

Um panorama sobre os desafios do empreendedor brasileiro

Natasha Pryngler

9.1 Introdução

O objetivo deste artigo é tratar de uma maneira geral sobre alguns desafios que o empreendedor brasileiro de negócios de inovação enfrenta para começar e ser bem-sucedido em sua ideia de negócio, em especial sobre como o sistema burocrático-legal-judiciário brasileiro acaba por impor dificuldades adicionais à tarefa de realizar negócios inovadores.

Os desafios aqui abordados serão vistos de forma panorâmica, mais descritiva, e com o intuito de promover uma reflexão sobre o papel do legislador e da regulamentação em uma sociedade em que a tecnologia acabou, de um lado, por acelerar (ou encurtar) os ciclos de transformação social, cultural e econômica, e, de outro, tornou global a competição por inovação, eficiência e geração de riqueza. Assim, o sistema atual confere vantagem não apenas ao melhor concorrente, como também àquele que está inserido em um ecossistema mais favorável aos negócios.

Especificamente em relação ao Brasil, trataremos também de entraves já comuns a qualquer empresa, como os relacionados ao cumprimento de obrigações fiscais e trabalhistas, o efeito perverso da teoria do grupo econômico e desconsideração da personalidade jurídica para a atração de investimentos, e as dificuldades de obtenção de crédito pelo pequeno empreendedor. Anteciparemos, ainda, algumas das discussões que acreditamos vir por aí em relação a modelos de negócios e tecnologias disruptivas que prometem agitar ou até mesmo exterminar modelos tradicionais que se tornaram ineficientes.

9.2 O desafio do empreendedor de inovação

Um fato sobre iniciar um empreendimento no Brasil e em qualquer lugar do mundo é que não são desprezíveis as chances de ele não prosperar. Isso é tão comum que existem até metodologias de medição para isso, a chamada taxa de mortalidade das empresas.

Segundo estudo do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) publicado em 2013, que tomou como base dados da Secretaria da Receita Federal disponíveis até o ano de 2010, a taxa de mortalidade de empresas com até dois anos de funcionamento era de 24,4%¹ para as empresas “nascidas” em 2007 (SEBRAE, 2013a). Para empresas com até cinco anos de funcionamento, um estudo anterior e mais aprofundado do Sebrae-SP havia estimado a taxa de mortalidade em 58% (SEBRAE, 2013b).

No relatório intitulado “*Causa Mortis* – O sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida”, resultante de estudo conduzido pelo Sebrae-SP publicado em julho de 2014, foram destacados três fatores como de maior contribuição para o fracasso de novos empreendimentos: falhas no planejamento prévio, erros na gestão empresarial, e características no comportamento do empreendedor como falhas em comunicação, falta de capacitação e falta de persistência.

No entanto, apesar das dificuldades e estatísticas desafiadoras, milhares de indivíduos se aventuram anualmente em começar o próprio negócio a partir de uma ideia de geração de valor, da visualização de uma oportunidade.

Na concepção de Howard Stevenson (1983), empreendedorismo é um fenômeno comportamental que consiste na “perseguição de uma oportunidade, sem considerar os recursos existentes atualmente para tanto” (p. 3).

Entre os empreendedores que se aventuram estão aqueles cujas ideias buscam inovar no ambiente de negócios, seja por meio da criação de um produto ou tecnologia inexistente, seja por meio da utilização de um modelo de negócio inovador, de uma experiência de consumo diferenciada, da implementação de um padrão no processo produtivo que gere vantagens competitivas ou uma combinação desses elementos – os que aqui chamaremos de negócios de inovação.²

-
- 1 Esse percentual tomou como base para assumir a continuidade das atividades o cumprimento de obrigações fiscais perante a receita por pelo menos um ano e o estudo não apresenta dados sobre a taxa de mortalidade dos anos seguintes.
 - 2 Existem diferentes linhas e esquemas de classificação de tipos de inovação discutidos entre os acadêmicos das escolas de negócio. Um exemplo de tipos de classificação está no livro *Dealing with Darwin: how great companies innovate at every phase of their evolution*, no qual Geoffrey A. Moore classifica inovação de acordo com os seguintes tipos, livremente traduzidos como: disruptiva, de aplicação, produto, plataforma, extensão de

O ciclo formal de uma empresa em termos financeiro-contábeis, conforme ilustrado na Figura 9.1, reside em:

- partir de uma ideia de negócios;
- investir capital próprio ou de terceiros;
- em mão de obra, insumos e/ou ativos que serão utilizados para criação de um bem ou serviço;
- a ser vendido para um cliente que pagará um prêmio sobre o custo do produto ou serviço;
- que será reinvestido e/ou distribuído aos financiadores.

Figura 9.1 – Ciclo formal de uma empresa em termos financeiro-contábeis



Fonte: Elaboração própria.

Sobre cada uma dessas etapas, naturalmente, incide uma série de dificuldades a serem superadas em qualquer tipo de negócio. Os negócios de inovação, no entanto, enfrentam desafios adicionais que, a depender do ecossistema em que estão inseridos, podem condenar ideias com potencial disruptivo e capacidade de geração de riqueza ao fracasso antes mesmo de se concretizarem.

linha, melhoria, marketing, de experiência, de engenharia agregada, de integração, de processo, de migração de valor, orgânica ou por aquisição.

Seguiremos a ordem do ciclo da empresa – da ideia ao crescimento e retorno de capital aos sócios – para tratar de algumas questões jurídicas que podem se tornar gargalos nesse processo.

9.3 Cuidados na concepção do negócio

9.3.1 Licitude do produto ou modelo de negócio

É comum empreendedores conceberem negócios sem se dar conta de estarem entrando em ambiente regulado, para os quais necessitariam cumprir determinados requisitos e obter autorizações dos órgãos competentes, ou até investir em ideias que podem vir a ser consideradas ilegais. Tal desconhecimento pode sujeitar o empreendedor não apenas a perda dos recursos investidos no negócio, como também a multas, penalidades e/ou indenizações se houverem danos.

Em geral, é possível prevenir tais riscos pesquisando sobre o setor em que se pretende atuar e conversando com juristas, outros empresários e órgãos de apoio ao empreendedor, por exemplo. No entanto, existem casos em que a análise da licitude do modelo de negócio cai em uma zona cinzenta, em que existe o risco de as atividades da *startup* virem a ser consideradas ilegais, por se assemelharem a atividades reguladas ou por ameaçarem mercados protegidos por regulamentação – que, por sua vez, pressionam o regulador a agir contra o novo negócio.

Como exemplo, temos o caso da plataforma Fairplace, que iniciou suas atividades em abril de 2010 e tentou emplacar no Brasil um modelo de negócio que tinha se mostrado altamente promissor no Reino Unido e nos EUA, o empréstimo *peer-to-peer* puro, no qual uma plataforma tecnológica faz a intermediação de empréstimos entre pessoas físicas. Por iniciativa da CVM e do Banco Central, que caracterizaram a atividade da Fairplace como privativa de instituição financeira, a plataforma foi objeto de inquérito do Ministério Público Federal e sofreu investigações da Polícia Federal. Suas atividades foram interrompidas em dezembro do mesmo ano, após ter intermediado cerca de R\$ 1,8 milhão em empréstimos (SCHREIBER, 2011).

Buscando explorar esse mercado de empréstimos online, surgiram desde então outras plataformas que se apresentaram como correspondentes bancários parceiros de uma instituição financeira autorizada a realizar empréstimos, figura claramente autorizada pela regulamentação do sistema financeiro. Nesse modelo surgiram tanto plataformas online, que atuam como extensão de empresas de crédito pessoal com avançada tecnologia de análise de crédito e mais facilidades para contratação de empréstimos, como uma plataforma como a Biva Serviços Financeiros SA, que de um lado realiza a intermediação de empréstimo a

pequenas empresas (o qual é realizado por uma instituição financeira) e, de outro, realiza a intermediação de venda de Cédulas de Crédito Bancário (CDB) ou Recibos de Depósitos Bancários (RDB) emitidas pela instituição financeira para os financiadores.³

Exemplo diferente do ocorrido com o Fairplace se deu em relação a algumas empresas que desenvolveram ou trouxeram para o Brasil os chamados meios de pagamento, como Paypal, PagueSeguro, entre outras, que operaram em uma zona cinzenta em relação a realizar ou não atividades sujeitas ao controle do Banco Central. No caso dos arranjos de pagamento (assim batizados os meios de pagamento), dado que a atividade já estava consolidada quando foi promulgada a Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013, coube ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central, na prática, apenas regulamentar prazos, documentação a

-
- 3 Nesse sentido, vale conferir alguns trechos do Aviso Legal disponibilizado pela Biva em sua plataforma, deixando clara a realização por uma instituição financeira para a concessão do crédito e venda de títulos de investimento: “Biva Serviços Financeiros S.A não realiza operações de financiamento e/ou investimento diretamente, tampouco realiza quaisquer outras operações privativas de instituições financeiras. Todos os financiamentos e/ou investimentos são realizados através da Instituição Financeira Parceira, devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil a realizar esse tipo de atividade. [...] A Biva atua como procuradora de seus clientes na contratação dos financiamentos perante a Instituição Financeira Parceira, bem como na aquisição pelos Investidores de títulos de cambiais de responsabilidade de instituições financeiras, notadamente certificados de depósitos bancários – ‘CDB’ ou recibos de depósitos bancários – ‘RDBs’, cuja remuneração está vinculada a determinadas Cédulas de Crédito Bancário – ‘CCBs’, emitidas nos termos da Lei 10.931/04, que lastreiam os referidos empréstimos. Os valores captados a título de investimento serão exclusivamente utilizados para concessão dos empréstimos lastreados pelas CCBs. [...] As oportunidades de negócios veiculadas na plataforma Biva consistem de operações do mercado bancário nos termos do art. 2, parágrafo 1º, inciso II da Lei 6.385/76 (Lei de Valores Mobiliários), não estando sujeitas ao regime de oferta pública de valores mobiliários. Os produtos financeiros da Instituição Financeira Parceira, os quais formalizam as relações entre os empreendedores e os investidores, são oferecidos na Plataforma Biva, sendo que nesse sentido a Biva atua como Correspondente Bancário nos termos do artigo 2º, da Resolução CMN n. 3.954, de 24 de fevereiro de 2011. Os contratos de adesão subjacentes à relação entre a Biva e seus clientes não estão sujeitos a qualquer quadro regulamentar, sendo a contratação realizada por meios eletrônicos. Não obstante, a Plataforma Biva, incluindo seu processo de cadastramento, atende todos os critérios de conheça seu cliente (KYC) e antilavagem de dinheiro estabelecidos pela Lei 9.613/98 e Circular do Banco Central no 3461/09”. Disponível em: <<https://biva.com.br/aspectos-legais.html>>. Acesso em: 8 set. 2017.

ser submetida e o formato de cadastramento dos *players* já existentes para que viessem a integrar o chamado Sistema de Pagamentos Brasileiro. Ou seja, no caso dos meios de pagamento, o Banco Central agiu posteriormente à consolidação do modelo de negócio e acabou criando uma categoria própria de agente do sistema financeiro para essa classe de empresas, em lugar de tentar impedir a atividade, como no caso do Fairplace.

A polêmica do caso Uber *versus* táxis chama a atenção em relação ao ativismo provocado nas redes sociais em prol da liberação do modelo, ferozmente combatido pelos motoristas de táxi. Quando do início do Uber no Brasil, a revista *Veja* (HONORATO, 2014) publicou reportagem contendo declaração da Agência Nacional de Transportes Públicos (ANTT) que considerou o serviço como ilegal. Passados menos de dois anos dessa declaração, e depois de algumas decisões judiciais favoráveis e contrárias, discussões legislativas, protestos e afins, o Uber já é um serviço utilizado em diversas cidades do país – tornou-se a principal fonte de renda de diversas pessoas e recebe cada vez mais adeptos.

Outros casos interessantes são os de empresas que buscam a validação do seu modelo pelo órgão que poderia ter competência regulatória antes de saírem a mercado. Como exemplo dessa estratégia, temos a plataforma de *equity crowdfunding* Broota, que realizou consulta à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre que modelo de financiamento coletivo de capital para pequenas e médias empresas poderia ser adotado, sem ser necessária realização de uma oferta pública. Como resultado, as operações intermediadas pelo Broota solicitam a dispensa de registro da oferta de captação à CVM, se adequando às Instruções n. 400/2003 e n. 480/2009, que regulamentam a captação de investimentos por meio de emissão de títulos e valores mobiliários pelas micro e pequenas empresas (com faturamento bruto de até R\$ 3,6 milhões anuais). Ainda assim, ciente de que a regulamentação existente pode não ser a mais adequada para, ao mesmo tempo, incentivar o *crowdfunding* e proteger os investidores contra fraudes, estava em discussão na CVM, em julho de 2017, a edição de uma instrução direcionada especificamente ao *equity crowdfunding*.

Não existe uma receita pronta sobre como proceder em caso de dúvida sobre a licitude do produto ou modelo de negócio. Como vimos, aqueles que preferem ser conservadores podem perder a oportunidade de ganhar parcela relevante do mercado (meios de pagamento e Uber) e alguns mais arrojados podem ser impedidos de realizar suas atividades (Fairplace). Na prática, o que se observa é que, para ser bem-sucedido em negócios inovadores que podem estar sujeitos à regulamentação, é necessário, no mínimo, preparo e conhecimento dos desafios a serem enfrentados.

Para o empreendedor é crucial, de um lado, conhecer os riscos e estar preparado para defender os benefícios do modelo, e, de outro, ganhar adeptos e engajar

ao máximo todos os *stakeholders*. Se os benefícios forem muito maiores que os que o mercado atual oferece e se a empresa tiver fôlego financeiro e estratégia de engajamento para prová-los, pode ser que ela não apenas sobreviva, mas revolucione o mercado, tornando-se uma grande e reconhecida empresa.

9.3.2 Alguns desafios que vêm por aí

Os casos citados ilustram algumas discussões envolvendo modelos de negócio disruptivos e regulamentação. A tecnologia e a cultura de transparência, integração, velocidade e adaptação que acompanhou o seu desenvolvimento prometem novos desafios para mercados tradicionais e reguladores.

Como exemplo do que poderemos enfrentar em termos de discussão, temos o surgimento de plataformas tecnológicas, *marketplaces* e inteligência artificial para prestação de serviços em mercados de profissões reguladas, como medicina, contabilidade, advocacia, assessoria de investimentos e gestão de recursos, entre outros. O resultado poderá ser benéfico para a sociedade, se considerarmos que tais recursos tenderão a baratear serviços, permitindo o acesso a um universo muito maior de usuários. De outro lado, não apenas deverá causar resistência das entidades reguladoras, por ferir eventuais reservas de mercado historicamente defendidas pelos órgãos de classe, como também pode ameaçar a qualidade elevada que a prestação desses serviços requer, se não houver limites ou possibilidade de responsabilização em caso de danos.

A automação, a utilização de robôs, *big data*⁴ e a internet das coisas⁵ prometem enormes ganhos de eficiência para indústrias, serviços públicos, além de comodidades para a casa e outras necessidades pessoais.

O resultado dessa revolução será mais acesso a bens e serviços, melhor emprego de recursos públicos e privados, menor impacto ambiental, mais tempo livre e bem-estar aos indivíduos. De outra parte, essa revolução gera enormes preocupações quanto ao surgimento de potenciais externalidades, como segurança da rede (especialmente em tempos de *cyber* espionagem e terrorismo), privacidade de dados, questões que poderão impactar a livre concorrência – à medida que os grandes *players* de tecnologia passam a adquirir papel de bens públicos na acepção econômica do termo – proteção ao consumidor e o papel do emprego e educação para esses novos tempos.

4 Área da tecnologia dedicada a analisar e interpretar grande volume de dados permitindo, por exemplo, a tomada de decisões informadas e em tempo real.

5 Área da tecnologia dedicada à conexão de sensores a objetos e seres vivos que enviam informações a sistemas que registram e interpretam esses dados e reagem de acordo com uma determinada programação.

O que pretendemos pontuar ao pincelarmos o que vem por aí é a necessidade de discutir os princípios que deverão nortear a atividade legislativa e regulamentadora diante da revolução tecnológica, ao invés de regular, proibir, permitir ou limitar novas atividades e indústrias pontualmente, com base em território, contexto de mercado e pressões de entidades ou da sociedade sobre um ou outro assunto, como tem sido o caso do Uber e AirBnb (por *lobby* das entidades representativas das empresas de hospedagem e turismo).

Acreditamos que governos e sociedades com capacidade de avaliar de forma holística os riscos e benefícios dessas tecnologias, assentando princípios e métodos de análise sobre os quais será dosada sua intervenção regulatória, se sairão melhor na colheita dos frutos dessa nova revolução tecnológica já em curso.

Nesse sentido, acreditamos que a institucionalização do uso de instrumentos como a Avaliação de Impacto Regulatório, ferramenta defendida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como capaz de promover um crescimento inclusivo por meio de melhores regulamentações (DEIGHTON-SMITH; ERBACCI; KAUFFMANN, 2016), somada ao fortalecimento técnico multidisciplinar das agências governamentais (em contraposição ao aparelhamento político observado) e engajamento dos *stakeholders* na concepção e discussão dos impactos da regulamentação são um caminho a seguir.

9.3.3 O aparente dilema da proteção da ideia

Um outro aspecto relacionado à concepção do negócio reside na proteção da titularidade sobre a inovação. Isso porque, além de muitos empreendedores não se preocuparem em registrar marca, patente ou *software* relacionados à sua ideia de negócio ou criação, por vezes as inovações sequer se enquadram em uma das categorias passíveis de registro e, conseqüentemente, de proteção.

Não raros são os casos também de empreendedores que começam a usar nomes fantasia ou expressões comerciais que já são objeto de registro por terceiros. Existem situações também em que terceiros usam o sistema de registro para “roubar” criações, valendo-se da regra de anterioridade do pedido como critério de concessão da titularidade para tentar “revender” os direitos ao criador original – são os chamados oportunistas.

A ideia que se pretende discutir neste capítulo é esta aparente dicotomia: se, por um lado, o registro da criação, de marca, de patente ou de *software* parece já não representar mais um grande valor por si só, por outro, não ter esse registro pode se tornar uma dor de cabeça desnecessária ou uma desvantagem competitiva.

Para ilustrar, vale ler os depoimentos de gestores de reconhecidos fundos de *venture capital* norte-americanos sobre o assunto:

Somos um pouco esquizofrênicos em relação a patentes. Pessoalmente, eu não me importo muito com patentes, é algo bom de ter, mas não um requisito. Apenas 8 empresas são detentoras de patentes que valem muito. Uma vez que uma tecnologia é patenteada e está na rua, as pessoas dão um jeito de burlar a proteção. Apesar disso, nós fazemos busca de patentes para ter a certeza de que ninguém nos bloqueará. Nós temos várias empresas que prefeririam manter sua propriedade intelectual como segredo de mercado. Nem todos concordam com isso aqui; temos alguns sócios que são grandes fãs de grandes portfólios de patentes. [...] Nós não damos muita ênfase na proteção legal ou registro de patente apesar de encorajarmos nossas empresas a tentar se proteger. Se uma grande empresa vem roubar a ideia de nossa empresa, esta pode não ter os recursos para se proteger de qualquer forma, então, sobre uma perspectiva de mercado a conveniência da proteção ou não está sob observação. Nos dias do e-commerce, marca e tamanho eram a proteção. Aquilo não era natural para nós e continua não sendo. Nós achamos que um segredo é um tempero importante para a tecnologia, uma aposta de que as pessoas não resolverão o problema de forma simples e barata (ROBERTS; ABRLEY, 2004, p. 2).

Sobre a relativização do valor da proteção dos registros, nossa visão é a de que essa decorre de dois principais aspectos: a evolução para o modelo de inovação aberta e a limitação do alcance da proteção decorrente do registro.

Investir na contratação das melhores mentes, em pesquisa e desenvolvimento, patentear, colher os lucros de ser os primeiros, defender os direitos de propriedade intelectual e reinvestir em novas criações foi a estratégia competitiva sobre a qual surgiram e se consolidaram colossos corporativos como DuPont, GE e IBM. Henry W. Chesbrough batizou esse modelo de estratégia de inovação fechada, segundo o qual a inovação bem-sucedida requer controle, e descrevendo-a como ingrediente do sucesso de grandes corporações no século XX (THE ERA..., 2003).

Chesbrough observa que, no final do século XX, por conta de fatores como o aumento expressivo do número de trabalhadores com conhecimento científico e a maior mobilidade desses trabalhadores, bem como do crescimento dos fundos de *venture capital*, pequenas empresas com tecnologias e produtos revolucionários gestados fora dos laboratórios de grandes corporações começaram a aparecer, desafiando as grandes empresas tradicionais – a exemplo da ameaça trazida por Microsoft e Intel à hegemonia da IBM.

Esses fatores inauguraram o chamado modelo de inovação aberta, no qual corporações passaram a contar também com fontes externas de inovação, por meio de aquisições de empresas, programas de *corporate venture* (empresas investem em *startups* que podem desenvolver produtos e aplicações que tenham sinergia com seu produto, mercado ou estratégia de crescimento) e acordos de licenciamento, entre outras derivações.

Desse novo paradigma, surgiram diferentes abordagens de inovação aberta, como (RAHMAN; RAMOS, 2010):

- o *open source* (ou código ou fonte aberta), no qual a empresa abre o código de programação de sua tecnologia para permitir que terceiros desenvolvam aplicações para seus usuários, com diferentes arranjos comerciais entre o detentor da plataforma e o desenvolvedor;⁶
- a inovação centrada no usuário, em que usuários com determinadas necessidades acabam criando um produto para satisfazer as próprias necessidades e comercializando para outros com necessidades semelhantes;⁷
- a cocriação, que é a inovação facilitada por ambientes ou plataformas de trabalho coletivo em que indivíduos ou empresas se reúnem para criar algo, entre outras.

O reflexo dessa tendência de inovação compartilhada, de criação coletiva ou de inovação para o benefício coletivo, é uma aparente desvalorização da propriedade intelectual registrada e até o surgimento de “militâncias” em favor do *software* livre (muito ativas contra a Microsoft no início dos anos 2000), de rede de usuários de suporte a plataformas de colaboração para geração de conteúdo gratuito como o Wikipedia, de organizações para a promoção do licenciamento gratuito, como o *creative commons*.

Outra razão pela qual os registros deixaram de ter tanta relevância é a limitação do alcance da proteção que, no caso de patentes e *softwares*, é restrita ao produto ou resultado obtido, respectivamente, a partir de um método e determinados recursos, ou um código fonte. Ou seja, não se protege o resultado em si, mas o que foi empregado para alcançá-lo. De um modo geral, resultados equivalentes ou semelhantes obtidos de forma diferente podem vir a ser objeto de registro por terceiros. Como o conhecimento hoje se espalha muito mais rapidamente, não é difícil outras empresas entenderem o processo e desenvolverem algo semelhante – ou melhor.

6 Apple (e os aplicativos para iPhone) e Facebook são exemplos bem-sucedidos dessa abordagem.

7 Como exemplo, as plataformas de *crowdfunding* Indiegogo e Kickstarter recebem “pedidos” de usuários interessados em viabilizar a fabricação de um produto que consideram inovador.

Essa questão é agravada no Brasil pela demora entre o pedido e o registro da proteção, estimado em cerca de quatro anos para marcas e dez anos para patentes. Outro fator de impacto é a falta de conhecimento da matéria no Judiciário, questão que pode ser melhorada com a criação de varas especializadas.

Apesar disso, na prática, a marca, a patente de uma invenção, modelo de utilidade ou o registro de um *software* acabam por conferir ao detentor dos direitos maior proteção contra concorrência desleal, principalmente se elementos como confusão ao consumidor também estiverem presentes, bem como elemento de dissuasão contra oportunistas que se valem do benefício da anterioridade para reclamar benefícios sobre a criação.

Como exemplo da importância do registro, as diversas patentes requeridas quando da criação do iPhone permitiram à Apple ser indenizada pela Samsung em US\$ 290 milhões por algumas das utilidades do iPhone incorporadas aos *smartphones* da Samsung. A Apple, por sua vez, viu-se obrigada a pagar alguns bilhões de dólares em indenizações e *royalties* à Nokia pelo uso indevido de tecnologias patenteadas por esta empresa. Esses são apenas alguns dos destaques mais famosos da chamada guerra das patentes dos *smartphones*, em que são reportadas centenas de ações envolvendo fabricantes de smartphones existentes nos EUA, na Europa e na Ásia discutindo infrações a patentes.

Sobre pedidos oportunistas, podemos citar o caso da tecnologia JPEG, um método de compressão para imagens digitais que foi criado pelo Joint Photographic Experts Group em 1992, comitê criado entre um grupo de trabalho temático da International Organization for Standardization (ISO, entidade de padronização e normatização) e outro da União Internacional de Telecomunicações (UIT, órgão da ONU responsável pelo desenvolvimento de padrões no setor de informação e telecomunicações). Em 2002, uma empresa chamada Forgent Networks moveu ações contra fabricantes de câmeras digitais e de computadores reclamando o pagamento de *royalties* sobre o uso do algoritmo JPEG. Apesar de no início a Forgent ter conseguido arrecadar dezenas de milhões de dólares em licenciamento, as empresas processadas pela Forgent se uniram para questionar a validade da patente da Forgent sobre o JPEG, alegando tratar-se de patente requerida sobre uma tecnologia que já era considerada estado da arte. A Forgent acabou perdendo grande parte dos pedidos e teve a sua patente revisada pelo US Patent Office, que declarou inválida a proteção sobre grande parte do registro.⁸

O que se verifica a partir da aparente dicotomia enfrentada pelo sistema de proteção de propriedade intelectual é que, a despeito da evolução das formas e fontes de inovação e dos limites da proteção, o registro ainda é a melhor forma

8 Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/JPEG#cite_note-35>. Acesso em: 23 abr. 2016.

de se precaver contra oportunistas e, mais importante ainda, definir como melhor gerenciar a propriedade intelectual de uma empresa.

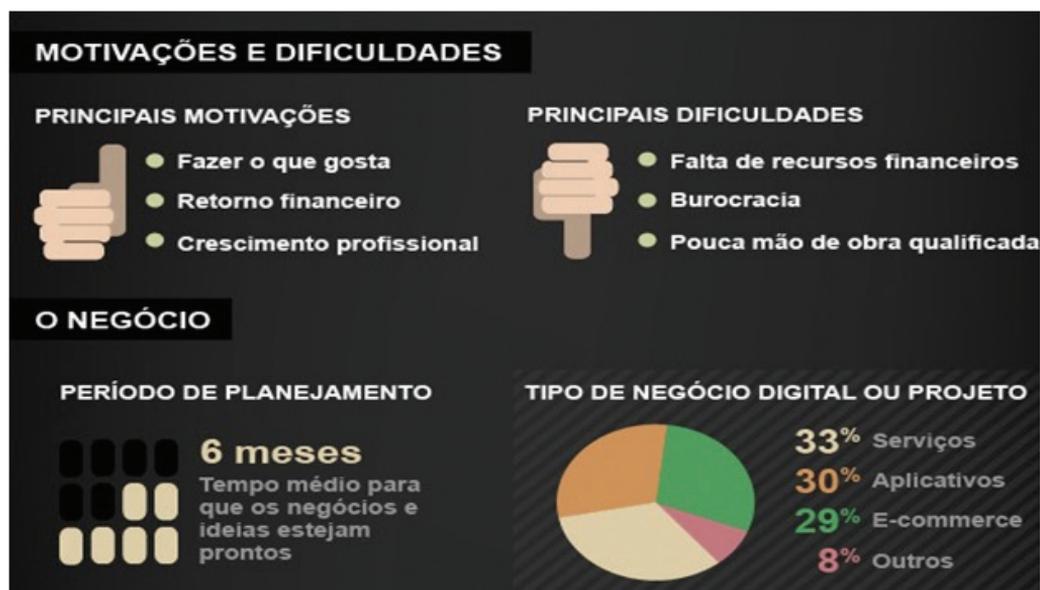
Isso porque a propriedade intelectual registrada gera segurança jurídica e maior proteção para, por exemplo, estabelecer os termos de contratos de parceria e colaboração, auxiliar na definição do escopo e reduzir a incerteza em contratos de licenciamento de *know-how* ou tecnologia, estabelecer as regras entre a tecnologia proprietária e a aplicação sobre a tecnologia (para, entre outros, desenvolver aplicativos sobre plataformas *open source*) e para regular os limites de utilização da propriedade intelectual, em especial para os casos de licenciamento gratuito como o do movimento *creative commons*.

9.4 Financiamento

A Figura 9.2 a seguir faz parte de um infográfico publicado pelo portal *Exame.com* em 21 de janeiro de 2014 e ilustra o resultado de pesquisa realizada pela E-Bricks digital e Consumoteca sobre o perfil do chamado empreendedor digital brasileiro.

Figura 9.2 – Resultado de pesquisa sobre o perfil do empreendedor digital brasileiro (*continua*)



Figura 9.2 – Resultado de pesquisa sobre o perfil do empreendedor digital brasileiro (continuação)

Fonte: Lam (2014).

A falta de recursos financeiros é apontada como uma das principais dificuldades enfrentadas pelos empreendedores, em sua maioria, jovens entre 25 e 40 anos e de classe média, perfil que usualmente enfrenta dificuldades de acesso ao crédito financeiro por possuir pouco patrimônio e não conseguir ofertar garantias.

A alternativa à dificuldade de obtenção de crédito é o financiamento por meio de investimento em participações, sobre o qual analisaremos neste capítulo alguns desafios enfrentados por empreendedores e investidores para o investimento em capital de risco no Brasil.

A ilustração Estágios da Empresa (Figura 9.3), extraída do site da Endeavor, mostra os diferentes estágios de maturação de uma empresa e modalidades de investimento de capital de risco que o empreendedor poderá buscar a depender do estágio de sua empresa.

Figura 9.3 – Diferentes estágios de maturação de uma empresa e modalidades de investimento de capital de risco

Fonte: Matsuda (2011).

De todas as etapas de investimento, a de maior risco é aquela em que o empreendedor recebe recursos do grupo apelidado de *family, fools and friends* (familiares, tolos e amigos) apontada como capital fundamental para que a ideia migre para um protótipo capaz de ser minimamente testado e, concomitante ou posteriormente ao protótipo, recebe capital dos chamados investidores-anjo.

O termo investimento-anjo foi cunhado nos Estados Unidos, mais especificamente na região do Vale do Silício, com o intuito de designar um tipo de investimento realizado por pessoas ou grupos de pessoas com algumas características comuns: empreendedores bem-sucedidos, empresários ou mesmo *experts* do mercado de *venture capital* que, por terem testemunhado rápida valorização de seus negócios (ou de seus amigos, colegas, vizinhos, parentes etc.) enxergaram, em outros empreendedores dotados de boas ideias, uma oportunidade de apostar seus ganhos em um *ticket* com possibilidade de obter prêmios vultosos – participações em *startups*.

Normalmente, o investimento-anjo se traduz em uma participação minoritária na empresa, sem assentos em conselhos ou posições executivas nas empresas. Os anjos apoiam os empreendedores com seus conhecimentos, experiências e relacionamentos, além, obviamente, dos recursos financeiros.

O termo “aposta” no Brasil, no entanto, ganha uma conotação mais dramática. O modelo de investimento citado, também importado da cultura jurídica americana – já bastante amadurecida –, garante direitos e premissas em relação aos fundadores das *startups* e algumas vantagens sobre investidores que venham

a se interessar pelo negócio quando os frutos do investimento estão para dar. Mas e quando o negócio não só não “vinga” como também acaba por colocar o patrimônio do investidor-anjo em risco?

Essa preocupação soaria como absurda em países que respeitam o princípio da separação patrimonial da empresa como pilar da economia capitalista e fomento às iniciativas privadas de geração de riqueza, impostos e empregos, mas aqui no Brasil ela é essencial.

Isso porque o ambiente legal brasileiro “evoluiu” para superproteger determinados grupos e sair de um extremo em que o sistema jurídico favorecia devedores para outro, em que a mera existência de dívida passou a, na prática, ser causa de desconsideração da personalidade jurídica, sem que fossem provados indícios de fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Na esfera trabalhista, o mais extremo e sedimentado dos casos, o bloqueio de recursos em contas bancárias de titularidade dos sócios – independentemente do percentual de participação detido – é comandado diretamente no gabinete dos juízes do Trabalho, sempre inclinados a agir sumariamente para garantir o pagamento de verbas trabalhistas aos reclamantes. Pela teoria do grupo empresarial, outras empresas em que investidor-anjo detém participação poderão vir a responder por dívidas da que estiver em dificuldade.

As legislações consumerista,⁹ de defesa da concorrência,¹⁰ ambiental¹¹ e fiscal¹² também permitem a desconsideração da personalidade jurídica e/ou

9 O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor prevê que “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

10 A Lei n. 12.529/2011 (nova Lei Antitruste) prevê em seu artigo 34 que “a personalidade jurídica do responsável por infração de ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”.

11 A Lei n. 9605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) prevê em seu artigo 4º que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

12 O Código Tributário Nacional, em seu artigo 135, estabelece que “são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes dos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

responsabilização dos sócios diante de determinados requisitos. O que se observou, na prática, no entanto, foi o uso arbitrário e indiscriminado pelos juízes – sem que muitas vezes estivessem provados os elementos dessa prerrogativa – de medidas como bloqueios em contas bancárias, penhoras, inscrição em dívida ativa, entre outros instrumentos, visando coagir os sócios a quitarem a dívida.

E, por fim, alguns casos de desconsideração inversa da personalidade jurídica por dívidas civis de outro sócio da sociedade criam necessidade de gerar controles entre sócios pelas dívidas pessoais, investimentos e até regime de bens e questões alimentares entre cônjuges e filhos.

Em que pesem os requisitos para desconsideração da personalidade jurídica já estarem previstos no Código Civil e em algumas leis específicas, o Novo Código de Processo Civil, de 2015, veio imprimir mais segurança jurídica à aplicação dessa medida ao prever expressamente um procedimento (incidente processual) a ser seguido previamente à apreciação do pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Como o dispositivo entrou em vigor apenas em meados de março de 2016, quando este estudo foi feito ainda não se podiam observar efeitos da aplicação desse procedimento prévio nem se as decisões passaram a considerar a necessidade de prova dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica para aplicá-la.

Como resultado desses riscos, os investidores-anjo brasileiros são muito mais cautelosos e seletivos quando da realização de aplicações em *startups*, o que reduz em muito o seu número no funil de entrada de empresas inovadoras capazes de passar para estágios posteriores de investimento.

Outro aspecto que pode ser ressaltado sobre o investimento-anjo no Brasil é o da “importação” pela comunidade de advogados brasileiros de instrumentos utilizados pelos colegas advogados norte americanos para os anjos de lá, com o intuito de tropicalizar os chamados *convertible notes*. Em resumo, os *convertible notes* são títulos de dívida conversíveis em ações que possibilitam a conversão automática da dívida em participação quando da ocorrência de um chamado evento de liquidez – conhecido como *Series A* – que, de um modo geral, é a fase no ciclo de investimento em *startups* em que a empresa recebe investimento de fundos de *venture capital*.¹³

No Brasil, o instrumento jurídico que mais se aproxima das *convertible notes* seriam as debêntures conversíveis previstas no artigo 57 da Lei das SAs (Lei n. 6404/1976). Porém a utilização desse instrumento de captação demanda a emissão desses títulos por uma sociedade anônima, tipo societário com estrutura mais

13 Normalmente é estabelecido um desconto no preço das ações que o anjo receberá em relação ao preço da ação a ser pago pelo investidor do *Series A*, como prêmio pelo investimento de altíssimo risco realizado pelo anjo antes daquela rodada de investimento.

cara (por ter mais obrigações de publicação de atos) e sofisticada de gerir. Assim, são poucas as *startups* que conseguem se “dar ao luxo” de receberem investimento-anjo por meio da emissão de debêntures.

Outras estruturas utilizadas para captar investimento-anjo por aqui têm sido os contratos de mútuos conversíveis em quotas ou ações e as opções de compra de quotas ou ações.

Os contratos de mútuos conversíveis em quotas ou ações normalmente possuem previsões muito semelhantes aos *convertible notes* norte americanos. Nesse sentido, são instrumentos que preveem a realização de um empréstimo à *startup* em que os demais sócios (empreendedores) autorizam a conversão e subscrição em quotas ou ações quando do recebimento pela *startup* de um novo investimento (a um valor mínimo pré-determinado) ou a chegada da data limite, que seria o prazo máximo esperado para a finalização da rodada de captação de investimento. Na hipótese de não ocorrer um investimento por terceiro antes de finalizado o prazo, o investidor-anjo poderá optar por converter a dívida em participação ou receber o valor do mútuo de volta. Como o investimento-anjo não tem como motriz a remuneração sobre o empréstimo (bastante limitada quando não se tratar de instituição financeira), o recebimento do valor normalmente prevê o repagamento do principal sem juros e em condições a perder de vista.

A opção de compra, por sua vez, garante o direito de o investidor anjo adquirir quotas ou ações da *startup* por um preço pré-determinado – calculado com base na avaliação da empresa pré-rodada *Series A*, condições essas (de preço por quota/ação) via de regra mais vantajosas que o preço por ação a ser pago pelo *venture capitalist*. Em relação ao contrato de mútuo conversível, a opção de compra difere em relação à natureza do direito do investidor. O contrato de mútuo regula um direito de crédito – com pagamento por meio de entrega de ações, enquanto a opção de compra pode ser encarada como um direito de subscrição futura.

É importante observar que nenhum desses instrumentos – com exceção das debêntures conversíveis – confere direitos de voto ao investidor que ainda não teve sua dívida convertida em participação, não obstante ser comum os instrumentos já incluírem as premissas que deverão reger o acordo de acionistas quando do ingresso dos investidores no capital da empresa. Alguns contratos de mútuo conversíveis podem prever ainda limites a ser observados pelos empreendedores na gestão da empresa – sobretudo em relação a decisões de investimento ou endividamento – sob pena de vencimento antecipado da dívida.

Apesar da relativa perda em termos de direitos de sócio, esses instrumentos, por serem privados e não representarem o ingresso do investidor no capital no momento do investimento, acabam trazendo alguma segurança ao investidor-anjo no tocante ao risco de contaminação mencionado no início deste artigo. Permitem, ainda, ao investidor-anjo, quando a *startup* não apresenta o resultado

esperado, sair de forma muito mais simples, isto é, não exercendo o direito de conversão ou o direito de compra nas condições pré-estabelecidas, sem necessidade de buscar outros meios para sair da sociedade que, a depender da postura dos demais sócios, pode exigir até ações judiciais.

Um grande diferencial da prática norte-americana em relação à brasileira é que por lá os empreendedores, quando saem em busca de investimento, já conhecem os instrumentos e as condições contratuais por meio das quais os investidores-anjo realizarão a injeção de recursos. Já no Brasil, além da diversidade de possíveis estruturas, encontramos empreendedores pouco familiarizados com o processo de investimento e os compromissos a serem assumidos a partir do momento em que começam a buscar captação.

Os anjos por aqui acabam, assim, prestando uma assistência adicional a esses empreendedores, no sentido de educá-los em relação ao processo e ciclos de captação que poderão vir. Aos advogados, por sua vez, cabe entender a peculiaridade desse tipo de investimento – de alto risco e que envolve um intangível relevante, que é a experiência e rede de relacionamentos do investidor-anjo de um lado e, de outro, o capital humano que o anjo enxerga no empreendedor.

Para os estágios de maturação e investimento seguintes, o risco da contaminação dos investidores por passivos da empresa é mais mitigado, à medida que os investimentos na modalidade de *venture capital* e *private equity* usualmente são capitaneados por fundos de investimento, estruturas que conferem mais proteção aos quotistas e as suas identidades.

As dificuldades nesses estágios da empresa estão nas oportunidades de saída ou desinvestimento, que são mais limitadas aqui no Brasil. Isso porque nosso mercado de capitais é de difícil acesso para pequenas e médias empresas, em razão do alto custo de se realizar uma oferta pública de ações, e do não tão atrativo retorno (dada a menor liquidez e a maior volatilidade do nosso mercado).

Assim, algumas *startups* brasileiras que conseguiram sobreviver aos estágios iniciais e receberam investimentos de fundos de *venture capital* ou *private equity*, em muitos casos, crescem para serem adquiridas pelos chamados investidores estratégicos, ou seja, empresas que enxergam valor estratégico na aquisição, ou pela internacionalização para alavancar o crescimento e aumentar a liquidez de seus ativos.

9.5 Desafios para a operação do negócio

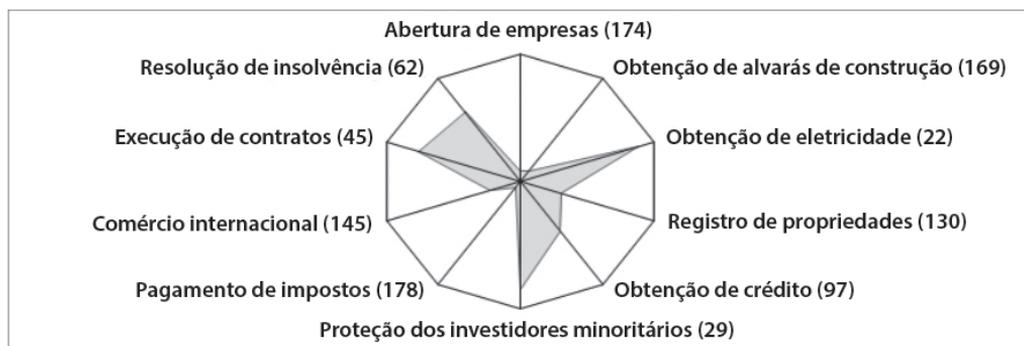
A pesquisa Doing Business, organizada anualmente pelo Banco Mundial, mostra a classificação de 189 países de acordo com a facilidade de se fazer negócios.

Segundo o resultado da pesquisa divulgada em 2016, o Brasil caiu (piorou) cinco posições entre 2015 e 2016, saindo da 111^a colocação para a 116^a. Em

termos comparativos, outras economias emergentes latino-americanas, como México (38º lugar), Chile (48º lugar) e Colômbia (54º lugar), tiveram qualificação bem melhor.

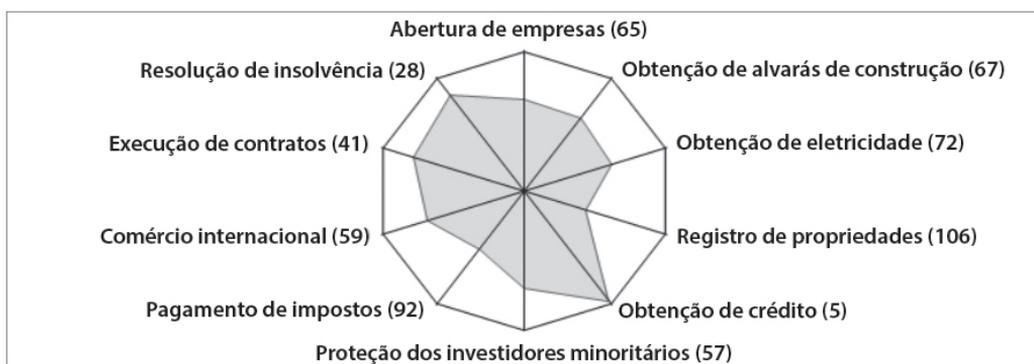
Nas Figuras 9.4 e 9.5 a seguir podem ser comparados os ambientes de negócios mexicano e brasileiro por cada um dos critérios utilizados.

Figura 9.4 – Brasil



Fonte: World Bank (2016a).

Figura 9.5 – México



Fonte: World Bank (2016b).

Entre os critérios medidos, o Brasil ficou em 174º lugar em termos de facilidade para a abertura de uma empresa, quase na lanterna. Segundo o Banco Mundial, os interessados em realizar a abertura de empresas no Brasil precisam executar, em média, onze procedimentos e aguardar até 83 dias para começar a operar. Cingapura exige apenas três procedimentos e leva de dois a três dias para concluir a abertura de uma empresa.

Vale destacar também o quesito facilidade para pagar impostos, no qual a quantidade de obrigações do contribuinte é tamanha que o Brasil alcançou o 178º lugar, indicando serem necessárias em média 2.600 horas por ano para uma empresa cumprir suas obrigações fiscais.

É importante frisar que o tipo de empresa sobre a qual a pesquisa foi realizada considerou empresas que não qualificam para regimes especiais como Microempreendedor Individual (MEI)¹⁴ e microempresas¹⁵ e pequenas empresas¹⁶ optantes pelo Simples. Em relação aos MEIs, podemos esperar maior facilidade para abertura de empresa e pagamento de impostos, enquanto, para as micro e pequenas empresas que optam pelo regime do Simples Nacional, podemos prever mais facilidade para o pagamento de impostos.

Outro aspecto que dificulta a vida do empreendedor são o alto custo da mão de obra no país e as limitações para a terceirização de atividades consideradas atividades fim da empresa.

O resultado disso é que não necessariamente os empreendedores desistem de iniciar seus negócios, apenas o fazem de maneira informal. A informalidade, por sua vez, reduz a arrecadação de impostos, impede a contratação de empregados registrados, elimina a possibilidade de captação de financiamento e investimentos, além de gerar grande insegurança na realização de negócios informais.

9.6 Conclusão

Os temas abordados ao longo deste artigo têm como principal propósito enumerar alguns desafios enfrentados por empreendedores brasileiros para iniciar negócios inovadores e vencer a corrida pelo crescimento.

Como o assunto é amplo, o tratamento do tema de forma panorâmica tem o objetivo de provocar o leitor a calçar os sapatos do empreendedor de inovação em geral, e do empreendedor brasileiro em particular.

Além de pincelar algumas medidas práticas a serem adotadas na hora de empreender, nosso intuito é também provocar o leitor a reanalisar o papel da regulamentação e a justiça de um sistema jurídico-burocrático-judicial aparentemente

14 Pequeno empresário que fatura até R\$ 60 mil por ano e não possui participação em outras empresas.

15 Nos termos da Lei Complementar n. 123/2003, artigo 3º, inciso I, considera-se microempresa a “empresa que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360 mil”.

16 Nos termos da Lei Complementar n. 123/2003, artigo 3º, inciso II, considera-se empresa de pequeno porte a empresa que “aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360 mil e igual ou inferior a R\$ 3,6 milhões”.

alicerçado na cultura da desconfiança, de legislar pela exceção e da excessiva proteção a determinadas classes, em prejuízo do benefício social e econômico que um ambiente eficiente e seguro de fazer negócios poderia trazer para o país.

Referências

- DEIGHTON-SMITH, R.; ERBACCI, A.; KAUFFMANN, C. *Promoting inclusive growth through better regulation: the role of regulatory impact assessment*. Regulatory Policy Working Papers n. 3. Paris: OECD Publishing, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5jm3tqwqp1vj-en>>. Acesso em: 8 set. 2017.
- HONORATO, R. “Carona paga” é ilegal, diz agência reguladora sobre app Uber. *Veja.com*, 29 jun. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/carona-paga-e-ilegal-diz-agencia-reguladora-sobre-app-uber>>. Acesso em: 8 set. 2017.
- LAM, C. O perfil do empreendedor digital brasileiro. *Exame.com*, 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/noticias/o-perfil-do-empreendedor-digital-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- MATSUDA, H. O ciclo de vida de uma empresa de sucesso. *Endeavor Brasil*, 19 ago. 2011. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/o-ciclo-de-vida-de-uma-empresa-de-sucesso/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- RAHMAN, H.; RAMOS, I. Open innovation in SMEs: from closed boundaries to networked paradigm. *Informing Science and Information Technology*, v. 7, p. 471-487, 2010.
- ROBERTS, M; J.; BARLEY, L. *How venture capitalists evaluate potential venture opportunities*. Boston: Harvard Business School Publishing, 2004.
- SCHREIBER, M. PF investiga Fairplace, site de empréstimos entre pessoas. *Folha de S. Paulo*, 15 jan. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/861031-pf-investiga-fairplace-site-de-emprestimos-entre-pessoas.shtml>>. Acesso em: 8 set. 2017.
- SEBRAE. *Sobrevivência das empresas no Brasil* (Coleção Estudos e Pesquisas). Brasília: Sebrae, 2013.

_____. *Doze anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: Sebrae, 2013.

STEVENSON, H. H. *A perspective on entrepreneurship*. Harvard Business School Background Note 384-131, out. 1983. (rev. abr. 2006).

THE ERA of open innovation. Disponível em: <<http://sloanreview.mit.edu/article/the-era-of-open-innovation/>>. Acesso em: 9 out. 2017.

WORLD BANK. *Doing business 2016: measuring regulatory quality and efficiency*. Economy profile 2016: Brazil. Washington, D.C.: World Bank, 2016a.

WORLD BANK. *Doing business 2016: measuring regulatory quality and efficiency*. Economy profile 2016: Mexico. Washington, D.C.: World Bank, 2016b.