

Capítulo III – Direito de Propriedade Industrial

Fonte: Direito Empresarial Esquematizado – Prof. André Ramos

INTRODUÇÃO HISTÓRICA

Pode-se dizer, pois, que o Direito de Propriedade Intelectual é gênero, do qual são espécies o direito do inventor (Direito Industrial), intrinsecamente ligado ao Direito Empresarial, e o direito do autor (Direito Autoral), mais ligado ao Direito Civil.

O *direito de propriedade industrial* compreende, pois, o conjunto de regras e princípios que conferem tutela jurídica específica aos elementos imateriais do estabelecimento empresarial, como as marcas e desenhos industriais registrados e as invenções e modelos de utilidade patenteados.

O direito autoral protege a obra em si, enquanto o direito de propriedade industrial protege uma técnica.

Após a Revolução Industrial, a humanidade, surpresa com a mudança nas relações econômicas provocadas pela passagem do sistema artesanal para a indústria, atentou para a inexorável realidade de que a criação era o grande instrumento de poder e riqueza.

Finalmente, a nossa atual Constituição, a de 1988, cuida dos direitos de propriedade industrial na parte dos direitos e garantias individuais, estabelecendo, em seu art. 5.º, inciso XXIX, o seguinte: “a lei assegurará aos autores dos inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

A justificativa utilitária é basicamente a que fundamenta o atual sistema de direitos de propriedade intelectual, no mundo todo. Segundo os defensores utilitaristas da propriedade intelectual, os lucros gerados em decorrência do privilégio monopolista concedido pelo Estado incentivariam mais investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos que, de outro modo, não seriam possíveis (pelo menos, não em um nível ótimo ou “adequado”), já que as ideias incorporadas poderiam ser facilmente copiadas e exploradas por “aproveitadores”. Além disso, a revelação de todas as informações técnicas dessas criações propagaria a difusão desse conhecimento, o que, por sua vez, estimularia inovações subsequentes. Portanto, o direito de propriedade intelectual teria essa função de recompensar com o fim de estimular novas invenções e, assim, promover o desenvolvimento tecnológico do país.

A LEI 9.279/1996 (LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – LPI)

Os bens protegidos pelo direito de propriedade industrial são, portanto, quatro: a invenção e o **modelo de utilidade**, protegidos mediante a concessão de *patente* (instrumentalizada por meio da respectiva *carta-patente*), e a **marca** e o **desenho industrial**, protegidos mediante a concessão do *registro* (instrumentalizada por meio do respectivo *certificado de registro*). Ademais, o direito de propriedade industrial ainda reprime, como visto, as *falsas indicações geográficas* e a *concorrência desleal*.

Destaque-se ainda que a LPI considera os direitos de propriedade industrial *coisas móveis*, segundo disposição constante do seu art. 5.º: “consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial”.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI)

Os direitos de propriedade industrial são concedidos, no Brasil, pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, que é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, a qual possui a atribuição de conceder privilégios e garantias aos inventores e criadores em âmbito nacional.

Como ente administrativo que é, as decisões do INPI podem ser revistas pelo Poder Judiciário, em função do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. De acordo com a jurisprudência do STJ, as ações contra o INPI são de competência da Justiça Federal e devem ser ajuizadas na seção judiciária do Rio de Janeiro, local da sede do instituto. No entanto, havendo pluralidade de réus, como ocorre nos casos em que a ação é ajuizada contra o INPI e, também, contra um particular (geralmente uma sociedade empresária), o STJ entende que cabe ao autor da ação ajuizá-la no Rio de Janeiro ou no foro do domicílio do outro réu.

O art. 2.º da Lei 5.648/1970, com a redação dada pela LPI, dispõe que o INPI “tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial”.

Conceito e requisitos de patenteabilidade da invenção e do modelo de utilidade

Conforme destacamos acima, dois dos bens protegidos pelo direito de propriedade industrial são a invenção e o modelo de utilidade, e sua proteção específica se dá mediante a concessão de patente, instrumentalizada pela respectiva *carta-patente*. Assim, a LPI limitou-se a afirmar que “é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”. Quanto ao **modelo de utilidade**, a LPI optou por definir o seu conceito, afirmando, em seu art. 9.º, que se trata de “objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”. Vê-se, pois, que o modelo de utilidade é, como alguns autores preferem chamar, uma **mini-invenção ou pequena invenção**.

Para que o autor de uma invenção ou de um modelo de utilidade obtenha a proteção jurídica ao seu invento, por meio da concessão da respectiva patente, precisa demonstrar o preenchimento dos requisitos de patenteabilidade, a saber: a) *novidade*; b) *atividade inventiva*; c) *aplicação industrial* (ou industriabilidade); d) *licitude* (ou desimpedimento).

Em síntese, um determinado invento (invenção ou modelo de utilidade) atenderá o requisito da novidade se constituir algo desconhecido até mesmo para a comunidade científica especializada na respectiva área de conhecimento.

O *requisito da atividade inventiva* - o inventor deverá demonstrar que chegou àquele resultado *novo* em decorrência específica de um ato de criação *seu*. Serve esse requisito,

enfim, para distinguir a invenção de uma mera descoberta, de modo que o direito de propriedade protege o inventor, mas não o mero descobridor.

Já o terceiro requisito de patenteabilidade – **aplicação industrial** – é preenchido quando a invenção ou o modelo de utilidade possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria. Em síntese: **o direito de propriedade industrial não confere proteção a inventos inúteis.**

Registre-se, porém, que nesse caso exige-se um requisito especial para a concessão da patente do medicamento, que é a prévia anuência da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), de acordo com o disposto no art. 229-C da LPI: “a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”.

Procedimento do pedido de patente

O pedido de proteção será feito junto ao INPI pelo autor da invenção ou do modelo de utilidade, mas também pode ser realizado, segundo o art. 6.º, § 2.º, da LPI, “pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade”.

Norma interessante se encontra no art. 7.º da LPI, a qual determina que “se dois ou mais autores tiverem realizado a mesma invenção ou modelo de utilidade, de forma independente, o direito de obter patente será assegurado àquele que provar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação”. A norma acima em referência demonstra, de forma clara, uma das principais distinções entre o direito de propriedade industrial e o direito autoral. Neste, a proteção é conferida desde o momento da criação, razão pela qual o ato de concessão da proteção tem efeito meramente declaratório.

Naquele, em contrapartida, a proteção só é assegurada a quem efetivamente buscar a proteção junto ao órgão competente, o INPI, e a obtiver, antes dos demais interessados. O ato de concessão da proteção (patente ou registro), pois, tem efeito constitutivo.

De início, estabeleceu a lei, em seu art. 88, que “a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado”. Nesse caso, “salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado” (§ 1.º). E mais: “salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício”. O art. 89, por sua vez, dispõe que “o empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa”. Essa participação, todavia, “não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado” (parágrafo único).

[A licença de patente pode ser voluntária ou compulsória.](#) Segundo o art. 68 da LPI, “o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico,

comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial”. O art. 71 também traz uma hipótese de licença compulsória: “nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular”.

O procedimento de análise dos requisitos da patente se inicia com o **depósito do pedido**. Assim que o pedido é apresentado ao INPI, ele passa por um exame formal preliminar e, estando devidamente instruído, é posteriormente protocolizado. É o que determina o art. 20 da LPI: “apresentado o pedido, será ele submetido a exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolizado, considerada a data de depósito a da sua apresentação”.

A publicação a que se refere a LPI é feita na *Revista da Propriedade Industrial* (RPI), publicação oficial do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Perceba-se que a publicação é ato importantíssimo para o procedimento do pedido da patente, uma vez que é por meio dela que os demais interessados – outros empresários, inventores etc. – poderão tomar conhecimento dele e de suas respectivas reivindicações, e assim oferecer eventual resistência ao requerimento do inventor. No entanto, a partir da publicação, como dito, todas as pessoas podem ter acesso ao invento e a todos os detalhes de sua criação, muitas vezes o empresário fica na dúvida entre requerer a proteção ao seu invento ou explorá-lo em **segredo de empresa**. Destaque-se que, caso o empresário opte por buscar a proteção ao seu invento, a partir da publicação caberá exclusivamente a ele providenciar as diligências necessárias à fiscalização do uso indevido de sua criação e, conseqüentemente, requerer as medidas judiciais pertinentes. Em contrapartida, se optar pela exploração do invento em *segredo de empresa*, correrá o risco de um concorrente chegar ao mesmo resultado e requerer a proteção posteriormente. Nesse caso, como no direito de propriedade industrial, conforme visto, a proteção é assegurada àquele que primeiro requerer, e não necessariamente àquele que primeiro *inventar*, pode acontecer de o concorrente passar a titularizar a patente da respectiva invenção e tentar impedi-lo de continuar explorando-a economicamente.

Superados todos os trâmites legais acima descritos e concluído o exame, será proferida decisão pelo INPI, deferindo ou indeferindo o pedido de patente formulado (art. 37 da LPI). Dessa decisão **não** caberá recurso, segundo a sistemática recursal prevista nos arts. 212 a 215 da lei. Poderá o terceiro interessado, todavia, requerer a nulidade administrativa da patente, nos termos do art. 51 da LPI, não custando lembrar, ainda, que o autor poderá também acionar o Judiciário, como não poderia deixar de ser.

Registre-se, por ser de extrema importância, que a patente é um privilégio concedido ao inventor que não dura para sempre. A proteção conferida é temporária, e os prazos previstos em nossa atual legislação seguem as disposições do Acordo TRIPS. Segundo o art. 40 da LPI, “a patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”.

A patente é um privilégio temporário. Segundo o art. 40 da LPI, “a patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”. Pode ocorrer, todavia, de o procedimento junto ao INPI demorar bastante para se encerrar. Foi por isso que a LPI estabeleceu, no parágrafo

único do art. 40, que “o prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”.

Recentemente, no entanto, conforme já destacamos quando analisamos a incorporação do Acordo TRIPS em nosso ordenamento, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento, afirmando que as patentes concedidas na vigência da lei anterior (que previa, repita-se, prazo de 15 anos para patentes de invenção) não podem ter seu prazo estendido para 20 anos, uma vez que o *Acordo TRIPS* não teve aplicação imediata em nosso ordenamento e a atual LPI não pode ser aplicada retroativamente, em respeito ao ato jurídico perfeito.

Violado seu direito de exploração econômica exclusiva, o titular da patente poderá ingressar com ação judicial com a finalidade de obter indenização por essa exploração indevida, “inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente” (art. 44 da LPI).

Conforme já destacamos, não cabe recurso contra a decisão que concede a patente, nos termos do art. 212, § 2.º, da LPI. No entanto, é possível requerer administrativamente a nulidade da patente, conforme previsão do art. 46 da LPI: “é nula a patente concedida contrariando as disposições desta Lei”.

O reconhecimento administrativo da nulidade da patente produz efeitos *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem até a data do depósito do pedido. É o que dispõe o art. 48 da LPI: “a nulidade da patente produzirá efeitos a partir da data do depósito do pedido”.

Quando o INPI não for o autor da ação de nulidade, ele será parte interessada e intervirá no feito, necessariamente. Assim, conforme já destacamos quando tratamos do INPI, a ação de nulidade deve ser ajuizada na Justiça Federal. É o que dispõe o art. 57 da LPI: “a ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.

DESENHO INDUSTRIAL

Já vimos que a proteção ao desenho industrial não se dá por meio da concessão de patente, mas de **registro**, assim como ocorre com as marcas. O desenho industrial, pois, não é patenteável, mas registrável.

Quanto ao desenho industrial, a LPI estabelece, em seu art. 95, que “considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”. Os requisitos para o registro de desenho industrial são: a) novidade; b) originalidade; c) aplicação industrial. Além disso, há também que se observar a licitude (ou desimpedimento) do desenho industrial a ser registrado. O prazo de vigência do registro de desenho industrial é de 10 (anos), contados da data do depósito, mas a LPI permite a prorrogação desse prazo por 03 (três) períodos sucessivos de 05 (cinco) anos cada (art. 108). Esse pedido de prorrogação deve ser feito no último ano da vigência do registro (art. 108, § 1º).

MARCA

A finalidade precípua da marca, portanto, é diferenciar o produto ou serviço dos seus “concorrentes” no mercado. Nesse sentido, o STJ já decidiu, por exemplo, que não há conflito entre uma marca e o nome de um edifício.

1. A marca é um sinal distintivo, visualmente perceptível, que visa a identificar um produto ou serviço no mercado consumidor. Para se obter o registro da marca e conseqüentemente, sua propriedade, é necessária a observância de certos requisitos como a novidade relativa, distinguibilidade, veracidade e licitude, de molde a evitar que o consumidor seja induzido a engano, ante a existência de repetições ou imitações de signos protegidos.

2. Produtos ou serviços diferentes podem apresentar marcas semelhantes, dado que incide, no direito marcário, em regra, o princípio da especialidade; ou seja, a proteção da marca apenas é assegurada no âmbito das atividades do registro, ressalvada a hipótese de marca notória.

Caracterizada, porém, a possibilidade de confusão entre consumidores, há conflito entre marcas, devendo prevalecer a que foi registrada anteriormente, conforme precedentes do STJ.

5. O termo “Brasil”, principal elemento do nome empresarial, é, contudo, vocábulo de uso comum, podendo, em função de seu caráter genérico, ser objeto de registro de marca até mesmo por empresas que atuem no mesmo ramo comercial, pois carece da proteção firmada nos termos do art. 124, V, da Lei 9.279/96.

Marcas são “os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais” (art. 122 da LPI). Não se admite o registro como marca de expressões genéricas, que não sirvam para distinguir um produto ou serviço de outros. Nesse sentido, entende o STJ que é inadmissível o registro como marca de uma expressão comum ou corrente (REsp 65.002/SP).

Da definição de marca dada pelo art. 122 da LPI, percebe-se que o Brasil, ao contrário do que ocorre em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, não previu a possibilidade de se registrar como marca um sinal sonoro, haja vista a exigência legal de que o sinal distintivo seja visualmente perceptível. Da mesma forma, não é possível registrar como marca um determinado cheiro ou sabor, que seriam as denominadas marcas olfativas e gustativas.

Quanto às espécies de marca, a LPI distingue três espécies distintas. A lei se refere, em seu art. 123, (i) à marca de produto ou serviço, que é aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; (ii) à marca de certificação, que é aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e (iii) à marca coletiva, que é aquela usada para identificar produtos ou serviços provenientes de membros de uma determinada entidade.

A proteção conferida à marca, consistente no direito de uso exclusivo, submete-se ao princípio da especialidade, ou seja, essa proteção jurídica conferida pela lei é restrita ao(s) ramo(s) de atividade em que o seu titular atua, com exceção da marca de alto renome, a qual, conforme disposto no art. 125 da LPI, tem proteção em todos os ramos de atividade. Eis o teor da regra em comento: “à marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade”. O STJ já decidiu que “é legítimo o interesse do titular de uma marca em obter do INPI, pela via direta, uma declaração geral e abstrata de que sua marca é de alto renome” (REsp 1.162.281-RJ).

É preciso estar atento para não confundir a marca de alto renome com a marca notoriamente conhecida, disciplinada no art. 126 da LPI. Aquela, conforme vimos, tem proteção especial em todos os ramos de atividade, enquanto esta goza de proteção especial no seu ramo de atividade, mas independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil, podendo o INPI, inclusive, indeferir de ofício pedido de registro de marca que a reproduza ou a imite, no todo ou em parte. Com efeito, dispõe o art. 126 da LPI que “a *marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil*”. E o § 2º deste art. 126 determina que “o *INPI poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida*”.

O prazo de vigência do registro de marca é de 10 (dez) anos, contado da data de concessão, podendo ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos, nos termos do art. 133 da LPI, que assim dispõe: “o registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos”. Esse pedido de prorrogação, segundo o § 1º do art. 133, “deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição”.

Em resumo, pode-se concluir que, em caso de conflito entre nome empresarial e marca, deve-se verificar inicialmente a eventual possibilidade de convivência entre ambos, considerando-se que: (i) em princípio, o nome empresarial é protegido apenas no território do Estado da Junta Comercial na qual foi registrado; (ii) em princípio, a marca é protegida apenas no ramo de atividade referente ao produto ou serviço que identifica. Caso, todavia, verifique-se que a colidência entre o nome empresarial e a marca seja passível de provocar confusão entre consumidores, com eventual desvio de clientela, deve-se solucionar o conflito segundo o critério da anterioridade do registro.

A **marca de produto ou serviço** representa a noção geral de marca que todos nós possuímos, ou seja, os sinais que são usados pelos empresários para identificar os produtos ou serviços que comercializam ou produzem. Está prevista no inciso I do art. 123 da LPI. A **marca de certificação**, por sua vez, é aquela que atesta a qualidade de determinado produto ou serviço conforme normas técnicas estabelecidas por institutos especializados, os quais podem ser de natureza governamental ou apenas credenciados pelos órgãos oficiais competentes. Está regulada no inciso II do art. 123 da LPI.

Por fim, a **marca coletiva** é aquela que atesta a proveniência de determinado produto ou serviço. Ela indica ao consumidor, por exemplo, que os empresários que a utilizam são

membros de determinada associação, e que seus produtos ou serviços estão em conformidade com as regulamentações técnicas dessa entidade. Está regulada no inciso III do art. 123 da LPI.

Perceba-se que a marca de produto ou serviço será registrada pelo próprio empresário que irá utilizá-la, enquanto a marca de certificação é registrada por um ente certificador, e a marca coletiva é registrada pela entidade que congrega os membros que vão usá-la. No caso da marca de certificação, qualquer empresário que atenda aos requisitos de controle do certificador titular da marca poderá usá-la. No caso da marca coletiva, por sua vez, qualquer membro da entidade que atenda as condições do seu regulamento de utilização poderá usá-la.

A proteção conferida ao titular da marca, não obstante seja abrangente no que se refere ao seu âmbito territorial – vale em todo o país, como visto – é restrita no que diz respeito ao seu âmbito material. Assim, diz-se que a proteção conferida à marca registrada se submete ao chamado **princípio da especialidade ou especificidade**.

De fato, a proteção conferida à marca, consistente no direito de uso exclusivo, submete-se ao princípio da especialidade, ou seja, essa proteção jurídica conferida pela lei é restrita ao(s) ramo(s) de atividade em que o seu titular atua.

Há, porém, marcas que possuem proteção em qualquer ramo de atividade, configurando exceção ao princípio da especificidade ou especialidade. Trata-se da **marca de alto renome**, a qual, conforme disposto no art. 125 da LPI, tem proteção em todos os ramos de atividade. Eis o teor da regra em comento: “à marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade”.

Como o registro da marca assegura ao seu titular o **direito ao seu uso exclusivo** em todo o País, nos termos do art. 129 da LPI, aquele que usar indevidamente marca registrada por outrem poderá ser demandado em juízo e condenado ao pagamento de perdas e danos. Nesse ponto, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça entende que “prescreve em 5 (cinco) anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial” (Súmula 143 do STJ).

Ademais, o mesmo Superior Tribunal de Justiça ainda entende que a simples contrafação de marca gera direito à indenização por danos materiais, mesmo que o produto não tenha sido comercializado. E mais: o uso indevido de marca também pode acarretar a condenação do infrator em **danos morais**, quando houver a prova de vulgarização da marca registrada que está sendo indevidamente usada por terceiro. **FAZER QUESTÕES – PÁG 217**

DIREITO SOCIETÁRIO

a razão para que a presença das sociedades empresárias no mercado seja mais marcante que a dos empresários individuais é simples: os empreendedores sempre procuram minimizar seu risco empresarial, e a melhor forma de fazê-lo é constituir uma sociedade, uma vez que nesse caso haverá a separação patrimonial e a possibilidade de limitação de responsabilidade. Com a criação da EIRELI, no entanto, a tendência é que o número de sociedades empresárias caia.

nem toda atividade econômica configura atividade empresarial, já que nesta é imprescindível o elemento da *organização dos fatores de produção*. Portanto, assim como nem todas as pessoas físicas que exploram atividade econômica são qualificadas como empresários individuais (cite-se, por exemplo, o profissional intelectual – art. 966, parágrafo único, do Código Civil), **não são todas as sociedades que podem ser qualificadas como sociedades empresárias**. Assim, as sociedades podem ser de duas categorias: a) *sociedades simples*, que são aquelas que exploram atividade econômica não empresarial, como as sociedades uniprofissionais estudadas no capítulo II; b) *sociedades empresárias*, que exploram atividade empresarial, ou seja, exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966 do Código Civil).

Isso mostra que, em regra, o que define uma sociedade como empresária ou simples é o seu **objeto social**: se este for explorado com empresarialidade (profissionalismo e organização dos fatores de produção), a sociedade será empresária; ausente a empresarialidade, ter-se-á uma sociedade simples.

Há apenas duas exceções a essa regra, previstas no parágrafo único do art. 982, o qual prevê que “independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”.

O traço distintivo entre ambas é mesmo o objeto social: a sociedade empresária tem por objeto o exercício de empresa (atividade econômica organizada de prestação ou circulação de bens ou serviços); a sociedade simples tem por objeto o exercício de atividade econômica não empresarial.

Assim, uma sociedade empresária pode organizar-se das seguintes formas: a) *sociedade em nome coletivo* (arts. 1.039 a 1.044); b) *sociedade em comandita simples* (arts. 1.045 a 1.051); c) *sociedade limitada* (arts. 1.052 a 1.087); d) *sociedade anônima* (arts. 1.088 a 1.089 c/c a Lei 6.404/1976); e) *sociedade em comandita por ações* (arts. 1.090 a 1.092).

A sociedade simples, por sua vez, não ganhou a previsão de tipos societários específicos, mas pode, segundo a dicção do art. 983, organizar-se sob a forma de um dos tipos de sociedade empresária, com exceção das sociedades por ações, em razão da regra do art. 982, parágrafo único, do Código Civil.

existem atividades, cujo exercício possui indiscutível interesse público, que dependem de autorização governamental e se submetem a forte controle e fiscalização por parte do poder público. São os casos, por exemplo, das atividades financeiras, de seguro, relacionadas à saúde e à educação etc. Em princípio, a sociedade que depende de autorização para funcionar tem o prazo de 12 (doze) meses para entrar em funcionamento, contados da publicação da lei ou do ato administrativo autorizador, salvo se nesses foi estipulado prazo distinto (art. 1.124). E mais: concedida a autorização, nada impede seja a mesma cassada pelo poder concedente. Isso ocorrerá se a sociedade “infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto” (art. 1.125).

Sendo assim, **pouco importa a nacionalidade dos sócios, o local de residência deles ou a origem do capital** empregado para aferição da nacionalidade da sociedade que eles constituíram. Se essa sociedade foi constituída no Brasil, segundo as leis brasileiras e possui sede no país, trata-se de

uma sociedade nacional. Por outro lado, se dois brasileiros, usando recursos que possuem no Brasil, constituírem uma sociedade no exterior, segundo as leis de outro país e com sede nele, essa será uma sociedade estrangeira.

Se a sociedade não preenche os requisitos mencionados no art. 1.126 do Código Civil – sede no Brasil e organização de conformidade com as leis brasileiras – será considerada uma sociedade estrangeira, necessitando, pois, de autorização governamental para entrar em funcionamento no nosso País. Poderá ser, todavia, acionista de sociedade anônima brasileira, sem que para tanto precise de autorização (art. 1.134). Depois de autorizada, deve a sociedade proceder ao respectivo registro na Junta Comercial do Estado em que vá desenvolver suas atividades, antes do que não poderá iniciá-las (art. 1.136).

Afinal, o Brasil admite a constituição de sociedade unipessoal? A resposta é **negativa**. Em nosso ordenamento jurídico, **a pluralidade de sócios é pressuposto de existência de uma sociedade** (art. 981 do Código Civil).

CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Há três classificações importantes para as sociedades empresárias. A primeira delas leva em conta a **responsabilidade dos sócios**. Segundo esse critério classificatório, pois, as sociedades podem ser de **responsabilidade ilimitada** (por exemplo, a sociedade em nome coletivo), de **responsabilidade limitada** (por exemplo, a sociedade anônima e a sociedade limitada) ou **mistas** (por exemplo, a sociedade em comandita simples e a sociedade em comandita por ações).

É preciso destacar que a limitação ou ilimitação de responsabilidade dos sócios diz respeito à sua responsabilidade pessoal por dívidas da sociedade, ou seja, à possibilidade de os credores da sociedade executarem o patrimônio pessoal dos sócios para satisfação de obrigações sociais. A responsabilidade dos sócios é que será limitada ou ilimitada. **A responsabilidade da sociedade, por sua vez, será sempre ilimitada.**

Quanto ao **regime de constituição e dissolução**, as sociedades podem ser **contratuais** (por exemplo, a sociedade limitada), que são constituídas por um contrato social e dissolvidas segundo as regras previstas no Código Civil, ou **institucionais** (por exemplo, a sociedade anônima), que são constituídas por um ato institucional ou estatutário e dissolvidas segundo as regras previstas na Lei 6.404/1976.

Nas **sociedades contratuais**, diz-se que a **autonomia da vontade dos sócios** para a constituição do vínculo societário é **máxima**, podendo eles disciplinar as suas relações sociais como bem entenderem, desde que não desnaturem o tipo societário escolhido. Já nas **sociedades institucionais** o vínculo que une os sócios não é contratual, mas estatutário, e os estatutos não cuidam dos interesses particulares dos sócios, mas do interesse geral da sociedade como instituição. Nessas sociedades, portanto, a **autonomia da vontade dos sócios** na formalização do ato constitutivo é **mínima**, e a intervenção do legislador é muito relevante, sobretudo porque essas sociedades institucionais – que tem na S/A o seu exemplo ideal – dedicam-se, não raro, a macroempreendimentos. Por fim, quanto à **composição** (ou quanto às *condições de alienação da participação societária*, como preferem alguns doutrinadores), as sociedades podem ser **de pessoas** (sociedades *intuitu personae*) ou **de capital** (sociedades *intuitu pecuniae*).

Assim, em cada caso devem-se analisar os aspectos estatutários e contratuais para aferir se a sociedade anônima fechada ostenta feição capitalista (vínculo *intuitu pecuniae*) ou feição personalista (vínculo *intuitu personae*). Da mesma forma, deve-se analisar atentamente o contrato social da sociedade limitada para aferir se ela ostenta feição capitalista (vínculo *intuitu pecuniae*) ou feição personalista (vínculo *intuitu personae*).

Sociedade limitada

A grande presença de sociedades limitadas no meio empresarial se deve basicamente ao fato de ela ostentar duas características específicas que a tornam um tipo societário bastante atrativo para os pequenos e médios empreendimentos: a **contratualidade** e a **limitação de responsabilidade dos sócios**.

A *contratualidade*, que confere aos sócios maior liberdade na hora de firmar o vínculo societário entre eles, algo que não ocorre, por exemplo, nas sociedades anônimas, cujo vínculo é estatutário e submetido a um regime legal previamente balizado na lei.

Atualmente, a sociedade limitada é um modelo societário empresarial típico, regulado por um capítulo próprio do Código Civil (arts. 1.052 a 1.087). o próprio Código estabelece, em seu art. 1.053, *caput*, que na omissão dessas regras específicas aplicam-se subsidiariamente as normas da sociedade simples *pura*.

Segundo o art. 1.054 do Código Civil, o contrato social da sociedade limitada “mencionará, no que couber, as indicações do art. 997, e, se for o caso, a firma social”. Por sua vez, o art. 997 do Código Civil, que já analisamos com detalhes quando estudamos a sociedade simples *pura*, estabelece que “a sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

- I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;
- II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;
- III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;
- IV – a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;
- V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI – as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;
- VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;
- VIII – se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais”.

Já vimos também que esse rol de indicações que deve conter o contrato social, previsto no art. 997 do Código, não é exaustivo, aplicando-se também outras exigências contidas na legislação pertinente para fins de registro (Enunciado 214 do CJF).

O contrato social da sociedade limitada deve ser **escrito** porque os sócios deverão levá-lo a **registro** no órgão competente. Caso a sociedade limitada seja empresária, o contrato social deve ser registrado na Junta Comercial; caso a sociedade limitada seja simples (isto é, não tenha por objeto o exercício de empresa) o contrato social deve ser registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Assim como ocorre na sociedade simples *pura*, a sociedade limitada também deve, após a formalização e a assinatura do

contrato social, levá-lo a registro antes do início das atividades (art. 967 do Código Civil), tendo o prazo de 30 dias para fazê-lo.

Qualificação dos sócios e da sociedade

O contrato social da sociedade limitada também deve mencionar, de acordo com o inciso I do art. 997 do Código Civil, “nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas”. pode a sociedade limitada ter como sócios tanto pessoas físicas (pessoas naturais) quanto pessoas jurídicas (outra sociedade, por exemplo). Aliás, nas sociedades limitadas empresárias é muito comum a presença de sócio pessoa jurídica, ao qual se atribui o nome de *holding* (sociedade que tem por objeto social participar de outras sociedades; a *holding* será “pura” quando apenas participa de outras sociedades, sem desenvolver atividade própria, ou “mista”, quando além de participar de outras sociedades explora determinada atividade econômica).

Nesse sentido, pergunta-se: pode um *impedido* ou um *incapaz* fazer parte da sociedade limitada, a despeito do que dispõe o art. 972 do Código Civil? A resposta é afirmativa. Já destacamos mais de uma vez que **sócio não é empresário**, razão pela qual a regra do art. 972 tem como destinatário o empresário individual. Assim, o *incapaz* pode ser quotista de sociedade limitada, bastando para tanto que o capital social esteja totalmente integralizado e que ele não exerça poderes de administração. No caso do *impedido* (por exemplo: servidor público), basta que ele não exerça poderes de administração.

No que diz respeito a *denominação*, a sociedade limitada pode usar tanto *denominação social* quanto *firma social*.

Caso a sociedade limitada seja empresária, o contrato social deve ser registrado na Junta Comercial; caso a sociedade limitada seja simples (isto é, não tenha por objeto o exercício de empresa) o contrato social deve ser registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Por fim, a definição da sede e do prazo da sociedade também é algo importante. A sede definirá a Junta Comercial ou o Cartório onde será feito o registro do contrato social, enquanto o prazo definirá o período de duração da sociedade, lembrando-se apenas de que em regra as sociedades são constituídas por prazo indeterminado.

Capital social

O contrato social da sociedade limitada deve necessariamente mencionar, segundo o art. 997, inciso III, do Código Civil, é o “capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária.

O **capital social**, conforme já mencionamos, corresponde ao **montante de contribuições dos sócios para a sociedade, a fim de que ela possa cumprir seu objeto social**. O capital social deve ser sempre expresso em **moeda corrente nacional**, e pode compreender **dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação pecuniária** (bens móveis, imóveis ou semoventes; materiais ou imateriais).

Subscrição e integralização das quotas

Definido o capital social da sociedade, deve o contrato social mencionar “a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la” (art. 997, inciso IV, do Código Civil).

No Brasil, conforme se percebe da leitura do art. 1.055, o capital social pode ser dividido em partes iguais ou desiguais, ou seja, o nosso ordenamento jurídico se afastou de outras tendências do direito comparado: (i) ao não estipular um valor predeterminado para as quotas, mínimo ou máximo; (ii) ao não consagrar a exigência de integralização inicial de um certo percentual do capital social total; (iii)

ao não fixar qualquer prazo para a sua efetiva integralização; e (iv) ao não exigir um capital mínimo para a constituição da sociedade.

A contribuição do sócio, ou seja, o modo de integralizar suas quotas, pode ser feita de diversas formas: com bens – móveis ou imóveis, materiais ou imateriais –, dinheiro, entre outras. Na sociedade limitada, porém, não se admite a contribuição em serviços, conforme previsão expressa do art. 1.055, § 2.º, do Código Civil: “é vedada a contribuição que consista em prestação de serviços”.

pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade”. A norma em referência é de extrema valia, uma vez que assegura, em certa medida, a realidade do capital social, estimulando os sócios a avaliarem corretamente os bens que entregam à sociedade a título de integralização de suas quotas. E mais: os demais sócios também têm total interesse na correta avaliação dos bens, uma vez que a norma lhes impõe responsabilidade solidária pela exata estimação dos mesmos durante um período de cinco anos.

Por fim, o regramento da sociedade limitada também se preocupou em disciplinar especificamente a situação do *sócio remisso*, que é o sócio que está em mora quanto à integralização de suas quotas, nos termos do art. 1.004 do Código Civil. De acordo com o art. 1.058 do Código, “não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas”.

Administração da sociedade

Os administradores, na qualidade de órgão da pessoa jurídica incumbidos de sua gestão, **presentam a sociedade (teoria orgânica)**. Vale também para a sociedade limitada a afirmação de que ela **não pode ser administrada por pessoa jurídica**.

Também não podem administrar a sociedade as pessoas mencionadas no art. 1.011, § 1.º, do Código: “não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação”.

Aos administradores cabe a possibilidade de atuar em nome da sociedade, exercendo direitos e assumindo obrigações.

Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar”. para que esse novo sócio também adquira o poder de administração da sociedade, terá que ser feita alteração no contrato social para que isso fique expressamente estabelecido.

Com efeito, dispõe o Código Civil, em seu art. 1.061 que enquanto o capital social não estiver integralizado, a eleição de não sócios para o cargo de administrador da sociedade limitada depende da aprovação de todos os sócios. Por outro lado, se o capital social já estiver integralizado, a eleição dependerá de aprovação de 2/3 dos sócios, no mínimo.

Responsabilidade dos administradores

O contrato social, além de designar os administradores, estabeleça seus poderes e atribuições. No entanto, caso o contrato social silencie a esse respeito, não haverá maiores problemas, porque há regras do próprio Código que suprem essa eventual omissão contratual.

A grande diferença entre o administrador nomeado no contrato social e o administrador nomeado em ato separado reside no fato de que os poderes daquele, caso seja sócio, são, em princípio, irrevogáveis, salvo por decisão judicial que reconheça a ocorrência de justa causa para a revogação.

Em contrapartida, os poderes de administrador não sócio ou de administrador designado em ato separado, ainda que sócio, são revogáveis a qualquer tempo pela vontade dos demais. É o que dispõe o art. 1.019 do Código Civil: “são irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios. Parágrafo único. São revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado, ou a quem não seja sócio”.

Caso o contrato social da sociedade limitada silencie acerca dos poderes e atribuições dos seus administradores, entende-se que estes podem praticar todos e quaisquer atos pertinentes à gestão da sociedade, salvo oneração ou alienação de bens imóveis, o que só poderão fazer se tais atos constituírem o próprio objeto da sociedade.

Vê-se, pois, que pela interpretação *a contrario sensu* do parágrafo único do art. 1.015, em regra a sociedade responde por todos os atos de seus legítimos administradores, ainda que eles tenham atuado com excesso de poderes. De fato, se o Código afirma que a sociedade somente pode opor o excesso contra terceiros em determinadas situações que o próprio legislador elencou, taxativamente, isso significa que nas demais situações o excesso dos administradores não pode ser oposto a terceiros, ou seja, a sociedade terá que responder pelas obrigações decorrentes da atuação excessiva dos seus gestores, não obstante possa depois voltar-se contra eles, em ação regressiva.

Com efeito, ou eles efetivamente sabiam, ou no mínimo deveriam saber, se fossem diligentes e se informassem, antes de contratar com a sociedade, acerca de quem são seus legítimos administradores e de que poderes eles possuem para administrá-la.

Do que se expôs, é fácil concluir que, em regra, a sociedade limitada responde pelos atos de seus administradores, ainda que estes tenham extrapolado seus poderes e atribuições.

Excepcionalmente, porém, a sociedade não responderá pelos atos excessivos de seus administradores, nas hipóteses taxativas previstas nos incisos I (limitação de poderes registrada averbada junto ao registro da sociedade), II (limitação de poderes que a sociedade provou ser de conhecimento do terceiro) e III (ato *ultra vires*, ou seja, evidentemente estranho ao objeto social) do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil. Nesses casos, portanto, caberá aos terceiros cobrar as obrigações decorrentes do ato excessivo diretamente do administrador.

Por fim, registre-se que “os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico”.

É vedada, portanto, a chamada “cláusula leonina”, a qual, se existente, será considerada nula de pleno direito, conforme estabelecido no art. 1.008 do Código Civil: “é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”. Conforme já mencionamos, a expressão “cláusula leonina”, hoje largamente utilizada para fazer referência às cláusulas abusivas.

Responsabilidade dos sócios

Em regra, os **sócios não devem responder, com seu patrimônio pessoal**, pelas dívidas da sociedade. Esta, por ser pessoa jurídica a quem o ordenamento jurídico confere existência própria, possui, em consequência, responsabilidade patrimonial própria. Trata-se do chamado *princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas*. Diante do que dispõe o artigo acima transcrito, pode-se afirmar, inicialmente, que a **responsabilidade dos sócios** por dívidas da sociedade é **sempre subsidiária**. Em situações normais, portanto, somente em caso de insolvência da sociedade é que o sócio poderá, eventualmente, ter seus bens pessoais executados por dívidas sociais.

Se, por exemplo, o capital social estiver totalmente integralizado, os sócios não deverão responder com seu patrimônio pessoal pelas dívidas da sociedade. Todavia, se o capital social não estiver totalmente integralizado, os sócios responderão com seu patrimônio pessoal pelas dívidas sociais até certo limite. Que limite é este? O montante que faltar para a integralização.

Por fim, merece destaque o fato de que os sócios de uma sociedade limitada são **solidariamente responsáveis pela integralização do capital social**, razão pela qual pode o credor da sociedade – uma vez exaurido o patrimônio da pessoa jurídica e verificada a não integralização total do capital social – executar **qualquer dos sócios quotistas**, ainda que um deles já tenha integralizado a parte que lhe cabe.

Alteração do contrato social

Na sociedade limitada, por outro lado, a **modificação do contrato social exige quórum de 3/4 do capital social**, conforme previsão do art. 1.076, inciso I, do Código Civil.

Não se deve esquecer, ademais, que qualquer alteração do contrato social da sociedade limitada **deve ser averbada** no local onde foi feito o registro originário da sociedade.

Deliberações sociais

O órgão específico responsável pela tomada das deliberações sociais é a assembleia dos sócios. Todavia, o Código Civil trouxe, nessa matéria, uma interessante

regra: nas sociedades limitadas menores, de até 10 sócios, o Código previu que o **regime de assembleia** pode ser substituído pelo de **reunião de sócios**. A grande **diferença entre a assembleia e a reunião está no procedimento**. Aquela segue rito mais solene, com o próprio Código ditando suas regras procedimentais. Esta, por sua vez, tem rito mais simplificado, cabendo aos sócios, no contrato social, estabelecer os detalhes de seu procedimento.

Destaque-se ainda que as deliberações sociais, desde que tomadas em conformidade com a lei e o contrato social, “vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes”