

Meio: Jota	
Editoria: Economia	Data: 22/05/2019
Link https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-o-equilibrio-entre-o-poder-e-a-responsabilidade-22052019	

Contratos empresariais: o equilíbrio entre o poder e a responsabilidade

Um dos grandes desafios da regulação jurídica dos mercados é garantir o equilíbrio que deve existir entre poder e responsabilidade. Este repousa na lógica de que o poder, qualquer que seja a forma pela qual é exercido, precisa ser acompanhado da devida e proporcional responsabilidade, sob pena de se abrir caminhos para abusos e excessos de toda sorte.

Não há dúvida de que era mais fácil assegurar tal equilíbrio quando os protagonistas da atividade empresarial eram os comerciantes individuais, que exerciam suas atividades individualmente ou com poucos colaboradores. Nesse contexto, bastava se pensar na responsabilização pessoal do comerciante pelos atos próprios e pelos atos de seus empregados, prepostos e colaboradores para que o problema pudesse ser equacionado.

Todavia, a partir do momento em que a empresa foi adquirindo progressivamente um caráter coletivo e que as sociedades comerciais e os grupos passaram a assumir o protagonismo no exercício empresarial, foram surgindo novas instâncias de poder, como o controle, assim como novos e complexos arranjos organizacionais, que envolvem desde inúmeras cadeias de delegações internas – como a que os administradores fazem entre seus empregados e colaboradores – até delegações externas – como a terceirização ou distintos mecanismos de cooperação, de que são exemplos as *joint ventures* –.

Todos esses fenômenos são potencializados pelo contexto atual de crescente desverticalização, fragmentação e diluição da atividade empresarial e do poder de direção, sendo um dos resultados desse processo a dificuldade cada vez maior de compreender a realidade dos arranjos de poder e de identificar quem efetivamente exerce o poder empresarial, ou seja, quem dirige a empresa.

Por outro lado, a cada vez que determinado agente empresarial delega, transfere ou compartilha, parcial ou totalmente, a sua atividade, por qualquer que seja o meio, indaga-se em que medida ele deve continuar sendo

responsável pelos resultados da referida atividade e qual a natureza e a extensão dessa responsabilidade.

Todas essas reflexões sobre a responsabilidade afloram diante da necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a criatividade e a flexibilidade que se espera da atividade empresarial e a necessidade de se prevenir o cenário de “irresponsabilidade organizada”, feliz expressão usada por Teubner para alertar para o risco de que as formas jurídicas obscureçam as reais alocações de poder realizadas entre os agentes econômicos¹. Consequentemente, os regimes de responsabilidade acabam funcionando como contrapontos necessários para que as inovações organizacionais não sejam meros subterfúgios para a irresponsabilidade ou a impunidade.

Nesse sentido, é interessante analisar a solução que foi dada pelo TJSP no caso em que se discutia a responsabilidade de empresa de pagamento que prestava serviços a determinado site acusado de violação à propriedade industrial alheia. Trata-se de ação ajuizada pela Nike contra a pessoa física responsável pela exploração do site acusado de vender produtos falsificados e também contra Akatus, que era a responsável pelo pagamento. A ementa é a seguinte²:

Propriedade industrial. Comercialização indevida de produtos com a marca registrada pelas empresas autoras por meio da internet. Direito de exclusividade de utilização. Ilícito demonstrado. Dano material presumido, a ser apurado em liquidação, embora sem honorários contratuais. Dano moral devido.

Indenização também de responsabilidade da corré que, mesmo ciente do reclamo da produtora, permaneceu prestando serviços de cobrança da venda de produtos contrafeitos. Sentença parcialmente revista. Recurso parcialmente provido.

De acordo com o relatório, a argumentação da Nike, na condição de autora da ação, é que “a ré Akatus concorreu para os ilícitos por ele perpetrados, já que, segundo jurisprudência consolidada, o provedor de aplicações de internet deve agir para cessar um ilícito assim que dele cientificado, respondendo, caso contrário, subjetivamente por sua omissão; que fazem, portanto, jus à condenação solidária dos réus à reparação.”

A pretensão da Nike foi acolhida pelo voto do Desembargador Relator Cláudio Godoy, sob os seguintes fundamentos:

“Sucede que, no caso, constatada a contrafação pelas autoras que, frise-se, são afinal as fabricantes do produto, e depois de tê-lo adquirido do corréu para confronto, a apelada foi notificada e comunicada dos fatos, por isso instada a interromper seus serviços para o vendedor. Mais, os termos da notificação são

claros ao identificar inclusive o estratagema utilizado pelo anunciante de modo a se manter incógnito e, assim, longe da responsabilização efetiva pelo ilícito.

Pois, mesmo diante deste quadro, a ré **preferiu continuar a prestar-lhe seus serviços, ciente de que poderia estar contribuindo para que a contrafação se propagasse. Mais, sequer consta ter procurado contato com seu parceiro contratual ou mesmo tomado qualquer providência para esclarecimento, junto dele, do ilícito que as autoras haviam narrado.**

A ré simplesmente preferiu se omitir e com isso assumir o risco de que persistisse a viabilizar e, por isso, concorrer à contrafação cometida. E isso a pretexto de que não lhe cabe avaliar a origem ilícita dos produtos cuja venda propicia com a intermediação do pagamento online. Mas o caso não é de qualquer controle prévio, senão a comunicação pelo próprio fabricante de que

produto adquirido do réu e cujo pagamento se faz por meio da apelada, portanto sendo bem possível a identificação da real ocorrência da compra é contrafeito.

Não cabe argumentar aqui com a necessidade de ordem judicial, como se se tratasse de provedor de aplicação amparado pela previsão do artigo 19 do Marco Civil (e mesmo quanto a esta previsão havendo ressalva inclusive de ordem constitucional a se fazer, conforme tive ocasião de defender em espaço outro: Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei 12.965. In: *Direito & Internet III. Marco civil da internet*. Coord.: Newton De Lucca et al. T. II. Quartier LAtin, 2015. p. 307-320; no mesmo sentido e na mesma obra coletiva: *Marco Civil da internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. Anderson Schreiber. p. 277-304), ou como se se tratasse de informação direta de dados sensíveis (justificada, aí sim, a ordem judicial para informação dos dados cadastrais do corrêu), tampouco com a necessidade de prévia perícia, mormente para justificar a completa inércia diante da comunicação recebida dos próprios fabricantes do produto,

costumeiramente contrafeito e comparado com aquele anunciado. Tudo acompanhado da narrativa sobre o quase anonimato do anunciante.

Enfim, a hipótese é de incidência à espécie da regra do artigo 942 do CC, **tendo a corrê, conscientemente, concorrido ao propagação do ilícito, ainda depois, na relação interna, entenda de exercer direito regressivo de que se julgue titular, insista-se, diante de quem é sua parceira contratual. Presta serviço especial no comércio eletrônico, é remunerada por isso e, no caso, persistiu a receber seu proveito mesmo ciente do risco, ao menos, e diante do qual se omitiu, de estar viabilizando ou**

concorrendo à consumação de venda de produtos falsificados, o que afinal se viu realmente sucedido.” (grifos nossos)

Como se pode observar, o mencionado acórdão foi muito claro no sentido da responsabilidade solidária da empresa de pagamentos, nos termos do art. 942, do Código Civil, mesmo diante de hipótese em que o dano foi causado diretamente pelo outro contratante. Entretanto, as circunstâncias do caso concreto foram suficientes para justificar a responsabilidade da Aketus, sem prejuízo de posteriormente poder exercer o seu direito de regresso contra a empresa infratora.

Dentre as circunstâncias destacadas pelo acórdão para justificar a responsabilidade da Aketus estão (i) ter sido notificada da infração que estava sendo cometida pela outra contratante e (ii) ter sido completamente omissa em tomar qualquer providência. Com isso, entendeu-se que a Aketus assumiu o risco de que a infração persistiria, tornando-se igualmente responsável por ela.

Apesar de o processo se referir à falsificação de produtos vendidos pela internet, é inequívoco que os seus fundamentos podem ser utilizados para demais casos de agentes empresariais que retem omissos diante de violações contratuais ou extracontratuais que, praticadas pelo outro contratante, gerem danos a terceiros. Há que se perquirir, inclusive, se haveria necessidade da ciência da violação pelo outro contratante ou se bastaria a aplicação do padrão da boa-fé objetiva – para o fim de afastar a responsabilidade tão somente quando o outro contratante nem sabia nem seria exigível que soubesse – ou mesmo a culpa no que diz respeito à fiscalização ou supervisão das atividades do outro contratante.

Daí por que os fundamentos da decisão podem ser aplicados, com as devidas adaptações, para diversas hipóteses de terceirização ou de contratos firmados por agentes econômicos para delegar total ou parcialmente as suas atividades. Basta lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar no ano passado a constitucionalidade da terceirização da atividade fim (ADPF 324 e RE 958.252), fixou como tese de repercussão geral a de que ***“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante”***. (grifos nossos)

Veja-se que o STF admitiu, no caso específico de terceirização de trabalho, a responsabilidade apenas subsidiária, mas não solidária, tal como ocorreu no caso do TJSP. Entretanto, certamente que muitas discussões interessantes podem surgir sobre a natureza desta responsabilidade conforme o tipo de relação entre os contratantes e também a natureza da vítima ou mesmo do dano. Um exemplo que vem gerando muita comoção, inclusive no contexto internacional, é a responsabilidade do tomador de serviços em caso de trabalho escravo em diversas indústrias, como a da moda.

Se é possível cogitar da responsabilidade da empresa delegante em situações de delegação ou terceirização, com maior razão é razoável imaginar que exista tal responsabilidade quando as partes estão unidas por contratos com alto grau de cooperação, como ocorre em contratos híbridos ou mesmo em contratos associativos³. Nesses casos, há boas razões para sustentar que a alocação interna de riscos e responsabilidades estabelecida entre as partes não se projeta em relação a terceiros que sofrem danos decorrentes da ação de um dos contratantes, de forma que não se poderia excluir automaticamente a responsabilidade da outra contratante.

De toda sorte, apesar das distintas situações que podem surgir, a ideia prevalecente tanto no julgamento do TJSP como no julgamento do STF é a de que a mera delegação ou terceirização não leva necessariamente à isenção de responsabilidade por parte de quem delega ou terceiriza, de forma que, no caso a caso, deve ser analisada a responsabilidade – solidária ou subsidiária – desta última.

Tal orientação casa-se perfeitamente com as noções contemporâneas sobre o *compliance*, que requerem que a observância da legislação e dos preceitos éticos seja feita não apenas pelo agente que adota o respectivo programa como também por todos os agentes com quem estabelece relações comerciais.

Como se observa, a reflexão proposta pelo acórdão do TJSP é de extrema relevância e interesse, na medida em que abre espaço para a atribuição de responsabilidade a um contratante por ilícitos praticados pelo outro em determinadas situações, especialmente naquelas em que ele sabia da infração (dolo) ou a ele se impunha o dever de agir ou de fiscalizar a atividade do outro contratante (culpa).

Dessa maneira, consegue-se assegurar o equilíbrio entre o poder e a responsabilidade, já que um contratante só será responsável pelos danos causados pelo outro quando tiver o poder e o dever de evitar ou pelo menos minorar o dano.