



EMPRESAS DE COSMÉTICOS, FARMACÊUTICAS, QUÍMICAS E ALIMENTÍCIAS NA MIRA DO IBAMA.

No último dia 6 de julho, o IBAMA divulgou o balanço da chamada Operação Novos Rumos II. Essa operação teve como objetivo verificar o cumprimento da legislação brasileira que regula o acesso e utilização do patrimônio genético da biodiversidade brasileira e conhecimentos tradicionais a eles associados por empresas dos setores acima citados.

O resultado dessa fiscalização foi a lavratura de 220 autos de infração e a aplicação de multas que totalizam 88 milhões de reais. As infrações imputadas a essas empresas vão desde acesso ao patrimônio genético da biodiversidade sem autorização do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN até a ausência de repartição de benefícios. Há também aqueles que foram autuados por supostamente não terem apresentado à fiscalização as informações que lhes foram solicitadas.

A Operação Novos Rumos II é parte do esforço do IBAMA em promover a aplicação da obscura legislação brasileira que rege a matéria.

O órgão já havia deflagrado semelhante processo fiscalizatório, mas seu alvo foram as empresas e entidades de pesquisa que haviam buscado o CGEN na tentativa de melhor compreender as normas em vigor para regularizar suas atividades. Essa postura transparente não foi suficiente para impedir a atuação do IBAMA, que aplicou inúmeras penalidades a essas entidades.

Apesar de estar em vigor há mais de 10 anos, como as normas que regem essa matéria são confusas e admitem interpretações divergentes em vários pontos, a maioria dos autuados têm recebido com absoluta surpresa essas autuações. Setores inteiros que se imaginavam fora do âmbito de incidência desse regime jurídico estão se deparando com a necessidade de discutir questões técnico-jurídicas como o alcance do conceito de acesso e remessa, a incidência da medida provisória 2.186-16 sobre atividades de mero uso de recursos biológicos e até

mesmo aspectos de direito intertemporal.

A análise de muitos dos autos de infração lavrados demonstra que o IBAMA, no afã de dar maior amplitude a essa operação, tem defendido uma aplicação demasiadamente alargada da citada medida provisória, atribuindo a alguns conceitos uma abrangência que não encontra respaldo na legislação e nos posicionamentos do CGEN.

Também não tem sido incomum a presença de vícios formais elementares e distorção de tipos penais administrativos. São matérias que poderão levar à anulação de algumas penalidades aplicadas.

As empresas atuadas poderão tanto apresentar defesa questionando esse ato, como celebrar termo de compromisso com o órgão competente no qual se comprometa a adequar suas atividades à legislação em troca de uma redução de até 90% do valor da multa.

A decisão por um ou outro caminho deve ser precedida de uma rigorosa análise técnico-jurídica em razão dos diversos impactos que poderá causar, inclusive sobre as futuras atuações do órgão na fiscalização das atividades do interessado.

Como o IBAMA prometeu tornar permanentes as fiscalizações dessa natureza, é recomendável que as empresas que utilizam espécies da biodiversidade brasileira, seja em seu processo produtivo ou para a realização de pesquisa, promovam um mapeamento das atividades que desenvolvem de modo a verificar se estão sujeitas ao regime jurídico instituído pela medida provisória 2.186-16/ 2001.

Esse mapeamento permitirá tanto que eventuais equívocos sejam corrigidos, como que informações que futuramente venham a ser solicitadas pela fiscalização sejam adequadamente organizadas, evitando-se equívocos de compreensão gerados por dados imprecisos resultem em autuações.

Como o IBAMA prometeu tornar permanentes as fiscalizações dessa natureza, é recomendável que as empresas que utilizam espécies da biodiversidade brasileira, seja em seu processo produtivo ou para a realização de pesquisa, promovam um mapeamento das atividades que desenvolvem de modo a verificar se estão sujeitas ao regime jurídico instituído pela medida provisória 2.186-16/2001.

"A rigor, o tribunal estatal já era incompetente, de sorte que sequer deveria ter julgado o recurso."

Ministra Nancy Andrichi

Por tais razões, há a necessidade de realização de criteriosa due diligence por meio de assessoria jurídica especializada, na aquisição de empresas ou franquias que já tenham histórico de operações no mercado, visando resguardar-se de eventuais surpresas desagradáveis e onerosas.

INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM

A 3ª Turma STJ decidiu que, instaurada arbitragem, o Poder Judiciário se torna incompetente para julgar ação, inclusive em caráter cautelar ou ainda que a ação já esteja tramitando no aparelho judicial estatal.

O caso concreto foi o de uma empresa que conseguiu na Justiça a suspensão de sociedade, mesmo depois de iniciada a arbitragem. Na ocasião, duas empresas formaram uma sociedade para executar projeto de produção de combustíveis oriundos de fontes de energias renováveis.

No decorrer do contrato, uma das companhias ajuizou cautelar em face da outra sócia alegando inadimplência contratual. A empresa buscava a suspensão de todos os seus direitos e obrigações como acionista da sociedade.

Em primeira instância, o pedido foi negado. No entanto, antes de julgada a apelação, foi instaurado o

juízo arbitral. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) deu provimento ao recurso mesmo assim, entendendo que a cláusula compromissória de arbitragem não impediria o conhecimento pelo Judiciário de questões urgentes.

Ocorreu, então, o recurso ao STJ, no qual se alegou incompetência superveniente do juízo estatal. A ministra Nancy Andrichi concordou com a tese. "A rigor, o tribunal estatal já era incompetente, de sorte que sequer deveria ter julgado o recurso", entendeu a relatora.

Assim, trata-se de importante decisão no sentido de conferir-se legitimidade e prestígio à arbitragem, inclusive com relação aos aspectos decisórios de medidas de urgência, tais como as cautelares.

SUCCESSÃO TRABALHISTA NA LEI DE FRANQUIAS

A lei 8.955/94 ("Lei de Franquias") determina que a relação de franquia empresarial não estabelece entre as partes contratantes vínculo empregatício.

No entanto, é importante frisar que tal interpretação é aplicável ao chamado "contrato de franquia típico". Se, embora o contrato dispuser de forma diversa, forem constatadas as características da relação de emprego entre franqueado e franqueador, tais como subordinação, continuidade, onerosidade e pessoalidade, poderá ser declarado o vínculo empregatício por observância ao princípio da primazia da realidade, ou seja, a preponderância da realidade fática sobre a documentação escrita, evidentemente desde que haja prova em tal sentido.

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo tem entendido dessa forma, conforme se verifica por meio dos acórdãos 20090136653 e 20120191223.

Em tais decisões, o Poder Judiciário considerou que a utilização do fundo de comércio desenvolvido pela franqueadora, por parte dos franqueados, implica em efetiva desvirtuação do contrato de franquia, e permite a responsabilização dos envolvidos pelo passivo trabalhista resultante da operação.

É importante frisar que independentemente da maneira por meio da qual é feita a sucessão de uma franquia, o fato de o novo franqueado passar a atuar no mesmo ponto, utilizando-se da mesma marca e dos mesmos equipamentos e empregados, gera o risco de reconhecimento de sucessão trabalhista, na maioria dos casos.

É importante mencionar, ainda, que a sucessão atinge o processo trabalhista em qualquer fase, inclusive na execução, respondendo a empresa considerada sucessora pelos débitos presentes, pretéritos e futuros.

Dessa forma, cabe ao adquirente se resguardar de todas as garantias e informações possíveis sobre ativos e passivos atribuídos à empresa que se pretende adquirir, no sentido de evitar eventuais prejuízos financeiros futuros com verbas de natureza trabalhista e de outras naturezas, tais como tributárias, contratuais, ambientais e etc.

Por tais razões, há a necessidade de realização de criteriosa *due diligence* por meio de assessoria jurídica especializada, na aquisição de empresas ou franquias que já tenham histórico de operações no mercado, visando resguardar-se de eventuais surpresas desagradáveis e onerosas.

NOTÍCIAS NMSA

- Alessandra Mourão, sócia de NMSA, irá participar como mediadora da palestra sobre *Foreign Direct Investment Regime and Investment Arbitration* no Auditório Direito GV, do Prof. Jose Alvarez, da New York University, organizado pelo Consulado Americano em São Paulo, no dia 23 de agosto de 2012.
- Iniciou-se neste semestre o curso Pós-Graduação Lato Sensu "Direito da Infraestrutura", do programa pós-GVLaw, da qual o sócio de NMSA Wanderley Fernandes faz parte como regente da disciplina: "Relacionamento Privado-Privado: Construção e Financiamento."