

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

DIREITO EMPRESARIAL

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andre Lipp Pinto Basto Lupi; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-572-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I tratou de temas atuais e relevantes da matéria. Os textos tratam das correlações do direito empresarial com as regras de compliance e governança, das intersecções entre direito e economia, entre direito empresarial e direito da concorrência, e aspectos de direito registral atinentes à atividade empresarial. São trabalhos que contam com perspectivas e fundamentos teóricos relevantes, alguns com pesquisas empíricas e levantamentos para ilustrar ou revelar aspectos da realidade interessantes ao cotejo com matrizes teóricas avançadas.

No âmbito da intersecção entre o direito de empresa, o compliance e o direito penal ligado a crimes econômicos, Marcelo Gonçalves da Unijui traz texto indicando que a punição dos poderosos é difícil. Propõe mudar o conceito de dolo e culpa para esses casos. Valeu-se da análise econômica do direito - AED para algumas validações, referindo ainda a ética negocial por meio de Saed Diniz. Ressalta a necessidade de paradigmas éticos para a economia. Eloah Quintanilha, da Universidade Vieira de Almeida - UVA também traz considerações sobre Compliance, a partir da observação de um tema peculiar, qual seja, o das dificuldades financeiras de gestão das universidades particulares. Referiu o grande número de ações de consumidores, com base em levantamento de 2010 a 2020. Segundo ela, atividade resta prejudicada por processos judiciais decorrentes de erros operacionais dos colaboradores da instituição. Uma forma de reduzir seria melhorar o nível de atenção ao compliance. A mesma autora tratou em outro artigo da abertura à iniciativa privada no Brasil e retração do Estado. Abordou a expansão por instituições novas, especialmente de 2010 a 2015, a guerra de preços do ensino superior e o efeito disso na qualidade de ensino, pois forçou a diminuição dos gastos (professores), com prevalência do objetivo financeiro. Alexandre Eli Alves e Ricardo Barboza, de Araraquara, do Mestrado Profissional, apresentaram o tema de compliance em ME e EPP. Ressaltaram a importância das PMEs, responsáveis por 52% empregos formais. Em contrapartida, têm elevada taxa de mortalidade: 1 a cada 4 fecha a cada dois anos. É o vale da morte empresarial. Dentre as causas: Falta de planejamento; Dificuldade de financiamento; Falta de controle; Confusão de funções; Má gestão. Observaram o compliance das grandes corporações. Propõem um modelo de consultoria inovadora., com 10 itens e atenção ao custo. Os mesmos autores ressaltaram em outro artigo a questão do fechamento das PMEs relacionando-o ao aumento de demandas judiciais.

Em outra linha, mais voltada aos contratos, Amanda Madureira, do CEUMA, com análise econômica do direito sobre casos do STJ, trouxe aportes aos conceitos de força maior, caso fortuito, reforçando o papel do judiciário para essas definições. A mesma autora tratou da função social do contrato e a reforma da LLE. Analisou Informativos do STJ para concluir sobre Interpretação do princípio da função social do contrato. Sugere redimensionar o conceito para conferir mais segurança aos contratos. Helena de Moura Belli, da PUC GO, também tratou da LLE. Reflete sobre a mudança gerada, a partir de amostra no Estado de Goiás, nos anos de 2020 e 2021. Segundo as autoras, o percentual de inscrições como empresa e empresário subiu. Com a revogação do 980-A. Dez de 2022 terá ocorrido a migração completa das EIRELIs. Em Goiás 88,2% são limitadas. No Brasil são 90%. Houve queda expressiva do registro do empresário individual. Atribuíram a mudança à alteração da LLE. O Professor André Lupi também trouxe dois artigos, um em parceria com mestrando Vinícius sobre Onerosidade excessiva nos negócios empresariais, e outro, sobre os contratos de concessão e distribuição na jurisprudência brasileira, enfatizando, em ambos os casos, a linearidade da jurisprudência brasileira em matéria de contratos, em geral deferente ao princípio constitucional da livre iniciativa e seu corolário na teoria geral dos contratos, o princípio da autonomia da vontade.

Ainda houve temas ligados a direito societário, trazidos por Castelo Branco, da Cândido Mendes e Gama Filho. Trata de empresas familiares, adquiridas por investidores. Relata os problemas de descontinuidade muitas vezes visto. Por sua vez, o Professor João Assafin trata da intersecção entre propriedade industrial e direito da concorrência, mostrando os efeitos econômicos dos monopólios assegurados pelo Estado aos inventores e demais titulares de direitos exclusivos de propriedade industrial. Em tema próximo, Erickson Marques, da Uninove, abordou os direitos autorais do coreógrafo, em especial tratando de direitos dos sucessores. Anota haver falta proteção legal e mesmo proposição doutrinária. Dec 78: coreógrafo como executante e não como autor. Na Lei n. 9610, a proteção independente de formalidades. Exteriorização é registro. Paradoxo. Interpretação. Matéria de prova. Criação da obra é suficiente. O registro é apenas meio de prova.

Finalmente, Rejane Guimarães da Universidade de Rio Verde, GO, apresenta texto sobre a ata notarial. Nota dificuldades de prova no ambiente do agronegócio e sugere a ata notarial como prova preliminar, melhor do que medidas cautelares. Sua utilidade estaria para registrar a interferência dos fenômenos naturais e documentar situações.

OS CONFLITOS DAS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NA ATUAÇÃO DOS CONSULTORES NA DESJUDICIALIZAÇÃO

THE CONFLICTS OF MICROS AND SMALL BUSINESSES: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE IN THE PERFORMANCE OF CONSULTANTS IN DEJUDICIALIZATION

Alexandre Eli Alves ¹

Aline Ouriques Freire Fernandes ²

Resumo

Apesar dos impactos das micros e pequenas empresas na economia brasileira, verificamos que temos uma grande mortalidade nos primeiros anos de existência, e o presente estudo tem por objetivo analisar os conflitos das micros e pequenas empresas sob o prisma do princípio de acesso a justiça através da atuação dos consultores e aplicação das técnicas de desjudicialização de conflito. Como forma de analisar o tema proposto, passou a desenvolver um estudo sobre a gestão das micros empresas e seus riscos e analisando posteriormente sob o prisma do princípio de acesso a justiça, desde a judicialização até a aplicabilidade dos métodos alternativos de solução de conflito, e com ênfase na atuação dos consultores jurídicos. A metodologia da pesquisa utilizada foi a exploratória e descritiva, sendo os seus resultados tratados de forma qualitativa, a partir da coleta de informações em fontes secundárias que visam esclarecer os reflexos dos riscos e gestão sobre o princípio do acesso à justiça. Desta forma entendemos que a pesquisa atingiu os objetivos propostos e apresenta sugestões para futuros desenvolvimentos.

Palavras-chave: Gestão empresarial, Desjudicialização, Mitigação de riscos, Conformidade, Métodos adequados de solução de conflito

Abstract/Resumen/Résumé

Despite the impacts of micro and small companies on the Brazilian economy, we verified a high mortality in the first years of existence, and the present study aims to study the conflict of micro and small companies under the prism of the principle of access to justice through the actions of the consultants and application of conflict dejudicialization techniques. As a way of analyzing its proposed theme, to develop a study on the management of micros and risks and later under the prism of the principle of access to justice, companies from the judicialization to the applicability of alternative methods of conflict resolution, and with an emphasis on role of legal advisors. The research methodology was an exploratory of criteria, and its results were treated in a qualitative way, from the collection of information in secondary sources that were used as access to the reflexes of risks and management on the

¹ Doutorando em Biotecnologia pela Universidade de Araraquara (UNIARA)

² Professor(a) do Programa do Mestrado em Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA)

principle of risk to justice. In this way, we understand that the research achieved the proposed objectives and presents suggestions for future development.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business management, Dejudicialization, Appropriate conflict resolution methods, Risk mitigation, Conformitie

1 INTRODUÇÃO

As micro e pequenas empresas (MPEs) representam uma grande parte da economia nacional, pois cerca de 97% de todas as empresas existentes são classificadas dentro desse grupo (GUIMARÃES; CARVALHO; PAIXÃO, 2018). Em linhas gerais, no cenário nacional, existem 6,4 milhões de estabelecimentos dos quais 97% são micro e pequenas empresas (MPE), que respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado, o que equivale a 16,1 milhões (SEBRAE-SP, 2018).

Apesar da elevada representatividade econômica, esse espectro empresarial caracteriza-se também pela elevada fragilidade. Essa fragilidade promove uma vitalidade cada vez menor, sobretudo porque o mercado é agressivo e economicamente instável (MARTINS; RODRIGUES; LOPES, 2017). Somam-se ainda os vários fatores ligados ao macro ambiente os quais justificam também o encerramento precoce das micro e pequenas empresas, principalmente: (i) a burocracia; (ii) os altos tributos; (iii) a instabilidade econômica no país (MARTINS; RODRIGUES; LOPES, 2017).

Muitos destes fatores são propícios ao desenvolvimento de conflitos, os quais demandam atuação profilática dos operadores do direito. Tendo esta diretriz, este artigo busca evidenciar peculiaridades da atuação profilática, bem como contextualizar a cultura da desjudicialização de conflitos empresariais, voltando-se, em especial, para a proporção do acesso à justiça em litígios envolvendo micro e pequenas empresas. Em um primeiro momento, efetua-se a conceituação e a adjetivação do espectro empresarial objeto de investigação – as micro e pequenas empresas. Observa-se também a discussão teórica sobre gestão do risco em pequenas empresas e os conflitos inerentes à gestão e operacionalização dos respectivos modelos de negócio. Encerra-se com uma análise da atuação do judiciário e dos possíveis gargalos envolvendo a pacificação dos conflitos, destacando a atuação profilática dos consultores jurídicos.

Para viabilizar o estudo, a pesquisa recorreu ao método dialético, tendo como fonte a literatura, a jurisprudência e a doutrina nacional sobre conflitos empresariais, acesso a justiça e Desjudicialização do conflito. A seção que seque, inicia a sequência de discussão, apresentando perspectivas dos conflitos e da gestão do risco em micro e pequenas empresas brasileiras.

2 OS CONFLITOS E A GESTÃO DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MPE)

Uma empresa pode enfrentar os mais diversos conflitos em sua atividade habitual, seja no plano da convivência humana – relações entre colaboradores, empregadores e o próprio

quadro societário, que se confrontam na própria relação interna da pessoa jurídica – seja nas relações externas decorrentes das ações predatórias que ameaçam a empresa nas concorrências que enfrenta, e ainda a complexa relação com consumidores e fornecedores.

Para Braga Neto (2014), os conflitos nascem das inadimplências das cláusulas contratuais, rotatividade de colaboradores, reclamações trabalhistas, devolução de produtos, custo operacional alto, absenteísmo e baixa produtividade. Esses são alguns dos muitos exemplos que ameaçam a sobrevivência da empresa os quais, na realidade, são situações que comprometem o desenvolvimento da própria organização e oneram-na demasiadamente, asfixiando-a de problemas. Por outro lado, o sucesso de uma empresa está no êxito de enfrentar os problemas, pautando sua produtividade com a celeridade, menores custos e gerenciamento dos conflitos com excelência e profissionalismo.

Pondera-se que os conflitos estão intimamente ligados aos riscos inerentes à atividade empreendida, precisamente, as situações de insegurança. Historicamente, a definição de risco vincula-se às possibilidades de vulnerabilidade e prejuízos (PELEIAS *et al.*, 2013). Do ponto de vista empresarial, trata-se de uma situação em que, partindo-se de um conjunto de ações, vários resultados são possíveis e se conhecem as probabilidades de cada um vir a acontecer (PELEIAS *et al.*, 2013).

Nota-se que os riscos – cujos impactos mais importantes são sentidos nas pequenas e médias empresas, consideradas a parte mais importante da economia mundial e um motor de crescimento econômico – são parte integrante das operações de todos os negócios (OLÁH *et al.*, 2019). Deles emerge a incerteza dos eventos e dos efeitos futuros na manutenção e na viabilidade dos empreendimentos, existindo tanto nas atividades internas executadas pela empresa, quanto nas externas, relacionadas ao impacto que o ambiente proporciona na dinâmica operacional, tática e estratégica (GRONDYS *et al.*, 2021). Acresce-se que existem riscos preponderantemente mercadológicos, financeiros e operacionais.

Os riscos de mercado representam a possibilidade de incorrer em perdas devido a flutuações no nível e na volatilidade dos preços de mercado de ativos, passivos e instrumentos financeiros. No caso das atividades econômicas das MPEs, esse risco inclui as relações comerciais com fornecedores e clientes que, por um lado, constituem a base das operações das empresas e, por outro, podem constituir uma ameaça para a manutenção delas, caso não se apresentem planos de contingenciamento das flutuações de mercado, nem planejem respostas à concentração de clientes e fornecedores (GRONDYS *et al.*, 2021).

Intimamente ligado ao risco mercadológico, desponta o risco financeiro, que pode ser definido como qualquer evento ou operação que possa afetar adversamente a capacidade da organização de cumprir os objetivos ou implementar a estratégia. Isso significa que os fundos arrecadados nessas empresas são principalmente utilizados para a implementação das operações correntes. Quando o orçamento não é bem planejado, e a geração de caixa não condiz com o previsto, a empresa enfrenta problemas financeiros. O principal componente do risco financeiro é o fiscal, que inclui ameaças relacionadas com a variabilidade da legislação fiscal, com a sua interpretação e com os métodos de construção fiscal. Também é importante mencionar o nível das taxas de juros ou alterações nos direitos trabalhistas, que afetam significativamente a rentabilidade das empresas (GRONDYS *et al.*, 2021).

O risco financeiro é um obstáculo frequente que limita o desenvolvimento das MPEs, já que essas empresas são mais vulneráveis ao risco associado às crises, e, ao mesmo tempo, têm uma visão limitada do tratamento eficaz dos seus efeitos a longo prazo. As más condições e o perigo de falência das pequenas empresas devem-se a uma queda repentina da procura do mercado. Por outro lado, essas apresentam maior flexibilidade para responder aos problemas econômicos. Um elemento importante na previsão dos riscos de negócios individuais é monitorar constantemente o impacto do ambiente nas operações de negócios e realizar investimentos para medidas estruturais e não estruturais (GRONDYS *et al.*, 2021).

Por fim, o risco operacional é definido como sendo genérico, já que incorpora os prejuízos suportados tanto de forma direta como indireta, levando em consideração ainda erros humanos, falhas nos sistemas de informações e computadores, fraudes, eventos externos, entre outros (LUKIANCHUK, 2015). Assaf Neto (2014) pontua o risco operacional como resultado da deficiência e inadequação de processos internos, da falha humana, de sistema, ou devido a acontecimentos externos não esperados.

Nesse contexto, o risco operacional está associado à possibilidade de ocorrência de prejuízos (de produção, ativos, clientes, receitas) resultantes de falhas, deficiências ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, assim como de eventos externos como catástrofes naturais, fraudes, greves e atos terroristas (LUKIANCHUK, 2015). A ausência de processo de inovação e a sua atualização regular participam desse cenário, uma vez que as MPEs precisam implementar inovações em seus processos para atender às regulamentações e alcançar competitividade e sustentabilidade (OLÁH *et al.*, 2019). Também se podem incluir outras classes de riscos, como o legal, de fraude, da cadeia de abastecimento e ambiental (OLÁH *et al.*, 2019).

Os riscos operacionais, geralmente, acarretam a redução, a degradação ou a interrupção total ou parcial das atividades, com impacto negativo na reputação da sociedade, além da potencial geração de passivos contratuais, regulatórios e ambientais (LUKIANCHUK, 2015).

Como visto, em suma, os riscos a que as empresas estão expostas são comuns e têm como consequências as incertezas de continuidade do negócio, a contabilização errada de ativos, a falta de autoridade competente para aprovar pagamentos e a ausência de segregação de funções (PINHEIRO *et al.*, 2018). Outros exemplos de riscos seriam os complicados procedimentos jurídicos que regulam o trabalho, seguidos de dificuldades na cobrança dos créditos dos devedores, elevadas taxas de impostos e contribuições patronais sobre os salários, bem como o impacto e procedimentos caros e complicados para a obtenção de empréstimos de bancos comerciais. Acrescenta-se que a propagação de novos regulamentos se apresenta também como risco às atividades empreendidas (OLÁH *et al.*, 2019).

Entre outros pontos, o arcabouço jurídico é o atendimento a todos os institutos e instrumentos legislativos que representam elevados riscos às micro e pequenas empresas. Como exemplo, cita-se a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), que determina que as empresas devam fornecer aos clientes acesso a seus próprios dados, incluindo a capacidade de corrigi-los ou apagá-los em alguns casos; caso contrário, estaria violando legislação ordinária. No entanto, a grande maioria desconhece essa obrigatoriedade e, se conhece, não sabe como proceder à regulação.

Em especial, cabe destacar também os riscos relacionados ao sistema de trabalho, os quais podem surgir a partir de erros de recursos humanos, descrições de funções inadequadas, equipamentos perigosos, relações sociais impróprias entre funcionários e/ou fatores físicos/ambientais (OLÁH *et al.*, 2019). As MPEs enfrentam dificuldades para preencher as vagas de emprego e obter pessoal com formação suficiente; além disso, apresentam problemas para estruturar adequadamente a gestão de recursos humanos, em alinhamento com os indicativos da legislação, jurisprudência e doutrina.

Todos estes riscos, apresentam potencialidade de judicialização, o que contribui, em certa medida, para fortalecimento da “crise do judiciário” nacional. Porém, nota-se que de um modo geral, as micro e pequenas empresas não costumam ter departamento jurídico, nem contratar serviços de consultoria jurídica para prevenir, mitigar ou solucionar os conflitos decorrentes dos riscos indicados anteriormente.

Geralmente, é o contador que acaba fazendo o papel de consultor e suprindo às demandas, tanto de orientação, quanto de resolução de conflitos. O contador informa à empresa

sobre as mudanças na legislação trabalhista, tributária etc., e diz como a empresa deve proceder. Além disso, em caso de autuação fiscal, quem costuma fazer a defesa nas instâncias administrativas também, é o contador. A maioria dos litígios judiciais em que estão envolvidas as micro e pequenas empresas, se restringe à área trabalhista. Neste caso, são elas as acusadas e, obviamente, precisam defender-se. Portanto, não se trata de uma iniciativa delas, ou seja, não são elas o sujeito ativo do processo.

Diante deste contexto, uma observação se faz necessária, se reconhece que invariavelmente, as empresas, independentemente do porte, se veem diante de conflitos com fornecedores, clientes, funcionários e negócios parceiros. Porém, temores relacionados à lentidão e tramitação dos processos, a falta de informação e ausência orientação jurídica, provoca negligência das MPEs na a resolução do litígio, bem como marginalização das mesma no acesso à justiça. Possibilidades para alteração deste quadro seriam as políticas públicas de acesso à justiça, incentivadas e propagadas no âmbito da Desjudicialização, tal qual indicado na seção seguinte.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS: DA JUDICIALIZAÇÃO A DESJUDICIALIZAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Sob esta linha de raciocínio, as microempresas e empresas de pequeno porte – que exercem papel fundamental na economia –, muitas vezes, necessitam de uma tutela específica realizada pelo Estado, que se materializa através do sistema judicial, ou de disposições normativas que lhes conferem vantagens e tratamento diferenciada, com a finalidade de garantir o acesso à justiça (BRAGA JÚNIOR; MEDEIROS, 2021).

Cappelletti e Garth (1978) afirmam que a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, mas serve, sobretudo, para determinar duas funções básicas do sistema jurídico: por meio dele, as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob a tutela do Estado. Nesse sentido, é necessário que o sistema seja acessível a todos que dele precisem e, posteriormente, seja garantido que tal acesso será resolutivo de forma socialmente justa (CAPPELLETTI; GARTH, 1978).

Assim, o objetivo principal da presente seção é analisar o princípio de acesso à justiça e sua trajetória com o respectivo impacto no judiciário, investigando a crise do judiciário que estaria justificando a desjudicialização. Ressaltando, ainda que, embora a via jurisdicional seja hoje a principal forma utilizada pelas micro e pequenas empresas litigantes, existe a

possibilidade de se valer dos meios adequados à satisfação dos interesses, que valorizam tanto a autonomia da vontade quanto a pacificação social.

Diante dessa realidade, é significativa a garantia às empresas de pequeno porte e às microempresas do acesso à justiça. A doutrina consolidou o acesso à justiça como um requisito fundamental, basilar dos direitos humanos, porque o objetivo era garantir a efetividade do direito e não apenas limitar a sua proclamação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). No entanto, percebe-se que cada nação e cada jurisdição apresentam peculiaridades no que diz respeito à promoção do acesso à justiça. Cappelletti e Garth (1988) identificaram barreiras no acesso à justiça, que foram substancialmente enfrentadas por “ondas de acesso à justiça”.

O primeiro obstáculo a ser destacado diz respeito à constatação dos altíssimos custos processuais e à imposição ao vencido do ônus de suportar integralmente as despesas processuais, os honorários advocatícios e as verbas sucumbenciais. Além do largo lapso temporal, tais situações que pressionavam a parte mais frágil levavam-na a desistir do seu direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Os efeitos dessa delonga, principalmente quando consideramos os índices de inflação, podem ser devastadores para as MPEs (BRAGA JÚNIOR; MEDEIROS, 2021). Nota-se que os altos custos constituem uma barreira ao acesso à justiça, já que essas empresas não apresentam fluxo de caixa, tampouco planejamento financeiro suficiente para sustentar o prazo do processo.

Já o segundo obstáculo insere-se na dinâmica dos relacionamentos. Muitas vezes, os litigantes habituais já são portadores de estratégias processuais decorrentes das suas experiências e apresentam histórico de relações informais com servidores e magistrados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). As MPEs não dispõem de redes de relacionamento, pois não entram e não se sustentam nelas, o que constitui uma fragilidade.

Por fim, o terceiro obstáculo decorre dos direitos difusos, segundo o qual os inúmeros indivíduos são portadores de um mesmo direito, podendo, dessa forma, unirem-se para que o processo seja único, promovido por uma organização, fortalecendo o direito, enquanto a pulverização de demandas enfraquece o litigante isolado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26-27). Nota-se que, na realidade das MPEs, a organização em grupos de interesse é extremamente difícil, e a legitimidade de suas proteções coletivas é insuficiente para assegurar a efetividade.

Assim, com o fim de superar esses obstáculos no que concerne ao acesso à justiça, os sistemas judiciais tiveram forte influência das chamadas “ondas renovatórias” (BRAGA JÚNIOR; MEDEIROS, 2021). Faz-se importante destacar o acesso à justiça sob duas

perspectivas. A primeira se limita apenas e tão somente a assegurar ao cidadão o seu direito ao ingresso no juízo para a defesa dos seus direitos, consolidando o direito de ação. O Princípio da inafastabilidade da jurisdição coaduna com o Estado Liberal, defendendo, portanto, a intervenção mínima do Estado nas relações dos seus cidadãos. A segunda perspectiva considera que o acesso à justiça é muito bem definido, conforme as lições de Moralles (2006), que conceituou o valor como um direito da sociedade, possibilitando a idealização de uma justiça social, com paridade de armas, participação democrática e, ainda, a efetividade na tutela jurisdicional, que guardam uma estreita relação com o Estado Social e Democrático. Esses entendimentos divergentes de acesso à justiça denotam duas situações dicotômicas: a *law in books* e a *law in action* que representam o direito formalmente vigente e direito socialmente eficaz (SANTOS, 2005).

Em complemento, é importante observar que o acesso à justiça contempla também a obrigação do legislador em construir formas, técnicas e procedimentais factíveis à execução da cidadania e de comportamentos cívicos (MARINONI, 2007). Sendo assim, Moreira (2004) defende que o acesso à justiça possa ser entendido como um sistema processual que, além da inspiração, busca a efetivação no empenho dos juízes, na aplicabilidade da lei. Permite-se, assim, que se alcance o direito, havendo uma incontestável vinculação ao condicionamento da efetividade do direito com as diversas áreas, como política, econômica e social. Esse entendimento foi consolidado pelas políticas públicas, que foram implementadas ao longo dos anos, tanto processualmente como as que buscavam difundir os conhecimentos e a conscientização dos direitos dos cidadãos (MIRANDA, 2003).

3.1 A desjudicialização dos conflitos.

Pedroso (2003) observa que o conceito de desjudicialização é uma resposta à incapacidade de resposta dos tribunais às demandas judicializadas, ao excesso de formalismo, ao custo, à “irrazoável” duração dos processos e ao difícil acesso à justiça. São inovações na estrutura do judiciário que buscam simplificar a execução dos processos, que se desenvolveram através da transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais (PEDROSO, 2003).

Almeida (2011) aduz que o judiciário pode ser desafogado pela desjudicialização, tanto nos procedimentos que não tenham como pressupostos os atos materiais e conteúdos decisórios, como também nas jurisdições voluntárias e os eleitos pela via arbitral. Em outras palavras, em todos os atos que sejam menos complexos e que as partes estejam de acordo, seriam admitidos

meios extrajudiciais para a solução do conflito. A exceção seria relativa aos litígios envolvendo menores ou os que sejam considerados de maior complexidade.

Em complemento Oliveira (2015), desenvolveu o conceito a partir do sentido literal da palavra desjudicialização: o prefixo “des”, de origem latina, significa “ação contrária”, “negação”; o termo “judicializar”, por sua vez, é um verbo derivado do sujeito “judiciário”, o poder. Conclui-se que se trata da exclusão do judiciário nos procedimentos da sua exclusividade. Há, portanto, grande similitude entre os conceitos de “desjudicializar” e o termo abrangente que se originou como “equivalentes jurisdicionais” – que, segundo Didier Júnior (2010), são mais abrangentes, porque são todas as formas não jurisdicionais de solução de conflitos. Ainda são denominados “equivalentes”, porque concernem a uma técnica de tutela dos direitos e solução de conflito, excepcionando a jurisdição. Dessa forma, complementa-se a doutrina no sentido de que são técnicas de solução de conflito substitutivas da jurisdição.

Já para a grande maioria de doutrinadores, o legislador, de forma expressa, consagrou na legislação a denominação de “métodos adequados de solução de conflito” que, diante da imposição legal, entende-se como sendo a mais correta. Dentre os equivalentes jurisdicionais ou “métodos adequados de solução de conflito”, vale destacar os principais termos: autotutela, tutela unilateral e tutela consensual. A autotutela, conceituada como a solução de conflito, é decorrente da imposição da vontade de uma parte com o sacrifício do outro (DIDIER JÚNIOR, 2010). Já a autotutela unilateral reveste-se com forma de desjudicialização e, ao mesmo tempo, constitui um método de prevenção e resolução de controvérsias, podendo ser ativa – quando o comportamento do agente conduzir à mutação da situação do fato em que se encontra (atuação positiva), podendo fazê-lo de forma preventiva, reativa e repressiva – ou passiva – quando o comportamento for negativo, por oposição à mutação da situação de fato pretendida por outrem (direito de resistir).

A autotutela consensual refere-se a toda espécie de autocomposição bilateral. Assim, a transação, a negociação, a mediação e a conciliação são formas de autocomposição bilaterais e de autotutela consensual. Primitivamente os conflitos eram resolvidos por autotutela ou autodefesa, isso significa que a vontade do mais forte prevalece sobre o mais fraco. Desde a transição do Absolutismo para o Estado de Direito, ocorreu a separação de poderes, e o Estado assumiu o monopólio da jurisdição e criminalizou o uso das próprias razões.

Além da autotutela, imperioso que sejam analisados os demais meios de resolução de conflitos. No modelo heterocompositivo, a resolução é imposta por terceiro com poderes para tanto – árbitro pela arbitragem, ou magistrado pelo Poder Judiciário –, e ocorre a solução

adjudicada que deve ser aceita, embora possa ser contrária aos interesses das partes. Outro modelo é o autocompositivo, que admite a participação de um terceiro como facilitador, apresentando propostas as quais as partes podem aceitar ou não, pois têm total liberdade. Suas principais formas são a negociação, a conciliação e a mediação.

A autocomposição para Cahali (2013) veio através do princípio do acesso à justiça, que se efetiva através da terceira onda renovatória de Cappelletti e Garth (1988), que pregava a reforma de procedimentos judiciais, a criação de procedimentos especiais e a prestação de serviços judiciais de forma simplificada. Destaca-se ainda a possibilidade da advocacia judicial e extrajudicial, com a faculdade da parte optar pelo juízo arbitral, a conciliação e ainda contar com incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais.

Verifica-se que os “métodos adequados de solução de conflitos” foram incorporados no direito para a solução dos conflitos existentes, já que, segundo Dinamarco (2005), é utopia imaginar que todos cumpram o direito sem produzir danos, ou agindo de forma contrária ao direito. Conseqüentemente, cada vez que os cidadãos estiverem diante de um conflito, é preciso ter mecanismos eficientes para a pacificação, e o processo estatal é uma das opções em nosso ordenamento jurídico.

Cahali (2013) reconhece que, dentre os principais meios extrajudiciais de solução de conflito (MESC), os mais utilizados e conhecidos são a arbitragem, a conciliação, a negociação e a mediação. O autor ainda ressalta a negociação, a conciliação e a mediação como formas de autocomposição – os próprios envolvidos buscam uma solução amigável, sendo respeitada a possibilidade de escolha e decisão das partes, e um terceiro atua apenas e tão somente como intermediário e facilitador da aproximação e comunicação entre as partes, com o objetivo de provocar a reflexão do conflito e restabelecer o equilíbrio da relação.

Em detalhes, pontua-se que a negociação é fundamentada na comunicação e nos interesses de duas ou mais pessoas, cujo objetivo é o diálogo e, conseqüentemente, um acordo entre as partes. Difere de todos os demais métodos, porque não tem qualquer interferência de terceiro, estando as partes livres e conscientes, esperando que o pacto seja honrado e cumprido por todos os envolvidos.

Para Cahali (2013), a negociação é uma forma de composição cujo resultado deve guardar condições mutuamente aceitáveis e ganhos recíprocos, sob pena de ser rejeitado pelas partes. Embora possa ser realizado por terceiro, este ostenta a qualidade de negociador e, portanto, representa os interesses de uma das partes. Atualmente, nas grandes corporações, os negociadores profissionais estão cada vez mais em alta.

Raiffa (1982) defende que a negociação é dividida em duas espécies: distributiva e integrativa. A negociação distributiva é fundamentada nas posições expostas pelas partes a partir das quais se fazem concessões a fim de possibilitar um acordo, ou seja, na medida em que a parte maximizar sua fração ou seu ganho na negociação, conseqüentemente a outra parte terá sua fração ou ganho reduzido. Apenas a título de exemplo: partilha de bens em uma separação. Já na negociação integrativa existem diversos pontos sobre os quais são abertos debates, e as partes não são oponentes; logo, não haverá desequilíbrio de ganho entre elas (LUCHIARI, 2012).

Vasconcelos (2017) pontuou que a negociação cooperativa parte da teoria mista, utilizando, ao mesmo tempo, artefatos da negociação integrativa, utilizados para relações continuadas e com perspectivas de ampliar os campos de atuação comum ou distributivo, e os artefatos da possibilidade de ampliação de ganhos. Esse modelo tem como meta a eficiência em seus acordos para que se possa preservar o relacionamento atual e futuro entre as partes. Essa modalidade é muito utilizada não só no mundo empresarial, nas contratações, renegociações e nos fechamentos de aditamentos e contratos, mas também tem forte incidência na solução de conflito superveniente, quando ambas as partes têm interesse de achar uma solução razoável e principalmente preservar o relacionamento.

Posteriormente à conciliação, veio consolidada na Carta Magna ao priorizar, dentre os seus princípios fundamentais, as implementações de soluções adequadas para solução de conflito (art. 3.º, I, art. 4.º, VII, art. 5, LXVIII todos da CF/88), sendo que essa matéria somente veio a ser regulamentada em 2006 com o “movimento pela conciliação”, que culminou em uma massiva campanha pela conciliação, em movimento unificado pelo CNJ, pela OAB e por universidades públicas e privadas. Ainda assim, o marco para a implantação e regulamentação da conciliação veio pela Resolução n.º 125 do CNJ de 29/11/2010, que desencadeou a estrutura do Código de Processo Civil de 2015.

A conciliação pode ocorrer tanto na esfera judicial quanto na esfera extrajudicial e sempre com a intervenção de um terceiro, que pode ou não ser um juiz, o qual auxilia na composição. O conciliador busca a concessão das partes para resolver um problema; não há, portanto, interesse em restabelecer uma relação continuada entre as partes. No estudo de Cahali (2013), o conciliador trabalha com as partes para mostrar as vantagens de uma composição, explorando o risco de uma demanda judicializada com propósito de minimizar a animosidade e atingir o acordo, tendo liberdade de apresentar propostas equilibradas e viáveis, explorando as variáveis para influenciar no convencimento dos interessados. Fiuza (1995), ao analisar a

conciliação, entende que é um processo em que o conciliador busca tanto a desistência da jurisdição quanto à sua evasão dessa modalidade.

A conciliação tem como característica fundamental a apresentação de propostas com finalidade de obter o acordo. Como não há relação intersubjetiva, trata-se de um procedimento rápido e mais simples que a mediação. Amplamente utilizada em situações nas quais é permitida a participação de pequenas empresas, pode ser extremamente eficiente na solução de conflito, possibilitando conciliações sob a assistência de órgãos estatais – PROCON e CADE, por exemplo – os quais possuem mecanismos punitivos – multas –, legitimidade coletiva e possibilidade de manejar mecanismos judiciais extremamente eficazes – ação civil pública, obrigação de fazer entre outras.

A mediação também tem seu papel de destaque. Sabe-se que, no Sudão Meridiano, os Arushas, do norte da Tanzânia, e os Ndendeulis, do sul do mesmo país, já recorriam à mediação para tratativas das controvérsias (LEÔNICIO JÚNIOR; CAVALCANTI, 2001). Freitas Junior (2014) observa que a mediação é praticada nas mais diversas áreas, principalmente na resolução de disputas interpessoais, organizacionais, comerciais, legais, comunitárias, públicas, étnicas e internacionais.

As técnicas para a sua execução foram amplamente documentadas. De um modo geral, a mediação se destaca pela utilização em situações marcadas pelo vínculo jurídico ou pessoal continuado entre os envolvidos, exigindo do mediador certo grau de conhecimento, para possibilitar a correção e prevenção das divergências e diferenças humanas. Faz-se necessário que o mediador seja extremamente qualificado para obter êxito na solução do conflito, detendo amplos conhecimentos nas mais diferentes áreas, como psicologia, direito, sociologia, filosofia e teoria da comunicação, para que possa entender as pretensões resistidas das partes e aplicar as mais diversas metodologias para alcançar a pacificação (MUSZKAT, 2008).

Tais requisitos aparecem nos próprios conceitos de mediação, segundo Cahali (2013), que nada mais é que um meio de autocomposição voluntário, no qual o terceiro, na qualidade de mediador imparcial, atua de forma ativa e passiva, buscando facilitar o diálogo entre as partes, não só durante do procedimento, mas também com objetivo de manter o vínculo posteriormente.

Tartuce (2008) pontua que a mediação é uma atividade que visa facilitar a comunicação entre as partes e propiciar mecanismos para que elas possam visualizar melhor os meandros da situação controvertida e protagonizar uma solução consensual. Embora o conflito esteja vinculado à mediação, esta ultrapassa o conceito de lide – limitada pela simples pretensão

assistida –, porque busca restaurar a relação humana deteriorada pelo conflito; assim reativa a pacificação social e estabelece a confiança recíproca. É importante destacar que a mediação apresenta dois estilos: o primeiro, vinculado à Harvard, tem por objetivo o acordo; o segundo, desenhado na escola transformativa, objetiva a restauração do relacionamento entre as partes, desenvolvendo a empatia e a confiança (FOLGER; BUSH, 1999). Independentemente do modelo, há uma série de princípios que norteiam a aplicação da mediação impostos pelo legislativo em diversas legislações. Cita-se como exemplo o Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (COMINA, 1997), que estabeleceu a autonomia da vontade das partes, devendo o mediador centrar sua atuação nestas premissas: imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência.

O último método discutido neste trabalho é a arbitragem. No Brasil, a arbitragem aparece na Constituição do Império (1924) a qual já previa, em seu art. 160, que as partes poderiam optar pela eleição de árbitro e solucionar suas demandas com decisões irrecorríveis. Posteriormente, em 1831, introduziu-se a eleição de árbitro para solução de conflito nas causas de seguro; em 1837, os dissídios das locações se sedimentaram em várias legislações, até que nas constituições de 1946, de 1967 e com a EC 1969, foram expurgados de nosso ordenamento jurídico (GAIO JUNIOR, 2012).

Além dos métodos extrajudiciais, é oportuno destaca a atuação profilática dos operadores, tal qual sinalizado na sequência.

3.2 A Atuação profilática dos consultores jurídicos: Uma alternativa necessária à Gestão de riscos e conflitos para micro e pequenas empresas.

Infelizmente, a grande maioria dos advogados não aborda os meios consensuais de pacificação de controvérsias e não atua na prevenção de litígios. As razões são variadas, entre elas, citam-se: (i) a falta conhecimento, já que a maior parte da formação dos bacharéis brasileiros concentra-se na vertente contenciosa, apesar das mudanças impostas pela DCN recentemente incorporada no ensino jurídico; (ii) a percepção de que, embora a ideia da autocomposição pareça boa, pelas pautas éticas do advogado, sua adoção nunca se torna uma prioridade; (iii) muitos advogados temem a extinção de mercado de trabalho, em razão da sintetização do procedimento – propiciada pela adoção dos métodos consensuais; (iv) muitos ainda entendem que, ao incentivarem a atuação profilática, deixarão de obter ganhos financeiros com a cobrança de honorários advocatícios (AQUINO; CARVALHO, 2016; TARTUCE, 2013).

Nesse contexto, há de se destacar que a formação cultural dos operadores do direito sinaliza para uma cultura de litígio, motivando os advogados a buscarem a solução adjudicada do conflito via sentença judicial, em vez de optarem pela adoção de métodos de pacificação e prevenção dos conflitos (AQUINO; CARVALHO, 2016).

Apesar deste quadro predominante, contemporaneamente, a sociedade exige que o advogado desempenhe as funções de negociador, de gerenciador de conflitos, não mais se afeiçoando à profissão um perfil excessivamente beligerante (TARTUCE, 2013). Tal tendência foi acalorada pela Resolução 125 do CNJ e pelo novo código civil, principalmente, o art. 3.º, parágrafo 3.º, que determina que: “[...] métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

Ampliar as possibilidades de enfrentamento das controvérsias auxilia o advogado a contar com diferenciadas estratégias para atender melhor os interesses de seus clientes (TARTUCE, 2013). No Brasil, existem escritórios de advogados que estão na vanguarda de atuação estratégica junto a organizações privadas, porque, principalmente, oferecem um serviço diferenciado aos seus clientes, com um departamento de negociações, realizando uma análise de viabilidade de contingenciamento de ações (ANDRADE, 2017).

Esse posicionamento guarda estreita relação com os deveres e as prerrogativas profissionais do advogado, com destaque para atuação na defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático, dos direitos humanos, da justiça social, da boa aplicação das leis, da rápida administração da justiça, do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (CAVALCANTE; GARCIA, 2017). Dessa forma, não é mais possível limitar a atividade da advocacia somente ao universo adversarial.

Observando os dois pontos indicados anteriormente, tanto a formação acadêmica dos advogados no Brasil que, em sua grande maioria, são treinados para atuarem no contencioso e em vias reativas, como a necessidade de atuar na prevenção e no gerenciamento de riscos, constituem uma grande oportunidade de mercado para os operadores do direito. Há enorme dificuldade para as empresas privadas contratarem advogados dotados de uma visão sistêmica do negócio e da legislação capazes de constituir vantagem competitiva sustentável via prevenção de conflitos (ANDRADE, 2017).

Essa oportunização de mercado ganha respaldo na teoria das estratégias empresárias. Pondera-se que todas as estratégias planejadas pelas empresas devem considerar os respectivos impactos jurídicos. O estudo de implicações e impactos jurídicos nas organizações acabam

contemplando o exame da licitude da estratégia proposta, a definição de requisitos legais, as formalidades legais, a análise de riscos jurídicos e custos legais e extralegais para apontar o melhor caminho a ser seguido em termo de lucratividade e de segurança jurídica. Esse processo apresenta complexidade para ser concretizado, porque envolve, além do conhecimento técnico-jurídico, as mudanças nos aspectos da cultura da empresa e o posicionamento dos operadores do direito. Representa uma mudança de paradigma, da advocacia tradicional para a advocacia de vanguarda (ANDRADE, 2017).

Dentre as possibilidades desta advocacia de vanguarda, destaca-se a consultoria em *compliance* jurídico, que constitui uma das principais estratégias para a obtenção de vantagem competitiva (ANDRADE, 2017). Pode ser entendido como ferramenta de governança corporativa que busca proporcionar consonância de leis, políticas e normas internas e externas, além de promover a prevenção, a detecção e a resposta para problemas jurídicos (ANDRADE, 2017).

O gerenciamento dessa ferramenta tem que ser feito por um operador do Direito devido à necessidade de se compreender a legislação em que a empresa está inserida. Esse trabalho fortalece a cultura do domínio da organização de forma a assegurar o cumprimento efetivo das leis, políticas e normas internas. A principal vantagem competitiva a ser alcançada pela empresa será o fortalecimento de sua estrutura organizacional e a valorização de sua marca (ANDRADE, 2017).

Além da prevenção, o *compliance* também busca identificar irregularidades e tratá-las da forma mais eficaz possível, por meio da análise de cada ponto de vulnerabilidade que possa gerar corrupção dentro de uma instituição. A questão fundamental a respeito do trabalho de *compliance* é que não existe uma receita para se atingir o sucesso, pois as técnicas para o trabalho de conformidade não são genéricas. Para a aplicação de tal programa, é necessária uma análise específica do negócio, para que, dessa forma, a aplicação seja adequada e eficiente (LÓSSIO; SANTOS, 2019).

O profissional do *compliance* diante da advocacia preventiva deverá ser um advogado, visto que este deverá estar pronto para interpretar as leis, possuir conhecimento de gestão diante da atividade para a qual estiver prestando o serviço (LIRA, 2013). O conhecimento na atividade em particular é de extrema importância para que o profissional tenha maior eficiência e confiabilidade nas decisões e na aplicabilidade de tal programa (LÓSSIO; SANTOS, 2019).

Além da adoção da advocacia de vanguarda via implantação do *compliance* jurídico, outro reflexo das desjudicializações seria a aplicação das cláusulas escalonadas pertencentes

aos equivalentes jurisdicionais para solução de conflitos nas micro e pequenas empresas. Essa matéria ganha relevo, porque as partes podem preventivamente estabelecer critérios materiais e formais da convenção de cláusulas escalonadas em instrumentos contratuais. Deve-se destacar a possibilidade de combinar os diferentes métodos adequados para a solução de conflitos ADR – *Alternative Dispute Resolution* –, de forma sequencial, paralela ou híbrida, podendo, inclusive, contar com atuação de profissionais capacitados nas mais diversas áreas. Parte-se, assim, da cooperação, mediação, designação de perícias e, quando combinados contratualmente, é fornecida uma oportunidade de cooperação entre os litigantes na construção de um resultado consensual que satisfaça as partes. Em último caso, pode-se evitar a opção do judiciário tradicional, caso seja prevista a cláusula arbitral, estando, assim, livres da intensa litigiosidade utilizada pelo Poder Judiciário.

A contratação das cláusulas escalonadas é formada por procedimentos que se iniciam com a negociação amigável entre os executivos/ diretores. No caso dessa opção ser infrutífera, estabelece-se a fixação de um mediador que pode se valer de peritos para esclarecer os temas apresentados e, por fim, há a arbitragem, cuja questão será definitivamente decidida por um árbitro. É importante frisar que o procedimento se inicia com um nível de cooperação elevado das partes; à medida que não vai se solucionando a questão, gradualmente também se vai tornando mais litigioso o tema, a ponto de chegar ao extremo a arbitragem, que poderia estar acobertada pelo manto da confidencialidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E PERSPECTIVAS DE FUTURAS PESQUISAS

Este artigo inseriu-se na temática da gestão de conflitos, precisamente a prevenção. A justificativa para o desenvolvimento do presente estudo foi a constatação da insuficiência do sistema judiciário em desenvolver a sua função constitucional, para mitigação e gestão dos riscos inerentes à atuação dos MPE.

Como visto, os riscos devem, obrigatoriamente, ser levados em consideração, inclusive com a possibilidade das contratações serem tratadas de formas a prevenir os conflitos e, caso existam, de serem abordados com formas de autocomposição, que vão desde a inclusão de cláusulas contratuais escalonadas com os respectivos métodos adequados de solução de conflito, até a conciliação, mediação e arbitragem, considerando a relevância jurídica, já que os impactos não estão limitados apenas e tão somente a micro e pequenas empresas, o que, conseqüentemente, impacta na economia do nosso país.

Essas medidas também poderão ter forte impacto nas micro e pequenas empresas, já que há uma grande quantidade delas que encerram as suas atividades em um curto período de cinco anos, o que estaria, inclusive, impactando a nossa economia, que ainda é dependente delas.

Este estudo demonstrou que há alternativas aos gestores das micro e pequenas empresas. Evidenciou ainda que a atuação profilática dos consultores jurídicos é de suma importância para a gestão de risco.

O presente texto a discussão da desjudicialização, principalmente a busca de uma abordagem mais profunda do *compliance*, com o seu respectivo mapeamento de risco, complementado pela prevenção de litígios até a mitigação dos conflitos, pela possibilidade de elaboração das cláusulas contratuais escalonadas, inclusive com a opção da arbitragem.

Verificou-se que todos esses temas estão interligados e, conseqüentemente, precisam ser analisados a partir da ótica da complementação entre solução alternativa de conflito e medidas preventivas decorrente das cláusulas escalonadas e do *compliance*, com o método tradicional e participação direta dos juízes e tribunais. Foram identificados, assim, os prós e os contras de cada uma das modalidades e será realizada uma análise sob o prisma econômico e financeiro e suas repercussões sociais.

É importante frisar que essa matéria tem um caráter inovador e com impacto na ciência jurídica, porque se apresentará como uma ferramenta para poder auxiliar os gestores das micro e pequenas empresas na tomada de decisões, cientes das repercussões jurídicas. Será apresentada a prevenção de conflito como a principal forma de desjudicialização e, ainda, com o oferecimento de uma alternativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, o Estado admite que as soluções de litígios sejam feitas fora do Poder Judiciário, quando implantadas algumas exigências legais, sem que isso implique na exclusão do Judiciário, caso seja realmente necessário.

Este estudo se revestiu de importância, pois os resultados aqui apresentados poderão se transformar em um guia prático de orientação, tanto para advogados, quanto para empreendedores. Pondera-se que o *compliance* apresenta diversas potencialidades e desafios. As MPEs não estão imunes ao controle formal fiscalizatório, tampouco atuam de forma sustentável e longínqua, ao contrário, a gestão é extremamente arriscada. Dessa forma, mecanismos de fortalecimento se fazem necessários, tal qual a proposta aqui indicada.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 59, p. 101-122, jul./dez. 2011.
- ANDRADE, Priscilla. Atuação estratégica do advogado nas empresas privadas. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v. 2, n. 1, 2017.
- AQUINO, Maria da Glória De Sousa; CARVALHO, Cristiane Caldas. Política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses: uma análise sobre os sujeitos envolvidos na política de solução e prevenção de litígios no Brasil. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 2, n. 1, p. 195-216, 2016.
- ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado financeiro**. 12. São Paulo, ed. Editora Atlas, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAGA JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes; MEDEIROS, Yago Joseh Nunes de. Acesso à justiça para microempresas e empresas de pequeno porte sob a ótica dos direitos humanos. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 3, p. 6-26, 2021.
- BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 123, p. 139-145, ago. 2014.
- BRASIL. **Constituição**. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Brasília, DF: Senado Federal, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 6 jan. 2021.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CAVALCANTE, Elizabeth Nantes; GARCIA, Rebeca Alves de Souza. **Mediação e composição amigável**: mudança de paradigma na administração da justiça e a atuação do advogado. *Revista Juristas*, 2017. <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Artigo-MEDIA%C3%87%C3%83O-E-COMPOSI%C3%87%C3%83O-AMIG%C3%81VEL.pdf> Acesso em: 09 set. 2020

CLT. Senado. 1943, de 01 de maio de 1943. **Diário Oficial da União**. Brasília, 01 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 6 jan. 2021

COMINA. **COMINA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem**. Brasília – DF, 1997. Disponível em: <https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CPC. Senado. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 6 jan. 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. Bahia: JusPodivm, 2010. v. 1

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ, Ana Cândido da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOLGER, Joseph P; BUSH, Robert A. Barush. **Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador: In: (Orgs.) SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. Novos paradigmas da mediação**. Tradução Jussara Haubert Rodrigues; Marcos A.G. Domingues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 123, agosto 2014.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1. ed. São Paulo: Ridael, 2012.

GRONDYS, Katarzyna *et al.* Risk assessment of the SME sector operations during the COVID-19 pandemic. **International Journal of Environmental Research and Public Health**, v. 18, n. 8, p. 4183, 2021.

GUIMARÃES, Andréa Bastos da S.; CARVALHO, Kátia C. Medeiros de; PAIXÃO, Luiz Andrés Ribeiro. Micro, pequenas e medias empresas: conceitos e estatísticas. **Radar**, v.55, p.21–26, 2018. Disponível em:

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/180209_radar_55_cap04.pdf
Acesso em: 09 jun. 2021.

LEÔNICIO JÚNIOR, Waldir; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (Coord.). **Mediação**: composição de conflitos sem jurisdição. 2001. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2001.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Alcides de Mendonça. O juízo arbitral em face da Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 383-385, jul./set. 1969.

LO, Alex Y. *et al.* Avaliação de vulnerabilidade de negócios: uma análise em nível de empresa de micro e pequenas empresas na China. **Natural Hazards**, p. 1-24, 2021. Disponível em: <https://link-springer-com.ez87.periodicos.capes.gov.br/article/10.1007/s11069-021-04710-z>. Acesso em: 09 jun. 2021.

LÓSSIO, Claudio Joel Brito; SANTOS, Coriolano Aurélio Almeida Camargo. O compliance e o direito preventivo. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 9, n. 18, p. 191-196, 2019.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a resolução nº125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LUKIANCHUK, Genrikh. The impact of enterprise risk management on firm performance of small and medium enterprises. **European Scientific Journal**, v.11, n. 13, 2015.

MARTINS, Fernanda de Almeida Toledo; RODRIGUES, Lucelia Apolinário. LOPES, Rodrigo Jussi. Contribuição da consultoria financeira na gestão organizacional: um estudo em micro e pequenas empresas. **Revista Executive On-Line**, Bebedouro SP, v.2, n.1, p.33-48, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Agostinho Pereira de. **Estudo de direito de arbitragem em homenagem de Mário Raposo**. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabriz, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *In*: **Revista de Processo**, n. 113, jan./fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em família e organizações**. 2. ed. São Paulo: Summus, 2008.
- OLÁH, Judit *et al.* The assessment of non-financial risk sources of SMES in the V4 countries and Serbia. **Sustainability**, v. 11, n. 17, p. 4806, 2019.
- OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização: acesso à justiça e teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 2015.
- PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 4, n. 1, p. 47-89, 1º sem. 2003.
- PELEIAS, Ivam Ricardo *et al.* Produção científica sobre controle interno e gestão de riscos no EnANPAD e Congresso USP: análise bibliométrica no período 2001-2011. **Revista Universo Contábil**, v. 9, n. 4, p. 29-49, 2013.
- PINHEIRO, Raul Gomes *et al.* Compliance: controle interno nas pequenas e médias empresas – adoções e restrições como ferramenta de gestão. **Revista Eletrônica do Departamento de Ciências Contábeis & Departamento de Atuária e Métodos Quantitativos (REDECA)**, v. 5, n. 1, p. 72-86, 2018.
- RAIFFA, Howard. The art and science of negotiation. **Harvard University Press**: Boston, 1982.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2005.
- TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Gazeta Jurídica, v. 1, p. 125-146, 2013.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Editora Método, Rio de Janeiro: 2008.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2017.