analisar, sobretudo, se realmente existe demanda para o bem/serviço idealizado. Em sendo positivo o resultado com este produto inacabado, dá-se início à etapa do escalonamento.

O escalonamento pretende levar o serviço/produto para a maior gama de clientes possíveis, em diversos níveis de distribuição e capilaridade, sendo uma ideia diametralmente oposta a um serviço artesanal. Isso significa que raramente veremos uma empresa do tipo Startup desenvolvendo bens de consumo, ou prestando serviços, em caráter individualizado para um ou poucos clientes, pois o ideal por trás desse universo é justamente atingir o maior número de pessoas em um nicho específico, muitas vezes (re)criando antigas ideias, promovendo novos formatos de serviços básicos.

Por fim, faz parte do conceito Startup a ideia de oferecer bens e serviços inovadores. Inovar não significa necessariamente criar algo, mas melhorar outras ideias já existentes e consolidadas, sempre partindo da premissa de facilitar a vida dos futuros usuários. Basta analisar empresas que inicialmente foram Startups como *Uber*, *Loggi*, alteraram sobremaneira a forma como os usuários lidam com serviços desde muito já oferecido, como transporte e entrega de encomendas. O que dizer então da *iFood*, que simplesmente revolucionou o jeito como pessoas pedem comida em suas casas.

Tal característica é denominada, por vezes, de cultura disruptiva, representando a ruptura na prática de um mercado. Não é por acaso que se associa à inovação a utilização de tecnologia, pois este é o elemento presente nos tempos atuais capazes de modificar formas de se utilizar um produto ou serviço já estabelecido. Notem, por exemplo, que os serviços indicados no parágrafo anterior são integralmente operados via telefone celular.

Os conceitos ora em comento são fruto de observação de diversos empreendedores de Startups ao longo do tempo, não tendo sido cunhado um padronizado, possuindo cada desenvolvedor sua própria impressão acerca do instituto. Anteriormente ao marco legal das Startups, em 2019 a legislação brasileira buscou conceituar a atividade das Startups, com a redação da Lei Complementar 167/19, que alterou a Lei Complementar 123/06, a qual, dentre outros institutos criou um regime tributário diferenciado para esse nicho empresarial. Vejamos:

Art. 65-A. É criado o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como Startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam Startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam Startups de natureza disruptiva.

§ 2º As Startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita.

§ 3º O tratamento diferenciado a que se refere o caput deste artigo consiste na fixação de rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, no mesmo ambiente digital do portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim), em sítio eletrônico oficial do

governo federal, por meio da utilização de formulário digital próprio, disponível em janela ou ícone intitulado Inova Simples.

É muito interessante notar que o conceito legal dado pela norma em questão aproxima-se bastante do conceito próprios dos desenvolvedores, tendo sido destacado o caráter inovador e de incerteza em que as Startups costumam atuar, protegendo-se, inclusive, a comercialização dos produtos minimamente viáveis, referenciados na lei como *comercialização experimental provisória*.

2. TRATAMENTO JURÍDICO DAS STARTUPS: MULTIDISCIPLINARIDADE

Considerando o caráter embrionário das Startups, alienada ao seu intento inovador e disruptivo, é certo que o tratamento jurídico dos interesses desse conceito empresarial indica uma forte multidisciplinariedade, que flutua entre direito societário, direito contratual, direito do trabalho, relações com investidores, e direito tributário.

Essa inter-relação foi estruturada por SANTOS (2017, não paginado) em uma dinâmica assemelhada a um canvas, uma importante ferramenta de planejamento estratégico que visa criar esboços de modelos de negócio. Aplicado ao direito, Santos desenvolveu o chamado *canvas jurídico*, com um quadro indicando as principais interações jurídicas envolvidas no universo das Startups.

Figura 1 – Canvas jurídico

| | | | |
|---|--|---|--|
| Deliberações fundamentais entre os sócios 1. Confidencialidade 2. <i>Vesting</i> 3. <i>Cliff</i> 4. Não competição 5. Deveres e direitos dos sócios 6. Direito de preferência (quotas) 7. Divisão dos poderes de decisão 8. Regras de admissão de novos sócios 9. Distribuição de dividendos (lucros) 10. Regras para contratação de empréstimos 11. Hipóteses de retiradas de sócios 12. Regras para saída de sócios 13. Questões bancárias 14. Regras de diluição 15. <i>Option pool</i> 16. <i>Tag along</i> 17. <i>Drag along</i> 18. <i>Lock-up</i> 19. Preferência na liquidação 20. Solução de conflitos 21. Governança 22. Encerramento das atividades 23. Regras para transferência de quotas 24. Duração da sociedade 25. Remuneração 26. Falecimento de qualquer dos sócios 27. Divisão de participações 28. Formas de participação de investidores 29. Valores e condições inegociáveis 30. Sede da startup 31. Quem administrará a sociedade 32. Formas de exclusão de um sócio | Principais contratos firmados por uma startup 1. Memorando de entendimentos 2. Confidencialidade (NDA) 3. Estatuto ou contrato social 4. Contratos de parcerias 5. Contrato com fornecedores 6. <i>Term sheet</i> 7. Mútuo conversível 8. Com prestadores de serviço 9. Contrato com programadores 10. Termo de uso 11. Política de privacidade 12. Programas de aceleração 13. Contrato de trabalho 14. Acordo de investimento 15. Compra/venda de ações 16. Acordo de quotistas/acionistas 17. SAAS (software as a service) 18. Para prestação de serviços 19. <i>Vesting</i> 20. Representação comercial | Questões trabalhistas importantes 1. Vínculo empregatício 2. Terceirização 3. Pejotização 4. Contratos de trabalho 5. Remuneração 6. Encargos trabalhistas 7. Proteção PI software | Proteção à propriedade intelectual 1. Propriedade industrial 2. Segredos de negócio 3. Direito autoral 4. Criação de prova de anterioridade 5. Registro da marca 6. Patente de tecnologia 7. Registro de software 8. Nomes de domínio |
| | Considerações para escolha do tipo societário de sua startup 1. Necessidade ou não de investimento 2. Objeto social 3. Escolha do regime tributário adequado 4. Para empreender sozinho (MEI/EIRELI) 5. Para empreender com sócios (LTDA./ sociedade anônima/SCP/SPE) | Relações com investidores 1. Regras de diluição 2. Rodadas de investimentos 3. Acordo de confidencialidade (NDA) 4. <i>Term sheet</i> 5. <i>Due diligence</i> (auditoria jurídica) 6. Contrato de mútuo conversível 7. Acordo de investimento/participação 8. Compra/venda de ações 9. Acordo de quotistas/acionistas 10. Exclusividade (<i>no shop provision</i>) | Objeto da atividade empresarial 1. <i>Core business</i> 2. Deverá ser lícito, possível e determinado 3. Descrito com precisão 4. Não deve ser contrário aos bons costumes 5. Influência nas opções tributárias da startup |
| | Aspectos tributários essenciais 1. Planejamento tributário 2. Gestão e governança tributária 3. Regimes tributários: 3.1. Simples nacional 3.2. Lucro presumido 3.2. Lucro real | Fiscalização e autorização Rol exemplificativo: 1. Bacen 2. Anvisa 3. Exército Brasileiro 4. Prefeituras 5. SMIC 6. Sisnama | |

(Fonte: SANTOS, 2017)

O quadro desenvolvido pela autora destacada as deliberações entre os sócios em uma Startup, assunto presente em diversas obras dedicadas à análise do direito digital, uma vez que o contrato social empresarial costuma ser negligenciado para um modelo padrão pré-concebido pela contabilidade da empresa, ignorando o poder diretivo deste instrumento contratual na relação societária, capaz de evitar conflitos e direcionar o crescimento da empresa.

Outrossim, partindo da premissa de que para ser considerada uma Startup essas empresas normalmente carecem de capital de terceiros para crescimento e expansão, é fundamental que os contratos celebrados protejam os interesses recíprocos e prevejam regras claras da parceria firmada, novamente no intento de evitar paralisações com dúvidas de interpretação e conflitos que apenas atrasam o desenvolvimento da ideia.

Nesse cenário, a prevenção jurídica deve ser fortemente estimulada, algo nem sempre possível em um universo dinâmico e que tem pressa de não perder o momento preciso de se efetuar o lançamento de um produto ou serviço.

Direito da propriedade também é uma seara de grande interesse para uma Startup, mormente aquelas que buscam desenvolver patentes ou ter sua marca fortalecida com a cláusula de exclusividade própria do registro.

As relações jurídicas havidas entre a Startup e seus colaboradores também devem ser minuciosamente investigadas e contratadas. Nesse cenário, considerar prestadores de serviço (relação civil) como trabalhadores (relação trabalhista) pode alterar totalmente o futuro do empreendimento.

E por fim, sendo inerente à atividade das Startups a aplicação prática das diretrizes do *bootstrap*, é imperioso um planejamento tributário prévio para se antever os custos totais do produto ou serviço, evitando que autuações tributárias e exigências de adequação futura pelo Fisco inviabilize o empreendimento.

3. DAS FENDAS LEGISLATIVAS: ESTUDOS DE CASO.

É evidente, portanto, a existência de variadas searas do direito a serem administradas por uma Startup para sua constituição ter bases sólidas e capacidade de crescimento sustentável. Não obstante, ainda que exista um regular controle jurídico prévio, no universo das Startups é inevitável que dúvidas de interpretação jurídica acometam essas empresas por se envolverem em relações pouco ou ainda nada regulamentadas.

É próprio desse nicho empresarial a inovação e a cultura disruptiva, com o lançamento de ideias, produtos e serviços inéditos, por vezes ainda desconhecidos pelo direito, cuja ciência em contrapartida às Startups não é disruptiva por si só, mas nasce da necessidade normalmente observada em demandas.

Não seria fora de propósito recordar a atualização teoria tridimensional do direito (FATO - VALOR - NORMA), a qual tem imbuída em si o tempo, representado pelo período de valoração do fato. A norma depende da maturação dos valores sociais observados nos fatos novos, conforme nos ensina Miguel Reale, e isso só é possível no tempo:

Se se perguntasse a Kelsen o que é Direito, Kelsen responderia: "Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma". Muito bem, eu preferi dizer: "não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, eu devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor". Desse modo, pela primeira

vez, em meu livro Fundamentos do Direito eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque o Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. E, pela primeira vez, na introdução do livro Teoria do Direito e do Estado, disse aquilo que generosamente um dos maiores discípulos de Kelsen, Josef Kunz, qualificou de "fórmula realeana": "o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores. (REALE, 1993).

A cultura disruptiva atrai as Startups para ambientes, não raras vezes, com ausência de regulamentação, dificultando a subsunção dessa nova modalidade de negócio ou econômica com os institutos jurídicos previamente existentes. Dessa forma, é recorrente que conflitos advindos de novos produtos e serviços não encontrem previsão específica na norma pretérita.

A seguir, tratamos de 03 (três) demandas originadas na dificuldade de se conciliar o conceito da atividade digital com o direito posto de maneira tradicional.

3.1. Da relação jurídica existente entre motoristas de aplicativo e as empresas prestadoras do serviço

Símbolo de uma nova era econômica e de como os usuários utilizam a internet, os aplicativos de mobilidade das mais variadas empresas são todos tratados pelo nome da maior empresa do setor: *Uber*, o que indica o tamanho da influência da empresa no segmento e sua representatividade no universo Startup.

O serviço de transporte privado por aplicativo revolucionou não apenas a forma como as pessoas se locomovem nos núcleos urbanos, mas impactou o estilo de vida de milhões de pessoas, criando, inclusive, uma nova geração econômica: a da economia do compartilhamento.

Foi-se o tempo em que o símbolo do atingimento da liberdade financeira era representado pela aquisição de um veículo próprio. Para muitos, no mesmo evento naufragou o símbolo de ostentação de se adquirir um luxuoso carro zero km. A geração atual não se preocupa mais em ter, mas apenas em poder usar. E com esses tipos de aplicativos, qualquer

pessoa pode se deslocar pela cidade a bordo de um carro, pagando apenas pelo trajeto percorrido.

O gatilho inicial disruptivo dado pelo compartilhamento de veículos atingiu a forma como a atual geração trabalha e mora. A todo o momento, profissionais das mais variadas áreas migram seus escritórios para espaços compartilhados (*coworkings*) pagando preços mais acessíveis por espaços de trabalho e pagando por hora a utilização de serviços extras como sala de conferências. As construtoras e incorporadoras tem dado preferência no lançamento de empreendimentos imobiliários com áreas privativas cada vez menores, próprias apenas para pernoites, descanso e lanches rápidos, mantendo espaços coletivos para lavanderia, escritório, cozinha e academia.

No mundo do direito o ponto sensível ficou para a definição da natureza jurídica da atividade laborativa do motorista e da empresa prestadora do serviço. Nessas plataformas, não existem anúncios de vagas e processos seletivos para recrutamento de trabalhadores. Qualquer interessado pode baixar o aplicativo, fazer um cadastro pessoal e do veículo, remeter pelo próprio telefone celular alguns documentos pessoais (como ficha de antecedentes criminais) e, com o cadastro aprovado, inicia-se o trabalho.

A incerteza quanto à natureza jurídica da relação chamou a atenção da comunidade jurídica quando motoristas começaram a acionar as empresas na justiça do trabalho pedindo o reconhecimento do vínculo empregatício.

Em caso pontual noticiado por SANTOS (2019, não paginado), o Magistrado de primeiro grau sustentou como fatores do vínculo empregatício os seguintes pontos: i) estipulação de preço por um serviço prestado por um trabalhador; ii) controle da jornada de trabalho por algoritmos e GPS; e iii) imposição de punições por transgressões.

É possível extrair da aludida decisão uma fundamentação crível, afinal, os elementos por ele levantados realmente se aproximam de um comportamento subordinativo, característica classificadora da relação de trabalho². Por outro lado, não se enxerga com clarividência os demais atributos típicos do pacto laboral, como a habitualidade, visto ser

² Art. 3º, CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

inconteste que os motoristas desses aplicativos laboram no momento que melhor lhes aprouver.

Em outro caso movido por motorista contra a mesma empresa, pretendia o motorista a reativação de seu cadastro junto ao aplicativo. A ação foi ajuizada originalmente no Juizado Especial Cível da justiça comum estadual, que se deu por incompetente por entender tratar-se de relação jurídica puramente trabalhista, ocasião em que remeteu os autos para a Justiça do Trabalho. Ao receber o processo, a justiça especializada entendeu não ser competente para o julgamento, suscitando o conflito de competência para o STJ. Eis o resultado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. SHARING ECONOMY. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. 1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo. 2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil. 3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. 4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual. (BRASIL, 2019).

Embora o julgamento não tenha ocorrido sob o regime de repetitivo, é certo que a decisão por representar opinião da corte uniformizadora de jurisprudência servirá de norte para casos futuros, sendo um indicativo de que o direito brasileiro está em sintonia com a jurisprudência de outros países onde a economia de compartilhamento também é uma realidade.

Não obstante, para se verificar a ausência de um entendimento uníssono quanto ao tema, em dezembro/2019, uma outra decisão de 1º grau mereceu os holofotes da mídia. Trata-se do Processo nº 1001058-88.2018.5.02.0008, do Tribunal Regional do Trabalho da

2ª Região, em São Paulo, onde a 8ª Vara do Trabalho julgou procedente uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho contra a empresa *Loggi*, especializada na entrega de documentos, cuja plataforma se dá em formato semelhante à *Uber*, via celular (CONJUR, 2019).

Na sentença, o Juízo reconheceu a existência de vínculo empregatício entre os motoristas e a empresa, determinou o registro em Carteira de Trabalho de todos os inscritos na plataforma, e limitou a prestação de serviços para o teto constitucional de 08 (oito) horas por dia.

Houve a interposição de Recurso Ordinário por parte da empresa *Loggi* objetivando a reforma da sentença, porém, na data de fechamento deste artigo, o processo encontrava-se sobrestado por decisão do Tribunal, em face da discussão da eficácia *erga omnes* da decisão, matéria afetada pelo reconhecimento da Repercussão Geral do Tema 1.075, no Supremo Tribunal Federal (RE nº 1101937).

Essa situação denota que o assunto ainda é polêmico e levará tempo para se firmar um precedente vinculante a esse respeito.

3.2. Da possibilidade do condomínio vedar em convenção a proibição do condômino em disponibilizar sua unidade habitacional, integral ou parcialmente, para locação via aplicativos de hospedagem

A cultura disruptiva própria do universo das Startups revolucionou também a forma como as pessoas buscam e contratam hospedagens.

Os tradicionais hotéis, com infinitas gamas de serviços, representam uma forte despesa para aqueles que desejam apenas um lugar confortável e próximo do seu destino para descansar e pernoitar. Paralelamente, diversos proprietários de bens imóveis particulares mantinham espaços ociosos em suas locais, sem qualquer destinação útil ao seu interesse.

Mirando esses 02 (dois) públicos, empresas passaram a disponibilizar plataformas para aproximação dos interesses recíprocos. De um lado, proprietários passaram a ofertar quartos, camas, ou até mesmo o imóvel todo, para locação, e de outro, consumidores dispostos a pagar apenas pelo que necessitavam: hospedagens curtas e simples. O resultado

da atividade foi de um novo segmento no setor que movimentou mais de 500.000.000 (quinhentas milhões) de hospedagens (AIRBNB, 2019).

Verdade seja dita, a disponibilização de cômodos para locação a terceiros não é a novidade nesse setor. Desde muito famílias locavam quartos para viajantes ou recém-chegados nas cidades como forma de aumentar a receita doméstica. Igualmente, a figura de pensionatos de família era muito comum em grandes centros urbanos até metade do século passado. A quebra de paradigma, contudo, reside na agilidade e facilidade na contratação da hospedagem, a partir de qualquer dispositivo com acesso à internet, e prévia aprovação social e financeira. Não é, de fato, uma invenção, mas uma grande reinvenção.

Se por um lado a novidade agrada usuários e proprietários, é inevitável que essas operações, por vezes, atinja a esfera de individualidade de terceiros, desagradando-os.

Nessa toada, surgiram no Judiciário disputas envolvendo proprietários e condomínios que em suas convenções passaram a proibir seus condôminos de disponibilizarem nesses aplicativos o imóvel, total ou parcialmente, para locação.

A justificativa principal é de que tal atividade seria considerada comercial, incompatível com o caráter estritamente residencial dos condomínios, bem como que a locação desmedida via internet atrairia para dentro das áreas comuns pessoas estranhas, expondo os demais condôminos à uma situação de possível ausência de segurança, atributo normalmente buscado por quem vive em condomínios.

Um desses casos tramitou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde o condomínio saiu vitorioso, pois aquele Sodalício entendeu realmente que a disponibilização do imóvel para locação em aplicativo, mormente pelo fato do proprietário ter reformado o imóvel para aumentar sua capacidade de hospedagem, incorreria em atividade comercial, vedada pelo estatuto do condomínio exclusivamente residencial. O proprietário, inconformado, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que admitiu o recurso e julgou a controvérsia pela primeira vez no âmbito daquela corte federal.

Trata-se do Recurso Especial nº 1.819.075, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2019). O julgamento teve início em outubro/19 onde o Relator apresentou seu voto destacando ser incompatível com o direito civil a proibição em convenção condominial dos proprietários locarem suas unidades autônomas via aplicativos (como *Airbnb*, *Booking*, *Home Away*).

Segundo o Ministro Relator, as locações via aplicativo não estariam inseridas no conceito puro de hospedagem, mas sim, de locação residencial por curta temporada, situação que retira seu caráter comercial, elemento passível de ser proibido por convenção condominial.

Nesse sentido, as locações via aplicativos não configurariam contrato de hospedagem (entendimento do Tribunal *a quo*) pois tal contrato teria previsão na Lei 11.771/08 (Política Nacional de Turismo – *cama & café*) a qual estabelece para essa espécie de contrato a prestação de múltiplos serviços (segurança, arrumação dos cômodos, alimentação) excluindo a utilização para fins residenciais.

Trata-se, pois, do ponto aqui anteriormente destacado, quando nos referimos ao fato da modalidade de locações esporádicas ser uma prática antiga, tanto que há inclusive lei prevendo tal natureza jurídica.

Outrossim, prossegue o Relator, a proibição de locação da unidade habitacional violaria o direito de propriedade, dada a limitação de seu uso pleno, chamando a atenção ao fato do STJ possuir entendimento firme no sentido de que a análise das normas condominiais restritivas deve ser feita à luz dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, na visão do Relator, a proibição pura e simples seria abusiva, pois os argumentos invocados pelo condomínio como suposta falta de segurança poderia ser neutralizado com controle de acesso da portaria, sem falar que a locação via aplicativo seria até mais segura que o modelo tradicional, posto que é registrado na plataforma o histórico do inquilino, seus dados e o pagamento da contratação.

O entendimento do Relator, no entanto, restou vencido por maioria que acompanhou o voto-vista do Min. Raul Araújo. De acordo com o voto prevaiente, a locação de cômodos ou imóveis por curto espaço de tempo para pessoas distintas sem vínculos entre si é uma: *“peculiar recente forma de hospedagem não encontra, ainda, clara definição doutrinária ou mesmo legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, não se confunde com aquelas espécies tradicionais de locação, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de aluguel por temporada.”* (BRASIL, 2021). Assim, para a maioria da Quarta Turma do STJ, esse tipo de locação configura um contrato atípico de hospedagem.

Logo, em sendo uma hospedagem atípica, é lícita a restrição condominial: *“Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso das unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade residencial (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV).”* (BRASIL, 2021).

No entanto, é salutar esclarecer que as razões pelas quais o voto divergente afastou a aplicação do Contrato de Locação por Temporada e outras modalidades de contratação associam-se mais à ausência de prova dessa formalização por parte dos interessados (que não produziram provas nesse sentido) que pela análise do mérito em si. Por tais motivos, acreditamos que o assunto ainda não encontra-se pacificado, e demandará novos enfrentamentos mais aprofundados sobre o assunto.

3.2.3. Como fazer prova documental da não compensação de cheque depositado em plataforma digital.

Não é novidade que os bancos digitais estão revolucionando o tradicional modelo de serviço bancário. A ideia de ter o controle integral de uma conta corrente bancária num singelo aplicativo é, de fato, extremamente atrativo. Sem precisar se deslocar a uma agência e enfrentar filas, é possível fazer transferências de valores, pagar títulos, contrair empréstimos e seguros, e até mesmo depositar cheques físicos.

O depósito de cheques físicos em contas digitais se dá pela inserção dos dados do título no aplicativo, seguido de fotos de frente e verso da cártula. Os dados e as imagens são analisados pelo banco e no mesmo período de compensação de títulos físicos o cheque é compensado e o crédito adicionado na conta corrente do usuário.

O problema surge quando um cheque depositado via plataforma eletrônica não é compensado pela instituição-financeira sacada. Nesse caso, o portador do cheque não recebe o valor do título e a única prova da inadimplência seria o extrato com o valor do título estornado.

Tradicionalmente, os cheques depositados em formato físico são devolvidos ao portador pelo banco com um carimbo aposto no verso indicando a não compensação e o motivo da não compensação, indicado por numerais definidos pelo Banco Central.

Esse carimbo é indispensável em uma ação judicial que vise a cobrança do cheque, posto representar tanto o interesse processual de agir do credor (art. 17, CPC), como a exigibilidade que torna o cheque título hábil à execução (art. 786, CPC).

Como forma de ofertar esse carimbo aos usuários, os bancos digitais permitem o envio da folha de cheque à sede do banco (essas instituições não costumam ter agências locais) via postal para aposição do carimbo e posterior devolução ao portador, também pelos correios.

A medida em questão sana a deficiência documental do cheque para a ação executiva, no entanto, é uma pérfida saída comercial, visto retirar o dinamismo de uma conta digital (ida aos correios, enfrentamento de filas, e preenchimento de formulário de valor declarado), sem falar que o trâmite de envio e devolução do cheque consumirá parcela preciosa do já curto período prescricional para a ação executiva, que é de 06 (seis) meses.

Poder-se-ia então tentar a execução sem o carimbo comprobatório da não compensação, contudo tal conduta adentraria no campo obscuro da insegurança jurídica, visto que a comprovação da falta de compensação deveria se dar por outros meios não dispostos na lei, cabendo a interpretação subjetiva do julgador quanto a eficácia da prova.

O STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre tema semelhante, permitindo a execução de cheque sem carimbo não compensado por estar sustado por outras formas probatórias. Vejamos:

2. O cheque tem como característica intrínseca e inafastável a relação fundamental entre o sacador e a instituição bancária ou financeira que lhe seja equiparada, com a qual o emitente mantém contrato que a autorize a dispor de fundos existentes em conta-corrente. 3. Ainda que constando cláusula que dispensa o protesto, tal concessão ao portador não o dispensa de proceder à apresentação do cheque ao banco sacado para pagamento (§ 1º, do art. 50 da Lei 7.357/1985), mesmo porque a verificação da existência de fundos disponíveis, e, pois, também da ausência ou insuficiência de provisão, para todos os efeitos jurídicos, confina-se ao ato-momento da apresentação do cheque ao banco sacado para pagamento (art. 4º, § 1º) ou à câmara de compensação (art. 34).4. O beneficiário de cheque que não apresenta o título para pagamento, via de regra, vê-se impossibilitado de promover a execução, haja vista a ausência de requisito essencial aos títulos executivos - a exigibilidade -, que somente exsurge com a comprovação da falta de pagamento imotivada, a qual pode ocorrer pelo protesto, por declaração do banco sacado ou da câmara de compensação. 5. Não obstante, no caso concreto, a instância ordinária consignou a existência de provas irrefutáveis acerca da sustação do cheque - entre as quais a declaração de funcionário do banco sacado -, o que impeliu o tomador a ajuizar a execução em virtude da inocuidade da prévia apresentação do título. Incidência da Súmula 7 do STJ. (BRASIL, 2013).

A apresentação do extrato bancário da conta do favorecido poderia servir de prova, contudo, demandaria renúncia ao sigilo bancário pelo credor, que teria parte de sua movimentação financeira exposta a terceiros. Outrossim, não seria exagero dizer que os meios comumente utilizados para se checar o extrato são singelos e frágeis (papel térmico emitido por terminais de autoatendimento, consulta simples ao aplicativo do bando), o que permitiria impugnação pelo devedor, e possível paralisação da cobrança para checagem da procedência do documento.

Certamente, o ideal seria que o banco digital disponibilizasse ao correntista uma declaração formal, assinada digitalmente, indicando que referida cártula não fora compensada, substituindo assim o antiquado carimbo. Contudo, essa possibilidade ainda não é praticada dada a ausência de regulação pelo Banco Central.

O que se verifica, portanto, é que os serviços bancários digitais, embora altamente atraentes em vários segmentos, por vezes atuam em áreas despidas de regulamentação, atraindo insegurança jurídica ao correntista, que, no caso do serviço de compensação de cheques, transita simultaneamente no universo digital e físico/tradicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Startups, de fato, estão no centro da discussão tecnológica. Se outrora o termo era limitado para designar as pequenas investidas de jovens em computadores instalados nas garagens de suas casas, hoje o termo implica no reconhecimento de uma atividade inovadora que se propõe a atuar em um mercado de incertezas.

O resultado da atuação em um mercado incerto implica igualmente em uma incerteza jurídica, posto que muitos dos serviços e bens oferecidos pelas Startups sequer tiveram contato com o ordenamento jurídico vigente.

Esse cenário é um solo fértil para o surgimento de demandas interpretativas que visam sanar dúvidas singelas, como por exemplo, a natureza jurídica de uma determinada relação profissional.

O Poder Judiciário, portanto, é instado a se manifestar nesses conflitos e resolver a celeuma. Deve fazer isso sob a mesma ótica que a Startups veem a inovação de suas atividades, pois de nada valeria julgar novas tendências com velhas percepções.

Lidar com essa dicotomia é, certamente, o grande desafio do direito em uma era estritamente tecnológica, e deve o Poder Judiciário demonstrar que possui condições de acompanhar a evolução social e dar respostas satisfatórias para os conflitos de tecnologia, auxiliando no seu crescimento, e não impedindo o mesmo.

REFERÊNCIAS

AIRBNB. **Airbnb comemora o marco de 500 milhões de chegadas de hóspedes.** Disponível em: <<https://news.airbnb.com/br/airbnb-comemora-o-marco-de-500-milhoes-de-chegadas-de-hospedes/>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 182**, 1º de junho de 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 164.544**. Rel. Min. Moura Ribeiro. DJ 28.08.2019. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09.01.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.819.075**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 20.04.2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 21.10.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.315.080**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 07.03.2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09.01.2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 1ª ed. em e-book baseada na 28ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CONJUR. **Motoboys têm vínculo de emprego com a Loggi, define Vara de São Paulo.** In: **Revista Consultor Jurídico**, 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-06/motoboys-vinculo-emprego-loggi-define-vara-sp>> Acesso em: 07 de janeiro de 2021.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva, 2018. Versão Kindle.

REALE, Miguel. Linha evolutiva da teoria tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. v. 88, 1993, p. 301/312. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67224/69834>. Acesso em 06.12.2019.

SANTOS, Keila dos; et al. **Startups e inovação: direito no empreendedorismo (entrepreneurship law)**. Coordenadores Tarcísio Teixeira e Alan Moreira Lopes. Barueri: Manole, 2017. Versão Kindle.

SANTOS, Rafael. Juiz do TRT-15 reconhece vínculo entre Uber e motorista e condena empresa. In: **Revista Consultor Jurídico**, 21 de outubro 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-21/juiz-reconhece-vinculo-entre-uber-motorista-condena-empresa>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.