

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Gustavo Pirenetti dos Santos

EMPRESAS DIGITAIS: A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS
MARCAS E DOMÍNIOS DE INTERNET DAS STARTUPS COMO OBSTÁCULO À
CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CIBERESPAÇO

Marília, SP
2021

Gustavo Pirenetti dos Santos

EMPRESAS DIGITAIS: A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS
MARCAS E DOMÍNIOS DE INTERNET DAS STARTUPS COMO OBSTÁCULO À
CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CIBERESPAÇO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Direito e Estado na Era Digital, Linha de Pesquisa Dogmática Jurídica e Transformação Digital, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Edinilson Donizete Machado

Marília, SP
2021

Autor: Gustavo Pirenetti dos Santos

Título: EMPRESAS DIGITAIS: A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS MARCAS E DOMÍNIOS DE INTERNET DAS STARTUPS COMO OBSTÁCULO À CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CIBERESPAÇO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Direito e Estado na Era Digital, Linha de Pesquisa Dogmática Jurídica e Transformação Digital, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, 27, agosto de 2021.

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (UNIVEM)

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (UNIVEM)

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim (UFRJ)

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (UNIVEM)

**À minha eterna esposa, *Tali*, minha inspiração,
por seu amor, lealdade e cumplicidade diária e
às minhas filhas, *Beatriz* e *Victória*,
meus dois anjos.**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao meu gracioso Deus, porque tenho sido abençoado em medida muito superior ao meu merecimento. Sem Ele eu nada seria e todas as minhas conquistas não teriam qualquer valor. Sem Ele, força nenhuma eu teria para ter terminado este trabalho, que transformou a mais profunda das dores na mais gloriosa divina paz.

Ao meu querido orientador, Professor Edinilson Donizete Machado, que em todo o tempo de graduação, me inspirou como aluno, como profissional e como acadêmico. Além disso, nos momentos difíceis, teve a paciência e a sabedoria de trazer uma palavra de conforto e segurança, o que jamais esquecerei em minha vida, a ele, meu sincero e profundo agradecimento.

Agradeço ao Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha – UNIVEM, minha casa, lugar onde aprendi a amar o Direito e a Justiça, a celebrar o conhecimento e a inovação; lugar onde fiz amigos, construí uma família, minha segunda casa, que passei a respeitar e a honrar, aonde tive oportunidades e fui presenteado com este Mestrado, a esta Instituição de Ensino, que tanto investe nos seus pares, o meu eterno agradecimento.

Aproveito também para estender meus cumprimentos aos ilustres professores, doutores e mestres do corpo docente do mestrado em Direito e de toda a graduação do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha – UNIVEM. Eu não poderia me atrever a constar o nome de todos, afinal poderia incorrer no risco de deixar alguém para trás, o que de fato não seria justo. A todos vocês, o meu agradecimento, honra e respeito, pelos oito anos da minha vida em que (dos 18 aos 25 anos) convivi, aprendi, me alegrei e respeito. O sucesso, a paixão pelo Direito e, em especial, pela vida e pelos princípios que norteiam a Dignidade Humana, me inspiraram a ser um indivíduo melhor. Obrigado.

Em especial, reservo este espaço ao meu estimado, amigo, mestre, professor e padrinho de casamento, Adriano de Oliveira Martins, muitas qualificações para uma pessoa especial em minha vida. Agradeço por ter abertos as portas da advocacia empresarial inspiradora para mim, por ter me mostrado o caminho para o sucesso e disponibilizado oportunidades que, acima disso, me permitiram ganhar um amigo, um mestre e uma família na qual eu tenho o prazer e a honra de me inspirar. Obrigado por em todos esses 8 anos, ter acreditado no meu potencial e incentivado o meu melhor. A você minha honra como professor, mestre, amigo e líder.

Por fim, dediquei o espaço final à minha querida família, meu alicerce e firme fundamento no qual fui agraciado por Deus.

Minha eterna gratidão aos maiores exemplos que tenho nesta existência – Pai e Mãe – vocês estiveram ao meu lado desde o dia em que nasci, por todos os momentos alegres e também nos mais tristes, vocês ali estiveram. Não tenho palavras para agradecer tudo que já realizaram por mim, vocês são os melhores pais do mundo e tenho orgulho de dizer que o melhor de mim foi plantado, cultivado e regado por vocês. Obrigado pelo amor incondicional.

Aos meus queridos avós – Hélia e José – fonte de amor e carinho absoluto indescritível, vocês foram e sempre serão admirados por quem são, meu compromisso é me tornar um avô tão maravilhoso quanto vocês foram para mim, fonte de incalculável amor, vocês sempre foram manifestação de graça divina em minha vida.

Dedico toda honra àquela que é minha fiel companheira em todos os momentos, minha esposa Talisse Carli Pirenetti, a quem dedico o presente trabalho – a mulher mais forte do universo, fonte de inspiradora coragem e força emocional – certamente você é um fenômeno da natureza no qual eu tive a absoluta certeza de amar, e às minhas pequenas gêmeas que se tornaram anjinhos, Beatriz Carli Pirenetti e Victória Carli Pirenetti, que em tão pouco tempo, cativaram nossos corações e tornaram-se a razão da nossa vida; deram um exemplo de força e coragem em superar todas as dificuldades, lutaram incansavelmente pela vida e, hoje, ao lado do Criador, olham por nós, à espera do abraço que nos foi brevemente privado. O agradecimento a vocês três, mulheres da minha vida, é especial, por todos os momentos que deixei de estar presente ao lado de vocês, me privando desta companhia tão agradável. Espero que compreendam e continuem me apoiando, pois saibam que tudo o que faço é pensando em vocês. Você, minha esposa e família, é a minha maior conquista e realização.

Com amor eterno.

RESUMO

No atual mercado globalizado e tecnológico, a inovação é o motor da competitividade e do desenvolvimento empresarial. Esses fatores favorecem a disseminação das startups que passam a dispor de meios para criar, divulgar e comercializar seus produtos, gerando ações de ordem econômica e benefícios para a sociedade. Importante instrumento para promover a inovação na indústria, a propriedade intelectual é compreendida como o direito sobre criações intelectuais, por determinado período de tempo, estabelecido de acordo com os preceitos legais. Confere ao autor, inventor e/ou titular do conhecimento protegido o poder sobre as criações. Porém, o que se percebe é o ato de imitação pelas empresas. Esse comportamento, por si só, não é condenado. Mas, em muitos casos pode ser considerado como um ato de concorrência desleal. Diante dessa problemática, este estudo tem como objetivo investigar a proteção da propriedade intelectual das marcas e domínios das startups como obstáculo à concorrência desleal no ciberespaço. A existência de concorrência é um método que permite aos empreendedores assumir os riscos da inovação na tentativa de uma diferenciação de seu produto ou serviço no mercado. Porém, é necessário que a defesa da concorrência seja acompanhada do respeito à propriedade intelectual e da política de prevenção e repressão de condutas não leais (concorrência desleal).

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Domínios de internet. Concorrência. Startup.

ABSTRACT

In the current globalized and technological market, innovation is the engine of competitiveness and business development. These factors favor the dissemination of startups that have the means to create, disseminate and market their products, generating economic actions and benefits to society. An important instrument to promote innovation in the industry, intellectual property is understood as the right over intellectual creations, for a certain period of time, established according to legal precepts. It gives the author, inventor and/or holder of the protected knowledge the power over the creations. However, what we notice is the act of imitation by companies. This behavior, in itself, is not condemned. But in many cases, it can be considered an act of unfair competition. Given this problem, this study aims to investigate the intellectual property protection of startups' trademarks and domains as an obstacle to unfair competition in cyberspace. The existence of competition is a method that allows entrepreneurs to take the risks of innovation in an attempt to differentiate their product or service in the market. However, it is necessary that the defense of competition is accompanied by respect for intellectual property and the policy of prevention and repression of unfair conduct (unfair competition).

Keywords: Intellectual property. Internet domains. Competition. Startup.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A EMPRESA COMO BASE DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	14
1.1 O direito comercial e o nascimento do empresário	14
1.2 A função social da empresa	27
1.3 Atividade Empresarial e a Inovação Tecnológica	32
2. A 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O MODELO START UP	35
2.1 A 4ª revolução industrial e a interconectividade na era digital	36
2.2 A empresa de base tecnológica	41
2.3 Formatação Jurídica da Startup	48
3. A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DAS MARCAS E NOMES DE DOMÍNIO	58
3.1 A propriedade intelectual e a proteção pós-positivismo	58
3.2 A natureza jurídica das Marcas	66
3.3 A natureza jurídica dos Nomes de Domínio	73
4. CONCORRÊNCIA DESLEAL PARASITÁRIA NO UNIVERSO DIGITAL	78
4.1 A Ordem econômica, livre iniciativa e livre concorrência	79
4.2 A Concorrência desleal e a concorrência parasitária	85
4.3 O aproveitamento parasitário	90
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

O Direito, como fonte de garantias e norma orientadora das condutas humanas passa por transformações constantes desde os primórdios do surgimento do indivíduo humano racional. Através das eras, a evolução do Direito como base norteadora sofre transformações pelos fatores intrínsecos à sua natureza, bem como de sua relação com fatores externos que influenciam no comportamento humano. O Direito molda o humano e o humano molda o Direito. Essa relação simbiótica, cíclica e sucessiva é incapaz de definir quem de fato iniciou-se primeiro.

Não tão relevante para o desenvolvimento do estudo que se dará a seguir, o primeiro comentário desde autor sobre a capacidade de mudança do Direito e sua relação com o comportamento humano serve como plano de fundo para a evolução constante dos demais direitos específicos que neste argumento, se materializa no direito empresarial, e demais espécies de direitos.

O Direito Empresarial, uma terminologia extraída da teoria da empresa italiana, é nada mais que uma nova roupagem para o tradicional direito Comercial. Este direito, também é, nada mais que uma outra faceta dos direitos dos negócios, na terminologia francesa. Em todos os casos, tais direitos são os que regulam a atividade empresária e todos os reflexos dessa atividade na sociedade. Seja na implicação civil, no consumidor, na patrimonial, intelectual, o direito da Empresa é interdisciplinar e o olhar deste autor sempre será de forma interpretativa e sistemática para compreender os conceitos que se relacionam entre si.

O Direito da empresa, é oriundo dos primórdios do comércio, uma das práticas mais antigas dentre as atividades humanas, que sempre esteve presente nas sociedades, desde as mais rudimentares até as mais complexas. Nesse interim, observa-se a existência de normas relativas às práticas comerciais, criadas pelas primeiras civilizações, em que ganham destaque: o Código de Hamurabi, o Código de Manu, o Alcorão, a Bíblia, a Lei das Doze Tábuas, entre outros.

Nos dias atuais, percebe-se certa estabilidade em torno do conceito de Direito Comercial. Ao longo da história do Direito brasileiro, muitas foram as transformações sofridas por esse importante ramo do Direito Privado, com uma profunda implicação de ordem prática e jurídica.

Esse mesmo direito empresarial, comercial, dos negócios – nota-se o caráter mutável do direito – deve ser analisado e interpretado frente aos aspectos evolutivos da própria

sociedade, da economia, da globalização, etc. São os fatores extrínsecos que se conectam com realidades pontuais.

O trabalho visa abordar a proteção da propriedade intelectual das marcas e domínios de internet como um obstáculo à concorrência desleal no ciberespaço, num contexto em que as empresas se tornam cada vez mais imateriais, visto a universalização e digitalização de coisas e processos nos ambientes digitais da internet.

Na atualidade, ainda frente às mudanças, tem-se a nova era digital, também chamada de 4ª Revolução Industrial, Economia 4.0 ou Indústria 4.0, cujas raízes são remetidas ao século passado, a partir do surgimento e disseminação dos computadores individuais, para uso pessoal e profissional, e, pela expansão da infraestrutura global de telecomunicações para voz e dados, possibilitando a interconexão de todos esses computadores numa plataforma digital comum, a Internet, em escala planetária.

Catalizadora dessas mudanças, a tecnologia transforma o comportamento das pessoas e todos os mercados, visto que o avanço da digitalização no cotidiano impacta diretamente a forma das empresas oferecerem seus produtos e serviços e se relacionarem com seus públicos. É um novo formato de economia que preconiza a compra de uma experiência, ao invés da posse de algo.

Esse cenário transformador impulsionou importantes mudanças no meio empresarial. A fatia majoritária de mercado que antes era ocupada por grandes empresas, cedeu espaço às segmentadas e disputadas Micro e Pequenas Empresas (MPE's) e, dentro desse grupo destacam-se as empresas startups, que se caracterizam como organizações que se baseiam em modelo inovadores de negócios, porém mais suscetíveis aos riscos de mercado.

Essa evolução da sociedade e da tecnologia, permitiu que o comércio tradicional se transmutasse numa realidade de surgimento de Startups, empresas de base tecnológica com crescimento exponencial e com capacidade de revolucionarem completamente uma determinada atividade econômica, rompendo com as estruturas tradicionais.

O modelo de empresas startups impõem novas formas de interação com o mercado, utilizando-se dos ambientes de redes sociais para divulgação e interação com seu potencial consumidor. Para isso, é necessária a criação de signos distintivos para que não exista duas ou mais locações virtuais com a mesma denominação. O nome de domínio é uma solução, pois identifica e situa uma organização em um lugar tão vago como o ciberespaço. Ao mesmo passo que as Marcas, existentes para diferenciar produtos e serviços, também tem sido utilizada para representarem Startups.

A problemática do presente trabalho reside no fato de que, a revolução da era digital, permitiu o surgimento de Startups, essas empresas apresentam uma configuração sistemática diferente da atividade empresarial tradicional. Direcionada quase que exclusivamente pela tecnologia no centro da atividade empresarial, o objeto social de uma Startup está intimamente relacionado com capital de intelecto, traduzido em bens imateriais como Marcas, Domínios de internet e outras propriedades intelectuais.

Ocorre que, muitas dessas Startups, pelo modelo de negócio que adotam, iniciam suas atividades na informalidade, sem qualquer proteção formal, deixando o capital intelectual vulnerável às práticas de concorrência desleal, abuso do poder econômico de grandes companhias ou concorrentes, dentre outros problemas que podem influir no encerramento de uma Startup.

Assim, ao montar-se uma Startup, o empresário se depara com as seguintes perguntas: qual o melhor modelo de abertura de empresa 'eu' devo escolher? Qual o modelo societário mais adequado e seguro protegerá meu patrimônio social? Não obstante estas perguntas voltadas ao tradicional direito societário, o titular de uma Startup ainda precisa lidar com os aspectos de sua criação: como proteger minha propriedade intelectual? Qual a melhor marca para representar o meu negócio? A minha marca está devidamente protegida? Como Protegê-la?

Não obstante todos esses questionamentos antes mesmo de uma noma empresa iniciar sua atividade, o empresário inserido no contexto atual ainda poderá enfrentar práticas de concorrência desleal, parasitária e de aproveitamento de prestígio. Neste interim, como coibir tais práticas e qual o papel do direito em tutelar e proteger as Startups e o respectivo capital intelectual e patrimonial da atividade econômica.

Em linhas gerais, o presente estudo se objetiva a observar a estrutura por trás da evolução social e transformação tecnológica, materializada conceitualmente pela 4ª revolução industrial ou era digital, a fim de enxergar as bases que fundamentaram o surgimento de um modelo de empresa chamado Startup e os impactos desse modelo nas estruturas societárias do direito empresarial, bem como se objetiva de forma ampla a apresentar os modelos societários mais adequados à atividade de uma Startup.

No mais, o trabalho também se objetiva a identificar as espécies de propriedades intelectuais, e como protegê-las do mercado concorrencial e das práticas de abusos e ilícitos de concorrência desleal e parasitária, no universo empresarial.

De forma específica, o presente estudo espera identificar as melhores formatações societárias para os empresários que desejem se aventurar pelo mundo das Startups, protegendo-

se assim o primeiro aspecto da empresa, a estrutura societária mais adequada para o objeto social adotado.

Outrossim, também objetiva-se estudar o processo de registro e proteção de uma marca e de um domínio de internet, para assegurar o direito de exploração econômica sobre esses bens imateriais que compõem a atividade empresarial.

Por fim, evidenciados serão as práticas de concorrência desleal, parasitária e de aproveitamento parasitário, a fim de se contrapor como obstáculo à concorrência ilícita no universo empresarial digital – chamado de ciberespaço.

Para alcançar os objetivos propostos, este trabalho foi organizado em quatro capítulos que juntos se apresentam da seguinte forma:

O primeiro capítulo desse estudo conceitua a empresa tradicional no Brasil, as atividades empresariais, bem como seus direitos, passando pela evolução do direito comercial e o nascimento do conceito de empresário. Aborda, ainda, o empresário, as sociedades empresárias e estabelecimentos comerciais. E, finaliza discorrendo sobre a função social da empresa e a atividade empresarial frente à inovação tecnológica, aspectos conceituais e evolutivos que servem de base para a estrutura argumentativa do trabalho que se apresentará nos capítulos seguintes.

No segundo capítulo abordar-se-á a 4ª revolução industrial, a interconexão e a empresa de base tecnológica. O modelo de startup, também, será conceituado e estruturado, enfatizando-se a origem do termo, definições, conceitos e suas características elementares. Ainda, em relação a esse modelo, apresenta-se neste capítulo a formatação jurídica, o memorando de entendimento na pré-constituição de uma startup, o tipo societário adequado (limitada, anônima e sociedade por conta de participação).

Por conseguinte, o terceiro capítulo retrata a evolução histórica referente à proteção da propriedade industrial das marcas e nomes de domínio; a conceituação da propriedade intelectual; proteção constitucional pós-positivismo (propriedade industrial das marcas); os demais signos distintivos: nome empresarial e título de estabelecimento e, os nomes de domínio.

Por último, o quarto e derradeiro capítulo trata da concorrência desleal parasitária no universo digital, abordando a ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência. Em seguida, explicita os modelos de concorrência desleal, concorrência parasitária e aproveitamento parasitário que, no ciberespaço pode se materializar pela prática do cybersquatting.

1. A EMPRESA COMO BASE DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O capítulo 1 objetiva-se a apresentar as bases conceituais do direito comercial e sua evolução brasileira até a nomenclatura empresarial. Destina-se ainda a apresentação dos conceitos de empresário e atividade empresária, permeando a função social da empresa e seus reflexos sociais, para enfim adentrar na relação entre inovação tecnológica e a atividade empresarial. O capítulo servirá como base do argumento para o surgimento de modelos de Startups (capítulo 2) e também da noção de propriedade intelectual decorrente da inovação tecnológica (capítulo 3).

1.1 O DIREITO COMERCIAL E O NASCIMENTO DO EMPRESÁRIO

O Direito Comercial é um dos ramos do direito contemporâneo que mais tem ganho evidência na última década. Decorrente das relações comerciais e empresariais, esta disciplina evolui de forma dinâmica ao passar dos anos com o advento de novas tecnologias e desenvolvimento econômico das empresas. Entretanto, embora a essência atual do Direito Comercial seja o dinamismo, sua origem é tão remota quanto a origem do comércio e das atividades econômicas nos primórdios da humanidade.

O desenvolvimento humano ao longo da história atrelou-se às atividades econômicas, evoluindo paralelamente com o crescimento do comércio, das cidades e das relações mercantis. É ao final da idade média que, com o fim do monopólio árabe sobre o mediterrâneo, as cidades italianas do Sul puderam desenvolver-se como centros de comércio e atividade econômica, favorecendo o surgimento de associações de comerciantes que buscavam maior autonomia disciplinar e protecional frente à resistência dos senhores feudais à livre iniciativa do mercado (MAMEDE, 2011, p. 16-17).

Desta forma, frente as novas relações mercantis que renasceram com o desbloqueio do domínio árabe sobre o continente europeu, fez-se necessário regular as interações entre os comerciantes e mercadores. Assim, pode-se dizer que a ideia de um Direito Comercial sistematizado num corpo único teve sua origem fragmentada na Idade Média, decorrendo do aumento dos tráfegos mercantis (REQUIÃO, 2010, p. 32).

A baixa da Idade Média trouxe, portanto, um novo panorama ao direito romano comum (*jus civile*) que vigorava na época, frente aos atos de comércio estabelecidos pelos agrupamentos de mercadores, derogando a *Lex romana* em face de um novo direito que, em

sua essência, era “estatutário, particular e consuetudinário”, não originado pelo legitimado legislador, mas sim decorrente da união dos costumes e atos dos comerciantes que transformaram seus estatutos num regulamento próprio aplicado a sua classe (DINIZ, 2008, p. 9).

O novo “direito de classe” que surgiu para os comerciantes criou uma nova jurisdição aplicada aos seus membros registrados, de modo que a solução dos conflitos era submetida a um rito próprio com base nos costumes mercantis e na boa-fé (VERÇOSA, 2008, p. 36).

Deve-se anotar que os comerciantes, organizados em suas poderosas ligas e corporações, adquirem tal poderio político e militar que vão tornando autônomas as cidades mercantis a ponto de, em muitos casos, os estatutos de suas corporações se confundirem com os estatutos da própria cidade (REQUIÃO, 2010, p. 34).

Portanto, percebe-se que, de início, o direito civil romano, comum a todos, se opôs ao surgimento desse novo direito Especial, e assim, as regras que antes eram excepcionais, agora estavam sistematizadas num código que disciplinaria os atos e as relações comerciais, inspirado pela evolução e desenvolvimento econômico por meio do comércio na região. (ASCARELLI, 1962, p. 103).

Em seguida, com o desenvolvimento das cidades francesas e unificação dos Estados Nacionais, era necessário que o imperador francês estabelecesse as regras do novo Estado, de modo que, em meados de 1807, o então imperador Napoleão Bonaparte promulga seu Código Civil, conhecido como Código Napoleônico, sistematizando de forma direta as relações mercantis que, antes eram reguladas por um direito consuetudinário baseado nos costumes dos mercadores e agora, estabelecia as regras para o comércio fundado num elemento objetivo, os atos de comércio, distanciando de qualquer elemento subjetivo (MAMEDE, 2011, p. 18).

A evolução histórica deste direito e a codificação francesa permitiu que a disciplina jurídica passasse a ser aplicada a determinados atos e não mais a uma determinada classe ou corporação. O Estado Nacional Francês sobrepujou o corporativismo das entidades de classe do período medieval e priorizou a igualdade entre os integrantes da sociedade moderna. Assim, a partir desse pressuposto, qualquer cidadão poderia exercer a atividade mercantil, distanciando-se da ideia de que somente aqueles que estavam associados às classes comerciais poderiam praticar atividade comercial (COELHO, 2013, p. 30).

Não obstante, este sistema pautado no objetivismo, aparentava inúmeros problemas conceituais, em razão de os comerciantes se virem em dificuldade em unificar as definições de atos de comércio, de modo que, esta disciplina carecia de caracterizações científicas ou critérios lógicos definitivos, pois era estabelecida a partir do direito positivado, isto é, apenas a norma

definia qual era o ato/atividade considerada como comercial, tornando-se uma categoria exclusivamente legislativa, limitando-se a um tempo e espaço (MARTINS, 2016, p. 35).

A teoria dos atos de comércio resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante a natureza mercantil de algumas delas (COELHO, 2013, p. 31).

Por tais razões, os atos de comércio estabeleceram um sistema legislativo enumerativo, onde, por meio da norma, o legislador descrevia quais era os atos de comércio e quais não eram, definindo objetivamente as relações comerciais reguladas pelo código comercial vigente na época. Todavia, os conflitos só aumentaram de modo que, o sistema enumerativo era insuficiente para regular todos os atos de comércio discutindo-se a natureza taxativa ou limitativa da norma que não abarcava um determinado ato, devendo este ser aplicado analogicamente ou submetendo-se a lei civil comum (MARTINS, 2016, p. 36).

Diante de todos os pontos controvertidos da codificação francesa, o italiano Vivante em sua aula inaugural da Universidade de Bolonha em 1892, criticou a autonomia do direito comercial em razão da legislação civil; questionou a não aplicação da lei comercial aos consumidores e como esta perturbava a solidariedade social dos indivíduos; evidenciou a excessiva litigiosidade de discussão quanto ao foro competente para a resolução de conflitos cívico-mercantis, além da limitação exemplificativa do código quanto a natureza dos atos de comércio (COELHO, 2013, p. 33).

Destarte, o Direito Francês e todos os ordenamentos jurídicos que seguiram a inspiração dos atos de comércio não conseguiram implantar e desenvolver adequadamente a teoria, de modo que aos poucos, esta foi superada por outros fundamentos e teorias jurídicas que abandonavam o critério objetivo das relações comerciais para enfim, adotar uma concepção subjetiva transcrita na figura do empresário (VERÇOSA, 2008, p. 49).

Por consequência, o Direito Alemão em 1897 tornou-se uns dos pioneiros no desenvolvimento de uma nova teoria em que a lógica jurídica se concentrasse de forma subjetivista por meio de seu Código Comercial. De modo que, no art. 343 os atos de comércio seriam todos aqueles realizados por um comerciante relativo à sua atividade comercial, esmaecendo a ideia de ato de comércio isolado, inserindo-o ao contexto do comerciante, sua atividade, originando a ideia de empresa mercantil (NEGRÃO, 2011, p. 38-39).

Em seguida, no ano de 1942, o Código Civil Italiano (*Codice Civile*), enfrentou a duplicidade ora discutida a respeito da autonomia do direito comercial e, desta forma,

contemplou em seu texto único a disciplina Cível e a Comercial, e buscou um sistema que superasse o francês, sintetizando-o na Teoria da Empresa (COELHO, 2013, p. 33-34).

A Teoria da Empresa tornou-se a mais adequada com o sistema capitalista da época de sua edição, pois o núcleo conceitual do direito comercial afasta-se do ato de comércio e aproxima-se da empresa, de modo que, a empresa passa a ser enxergada como uma atividade que busca obtenção de lucro a partir da oferta de bens e serviços ao mercado (BULGARELLI, 1985, p. 175-199).

É com o Sistema Italiano que a empresa ganha o contorno moderno, atribuindo-lhe um caráter funcional, pois passa-se a conceituar a empresa como sendo uma atividade, cujo principal objetivo é a obtenção de lucros a partir da oferta de bens e serviços, decorrendo estes das forças de produção, adquirindo um conceito jurídico próprio (COELHO, 2013, p. 34-35).

Na concepção de Vivante, a mudança é necessária diante da ficção de se considerar comerciante qualquer um que pratique os atos de comércio, atos que decorrem da atividade mercantil (VIVANTE, 1932, p.6), distinção essa que proporcionava a simples diferenciação de aplicação legal em função da pessoa com que se contratava, seja uma relação civil ou uma relação comercial.

Destarte, ao ser considerada uma atividade, a empresa adquire contornos econômico, profissional e organizado, adquirindo status jurídico e superado o sistema francês como a principal disciplina privada da atividade econômica por melhor caracteriza-la frente os anseios da época e ao capitalismo de produção (COELHO, 2013, p. 35-36).

Assim sendo, o comércio evoluiu desde a idade média, apoderando os comerciantes que adquiriram maiores espaços na sociedade com o acúmulo do capital, e com o surgimento desta nova classe socioeconômica, os anseios por direitos que tutelassem as atividades econômicas se tornou cada vez mais latente. De início, a teoria francesa buscou enquadrar o direito comercial objetivamente como atos de comércio, regulando legalmente cada atividade que decorresse de um ato, o que de se mostrava ineficiente ante o descomedido avanço do comércio e das interações mercantis que, quase sempre não se enquadravam na norma legislativa.

Em seguida, a teoria da empresa, visando atribuir ao sistema normativo econômico-privado uma unicidade que melhor atendesse os interesses dos comerciantes, passou a considerar subjetivamente a ideia de empresa, que agora seria entendida como uma atividade organizada, direcionada para produção ou circulação de bens ou serviços, com intuito de auferir lucro, atribuindo às normas caráter geral, garantindo um melhor enquadramento na disciplina privada da atividade econômica.

A história brasileira como um todo sempre esteve atrelada as nuances e intempéries do continente europeu, de modo que, seja pela origem colonial, ou pela influência das potencias europeias do século XVIII e XIX, ser-lhe-á necessário um breve contexto histórico do momento político-econômico para melhor caracterizar o surgimento do direito da empresa no Brasil até sua evolução nos dias atuais.

Durante o período colonial, todas as relações jurídicas existentes no país eram baseadas na legislação portuguesa, afinal o Brasil era uma extensão territorial subordinada a Portugal, imperando sobre a colônia as Ordenações Filipinas, de grande influência canônica e romana (REQUIÃO, 2010, p. 39). Situação que perdurou até o final do século XVIII, quando toda a Europa passaria por uma mudança estrutural com as guerras napoleônicas.

No início do século XIX, Napoleão Bonaparte em sua campanha militar pela hegemonia do continente europeu impõe à península ibérica o bloqueio continental, em razão da aliança que Portugal mantinha a anos com seu principal adversário, a Inglaterra no controle do continente. Assim, a corte Portuguesa, ante a iminente invasão francesa, se viu obrigada a deixar o reino de Portugal escoltado às pressas pelas forças navais da Rainha da Inglaterra, desembarcando no Brasil em 24 de janeiro de 1808 (COELHO, 2013, p. 36-37).

É certo que, a transferência do governo português até a colônia elevaria o status jurídico do Brasil, pois este agora deveria comportar toda a estrutura da corte portuguesa. Razão pela qual, um dos primeiros atos em solo brasileiro foi a “Lei de Abertura dos Portos” em 1808, que permitia ao Brasil comercializar diretamente com a Inglaterra e demais nações do mundo, além de outras legislações que elevaram o status do Brasil a de um Estado moderno, promovendo o comércio, agricultura, atividade econômica e a indústria nacional (REQUIÃO, 2010, p.40).

Em seguida, com a paz restaurada na Europa, com o fim do domínio napoleônico sobre o continente, o então Rei Dom João VI é obrigado a retornar à Portugal para retomar o controle do Estado, deixando o Brasil sob a regência de seu filho. É neste momento em que as condições políticas para o surgimento do Estado Brasileiro se enrijecem, pois com a transferência administrativa de Portugal para o Brasil, há o definitivo rompimento das dependências econômicas com a Metrópole, de modo que, a independência de fato ocorre em 1822 (COELHO, 2013, p. 37).

Com o novo Estado Brasileiro, a Assembleia Constituinte convocada autoriza de imediato a aplicação da antiga “Lei da Boa Razão” portuguesa em vigência, permitindo a aplicação subsidiária das normas legais estrangeiras atinentes ao direito comercial e do direito privado (REQUIÃO, 2010, p. 40).

A disciplina privada da atividade econômica continuou sendo regulada por normas subsidiárias estrangeiras até 1850, quando o chamado Código Comercial Brasileiro foi aprovado, inspirando-se diretamente na teoria dos atos de comércio oriundos do código napoleônico. A disciplina, portanto, era regulada em apartado da civil, tendo como norte delimitador o Regulamento 737 que definia os atos de comércio e as atividades sujeitas a jurisdição comercial (COELHO, 2013, p. 38-39).

O longo período de vigência do Código Comercial Brasileiro levou-o a atravessar diversas fases da história econômica, social e política do País, do que decorreu seu esvaziamento parcial, pelo surgimento de leis especiais reguladoras de institutos jurídicos em relação aos quais o legislador entendeu que aquele diploma estava superado (VERÇOSA, 2008, p. 59)

A legislação de inspiração francesa, como apontado anteriormente, era insuficiente para a resolução das questões comerciais, de modo que, o Brasil, como todos os países de tradição romanística, aproximou-se do regime italiano subjetivo que atribuiria ao sistema do direito privado um regime geral (COELHO, 2013, p. 39).

A influência da teoria objetiva dos atos de comércio se estendeu a diversos países, mas, como explanado anteriormente, acabou por entrar em crise justamente por conta de seus problemas conceituais e estruturais demasiadamente taxativos, se mostrando extremamente lacunosa para a evolução das relações comerciais da época (ALVES; MACHADO; TRIPP, 2017, p. 09-15).

O que de fato perdurou por mais de um século, ocorrendo a transição somente com a aprovação do Código Civil de 2002, idealizado por Miguel Reale, que unificou as disciplinas cível e comercial em um único código, contemplando ainda em seu texto o modelo subjetivo italiano da teoria da empresa, afastando-se do modelo francês ultrapassado, revogando parte do Código Comercial de 1850 (COELHO, 2013, p. 40).

O Código Civil de 2002 passou a contemplar o chamado Direito da Empresa, integrando-o no Livro II da parte especial, estruturando a atividade comercial em volta do conceito de empresa, procurando dar melhores respostas as necessidades da sociedade mercantil, e aos anseios da produção/industrialização do país, sendo este novo código, a principal fonte normativa regulatória para os comerciantes, agora empresários pela lei vigente (MARTINS, 2016, p. 40).

O estudo das fontes do Direito Comercial Brasileiro facilita a genuína inteligência do seu sistema científico, dando a conhecer a formação ou constituição desse Direito e, ao mesmo tempo, indica o arquivo donde dimanam, para se manifestarem concretamente no calor fecundante das

necessidades individuais e sob o influxo das circunstâncias, as normas jurídicas dominantes no território daquele ramo do Direito Privado (MENDONÇA, 1953, p. 127).

As fontes primárias do direito empresarial decorrem do código comercial vigente e das leis que o complementam ao longo dos anos, bem como parte do código civil de 2002 contemplado para o direito de empresa, ficando a cargo das fontes subsidiárias a aplicação da lei civil, sem que haja entre elas conflito ou invasão de competência, prevalecendo as normas especiais. Em seguida, dá-se lugar a aplicação dos usos e costumes, seguindo a regra processual do art. 376¹ do Código de Processo Civil, aceitando-se nos casos concretos a aplicação de direito consuetudinário local. Por fim, os princípios gerais do direito serão o norte do direito Comercial que não tenha qualquer regulamento previsto pelo legislador (VERÇOSA, 2008, p. 64-66).

Parte da evolução gradativa do direito comercial não ficou adstrita apenas em uma reforma de uma codificação, antes disso, as legislações especiais, bem como a doutrina e a jurisprudência cuidaram por modernizar o direito comercial, atualizando-o para fim de enquadrá-lo nos moldes centrais dos conflitos envolvendo os empresários e a realidade econômica (COELHO, 2013, p. 41).

De fato, o direito comercial surgiu das relações entre os comerciantes lá na baixa Idade Média, ganhando contornos cada vez mais relevantes no contexto global, as campanhas marítimas do século XIV e XV, estenderam o comércio ao Novo Mundo, e concomitantemente, as relações econômicas cuidaram por elevar o status do direito comercial no Brasil com o passar dos anos.

A teoria dos atos de comércio serviu bem aos interesses iniciais dos comerciantes, mas mostrou-se insuficiente aos anseios econômicos do Brasil, de modo que, a reforma do código civil em 2002, principal fonte do direito empresarial brasileiro, contemplando a teoria italiana da empresa, regulando-a em torno da atividade desenvolvida pelos cidadãos, superando a ideia objetiva da teoria francesa, reconhecendo a centralidade da empresa não somente no contexto jurídico, mas também social, pois esta adquiria contornos muito maiores do que exclusivamente a obtenção de lucro e comercialização de bens.

Com o Código Civil de 2002, a nova concepção de empresa contemplou uma instituição despersonalizada, que se caracteriza de fato e direito por uma atividade econômica

¹ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar

organizada, destinada a circulação de bens e serviços, vinculando-se a ela todos os elementos para o exercício da atividade, proporcionando o surgimento dos empresários e das sociedades empresárias, estes sim, entes personalizados, que representariam a atividade no mundo negocial (DINIZ, 2008, p. 14-15).

[...] a empresa é um organismo orgânico, isto é, assenta-se sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas. Objetivamente considerada, apresenta-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa, que se chama empresário. Como criação de atividade organizada do empresário e como fruto de sua ideia, a empresa é necessariamente aferrada à sua pessoa, dele recebendo os impulsos para seu eficiente funcionamento (REQUIÃO, 2010, p. 74).

Segundo Rubens Requião (p.74), a noção jurídica de empresa decorre de um próprio conceito econômico, tendo leis técnicas e econômicas que, organicamente, interagem com seus sistemas, de modo que, tal interação com a economia é um dos alicerces para a noção jurídica da empresa e sua atividade. É fato que, a forma como a atividade produtiva se materializa não é relevante ao direito empresarial. Todavia, a empresa como expressão da atividade do empresário está totalmente subordinada a normas precisas e, portanto, é objeto de interesse do Direito.

A empresa também possui contornos criadores, pois a lei comercial tutelará em suas normas os preceitos de concorrência desleal, as propriedades imateriais, bem como o seu complexo de bens, refletindo diretamente com os direitos de propriedade e nas relações com os dependentes, os empregados e demais colaboradores da atividade, os quais envolvem vínculo direto com a matéria trabalhista (REQUIÃO, 2010, p. 75).

Nota-se que, a disciplina jurídica da empresa é a disciplina da atividade empresarial, e esta tutela jurídica, portanto, é a tutela da atividade empresarial (REQUIÃO, 2010, p. 75). O art. 966, caput, do Código Civil de 2002 foi diretamente inspirado no art. 2082 do Código Civil Italiano, que descrevia a definição jurídica do empresário. Desta forma, o art. 966 do CC/2002 se dispôs a conceituar o empresário e quais indivíduos se encaixariam no referido enquadramento (MARTINS, 2016, p. 41).

O conceito de empresa acabou por decorrer da noção jurídica contida no art. 966, pois, se o empresário é aquele que exerce atividade econômica organizada, então a empresa é uma atividade organizada. A entidade jurídica da empresa é, portanto, uma abstração, pois decorre de uma ação intencional (elemento abstrato) do empresário que, com seus bens organizados exercita uma atividade econômica, atuando o empresário para que nasça a empresa sob sua

orientação. Desta forma, a empresa surge do exercício de uma atividade do empresário, deste exercício surge a ideia abstrata da empresa (REQUIÃO, 2010, p. 82-84).

Desta forma, por se apresentar como uma atividade organizada de forma profissional para produção e circulação de bens e serviços, a empresa é uma atividade qualificada, ao passo que, por ser uma atividade, deve-se entendê-la como uma abstração atrelada a um fato jurídico, não se confundindo com o empresário, nem o estabelecimento comercial, adquirindo de forma autônoma uma personalidade jurídica. Assim, tal personalidade permite que a empresa seja o foco de múltiplos interesses, tanto econômicos quanto sociais.

É preciso compreender a empresa como um ente autônomo, que não se confunde (1) com sua base patrimonial (aspecto estático da empresa), que é o estabelecimento (complexo organizado de bens, nos termos do art. 1142 do Código Civil), nem se confunde (2) com seu titular, que será o empresário ou a sociedade empresária (da mesma forma que esta não se confunde com as pessoas de seus sócios, nem de seu administrador ou administradores) (MAMEDE, 2011, p. 29).

Portanto, entende-se que a empresa é a própria atividade econômica realizada de forma organizada e que não se confunde com os entes que a exploram por meio da profissionalidade, da produção e circulação de bens e serviços (DINIZ, 2008, p. 34). A empresa passou a ser observada como um ente autônomo do direito, concentrando múltiplos interesses em sua base que, de forma alguma se confunde com a figura do empresário ou o estabelecimento, possuindo a atividade econômica sua própria personalidade diante dos elementos constituintes das relações empresariais.

Toda atividade empresarial pressupõe a existência do empresário que a exerça, portanto é necessário o estudo da figura subjetiva das empresas, em razão da confusão que ocorre entre a empresa, os empresários durante o exercício da atividade, os sócios da sociedade empresária.

Empresa é a atividade e são titulares da empresa os empresários individuais (pessoas naturais que exercem a atividade econômica) e as sociedades empresárias (pessoas jurídicas personalizadas) que exercem atividade organizada voltada a produção de riqueza, empregando coordenadamente a mão-de-obra, o investimento financeiro e a tecnologia para que a atividade empresarial obtenha lucro em nome próprio (DINIZ, 2008, p. 35).

A empresa pode ser explorada por uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, o exercente da atividade econômica se chama empresário individual; no segundo, sociedade empresária. Como é a pessoa jurídica que explora a atividade empresarial, não é correto chamar de “empresário” o sócio da sociedade empresária (COELHO, 2013, p. 127).

O empresário é a figura central da empresa, é aquele que com intuito de obter o lucro por meio da sua atuação profissional, torna a empresa possível. Toda iniciativa decorre de si próprio, estruturando a atividade, os procedimentos, os registros e demais obrigações (MAMEDE, 2011, p. 33).

Para melhor compreensão dos títulos da empresa, estudar-se-á de forma individual cada um para que se possam observar os diferentes regramentos que envolvem cada um deles.

O empresário individual é toda pessoa natural que, ao registrar-se em seu próprio nome na junta comercial competente, emprega capital e os meios necessários para o exercício da atividade econômica, isto é, mão-de-obra, profissionalidade, habitualidade, a fim de obter o lucro como resultado econômico, assumindo integralmente os riscos da atividade empresarial (DINIZ, 2008, p. 63).

Outrossim, os empresários individuais possuem algumas características distintas das sociedades empresárias. Por se vigorar no Brasil o princípio da unicidade de patrimônio, a pessoa natural que exerce atividade empresarial individualmente tem seu patrimônio pessoal totalmente indistinguível com os ativos e passivos relacionados a empresa. Desta forma, a residência pessoal do empresário individual e o estabelecimento comercial onde exerce a atividade da empresa integram o mesmo conjunto de bens (COELHO, 2013, p. 153).

Semelhantemente, o regime de bens se submete ao mesmo princípio, ou seja, o empresário individual que seja casado pelo regime de comunhão universal de bens também integralizará ao conjunto de bens os que forem de titularidade da esposa do empresário (MAMEDE, 2011, p. 81).

Ao regime jurídico do empresário individual, algumas regras são exigidas pelo ordenamento. São elas: i) a capacidade do empresário, isto é, apenas os indivíduos que possuam capacidade civil poderão exercer a atividade econômica; ii) não ser legalmente proibido de exercer a atividade, ou seja, a legislação delimita algumas proibições em função da natureza do indivíduo ou da atividade, como exemplo, os médicos que em razão da natureza da sua profissão não podem comercializar medicamentos; iii) o casamento imputa ao empresário individual algumas regras distintas, como a possibilidade de alienação dos bens relacionados a atividade empresarial sem a outorga do cônjuge (COELHO, 2013, p. 160).

No requerimento de registro constará: i) o nome empresarial que será registrado na junta comercial pelo empresário individual e basear-se-á em seu nome natural, por completo ou abreviado, atribuindo-lhe, se desejar, o gênero da atividade econômica exercida; ii) o capital da empresa que será utilizado de início para o exercício da atividade econômica; iii) o objeto da atividade empresarial, isto é, as atividades mercantis que serão desenvolvidas pelo empresário

individual e a sede da empresa, local onde o empresário poderá ser encontrado, exercendo sua atividade e respondendo pelas obrigações assumidas (MAMEDE, 2011, p. 86).

Vale ressaltar que, o art. 970 do Código Civil confere tratamento especial aos produtores rurais, pois ainda que seja obrigatório o registro de todo empresário individual nas juntas comerciais, ao produtor rural, todavia, a legislação permite a opção por registrar-se ou não no órgão competente, em função da natureza da sua atividade e em razão da tributação que recaia sobre sua produção (MAMEDE, 2011, p. 97).

Outro ponto interessante envolvendo os empresários individuais é a constante confusão com um instituto criado pela Lei 12.441/2011 chamada de EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada) que acresceu ao Código Civil o art. 980-A. Este novo instituto do direito empresarial que não se confunde com o empresário individual, pois a EIRELI é definida pela lei como uma pessoa jurídica com características semelhantes aos das sociedades empresárias, de modo que, a EIRELI está mais próxima da natureza de uma sociedade limitada unipessoal do que dos empresários individuais. A EIRELI diferentemente dos empresários individuais, possui patrimônio próprio, e ela mesma é a titular da atividade empresarial e não os sócios da pessoa jurídica (COELHO, 2013, p. 161).

Portanto, ambos os empresários estudados, quais sejam, o empresário individual, o produtor rural e as empresas individuais de responsabilidade limitada são titulares da empresa e compõem seu aspecto subjetivo.

As sociedades empresariais são formadas pelo concurso de vontades entre os indivíduos que decidiram unir-se em sociedade por meio de um contrato plurilateral de obrigações e direitos, formando um novo ente com personalidade jurídica própria, passível de contrair direitos e obrigações, além de concentrar múltiplos interesses na iniciativa de obter o lucro por meio do capital investido na atividade econômica que será desenvolvida (REQUIÃO, 2010, p. 434-435).

O art. 981 do Código Civil convencionou que os indivíduos e as empresas podem se associar para juntos, conjugar esforços para obter um fim comum, exercendo a atividade econômica escolhida e partilhando os resultados obtidos entre si. Este contrato social é a forma pela qual os sócios desta sociedade manifestam suas vontades e atingem seus objetivos em comum (DINIZ, 2008, p. 111-112).

Pode-se dizer que, este contrato social possui algumas características peculiares, quais sejam: i) a plurilateralidade, pois não há um limite ou restrição para o número de pessoas que desejem formar uma sociedade empresária; ii) onerosidade, em razão dos direitos e deveres que nascem ao constituir a pessoa jurídica societária; iii) consensualidade, em função do acordo de

vontades para formação e; iv) comutatividade, decorrente do prévio ajuste do valor das prestações, podendo-se perceber de início, os ônus e vantagens que poderão advir com a sociedade empresária (DINIZ, 2008, p. 114).

As sociedades empresárias serão regidas pelos contratos sociais constituídos e registrados no Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) e pelas Juntas Comerciais dos estados federados. O DNRC é o órgão competente por normatizar, disciplinar e fiscalizar os registros e as atividades. Por conseguinte, as Juntas Comerciais estaduais possuem funções executivas, sendo o órgão responsável pelo registro do contrato social, arquivamento de sociedades, expedição de carteira de atividade, autenticação dos livros contábeis e demais obrigações legalmente exigidas (COELHO, 2013, p. 131-132).

Com as formalidades executadas, o registro do contrato social por força do art. 985 do Código Civil atribui personalidade jurídica as sociedades empresárias, possuindo direitos e obrigações, além de capacidade contratual, legitimidade processual ativa e passiva, além de responsabilidade civil, imputações penais, adquirindo individualidade estrita dos sócios que as compõem (DINIZ, 2008, p. 135).

Para que haja uma sociedade empresária há necessidade de se auferir lucros com o capital por meio da atividade organizada de produção de bens e serviços. Desta forma, os artigos 1039 e 1092 regulam os seguintes tipos de sociedades empresárias: a) em comandita simples; b) em comandita por ações; c) em nome coletivo; d) limitadas; e) por ações ou sociedades anônimas (DINIZ, 2008, p. 137).

O estudo de cada tipo societário não será objeto deste trabalho, tendo em vista a extensa particularidade de cada um dos institutos descritos acima, o que são prisma de estudo em diversos livros acadêmicos. Este trabalho destinar-se-á a observar apenas alguns desses institutos societários, sob o ângulo e interesse de uma startup nos próximos capítulos.

Será observado que, alguns dos tipos societários são incompatíveis com os modelos de negócio utilizados pelas startups. Assim, a finalidade dos próximos capítulos será evidenciar as vantagens e desvantagens dos institutos mais adequados para a proteção das startups e do objeto social desenvolvido por elas na execução do negócio.

Segundo o art. 1142 do Código Civil, considera-se estabelecimento empresarial todo o complexo organizado de bens que estejam estruturados para o exercício da atividade da empresa pelo seu titular, seja os empresários individuais ou as sociedades empresárias. Neste ponto, a ideia abstrata da empresa concebida pela teoria da abstração ganha forma, materializando-se num composto de bens que fazer parte da denominada empresa (MAMEDE, 2011, p. 184).

Decorre deste elemento organizacional juntamente com o emprego da atividade empresária, o nascimento do estabelecimento empresarial, coordenando em si os fatores de produção de bens e serviços para auferir lucros com o investimento na atividade exercida (DINIZ, 2008, p. 678).

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa (COELHO, 2013, p. 165)

A respeito da natureza jurídica do estabelecimento empresarial, pode-se afirmar que: i) o estabelecimento não é um sujeito de direitos; ii) constitui-se como um bem e; iii) integra o patrimônio das sociedades empresárias. Os bens que compõem o complexo empresarial devem ser indispensáveis ou úteis para o desenvolvimento da empresa, agregando um sobrevalor ao conjunto que ali está, pois o complexo em si se torna um bem indispensável para a atividade da empresa (COELHO, 2013 p. 167).

Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobre valor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado (COELHO, 2013, p. 93).

Compõem o estabelecimento empresarial os bens materiais, todos os bens móveis e imóveis que compreendem o exercício da atividade, como os maquinários, mercadorias, veículos, equipamentos, etc., e os bens imateriais, sendo este as propriedades industriais, marcas, patentes, desenhos industriais, direitos de personalidade, etc. Assim, desta unidade de bens devidamente organizado, surge um único bem despersonalizado denominado fundo de comércio (DINIZ, 2008, p. 680-681).

Portanto, o estabelecimento empresarial compõe o aspecto objetivo da empresa, sendo o principal instrumento para que a atividade econômica seja exercida. É no estabelecimento onde as principais relações econômicas se desenvolvem, bem como é o local de maior importância no tocante à ideia de preservação da empresa e função social da empresa pois, é no estabelecimento que há produção de riqueza, bem como o emprego de trabalho humano, medidas de proteção ao trabalhador e meio ambiente, além de ser considerado o principal motor econômico nos tempos de crise. O estabelecimento empresarial é de suma importância para o Estado, tanto que possui inúmeras legislações especiais regulatórias e protetivas a fim de resguardar a atividade empresarial ali exercida.

1.2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O pensamento entorno da concepção de empresa teve seu fundamento totalmente reformado com a vigência do atual Código Civil de 2002, decorrendo de uma visão moderna de empresário e do seu papel na sociedade, inspirada pela legislação italiana de 1942, estabeleceu regras próprias em lei das atividades comerciais como empresarias (NEGRÃO, 2011, p. 63).

Assim, o Código Civil adotou um conceito de empresário que, delimitou a atividade empresarial como modelo de disciplina privada da economia, consagrando a teoria da empresa no ordenamento jurídico brasileiro como alicerce fundamental do direito empresarial e das relações empresariais (MARTINS, 2016, p. 41).

Neste contexto, a empresa moderna se solidificou, tendo suas regras delimitadas em lei e cuja atividade empresária esteja voltada à produção ou circulação de bens ou de serviços, razão pela qual a atividade exercida assume contornos de empreendedorismo, bem como os riscos decorrentes de tais atividades (COELHO, 2005).

Conseqüentemente, por se tratar de um empreendimento, a empresa tem como principal elemento econômico o lucro por meio da atividade que explora (MARTINS, 2016, p. 42), atividade esta que, somente pode ser exercida se houver a conjugação de outros fatores econômicos, como a produção de bens, relação com fornecedores e credores, estabelecimentos empresariais, trabalhadores ligados a produção e prestação de serviços da atividade empresarial geradora (PARENTONI, 2006), ou seja, toda atividade econômica que, independentemente da origem, esteja ligada a produção e lucro da empresa.

Portanto, todos os fatores econômicos acima ao serem conjugados em torno da empresa, manifestam-se como elementos da atividade econômica exercida, fundamento indispensável para o desempenho da sua própria finalidade, isto é, o lucro (PARENTONI, 2006), lucro este que, servirá como força motriz de capital dos elementos tangenciais à atividade empresária, abrangendo o comércio, a indústria, o campo e a prestação de serviços.

Por sua vez, por possuir um evidente protagonismo econômico no cenário brasileiro, a empresa passou a ser estudada sob a égide social, isto é, a Constituição Federal de 1988 consagrou no artigo 5º, XXIII, a função social da propriedade e, mais à frente, no artigo 170, estabeleceu a ordem econômica do país que, em conjunto, originaram o princípio da função

social da empresa, manifestado também no enunciado de n° 532 da I Jornada de Direito Civil integrando-a aos direitos sociais.

Neste interim, o legislador intencionalmente ressaltou a marcante presença da atividade empresarial e da empresa nos tramites da sociedade, pois atua diretamente, por meio dos agentes de produção e circulação e, indiretamente, por trazer dinâmica à circulação de capital no mercado (MARTINS, 2016, p. 48).

Sobretudo, a Carta Magna consagrou um eficiente instrumento de promoção social ao legitimar o interesse do lucro por parte da empresa sem destoa-la de um fundamento ético que a mantivesse presa a um bem maior que o próprio lucro, isto é, o bem-estar social, desempenhando um papel fundamental na sociedade contemporânea (ARNOLDI; MICHELAN, 2002, p.244).

Assim, a empresa passou a desempenhar uma notória atuação social, congregando ao redor de sua atividade econômica todo um escopo de interesses juridicamente tutelados, sendo o principal respaldo das fontes de renda dos trabalhadores, pequenos e médios produtores rurais, pequenos comerciantes locais, e quaisquer indivíduos e comerciantes economicamente dependentes dos movimentos sociais dispendidos pela empresa (MARTINS, 2016, p. 48-49).

Como resultado, é atrelada à empresa, uma responsabilidade social que se legitimou com a promulgação da Constituição de 1988, pois esta exerce poder direto sobre a sociedade, não podendo destoar de sua atividade, os reais interesses da comunidade em que está inserida, que nas palavras de Tomasevicius Filho (2003, p. 47), assim considerou:

Diante principalmente de sua importância econômica, as empresas não podem utilizar seu poder de maneira a atender unicamente os interesses de seus titulares. Ao exercer suas atividades, a empresa deve conjugar seus objetivos – especialmente a busca do lucro – com os interesses e as necessidades da comunidade onde atua, pois muitas de suas decisões têm consequências que influenciam a vida da sociedade em geral (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 47).

Portanto, a existência da empresa está condicionada à sua finalidade social (função social), evidenciando o poder-dever de agir não somente em interesse próprio, mas também atender o interesse e a necessidade da coletividade, existindo sempre uma função social inerente as atividades exercidas (TOMAZETTE, 2012, p. 51).

² Enunciado n° 53 da I Jornada de Direito Civil “Art. 966: deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.”

Desta forma, a empresa desempenha seu papel fundamental na sociedade a partir do desempenho de sua atividade econômica que, nos dizeres de Fabio Ulhôa Coelho, cumpre seu papel social, efetivando sua função social.

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita (COELHO, 2013, p. 76).

Por conseguinte, ressalta-se que a empresa atende os parâmetros acima delimitados, promovendo a geração de empregos, tributos e produção de riquezas, contribuindo direta e indiretamente para o micro e macro desenvolvimento econômico, social e cultural do meio à qual está inserida, obedecendo estritamente os preceitos legais e fundamentais que regem a função social (ibidem, 2013, 73).

Paralelamente às atividades desempenhadas pela empresa, o empresário atua como agente organizador de fatores de produção, articulando o necessário para desenvolvimento econômico e da produção empresarial, abrangendo desde a mão de obra até as commodities e tecnologias para a produção final (SOUZA; FREITAS, 2015).

Corroborando com este entendimento, a Lei nº 6.404/1976 denominada de Lei das Sociedades Anônimas abordou no bojo do artigo 154 que “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (COELHO, 2013, p. 189).

Outrossim, é evidente que a função social da empresa foi reconhecida e tutelada em diversos diplomas legais, como a Constituição Federal, o Código Civil, a Lei das Sociedades Anônimas e da Lei de Falência e Recuperação, tamanha sua importância para com a sociedade e ao ordenamento jurídico brasileiro como meio de efetivar os princípios da preservação da empresa e da própria dignidade da pessoa humana por meio do bem-estar social (SOUZA; FREITAS, 2015).

A função social da empresa é um princípio tão abrangente e de suma importância para o ordenamento jurídico que, seu desdobramento pode ser aplicado até ao artigo 3º, III da Magna Carta que estabelece o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República. Assim sendo, as atividades originadas da produção empresarial e seus respectivos

³Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional;

resultados acrescentam esforços diretos para a promoção e desenvolvimento nacional (MAMEDE, 2011, p. 48).

Neste ponto, entende-se que a empresa é um núcleo convergente de diversos fatores econômicos e interesse, como o lucro do empresário/sociedade, que conseqüentemente implica no aumento-salarial, a criação de novas oportunidades de emprego, o aprimoramento de mão de obra cada vez mais especializada, melhorando e assegurando a qualidade de vida do empregado, ao mesmo tempo que, assegura a existência e manutenção do poder público do Estado por meio da tributação (DINIZ, 2008, p. 25).

A importância social das atividades empresariais agrega um valor-econômico inestimável à empresa, apenas pela sua concreta função social, contribuindo com desenvolvimento social e cultural (DINIZ, 2008, p. 25). Por isso, a manutenção da empresa é de vital importância para a saúde econômica-cultural da sociedade em que atividade é exercida (MAMEDE, 2011, p. 48), conforme transcrição abaixo:

A proteção da empresa, portanto, não é mera proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas também proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a produção de riquezas. Aliás, não apenas o empreendedor, o empresário, mas também os terceiros que mantenham relações negociais com a empresa e cujos direitos e interesses possam ser também afetados pela função social da empresa, a exemplo do que se tem nas hipóteses de recuperação judicial ou extrajudicial [...] (Ibidem, 2011, p.49).

Considera-se, portanto, interesse de todos, quaisquer ações direcionadas à empresa e suas atividades, pois a função social permite, como instrumento de proteção da coletividade, a preservação da empresa como fundamento de proteção social, buscando soluções estruturais que impeçam a contínua produção de desequilíbrios, tanto para a empresa, quanto para a sociedade (SALOMÃO FILHO, 2014).

A atuação empresarial nos dias de hoje, cujo responsabilidade social tem sido o norte das relações e atividades econômicas, constitui-se como um sistema aberto, interagindo direta e indiretamente com o meio social do qual faz parte, influenciando, provocando mudanças e se adaptando à evolução histórico-cultural (FISCHER; NOVAES, 2005, p. 231).

Neste interim, com intuito de promulgar a efetiva compreensão acerca da matéria, o legislador constituinte delimitou no art. 1704 da Constituição Federal de 1988, os parâmetros

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

para a atividade econômica e das possíveis aplicações da função social da empresa no cenário econômico, instituindo deveres negativos e positivos a serem seguidos pelos empresários, administradores e o poder público (GAMA, 2007).

A ordem econômica, segundo o art. 170 da Magna Carta, deverá ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Princípios estes que, exercem reflexos imediatos no cenário social, conferindo a empresa, um objetivo muito maior do que simplesmente o seu desenvolvimento, constituindo-se como garantia da ordem econômica social, atribuindo à empresa um enorme poder de influência nos diversos ramos de atividade.

Se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa (COMPARATO, 2001, p. 3).

Conclui-se que, a empresa por meio do princípio da função social recebeu do legislador um protagonismo fundamental no processo de justiça e pacificação social, isto é, como polo atrativo de produção, de ampliação de vagas de trabalho, de desenvolvimento econômico, entre outras ramificações sociais, a empresa se tornou uma instituição de extrema importância para a estabilidade social da civilização contemporânea.

É neste contexto de pacificação e responsabilidade social que, o presente trabalho, pretende aprofundar a análise da função social da empresa e sua importância já explanada acima, como meio de proteção e garantia da sociedade. Assim, a redução das desigualdades sociais e regionais também incide sobre a empresa por meio do princípio da função social.

Em relação à redução das desigualdades sociais, a empresa tem um papel importante. Em determinadas regiões pobres, a empresa deve gerar empregos e procurar movimentar a economia local. Quando não o faz de maneira a atender a essa necessidade social, está descumprindo sua função social (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 44).

Portanto, o diploma constitucional determinou como papel da empresa atentar-se as desigualdades regionais e sociais marcantes no Brasil, sujeitando as atividades dos empresários ao dever de reduzir esse quadro social, bem como buscar o pleno emprego, como forma de efetivação do texto constitucional (MARTINS, 2016, p. 52-53).

Semelhantemente, devido a tamanha importância dada a instituição empresária que se substancia na esfera econômica, legitimando e efetivando os mais diversos e relevantes interesses sociais, como o bem-estar e sobrevivência dos trabalhadores da região na qual está situada a empresa e dos demais indivíduos (GOMES, 2012, p. 63), é manifesto a busca pelo pleno emprego, paralelamente à expansão das oportunidades de trabalho dada aos cidadãos, promovendo a valorização do trabalho humano e sua respectiva dignidade.

1.3 ATIVIDADE EMPRESARIAL E A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Dentre os principais elementos de empresa apresentados até aqui, a inovação tecnológica talvez seja a que mais se distancia dos conceitos estudados, isso ocorre em razão da atividade empresarial não ser apenas um elemento de empresa, mas sim sua característica fundamental do empresário, definida pelo art. 966⁵ do Código Civil.

O espaço dedicado a este assunto justifica-se na necessidade de entendermos o papel da inovação tecnológica para a atividade empresarial e como isto tem transformado a empresa tradicionalmente estabelecida, originando novas formas de rearranjo empresarial com base na inovação tecnológica.

Percebe-se nos últimos anos que, um dos efeitos mais relevantes sobre as novas tecnologias digitais é o da desmaterialização das coisas. Produtos e serviços tornam-se cada vez mais digitais, o que permitiu o surgimento de modelos de negócios inovadores que anteriormente não eram possíveis (DI FELICE; LEMOS, 2014, p.23 – 29).

Os impactos da digitalização de produtos e serviços e também de grande parte dos canais e interfaces que utilizamos para interagirmos com eles foi brutal e viabilizaram o surgimento de modelos de negócios inovadores que não eram possíveis antes. Além disso, outro tipo de mudança ainda mais profunda e disruptiva acontece com o desenvolvimento da Internet. Um indivíduo pode, em poucas horas, criar e vender um determinado produto, elaborar um ambiente virtual e começar a operar. A dinâmica está cada vez mais distante das que vemos dentro de grandes empresas e outras instituições mais estruturadas (DI FELICE; LEMOS, 2014, p.23 – 29)

⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Uma das expectativas da Internet era exatamente esta: a possibilidade de romper com os limites e barreiras entre os indivíduos, empresários, governos, etc. Nesta nova realidade, o indivíduo seria o centro e o destinatário da informação (LEMOS; MANZUETO, 2005, p.181).

Esta nova conjectura social e tecnológica será moldada por uma internet mais ubíqua e móvel, por dispositivos cada vez menores e potencializados, por inteligências artificiais e máquinas com aprendizado direcionado. Por estas razões, durante a feira de tecnologia de Hannover, na Alemanha, em 2011, foi a primeira vez em que o termo “indústria 4.0” foi utilizado nas discussões para descrever a era das fábricas inteligentes e da conectividade entre as empresas e os consumidores (SCHWAB, 2016, p.16).

A indústria tecnológica é o berço da inovação, mas, antes de adentar-se propriamente na revolução tecnológica e nos reflexos na estrutural empresarial, é preciso entender o que é e o que não é inovação tecnológica, bem como, compreender a relação disruptiva da tecnologia para a empresa tradicional no Brasil.

Inicialmente, cumpre ressaltar que:

Um dos problemas em gerir a inovação é a variedade de entendimentos que as pessoas têm desse termo, freqüentemente confundindo-o com invenção. [...] Inovação é o processo de tornar oportunidades em novas idéias e colocar estas em prática de uso extensivo (FREEMAN, 1982).

Para compreender-se o papel da inovação, é preciso eivar-se de alguns equívocos conceituais comumente empregados para descrever inovação tecnológica. São eles: o reducionismo, que considera inovação apenas a que está relacionada com base tecnológica, o encantamento, que considera apenas os feitos espetaculares e, por fim, a descaracterização, que desconsidera a mudança propriamente dita pela inovação (PLONSKI, 2005, p. 27).

Peter Drucker (1986) descreve que a inovação não precisa, necessariamente, ser técnica, podendo se apresentar como uma ideia que, em termos de impacto, não podem competir entre si, como exemplo as inovações sociais trazidas pelo jornal ou seguro, espécies de inovações que não se materializam propriamente em uma “coisa”.

No entanto, há notoriedade para a inovação decorrente de um novo conhecimento:

A inovação baseada no conhecimento é a ‘superestrela’ [...] Ela é o que as pessoas normalmente querem dizer quando falam sobre inovação. [...] As inovações baseadas no conhecimento diferem das demais inovações em suas características básicas [...] e nos desafios que apresentam para o empreendedor. E, como a maioria das ‘superestrelas’, a inovação baseada no conhecimento é temperamental, caprichosa e difícil de controlar (DRUKER, 1986).

A dificuldade apresentada por Druker está na capacidade de entender os cuidados necessários para estipular o referencial de novidade a fim de caracterizar uma inovação tecnológica.

São componentes relevantes para a inovação tecnológica: o empreendedorismo inovador, o marketing, a pesquisa científica, as invenções, a tecnologia, a engenharia, o design, os recursos, o aprendizado em diversos níveis, o gerenciamento de programas, a gestão de conhecimento e os mecanismos de estímulo, sejam eles físicos, financeiros ou sociais (PLONSKI, 2005, p.28-29).

A complexidade da inovação tecnológica reside justamente na capacidade de relacionar e ponderar cada um dos componentes que, juntos, estimulam o campo para o desenvolvimento de uma inovação, sendo o empreendedorismo inovados, um dos gatilhos mais eficientes.

O Empreendedorismo inovador está diretamente relacionado com a atividade empresária, esta, relacionada à vontade de inovar, tem-se manifestado como um elemento de empresa fundamental da nova relação empresarial trazida pela inovação tecnológica.

Existem três conceitos de inovação definidos pelo Centro de Pesquisa sobre Inovação e Competitividade da Universidade de Manchester, no Reino Unido, são eles: a inovação como realização, os reflexos da inovação realizada e a capacidade de mudar (TETHER, 2003).

O primeiro conceito define as inovações pela capacidade do gênero humano em desenvolvê-la por meio do intelecto. São as chamadas “façanhas” que se materializam em algo, por meio de pesquisas científicas ou pelo uso de tecnologias existentes, e são incorporadas ao itinerário das pessoas (PLONSKI, 2005, p. 28-29).

O segundo consenso sobre as inovações são aquelas associadas aos respectivos efeitos de uma inovação, sejam eles, os intencionais ou os não-intencionais. Esta ideia de efeito está diretamente ligada com a noção de risco e incerteza, decorrentes da inovação e diretamente relacionável, como pode-se perceber, à também atividade de empresário (PLONSKI, 2005, p. 30).

Por fim, e ultimo conceito, dispõe sobre a inovação como um processo, de forma que não se analisa mais os efeitos, mas sim, as atitudes, comportamentos e práticas colaborativas que alteram, trazem mudança e criatividade para alcançar objetivos estratégicos (PLONSKI, 2005, p. 31).

Observando-se os pontos apresentados, pode-se olhar diretamente para o instituto do empresário que, no exercício de sua atividade empresarial, pode desenvolver inovação tecnológica como façanha e, na medida em que inova, colhe os frutos dos efeitos da façanha.

Este tem sido o modelo desenvolvido pelo sistema brasileiro por décadas (PLONSKI, 2005, p. 31). No entanto, a mudança de perspectiva quanto ao conceito de inovação tecnológica, como um movimento, um processo de mudança estrutural para as empresas que adotam a inovação como um processo, tornando-se de caráter sistêmico.

A ideia de caráter sistêmico foi desenvolvida por Lundvall, pesquisador de Aalborg, na Dinamarca (ANDERSEN et al., 2002) e apresentada a comunidade internacional no intuito de expandir os alcances da colaboração no processo de inovação. Neste interregno, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentou diversos quesitos para gestão de sistemas de inovação, sendo o principal deles, a estruturação de um sistema nacional de inovação que permita a articulação de agentes voltados para a inovação (PLONSKI, 2005, p. 31).

Visando cumprir tais quesitos e fomentar a inovação, o Brasil editou a Lei nº 10.973/2004 que dispôs sobre os incentivos à inovação, à pesquisa científica e tecnológica, bem como promulgou a Emenda Constitucional nº85/2015 que atualizou o tratamento das atividades de ciência tecnologia e inovação e, por fim, o Decreto nº 9.283/2018 que atualmente regulamente as medias de incentivo à inovação, pesquisa científica e tecnológica.

É neste contexto que se insere a atividade empresarial e os atos do empreendedor. Empreender é se utilizar da inovação tecnológica, tanto como façanha, como processo para revolucionar a atividade econômica em que se está inserido. Pensando neste aspecto, a atividade empresarial se relaciona diretamente com a inovação tecnológica, base dos novos modelos de negócio que acompanham a revolução 4.0 iniciada pelo desenvolvimento tecnológico e disruptivo.

Assim, a empresa tradicional no Brasil, que antigamente tinha contornos eminentemente comerciais, isto é, inspirada nos atos de comércio e regulada pelo livre mercado, buscava diretamente a venda e o lucro por meio daquela. No entanto, o avanço tecnológico e a inovação tecnológica como apresentada neste estudo, estimulou o surgimento das chamadas empresas de base técnica, que serão observadas oportunamente mais à frente.

Conclui-se, portanto, que a inovação tecnológica fez parte da atividade empresarial desde o início e, atualmente tornou-se a base de transformação da empresa tradicional para um modelo de negócio que tenha a inovação como fundamento.

2. A 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O MODELO START UP

O capítulo 2 trata das transformações na estrutura empresarial fruto do desenvolvimento econômico, da tecnologia, ciência e comunicação alavancados pela revolução digital, não mais reduzidas às suas localidades, mas interconectadas pela tecnologia e os ambientes virtuais, que permitiram o surgimento de novos modelos econômicos de empresas com base na tecnologia e escalabilidade, esses modelos merecem toda a proteção do direito pelo impacto econômico que têm causado. Essas novas dinâmicas, que marcam o início da primeira metade do século XXI instigam o direito.

2.1 A 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A INTERCONECTIVIDADE NA ERA DIGITAL

A existência de um mundo globalizado hoje é a conceituação dos fatos e eventos ocorridos numa localidade interferindo diretamente em assuntos de outras localidades, é a demonstração experimental da interconectividade.

O termo “internacional”, que antes era utilizado para referência a uma ou duas nações, hoje é bem melhor empregado quando associado a problemas políticos, econômicos e sociais do sistema globalizado, nas palavras de LHUMANN (1997, p. 67).

Antes de adentrar os aspectos mais específicos da interconectividade, a complexidade dos acontecimentos da vida decorreu da evolução industrial e social, que atreladas, modificaram a concepção lógica de tempo e espaço dos indivíduos que, antes, posicionados num sistema, hoje amplamente difundidos no aspecto global. Se faz necessário, portanto, entender essa evolução industrial desde o marco inicial até a atualidade, para que se possa discernir a correta interpretação do direito num mundo interconectado em tempo real na sociedade da informação.

O surgimento da indústria é um dos marcos para a história evolutiva da humanidade. A tecnologia, desde a invenção da roda ou dos primeiros instrumentos e armas manualmente produzidos pela humanidade, esteve presente em cada marco temporal e avanço das eras.

O termo 4ª revolução industrial teve origem na Europa, numa série de medidas estratégicas governamentais no início do século XXI voltadas para a tecnologia e avanço da ciência.

Conectividade e integração são as bases da nova revolução industrial que requer alta mão de obra qualificada, bem como necessita de alto custo de implementação, o que certamente coloca o Brasil mais distante dessa realidade já experimentada na Europa, América do Norte e pelos Tigres Asiáticos.

Neste interim, o presente capítulo se dispõe a analisar as estruturas da 4ª revolução industrial ou também conhecida como revolução digital, tecendo comentários introdutórios sobre os modelos antigos de produção econômica até o desenvolvimento da era digital.

Por conseguinte, o estudo objetiva-se a empresa de base tecnológica como alicerce dessa estrutura disruptiva trazido pelo universo digital, a medida em que explora o conceito do termo *start up*, comumente empregado no mercado econômico para descrever empresas de base tecnológica, bem como seu respectivo modelo de negócio, inerente a atividade inventiva.

Por fim, o trabalho se envereda pela estrutura das *startups*, seus elementos fundamentais e as características societárias que definem essa forma peculiar de empreender trazida pela tecnologia e avanço da rede mundial de computadores.

Assim, espera-se demonstrar a relação entre o nascimento das *startups* como um fenômeno da 4ª revolução industrial, uma resposta direta da estrutura tradicional do direito que regulava as empresas tradicionais para um tempo de liquidez das relações sociais e econômicas.

A palavra “revolução” carrega em seu significado um sentimento de mudança drástica, radical, disruptiva, na qual o padrão ou modelo anterior é intensamente alterado, podendo caracterizar-se de imediato, ou levar centenas de anos até que a mudança possa ocorrer por completo, dando espaço a uma nova configuração.

No aspecto social, as revoluções sempre surgiram para colocar fim a um determinado momento histórico. A primeira mudança relevante na sociedade se concretizou com o desenvolvimento da agricultura, o homem deixaria de procurar alimento para enfim, produzir seu próprio sustento, há mais de 10.000 anos atrás (SCHWAB, 2016, p.15).

As revoluções tiveram como cerne a profunda alteração da indústria da época, influenciaram no desenvolvimento social, na ruptura com sistemas anteriores e a estruturação da forma com que os indivíduos se organizaram como sociedade (BRUNO, 2019, p.60).

Através das eras, inúmeras revoluções fizeram-se presentes na história humana, das quais, as mais relevantes foram as industriais iniciadas na segunda metade do século XVIII. A primeira revolução teve como marco a transição da força muscular para a energia mecânica, era a invenção da máquina o grande molde revolucionário (SCHWAB, 2016, p.15).

Antes da indústria, a produção era todo manual, produzida por artesãos e manufactureiros, uma forma incompatível com o modelo capitalista que objetivava o lucro. De fato, a necessidade de produzir mais rápido e em maiores quantidades, para atender as demandas da população em crescimento foram um dos fatores que alavancaram o surgimento das invenções mecânicas (CAVALCANTE; SILVA, 2011).

A segunda transição ocorreu no final do século XIX e início do século XX, com o surgimento das linhas de produção e eletricidade. Era o início das décadas da produção em massa (SCHWAB, 2016, p.15).

Por fim, a terceira revolução foi liderada pelo universo dos computadores. A realidade seria amplamente alterada pelo advento dos mainframes⁶ em 1960, os computadores pessoais em 1980, e da internet em 1990 como uma rede integrada de comunicação. Observa-se que o avanço da tecnologia reduziu exponencialmente o tempo entre uma revolução inovadora e outra (SCHWAB, 2016, p.16).

Com o interregno entre cada uma das revoluções industriais decrescendo significativamente com o avanço da tecnologia, em uma relação inversamente proporcional entre o tempo e desenvolvimento tecnológico, originou-se o termo indústria 4.0 em Hannover, no ao de 2011, para representar a junção de sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperando de forma global e flexível na construção de novos modelos operacionais (BRYANJOLFSSON; MCAFEE, 2014).

O escopo que envolve o conceito da 4ª revolução industrial é deveras ampliado ao passo que tecnologias são desenvolvidas simultaneamente em todas as áreas do conhecimento, o que compreende desde sequenciamento genético a computação quântica. O que diferencia fundamentalmente esta revolução das suas precursoras é a integração entre domínios físicos, digitais e biológicos (SCHWAB, 2016, p.16-17).

A quarta revolução industrial pode ser identificada, para alguns autores, como de fato, a primeira revolução, enquanto que, nas anteriores, o desenvolvimento tecnológico baseou-se em poucas tecnologias inéditas, esta última está amparada pela infinidade de tecnologias disponíveis que outrora nem existiam (DRATH, HORCH, 2014).

Em um estudo elaborado para subsidiar o governo britânico na exegese das tecnologias que transformaram a manufatura, onde fora constatado pelo menos 16 tecnologias que produziram, para cada uma delas, uma revisão ampla e profunda do que fora desenvolvido nos últimos 40 anos, bem como, demonstraram um prognóstico de alteração eminente nos próximos 5 anos, evidenciando a velocidade em que a tecnologia vem evoluindo (DICKENS, 2013).

Das principais áreas de concentração tecnológica, observa-se um avanço nas tecnologias de sistemas ciberfísicos, big data, sensores e automação, realidade aumentada e realidade virtual, internet das coisas, interface máquina-homem e biotecnologia, apontados em

⁶Um mainframe é um computador de grande porte dedicado normalmente ao processamento de um volume enorme de informações. O termo mainframe era utilizado para se referir ao gabinete principal que alojava a unidade central de processamento nos primeiros computadores. "Mainframe, n". Oxford English Dictionary

trabalhos de (HERMANN, PENTEC, OTTO, 2015, p. 14) como os mais estudados como objeto de inovação atualmente.

Nota-se que, na revolução tecnológica, as inovações são difundidas globalmente de forma muito mais eficaz do que nas anteriores, ao passo que, as máquinas a vapor levaram quase 120 anos para se alastrarem além da Europa. No mesmo sentido, 17% da população mundial ainda não experimentou os efeitos da segunda revolução, tendo em vista que o equivalente a 1,3 bilhão de pessoas ainda não tem acesso pleno a eletricidade ou então, o que dizer a respeito dos quase 4 bilhões de indivíduos que não possuem acesso à internet? (SCHWAB, 2016, p.16-17).

Além de iniciar um marco tecnológico em progresso, é fundamental para que este progresso se torne efetivo que a sociedade possa experimentar os reflexos das inovações trazidas e entenda as oportunidades e benefícios a longo prazo, lição esta ensinada pela primeira revolução industrial (SCHWAB, 2016, p.17). O grande ponto de inflexão é que, a primeira revolução demorou mais de 120 anos para extrapolar o território europeu, todavia, a tecnologia trazida pelos smartphones se popularizou em aproximadamente uma década.

A escala e escopo das mudanças demonstram a importância das rupturas trazidas por esses novos modelos de negócios alicerçados na tecnologia. Neste modelo, é possível a criação de unidades de riqueza com uma menor força de trabalho em comparação com a realidade vivenciada há 10 ou 15 anos. As empresas digitais tendem a ter um curto marginal a zero, na mesma proporção em que há retornos financeiros de alta escala (SCHWAB, 2016, p.18).

A aceleração e a recorrência dessas interações entre tecnologia e sociedade aumenta a potencial velocidade das difusões globais de ideias, bens, informações, capitais e pessoas. A consciência de espaço e tempo é afetada pelas novas técnicas de transmissão, armazenamento e elaboração de informações (HABERMAS, 2001, p. 57).

Todavia, é justamente na economia que o aspecto globalizado encontra a sua dimensão mais importante, com potência para influenciar de forma imediata estados nacionais em escalas até então, jamais vistas. Nas palavras de Habermas (2001, p.86), hoje os mercados é que possuem os estados nacionais, e não estes em face daqueles. São as fronteiras tradicionais sucumbindo à economia política globalizada.

Esse fenômeno potencial da globalização gera a ideia de interconexão. Os acontecimentos numa determinada região agrícola do Brasil podem afetar potencialmente o abastecimento global de alimentos por uma política econômica errônea ou uma crise climática regional (TEUBNER, 2016, p.91).

Castells (2008, p. 97) define o momento da 4ª revolução como também a sociedade da informação, indicando uma configuração social em que a geração, o processamento e a transmissão de informação são o firme fundamento de todo aspecto de produtividade econômica, além de concentração de poder devido às novas condições tecnológicas.

A revolução digital está alicerçada em megatendências, os chamados impulsionadores necessários para o desenvolvimento de três categorias fundamentais desse movimento, isto é: a categoria física, a digital e a biológica.

A primeira categoria envolve os aspectos tangíveis da tecnologia, materializado em soluções tecnológicas avançadas, como os veículos autônomos, a fabricação aditiva, criação de objetos por impressão em camadas, a robótica avançada e a criação de novos materiais inteligentes (SCHWAB, 2016, p.26).

A segunda categoria compreende o universo digital e sua relação entre as aplicações físicas e digitais, também conhecida como “internet das coisas”. Em suma, é a integração total entre os desejos e necessidades das pessoas, por meio da internet com os produtos e serviços disponíveis para suprimir as necessidades individuais e coletivas da sociedade (SCHWAB, 2016, p.28).

Por fim, a terceira categoria corresponde às inovações no campo da biologia, principalmente na genética. O desenvolvimento do projeto genoma, marco da genética moderna, foi o início gradativo dessa tecnologia. Agora, o próximo passo a ser superado é a biologia sintética, criação de organismos personalizados a partir da escrita de DNA, tratamento de doenças, impressão de órgãos transplantáveis e nanotecnologia associada à genética (SCHWAB, 2016, p.30-32).

Em todas as três categorias de desenvolvimento de tendências tecnológicas, a atividade econômica organizada e desenvolvida terá impacto diretamente na forma como a economia, os negócios e modelos operacionais, o Estado, a sociedade e o indivíduo vão se relacionar. A partir deste ponto, a tecnologia passa ser o ponto de ruptura na escala de mudanças em qualquer objeto de estudo e análise.

Há que se ressaltar outra mudança radical trazida pela quarta revolução industrial, muito atrelada a dimensão sociotécnica e a integração entre todos os entres, seja humano ou não humano, abarcando os diferentes níveis de rede, cadeias de consumo, indicando uma visão para o futuro da indústria 4.0 (CASTELLS, 2008, p. 91).

O que marca a revolução da tecnologia é a aplicação de todo o conhecimento e informação para a geração de novos dispositivos e sistemas de tecnologia que se autoalimentam, em um ciclo de realimentação cumulativa entre a inovação e o seu próprio uso.

2.2 A EMPRESA DE BASE TECNOLÓGICA

No contexto da revolução tecnológica trazido pela indústria 4.0 conforme apresentado, a inovação tornou-se o fio condutor de transição entre a terceira e a quarta era tecnológica. O caminho percorrido pelas empresas passou ser orientado pela inovação.

A inovação no século XXI é o ponto central da performance econômica de uma empresa. O nível de inovação determina a competitividade entre os concorrentes e dita as regras do mercado. É o resultado da combinação de novos fatores, podendo originar um novo bem, modo de produção, mercado, matéria-prima ou realidade de consumo (SCHUMPETER, 1997).

Sob esta esteira, a inovação se tornou um instrumento pelo qual o empreendedor analisa as necessidades, avalia as oportunidades e, a partir da concepção de um novo produto ou serviço gera uma modificação na estrutura ou finalidade daqueles, gerando o impacto causado pela inovação (DRUKER, 1962).

O impacto causado pela inovação é, nas palavras de Freeman (1982) é o que gera o crescimento econômico. O autor defende que, para que haja crescimento econômico é necessário a presença de inovações tecnológicas, tendo em vista que estas atraem investimentos e permitem que haja o impacto desejado na economia.

Para Schumpeter (1997), o capitalismo tem como característica fundamental a destruição e a reinvenção. Chamada de destruição criativa pelo autor, faz parte do processo do capitalismo a destruição de mercados, economias e métodos de produção para que haja a reinvenção do capital.

Sob esta ótica de destruição criativa, no ano de 1995, foi desenvolvido o conceito de inovação disruptiva por Clayton M. Christensen e Joseph L. Bower na *Harvard Business Review*:

Fenômeno pelo qual uma inovação transforma um mercado ou setor existente por meio da introdução de simplicidade, conveniência e acessibilidade em empresas onde a complicação e o alto custo são o status quo. Quando um nicho de mercado já está defasado (ou se mantém numa constante, sem crescimento ou sem novidades) e parece desinteressante ou irrelevante é surpreendido por um novo produto ou ideia que redefine completamente a indústria, temos uma inovação disruptiva (CHRISTENSEN; BOWER, 1995).

Um ponto interessante sobre a inovação tecnológica disruptiva é que, inicialmente, esta não se apresenta com impacto ameaçador ao mercado dominante que à observa como uma ideia de tecnologia inferior ou precária. Todavia, quando aquelas começam a compreender a real dimensão e poder da tecnologia disruptiva, em diversas vezes, já é tarde para que a

competição se torne equilibrada e a tecnologia disruptiva já estabeleceu sua posição de sucesso (WAN; WILLIAMSON; YIN, 2015).

Vale ressaltar que, comumente, as empresas tradicionais estabelecidas no mercado priorizam o público de maior poder aquisitivo e exigente, deixando de lado os menos exigentes. É neste contexto em que as inovações surgem, tendo em vista que pretendem oferecer a este cliente um produto bom o suficiente a um custo menor. Neste interim, o movimento disruptivo acontece no momento em que uma pequena empresa consegue enfrentar de igual modo estruturas tradicionalmente estabelecidas, por optarem pelo novo (CHRISTENSEN, 2017).

É importante lembrar que a ruptura é uma força positiva. Inovações disruptivas não são avanços de tecnologias que fazem bons produtos melhores; ao contrário, são inovações que tornam os produtos e serviços mais acessíveis e baratos, tornando-os disponíveis a uma população muito maior (CHRISTENSEN, 2017).

Salim Ismail, Michael Malone e Yuri Van Geest, autores da teoria das organizações exponenciais, criaram o conceito de ExO, do inglês *exponential organization*, pra se referenciar as organizações que detém um crescimento de até dez vezes maior se comparado aos seus antigos pares, em razão do emprego de tecnologia disruptiva ao modelo de negócio (GEEST et al., 2015, p. 19).

No caso dessas organizações, o uso da tecnologia é fundamental para que a empresa tenha o controle das informações como maior ativo, bem como acesso a recursos para reinvestimento na organização (GEEST et al., 2015, p. 45). Os autores apresentam o caso do aplicativo Waze que, se utiliza de um algoritmo integrado a todos os GPS dos smartphone dos usuários, para então, coletando um número absurdo de informações de forma estruturada, fornece-los em tempo real aos usuários.

Neste caso, a empresa não detém a tecnologia e o controle de todos os smartphones do mundo, mas por meio da tecnologia integrativa, ela se associa com os dispositivos de forma gratuita aos usuários que poderão utilizar-se das soluções ofertadas pelo aplicativo.

No trabalho a respeito das organizações exponenciais, Salim Ismail, Michael Malone e Yuri Van Geest analisaram as 100 startups que mais cresceram no mundo entre 2009 e 2014 e puderam concluir que, existe um atributo em comum em todas as empresas analisadas, o que chamaram de Propósito Transformador Massivo (PTM) (GEEST et al., 2015, p. 50).

O PTM significa que todas essas empresas denominadas de organizações exponenciais possuem como afimco a profunda transformação radical. É a filosofia de atuação capaz de gerar o chamado poder de atração, de inspirar pessoas, comunidades, colaboradores, criando uma

verdadeira onde de mobilização entorno daquele objetivo. São as empresas que inspiram (GEEST et al., 2015, p. 50-54).

É sobre este propósito transformador massivo que uma startup se fundamenta, desde sua origem, a fim de que possa, por meio da tecnologia empregada a seu negócio, trazer soluções inovadoras às necessidades do cotidiano dos indivíduos.

Uma startup é, dentre as suas definições mais simplistas, nas palavras deste autor, uma empresa jovem com grande potencial de crescimento econômico e desenvolvimento de tecnologia. Possui regras, metodologias e objetivos específicos segmentados por períodos de tempo, mas que estão intrinsecamente ligados com a capacidade de gerar expectativa de lucro em face da tecnologia desenvolvida.

Dentre este aspecto inicial, parcial e não exclusivo, se faz necessário entender a origem do termo startup, em meados do século XX, para poder-se aprofundar nos diversos conceitos e estudos a respeito do que é uma startup e, por conseguinte, poder-se evidenciar o papel da tecnologia na formação estrutural da startup e da revolução tecnológica.

Observa-se, numa cognição provisória, a startup como uma resposta do sistema econômico e industrial para o avanço tecnológico da revolução 4.0, mas, espera-se concluir que a startup é também uma resposta do intelecto da sociedade e dos indivíduos de, a partir de ideias disruptivas, encontrarem meios para concretizar soluções e necessidades com base no financiamento de novas tecnologias.

Em suma, é a relação intrínseca entre interesse do capital e da lucratividade em relação simbiótica com a necessidade do desenvolvimento da sociedade e de soluções sustentáveis para os problemas da humanidade.

Após a breve introdução sobre os pontos de reflexão, passa-se a análise do termo.

O termo ‘startup’⁷ é uma palavra de origem inglesa sem tradução formal para a língua portuguesa. É a junção do prefixo ‘start’, numa tradução direta e informal, pode ser entendida como ‘comece’ e ‘inicie’ espelhando um verbo no imperativo, e o sufixo ‘up’, que de sua tradução direta pode-se extrair o indicativo ‘para cima’.

⁷ O Oxford English Dictionary aponta como primeiro uso da palavra “startup” para definir empresas inovadoras um artigo publicado pela Forbes em 1976. Além disso, uma busca por “startup company” no Google Ngram – que busca na base de dados de livros escaneados do Google a incidência de determinadas palavras – mostra que o uso deste termo nesta acepção de fato data da década de 1970, tendo aparecido em alguns atos legislativos dos Estados Unidos de 1975 que reformavam os tributos aplicáveis a pequenos negócios. Contudo, o próprio Google Ngram mostra que o uso da palavra em publicações apenas “disparou” a partir da década de 1990, tendo seu ápice em 2002 – o que nos permite concluir que a pulverização da internet e o desenvolvimento de tecnologias de ponta tem uma relação inquestionável com a evolução de tais empresas (FEIGELSON, 2018, p. 165).

Isto posto, numa tradução não profissional do termo temos que uma ‘startup’ pode ser entendida como uma ordem para que algo seja iniciado e que tenha relação com escala. Esta compreensão básica da tradução do termo relaciona-se diretamente com a ideia de que uma empresa startup é uma empresa jovem com objetivo de se tornar emergente.

Tal jogo de palavras não é suficiente para descrever o que é uma startup que, acima da tradução literal do termo, está intimamente ligada a um fenômeno econômico de empreendedorismo de necessidade nos Estados Unidos da América, após o fim da segunda guerra mundial.

O início do fenômeno econômico conhecido como startup teve sua origem no Vale do Silício, na Califórnia, em meados de 1950, quando pequenas e jovens empresas surgiram com base em ideias inovadoras, recebendo investimento compartilhado para diminuir os riscos do negócio. Normalmente, os investimentos eram direcionados a empresas iniciantes com a possibilidade de alta rentabilidade a longo prazo (ROSSI, 2010).

Este investimento compartilhado e inicial de alto risco é conhecido como *venture capital*. Prática recorrente do empresariado estadunidense alocado no Vale do Silício, o mecanismo de financiamento de empreitadas de risco em face de lucratividade está diretamente ligado a ideia principal do que é uma startup, em sua concepção (FRIEDMAN, 2006).

O período de pós-guerra nos Estados Unidos necessitava de alocar investimentos em novas formas de inovação e desenvolvimento, oportunidade em que, em 1946 foi criada a American Research and Development Corporation (ARDC), conhecida como companhia de capital de risco, para estimular setores de investimento privado para atuarem em empresas que pudessem encontrar funções e aproveitamentos da mão-de-obra pós-guerra (SPENCER, 2008).

Até o final de 1971, a ARDC já havia investido e participado da criação de mais de 150 companhias. Assim, temos que a startup é um fenômeno atrelado ao capital de risco recente do século XX (SPENCER, 2008).

O grande boom da expansão do termo ocorreu na década de 1990, com o aumento das empresas de base tecnológica, e a pulverização da internet quebrando o paradigma da velha economia de mercado (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p.12).

Alguns anos após 1996, as empresas como Yahoo! e a Amazon praticamente quadruplicaram os valores de suas ações por meio de IPOs (THIEL, 2014).

Por tais razões, as startups tornaram-se inicialmente organizações temporárias em busca de um modelo de negócio escalável, recente e lucrativo. No início, o modelo de negócio de uma startup caracteriza-se pela flexibilidade de ideias e suposições, mas que não possui clientes e pouco sabe sobre elas (BLANK; DORF, 2014, p. 48).

Por isso rotular uma empresa como startup é fácil, diante da flexibilidade do negócio, mas difícil de defini-la em seu aspecto conceitual, pois se trata de um fenômeno econômico que se iniciou no pós-segunda guerra mundial, diante da necessidade de desenvolvimento econômico após a reconstrução dos países e, ganhou força e notoriedade nas últimas décadas com o desenvolvimento de empresas de tecnologia e das empresas ponto-com na década de 1990.

Uma empresa recém criada, em fase embrionária ou com pouco tempo de vida e atuação, possuidora de ideias inovadoras, projetos de pesquisa e desenvolvimento de tecnologias podem ser consideradas startups. Tradicionalmente o termo é atribuído a qualquer empresa no estágio inicial.

Para Blank e Dorf (2014, p.48) a startup é uma empresa em estágio inicial buscando se sustentar em um modelo que pode ser escalável e repetível. Sendo o principal conceito, a escalabilidade uma característica singular da empresa de base tecnológica, conferindo a qualidade de produtoras de iniciativas portadoras da capacidade extrema e veloz de impactar o meio.

Vale ressaltar que, uma startup não é um produto, mas sim uma instituição que, pela natureza, requer-se uma gestão especial diante do contexto de incerteza, principalmente quando comparado com o modelo de empresa tradicional que, tem por base um plano de negócio, que por conseguinte é calculado a viabilidade econômica, para que então seja executado o plano do negócio, em extrema oposição ao método de teste do negócio diretamente no mercado pelas startups (CARVALHO; ALBERONE; KIRCOVE, 2012, p. 12).

Como produto da atividade do empresário e do empreendedor, o conceito de startup está intimamente ligado ao conceito de empreendedorismo, sendo este, o indivíduo que busca inovar a partir de ações inovadoras, uma condição intrínseca a natureza humana. Para Schumpeter (1997), o empreendedorismo está na percepção e na capacidade de aproveitamento das oportunidades a partir das necessidades.

Para Ries (2012), uma startup é um ente criado pela psique humana no intuito de desenvolver um novo serviço ou produto de maneira inovadora num contexto de incerteza. Para o autor, não interessa o ramo de atividade econômica ou o porte da empresa, mas sim o cenário de incerteza, fonte essencial de inspiração para o empreendedorismo.

[...]nota-se que o conceito de “startup” pode sofrer variações de acordo com a finalidade a que a conceituação se destina. Como as startups têm um apelo de desenvolvimento de tecnologia importante, diversos países passaram a criar conceitos de acordo com a política pública que desejam estimular. Por outro lado, a conceituação do termo “startup” para fins regulatórios pode ter outro

significado, estando menos sujeito aos objetivos de políticas públicas (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p.13).

A startup é o estágio inicial, após a atividade do empreendedor que, por meio de uma startup investem em inovação. Neste estágio, após a ideia do empreendedor, a startup surge como teste das hipóteses do produto ou serviço (ALVES, 2013). É a completa mudança do antigo status quo das empresas tradicionais, o produto final deixa de ser o foco, para que haja espaço para protótipos em teste que busque inovar no seguimento. A inovação passou a ser o foco da startup.

Outro ponto relevante sobre o conceito de startup é que estes podem se desenvolver em ecossistemas integrados de inovação. A startup passa a funcionar como uma metáfora ao conjunto de agentes que auxiliam para a formatação de um ambiente favorável a inovação e ao empreendedorismo. É a ideia de que startups podem se ajudar mutuamente, integrando produtos e serviços por meio de aceleradoras, espaços de trabalho compartilhado, universidades, grupos de pesquisa, projetos de corporações, e formas de investimento de risco (FELD, 2012; HWANG, 2012).

Daniel Isenberg (2010), referência mundial em inovação, define em seu trabalho o “ecossistema de empreendedorismo”, defendido por ele como um conjunto de elementos individuais, como capacidade de liderança, cultura corporativa, mercado de capitais e clientes abertos a experimentar produtos e serviços ainda em testes, a fim de que, de forma integrada, possam contribuir para a promoção do empreendedorismo e da cultura empreendedora (ISENBERG, 2010).

Após interpassar por alguns conceitos e detalhes sobre as startups temos que estas são empresas jovens, em estágio inicial, geralmente iniciadas por um empreendedor ou um grupo de pessoas com espírito empreendedor, com o intuito de desenvolver um produto ou serviço que tenha por base a tecnologia, no anseio de resolver uma necessidade do cotidiano, auferindo lucros com a escalabilidade do negócio a baixo custo.

Pode-se dizer que uma startup possui sete características fundamentais as quais estão intrinsecamente relacionadas. Para tanto, devemos considerar startups para os fins deste estudo as empresas que possuam as características elementares aqui explanadas.

Em primeiro lugar, uma startup é uma empresa que se encontra em estágio inicial, com déficit de processos internos e organização. Neste momento, muito da startup é movida pelo ímpeto do empreendedor (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 14).

Em segundo lugar, é necessário que a startup, bem como o empresário ou sociedade por trás tenha um perfil inovador. Este perfil está diretamente relacionado com a capacidade de

inovar e de ser disruptiva com práticas anteriormente aplicadas (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2008, p. 14).

Em terceiro lugar, é necessário que haja um controle de gastos e custos. É a capacidade de a startup gerir seus recursos escassos, utilizando-se de mão-de-obra individual de cada fundador (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 14).

Em quarto lugar, o produto ou serviço deve ser operacionalizado por meio de um produto mínimo viável. Seguindo a linha anterior, os fundadores buscam simplificar o produto/serviço ao máximo ao menor custo de produção/execução (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 15).

Em quinto lugar, o objeto de exploração da startup deve ser, sumariamente escalável, o que significa que deve ser facilmente expandido para outros mercados de forma rápida (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 15).

Em sexto lugar, geralmente fala-se na aplicação de capital de terceiros. Isto ocorre porque as startups nascem num cenário de escassez econômica e, comumente necessitam de reunir recursos financeiros em três momentos específicos: no início, para financiar a operação mínima, após o teste do produto mínimo viável, onde a startup receberá investimento para que haja escalabilidade e, por fim, quando chega o momento de abrir o capital para o mercado de ações, alcançando o topo da avaliação de mercado (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 15).

Por fim, em sétimo lugar, a startup utiliza tecnologia implementada a seu modelo de negócio. É o emprego da tecnologia na modalidade de empresa com base tecnológica que permite que haja inovação a partir de websites, aplicativos, softwares e até mesmo hardwares de computadores (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 15).

As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 15).

Como apontador por Bruno Feigelson, o grande diferencial de uma startup é o risco do negócio, por tratar-se de um modelo inovador, o risco é alto, o que requer um investimento de capital extremamente qualificado, que além de entender os riscos da atividade, possa assumi-los conscientemente, o que dificilmente ocorre nas análises de instituições financeiras tradicionais.

2.3 FORMATAÇÃO JURÍDICA DA STARTUP

Uma informação de deve ser clareada é a de que, antes de uma startup ser denominada como tal, ela nada mais é do que uma empresa como todas as outras inseridas no universo jurídico. Como empresa, há a necessidade de o Direito, como fator, valor e norma possa se relacionar diretamente com este conceito de atividade empresária.

Ainda que uma startup exista na prática, se ela não assumir a roupagem jurídica adequada para o negócio, não haverá estrutura para que haja continuidade, afinal, uma startup é uma empresa enquadrada na legislação civil aplicada ao Brasil, ou seja, deve se alinhar aos modelos tipificados na legislação vigente para que não atue na informalidade.

A escolha da forma com que uma startup será juridicamente organizada é fundamental para a proteção da atividade econômica, bem como dos titulares e fundadores envolvidos, tendo em vista que cada configuração trazida pela legislação impõe regras, deveres e direitos aos integrantes (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 94).

Ao se optar por um tipo societário, os fundadores terão que lidar com questões de administração corporativa, responsabilização dos sócios, integralização de capital e investimentos, regime tributário diferenciado, regras de constituição e dissolução da sociedade, dentre outras questões (DUENING, HISRICH; LECHTER, 2015).

É importante que não haja precipitação do empreendedor no momento de operacionalizar uma ideia em cooperação com outros. É necessário que haja organização, e o Direito Empresarial possui ferramentas adequadas para regular a relação entre os futuros sócios e a competência de cada um perante o projeto (NYBØ, 2016).

O que ocorre geralmente no universo das startups é a informalidade substancial, isso é, os empreendedores de uma startup decidem, inicialmente, antes de qualquer organização jurídica formal, testar⁸ a ideia no mercado, o que pode implicar numa série de transtornos em diferentes graus de conflito. Sem qualquer relação entre os empreendedores, e sem qualquer natureza jurídica, todos os envolvidos encontra-se vulneráveis, patrimonialmente, às intercorrências da execução do projeto da startup (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 95).

Quando isso ocorre, é necessário que se sugira ao menos uma certa relação contratual que possa ajudar o empreendedor a resolver conflitos, principalmente decorrentes do insucesso da empresa. A esse documento, preliminar e não vinculante, dá-se o nome de memorando de entendimentos

⁸ Também chamado de 'validar' o produto ou serviço.

para pré-constituição de uma startup (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 96).

Este importantíssimo documento será a proteção fundamental no início de qualquer startup. É com ele que os fundadores poderão se resguardar contra os insucessos da startup ou, nas hipóteses em que haja conflito entre os envolvidos.

Quando uma empresa tradicional possui uma ideia, um negócio bem formatado ao padrão do mercado, capital de investimento e a mão de obra necessária para realizar o empreendimento, fica a percepção de que basta apenas que os envolvidos se submetam ao sistema burocrático para abertura de um CNPJ e demais registros empresariais necessários.

Todavia, no contexto das startups esta realidade não se sustenta. São raríssimos os casos em que alguma startup se organiza juridicamente desde o início, deixando que a situação corra na informalidade até que haja capital suficiente para que a empresa possa se organizar juridicamente (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 96).

Ocorre que, por meio de um documento não tão difundido no meio empresarial, os empreendedores poderão proteger toda a estrutura do negócio e a relação entre os futuros sócios, no chamado memorando de entendimentos para pré-constituição de uma startup. Este instrumento é “um contrato preliminar comumente utilizado por startups em estágio inicial e que desejam regular a relação a ser firmada entre os sócios, sem que isso resulte necessariamente na criação de uma sociedade formalmente registrada” (NYBØ, 2016).

A formalização de um documento, ainda que em natureza de instrumento particular e não um contrato social, é benéfico para regular todos os aspectos iniciais da startup. É um documento cujo caráter de contrato preliminar confere exigibilidade judicial suficiente para trazer segurança entre os envolvidos, que poderão dispender e concentrar os recursos para a execução do projeto sem que haja necessidade de constituição formal da sociedade (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 96).

Ainda que, não substitua o contrato social tradicional, o memorando de entendimentos possui tamanha força jurídica que, pode ser utilizado como objeto de interpelação judicial para obrigar os demais envolvidos e signatários para que haja a formalização de uma sociedade, por meio de um contrato social (NYBØ, 2016).

Nas hipóteses em que o instrumento é utilizado, a startup consegue demonstrar ao investidor externo (à relação dos fundadores) que existe uma estrutura mínima organizacional, o que demonstra maior segurança ao investidor que aplicará suas finanças no projeto (NYBØ, 2016). Trata-se de uma solução temporária oferecida às startups para a complicação da formalização de uma sociedade em estágio inicial.

O memorando necessita de alguns elementos que deverão ser incluídos na estrutura do documento, como exemplo: a estrutura do negócio, o projeto minimamente detalhado, as obrigações de cada um dos signatários, nos mais diversos papéis envolvidos no projeto, a expectativa de participação de cada um dos integrantes, as responsabilidades financeiras de cada um perante os investimentos iniciais do projeto, a porcentagem de participação societária na pessoa jurídica que será formalmente constituída posteriormente, os direitos intelectuais, os direitos sobre a marca, nome empresarial, software e outros bens imateriais ou materiais que pertencerão à sociedade (FEIGELSON, 2018, p. 97).

Além de todas essas informações, a mais importante é a presença do gatilho. O gatilho é uma condição, é o instrumento pelo qual, quando preenchida a condição, isto implicará na celebração do contrato social definitivo. Este gatilho pode ser a obtenção de um investimento inicial, uma proposta de parceria, um número específico de pedido de vendas, ou outra condição que seja válida e plenamente alcançável (NYBØ, 2016).

A existência de um contrato que obriga futuros sócios, delimitando suas responsabilidades e quantificando suas participações, sem, contudo, exigir que o contrato social da empresa – e a própria – já sejam constituídas imediatamente, torna a vida do empreendedor mais confortável e pode poupar custos durante a fase embrionária de seu projeto. A exigibilidade contratual possui ainda mais valor, uma vez que dá a segurança desejada aos empreendedores caso surja algum conflito intrínseco em sua relação societária. Encerrando-se a parte inicial do projeto, no entanto, os envolvidos no memorando de entendimentos deverão de fato preocupar-se com a formalização da sociedade (FEIGELSON, 2018, p.97).

Por não se tratar de um instrumento obrigatório presente na legislação brasileira, não há um texto ou requisito legalmente necessário, diferentemente dos contratos sociais e estatutos sociais. No entanto, há que se ressaltar um ponto de relevância, o memorando é uma solução temporária, provisória e precária, ou seja, talvez não seja aplicado a todos os setores e atividades econômicas.

Isto ocorre devido algumas áreas de atuação e algumas atividades econômicas possuírem forte regulamentação, como é o caso das startups que se relacionam com instituições financeiras, as chamadas fintechs. Para que possam atuar no mercado financeiro, o Banco Central e outros órgãos reguladores, estabelecem uma série de requisitos e obrigações a serem sancionadas (FEIGELSON, 2018, p. 97). Nestes casos, não há como atuar diretamente sem que haja uma organização jurídica formalizada por meio de uma empresa formalmente constituída.

Sendo assim, conclui-se que o memorando é um importante instrumento na proteção jurídica das startups em fase de constituição, por regular toda a relação entre os fundadores, bem como por trazer, ainda que inicialmente, a proteção de aspectos ligados a propriedade

intelectual. Ainda que de forma limitada, o memorando é uma alternativa às startups em início de trajetória, um mecanismo para concentrar os gastos financeiros na execução do objeto da startup.

Após a análise do estágio de pré-constituição jurídica de uma sociedade, passa-se a análise do melhor tipo societário adequado a ser escolhido pelos empresários na constituição formal da startup. Como não é o objeto do trabalho o estudo pormenorizado de todos os tipos de sociedade existentes no Direito pátrio, o autor se digna a apontar apenas as estruturas jurídicas mais alinhadas para consecução da startup nos próximos tópicos.

A lógica jurídica envolta por de trás de uma startup certamente é um emaranhado de caminhos e possibilidades que merecem ser explorados num trabalho especialmente dedicado a esta finalidade. Todavia, é necessário que seja enfrentado o tema, ainda que não tão próximo de sua respectiva glória, afinal, ao tratarmos da proteção da propriedade intelectual e da concorrência de startups mais à frente, o papel da estrutura jurídica será fundamental.

Quando se discute a melhor roupagem para a configuração jurídica de uma startup, um universo de opções é alcançado, como exemplo: a atuação por meio de um micro empreendedor individual, um empresário individual, uma empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), uma sociedade simples, uma sociedade limitada, uma sociedade por conta de participações, uma sociedade de propósito específico, uma sociedade em comandita simples, uma sociedade em comandita por ações, uma sociedade em nome coletivo e uma sociedade anônima de capital aberto ou fechado.

Conforme enumerado exaustivamente acima, são pelo menos doze espécies de enquadramento empresarial para atuação de uma startup, sem contar outras possibilidades exóticas. Ocorre que, ainda que haja uma larga janela de possibilidades, as startups são guiadas, em sua concepção por um modelo de trabalho conhecido como significativo controle de gastos e custos.

Esse controle significativo de gastos é uma prática conhecida como *bootstrapping*. O modelo de negócio é uma metodologia na qual as startups são instruídas a utilizar o máximo das capacidades individuais dos fundadores e envolvidos para que o custo operacional seja deveras reduzido, objetivando o desenvolvimento do produto ou serviço ao máximo. Diante disso, tem-se uma complicação interessante: pela prática do uso das capacidades individuais ao máximo, raramente uma startup tem início a partir de um único indivíduo (MARINHO, 2019, p. 31).

Assim, a adoção de estruturas baseadas no formato de microempreendedor individual, empreendedor individual e até mesmo EIRELI, em muitos casos,

não é ideal para a formação de uma startup, já que essas empresas necessitam de auxílio de colaboradores no projeto e muitas vezes disponibilizam participação societária para os colaboradores por meio de contratos de Vesting. Essa dinâmica típica das startups, portanto, torna inviável a adoção desses modelos de organização em diversos casos (FEIGELSON, 2018, p.98).

Conclui-se então que, startups são, na sua quase totalidade, tipicamente propriedade de mais de um indivíduo ou entidade, de forma que cada um dos integrantes contribua de alguma forma, neste contexto, as modalidades de micro empresário individual, empresário individual e empresário individual de responsabilidade limitada, não são recomendadas diante da pluralidade de integrantes, sejam eles os fundadores, investidores ou parceiros (DUENING; HISRICH; LECHTER, 2015).

Excluindo-se as modalidades jurídicas acima, bem como a sociedade simples, por não se tratar de uma sociedade empresária, tipicamente classificada pelo código civil, em razão da atividade da sociedade simples ser enquadrada com foco trabalho intelectual de profissionais liberais, o foco das startups passa a ser das sociedades empresárias propriamente ditas, em função do melhor alinhamento com os interesses e objetivos dos envolvidos.

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu as seguintes sociedades empresárias como modelos a serem incorporados: sociedade em comum, sociedade em conta de participação, sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, Sociedade Limitada e Sociedade Anônima (REBELO, 2013).

No tocante as cinco classificações acima estruturadas pelo Código Civil, algumas delas devem ser excluídas da análise por serem incompatíveis para startups. Logo de início, duas delas: a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação, pois são sociedades despersonalizadas, isto é, não possuem personalidade jurídica. Tal fato, dificultaria os objetivos escaláveis de uma startup, tendo em vista que, a sociedade em comum é o nome dado à sociedade existente previamente à sua constituição formal (art. 986, CC/2002), a sociedade em conta de participação é aquela em que a atividade é exercida unicamente pela figura do sócio ostensivo (art. 991, CC/2002) (FEIGELSON, 2018, p.100).

No primeiro caso, a sociedade em comum, é uma espécie de sociedade anterior à constituição, é o estágio em que a startup encontra-se no projeto, na ideação e no memorando de entendimento (um contexto a frente). Já as sociedades em nome coletivo ou em comandita (em duas configurações: simples ou por ações) são obsoletas e em raro desuso na realidade jurídica atual, muito disso devido a responsabilidade civil ilimitada do patrimônio dos sócios (VERÇOSA, 2008).

Neste interim, como a execução de uma startup está relacionada diretamente com o alto risco do negócio, adotar um modelo societário cuja responsabilidade patrimonial dos envolvidos seja ilimitada é, de certo modo, inviável e perigoso. Neste sentido, a limitação da responsabilidade dos sócios é mais importante do que nunca (COELHO; GARRIDO, 2016).

Em resumo, é inviável uma startup alicerçar seu negócio sob as modalidades de: sociedade simples, sociedade em comum, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples ou em comandita por ações (FEIGELSON, 2018, p. 100).

Pela exclusão de todos esses tipos societários, restam para uso não moderado das startups os três tipos societários a seguir: a sociedade limitada, a sociedade anônima e a sociedade por conta de participação.

O Código Civil de 2002 disciplinou o regramento das Sociedades Limitadas num capítulo exclusivamente destinado para este fim, permitindo ainda que, nos casos omissos haja regência supletiva das normas da sociedade simples, no art. 1053⁹ e também das Sociedades Anônimas, desde que previsto no contrato social, conforme art. 1053, parágrafo único¹⁰.

Os custos para abertura de uma sociedade limitada são relevantemente inferiores a uma sociedade anônima, o que pode atrair o interesse de uma startup no início das atividades. Em resumo, a sociedade limitada é uma espécie de sociedade que divide seu capital social em quotas e restringe a limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios (FEIGELSON, 2018, p. 104).

Uma sociedade limitada tem como característica essencial ser do tipo *intuitu personae*¹¹, elemento que se relaciona diretamente com a qualidade individual que cada sócio da startup pode trazer para dentro da relação jurídica e no objeto a ser desenvolvido, bem como a relação entre os sócios e o capital social (FEIGELSON, 2018, p. 105).

⁹ Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

¹⁰ Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

¹¹ [...] Quando do surgimento da expressão, esta tinha o fundamento na fidúcia existente entre os participantes da relação jurídica, encarada como um laço subjetivo de confiança. Atualmente, esta noção cedeu espaço para a ideia de que a relação *intuitu personae* não existe única e simplesmente em razão da mútua confiança entre as partes, mas em virtude de uma determinada qualidade atribuída a uma das partes, que faz com que a outra queira relacionar-se com aquela. Uma pessoa não se torna sócia de uma sociedade apenas em virtude de conhecer o outro sócio ou por confiar nos atributos intelectuais e na capacidade gerencial do mesmo; pode ocorrer deste interesse advir apenas do renome que o outro sócio sustenta frente à sociedade, motivo pelo qual a sua substituição por qualquer outra pessoa já causaria forte impacto no funcionamento da companhia. Independentemente disso, tem-se que a sociedade de pessoas é caracterizada pela relação *intuitu personae* existente entre os seus sócios, expressão que não possui um efeito jurídico legalmente previstos, mas da qual advém uma série de princípios que irão nortear a positivação, aplicação e interpretação de diversas normas do nosso ordenamento (DONADEL, 2012, p. 17).

Das principais vantagens trazidas pela adoção da sociedade limitada, tem-se: modelo mais utilizado pelas startups, estrutura que restringe a responsabilidade patrimonial de cada sócio ao valor das respectivas cotas, o que proporciona maior segurança, possui regras bem estabelecidas no código civil, possui maior flexibilidade no instrumento de criação, possibilidade de criação de assembleia de sócios e conselho fiscal, registro direto na Junta Comercial da unidade da federação em que estiver a sede, modelo de estrutura de gerenciamento mais objetiva e simplificada, permite a distribuição de lucro de forma proporcional ao capital social de cada sócio e ainda permite que haja a exclusão de sócios nas hipóteses previstas no contrato social (VIEIRA, 2017, p. 25).

No entanto, quanto as desvantagens têm-se: maior responsabilização dos sócios se comparado com as sociedades anônimas, tendo em vista que o nome dos sócios estará presente no contrato social, impossibilidade de aumento de capital pela emissão de ações ou debentures, o que dificulta a atração de investimento externo, responsabilidade solidária dos sócios pela integralização do capital social (VIEIRA, 2017, p. 25).

A simples limitação de responsabilidade patrimonial é um dos reflexos dos esforços do Estado em tentar incentivar a atividade empresarial e a abertura de empresas, principalmente tentando proteger a figura do investidor-sócio, que poderia ter seus bens pessoais liquidados se não houvesse qualquer limitação (DUENING; HISRICH; LECHTER, 2015).

O regime simplificado de tributação também traz menor ônus à startup em seu nascimento, o que torna a operação menos burocrática, todavia a natureza pessoal dos sócios pode ser um entrave a captação de investimentos.

O ponto de inflexão é que não existe um modelo certo para uma startup. O que de fato existe é uma compreensão das necessidades do negócio e do momento, a fim de que se possa escolher o mais adequado diante da situação em que a startup se encontra em operação.

As sociedades anônimas foram brevemente previstas nos art. 1088¹² e 1089¹³ do Código Civil, em razão de possuírem o respectivo código exclusivo trazido pela Lei das S.A de nº 6.404/1976.

Conhecidas como sociedades de capital, o aspecto financeiro e a fonte de recursos da sociedade possuem grau de importância prevalente sobre as qualidades individuais dos sócios e a relação entre si. A companhia pode ser classificada como de capital fechado, não negociando

12 Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

13 Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.

ações na bolsa de valores ou de capital aberto, emitindo ações e negociando por meio da bolsa de valores investimento direto na companhia (FEIGELSON, 2018, p. 105).

Alguns tipos de startups precisam observar a regulamentação do setor econômico envolvido, tendo em vista que existem casos em que o modelo societário é um requisito obrigatório para que haja atuação no mercado escolhido, como é o caso das fintechs, que deverão, obrigatoriamente serem constituídas por meio de uma Sociedade Anônima, conforme estabelece o art. 25¹⁴ da Lei 4.595/1964 (FEIGELSON, 2018, p. 105).

Das principais vantagens trazidas pela adoção do modelo de sociedade anônima estão a constituição por meio do registro do Estatuto Social na Junta Comercial do estado em que estiver localizada a sede, a menor responsabilização dos sócios perante as sociedades limitadas, possibilidade de captação de recursos por meio da emissão de ações, vasto regulamento que implica em segurança jurídica, flexibilidade na emissão de ações com direito de voto, chamadas ordinárias e sem direito de voto, conhecidas como preferenciais (VIEIRA, 2017, p. 29).

Todavia, as principais desvantagens são: maior burocracia administrativa, menor flexibilização da legislação que é extensa, vedação da distribuição assimétrica dos lucros, necessidade de criação de conselho fiscal e de administração, publicidade dos documentos financeiros no diário oficial e jornal de grande circulação, não há possibilidade de exclusão de sócios e há baixa restrição de circulação de ações (VIEIRA, 2017, p. 29).

[...] o quadro comparativo entre Sociedades Limitadas e Sociedades Anônimas por Ações permite a conclusão de que, dentre tais espécies, nenhuma é completamente ideal às startups brasileiras e sua adoção depende do momento em que a empresa se encontra. Cada uma possui suas limitações e custos decorrentes da estrutura prevista em lei. Afinal, nas Sociedades Limitadas há um modelo de estrutura menos rígido e mais enxuto, mas elas podem não ser ideais para investidores. De outro lado, as Sociedades Anônimas são um modelo criado para captação de recursos de terceiros, possuem regras de funcionamento mais rígidas quando comparadas com as Sociedades Limitadas e apresentam custos de manutenção maiores para um empreendedor (FEIGELSON, 2018, p. 109).

A estrutura mais robusta compreendida pela sociedade anônima requer práticas de governança corporativa e maior investimento na capacitação dos cargos superiores, o que está intimamente ligado as boas práticas exercidas na administração das empresas (FEIGELSON, 2018, p. 109).

14 Art. 25. As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas.

A legislação brasileira disponibilizou a opção de criação de uma sociedade por conta de participação nos art. 991 a 996 do Código Civil. Esta modalidade de sociedade tornou-se um importante instrumento de participação societária e de levantamento de recursos para financiamento de startups em razão das peculiaridades da sociedade (FEIGELSON, 2018, p.74).

A sociedade por conta de participação é uma estrutura na qual uma ou mais pessoas fornecem recursos a um empreendedor, para que este possa desenvolver um negócio e, ao final de um prazo determinado ou do negócio, os resultados sejam partilhados entre todos (SCALZILLI; SPINELLI, 2014).

O conceito de sociedade por conta de participação é interessante pelo uso das atribuições dos sócios no interesse da sociedade. O instituto prevê a existência do sócio ostensivo, responsável direto pela operação da sociedade e da responsabilização perante terceiros, bem como prevê a existência do sócio participante, também chamado de oculto ou investidor. Neste caso, o sócio oculto fornece os recursos para o empreendimento, sem que haja a responsabilidade perante terceiros, como é o caso do sócio ostensivo (SCALZILLI; SPINELLI, 2014).

Logo, em toda SCP temos pelo menos duas figuras bastante delineadas: um sócio responsável por efetivamente exercer o objeto da sociedade, chamado de sócio ostensivo (no caso de uma startup seria o empreendedor ou sua startup já constituída formalmente) e um sócio participante, chamado de sócio oculto (o investidor) (FEIGELSON, 2018, p. 75).

Esta modalidade ganhou força pelo fato de que vários investidores podem se associar por meio de uma sociedade por conta de participação, nomeando uma pessoa para administrar o investimento realizado, assim o investidor assume a figura do socio participante, e o administrador a figura do sócio ostensivo, em uma obrigação direta assumida com a startup (FEIGELSON, 2018, p. 75).

Este instituto também pode ser utilizado para operacionalizar um investimento entre uma startup e um investidor, de forma direta, de forma que: a startup com personalidade jurídica própria se associa a um investidor por meio de uma sociedade por conta de participação. Nesta hipótese, a startup se torna a sócia que exercerá o papel de ostensiva e atuante, enquanto que o investidor assume a figura de participante ou oculto, podendo ser como pessoa física ou jurídica (FEIGELSON, 2018, p. 76).

Contudo, o instituto possui algumas vulnerabilidades no quesito responsabilidade perante terceiros, isto é, o empreendedor assume situação de elevado risco ao se figurar como sócio ostensivo, isto porque a responsabilidade patrimonial é ilimitada em razão da ausência de

personalidade jurídica da sociedade. Por outro lado, o investidor possui elevado grau de proteção, tendo em vista que não aparece em momento algum da relação com terceiros, em função do caráter oculto da relação Martins (COELHO; GARRIDO, 2016).

Por todo o exposto, principalmente nos três últimos tópicos do presente capítulo, temos que a melhor forma de se proteger uma startup é entendendo o momento no qual ela se encontra, para então definir e aplicar a mais adequada estrutura jurídica societária para proteger o patrimônio, a propriedade intelectual e, além disso, alcançar os objetivos propostos e ansiados desde a concepção da ideia da startup.

Assim, tendo explanado as principais diretrizes quanto o contexto das startups na era da revolução tecnológica, bem como demonstrado o papel de agente transformador da tecnologia aplicada aos modelos de negócio e ao mercado, passa-se a análise dos direitos de propriedade intelectual envolvidos na esfera das startups e como protege-los das práticas destrutivas de concorrência.

3. A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DAS MARCAS E NOMES DE DOMÍNIO

O capítulo 3 compreende o estudo sobre a propriedade industrial das marcas e nomes de domínio, institutos que se originaram da atividade empresária (capítulo 1) e do surgimento de Startups (capítulo 2). O estudo sistemático do instituto das Marcas e seu registro, bem como dos nomes de domínio e o respectivo registro, fundamentam o primeiro obstáculo de proteção à concorrência desleal (capítulo 4).

3.1 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PROTEÇÃO PÓS-POSITIVISMO

A primeira disposição legal que buscou tutelar de alguma forma uma propriedade intelectual foi chamada de Lei de Veneza, sancionada em 19 de março de 1474. A lei fez referência a uma espécie de proteção de privilégio temporário sobre descobertas ou invenções criadas a partir do intelecto, devendo depositar o invento/descoberta no escritório de administração da cidade, a fim de obterem proteção (SOARES, 1998, p. 76).

Embora exista divergência por parte de alguns doutrinadores sobre a origem do direito industrial, é consenso que o seu marco-início mais importante se deu na Inglaterra em 1623, anos antes, pois, da Revolução Industrial; com a edição do Statute of Monopolies, garantindo ao inventor proteção em certas modalidades de monopólio e impulsionando-o para novas pesquisas e descobertas (COELHO, 2011, p. 150).

No Brasil, a proteção ao inventor é datada do período colonial em 1809, momento em que a Corte portuguesa fugia do exército napoleônico. O alvará baixado pelo Príncipe Regente reconheceu o privilégio da exclusividade ao inventor pelo período de 14 anos para invenções levadas a registro na Real Junta de Comércio (COELHO, 2011, p. 151-152).

Neste sentido, o direito às patentes prevaleceu no Brasil Império, consoante a Constituição do Império, e se estendeu, mais tarde, à proteção da marca com o surgimento da primeira lei brasileira disciplinando o referido conteúdo em 1875 (COELHO, 2011, p. 152).

O avanço do direito industrial no mundo teve participação brasileira, sendo o país um dos pioneiros a adotar legislação específica e signatário desde o princípio da União de Paris em 1883, da qual esculpiu-se princípios da disciplina de propriedade industrial. (COELHO, 2011, p. 150).

Já no tocante as marcas, um dos mais antigos documentos conhecidos a respeito é a Carta Real de 1386, editada por D. Pedro IV, rei de Aragon, antiga região que originou o reino

da Espanha. Neste documento, havia uma ordem para que fosse colocado o símbolo da cidade em peças de tecido originais, para que não fossem objeto de fraude (MORO, 2003, p. 26).

Por conseguinte, surgiram as marcas individuais em 1445, obrigando os comerciantes de tecidos a distinguirem seus produtos dos demais, por meio de marcas, símbolos ou signos (PIRANGELI, 2003).

A constituição do império, de 1981, no seu art. 72, parágrafos 25 e 27 já fazia menção a proteção das marcas e das invenções.

Art. 72, § 25: Os inventos industriais pertencer “o aos seus autores, aos quais ficar· garantido por lei um privilégio temporário, ou ser· concedido pelo Congresso um prêmio razoável, quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

Art. 72, § 27: A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

O antigo texto constitucional trouxe um ponto interessante, no tocante às invenções, buscaram-se proteger os autores, no caso das marcas o texto não faz menção ou delimitação.

As invenções e as marcas permaneceram em institutos separados até 1923 com a criação da Diretoria Geral da Propriedade Industrial, órgão responsável a administrar ambas questões de maneira unificada (COELHO, 2011, p. 152).

Os direitos de propriedade são um dos institutos mais antigos da história de existência humana, é a forma mais tradicional e antiga de se alocar, gerar e distribuir riquezas. Nesta vereda, a propriedade intelectual é a instituição que facilita o controle, valorização e circulação de ativos materiais ou imateriais baseados em inovação.

O cenário atual de globalização e desenvolvimento tecnológico não poderia ser mais atual e relevante para a discussão quanto a matéria, em razão da necessidade de se proteger jurídico e institucionalmente as partes envolvidas e criar ambientes favoráveis a inovação e desenvolvimento (BUAINAIM; RELLO, 2006).

Pode-se dizer que propriedade intelectual é um termo abrangente pois compreende uma série de significados, espécies e subespécies de direitos que poderiam ser estudados em várias obras literárias. De forma geral, é um termo utilizado para se referir a espécie de direitos incidentes sobre bens imateriais, intimamente ligado a criação do intelecto humano, seja de origem tecnológica, textual, marketing que, em conjunto apresentam elevado valor econômico (MELLO, 1995).

É um conjunto de ideias, invenções e expressões criativas originado do intelecto e da atividade empresarial, protegidos por um mecanismo que lhe confere o status de propriedade, em razão do interesse público social sobre o bem. É a somatória do conjunto de invenções e expressões criativas com o instituto que a protege (SHERWOOD, 1992).

Um dos principais elementos da propriedade intelectual é a apropriação conferida ao titular dos direitos, o que lhe garante o exercício das faculdades inerentes à propriedade desse bem, ou seja, usar, gozar e dispor (MENDES, 2006, p. 46).

Enquanto que a propriedade intelectual é um gênero, este possui três espécies de classificação, sendo elas: a propriedade industrial, para o campo da indústria, o direito autoral, para o domínio da ciência e das artes e a proteção *sui generis*, para os casos em que não haja compatibilidade com os dois primeiros.

As espécies de direitos autorais e proteção *sui generis* não serão objeto de análise do presente estudo, onde os esforços se concentraram na proteção específica das marcas e dos nomes de domínio contra as práticas de concorrência desleal.

Toda questão e discussão que se proponha analisar a natureza dos direitos na pós-modernidade está condicionado a traçar a trilha por meio da compreensão da hermenêutica do direito no pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, ainda que em matéria de direito de propriedade.

A insegurança mundial decorrente das últimas guerras, a instabilidade dos sistemas jurídicos e o aumento da complexidade das relações sociais elevaram o alerta de que o sistema alicerçado até então era insuficiente para enfrentar os complexos problemas que poderiam surgir. Era preciso superar a natureza mecanicista massificada do positivismo clássico.

O positivismo clássico materializado por meio de Hans Kelsen trazia na Teoria Pura uma interpretação do Direito sem que houvesse juízo de valor moral ou ético. O Direito deveria ser uma ciência purificada, abnegada de qualquer conhecimento que não decorresse de seu objeto. Esta estrutura estabeleceu a famosa hierarquia entre as normas, sendo a norma primária e fundamental, o topo da pirâmide (KELSEN, 1998, p. 223).

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. (KELSEN, 1998, p. 221).

O sistema apresentado por Kelsen foi importante para estabelecer o protagonismo das Constituições como norma soberana. Ocorre que, este mesmo sistema rígido permitia apenas a

análise das normas no tocante a forma com a qual estas eram elaboradas. A inflexibilidade do sistema permitia então que normas formalmente constitucionais fossem válidas, ainda que materialmente contrariassem os preceitos fundamentais daquela. (KELSEN, 1998, p. 223).

Conclui-se que, a completa distanciação da análise prática do Direito dos valores morais e éticos implica em tamanha abstratividade que o Direito se torna alheio a realidade a qual sempre buscou tutelar. Trata-se do próprio Direito desconstruindo sua própria razão de existir. Desta forma, sem encontrar mais respaldo para as necessidades filosóficas, hermenêuticas e pragmáticas da sociedade, o sistema todo precisou ser repensado.

Na contramão ao que havia sido estabelecido na modernidade clássica, a pós-modernidade surgiu com intuito de desconstruir tudo aquilo que tivesse como fundamento o pensamento moderno.

A visão pós-moderna do mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem, cada qual gerado por um conjunto relativamente autônomo de práticas. A ordem não precede as práticas e, por conseguinte, não pode servir como medida externa de sua validade. Cada qual dos muitos modelos de ordem só faz sentido em termo das práticas que os validam. Em cada caso, a validação introduz critérios que são desenvolvidos no interior de uma tradição particular; eles são sustentados pelos hábitos e crenças de uma 'comunidade de significados' e não admitem outros testes de legitimidade (BAUMAN, 2010, p.19).

É neste contexto de pós-modernidade que surge o pós-positivismo, entendido como o direito contemporâneo que enfatiza os problemas da indeterminação do direito e das relações entre o direito, moral e a política. O foco da interpretação é deslocado dos casos simples e fáceis para o enfrentamento dos inúmeros complexos sociais. É o Direito sendo estudo e aplicado para solucionar as nuances na qual a lei não é de um todo clara quanto à aplicabilidade, fundada em conceitos indeterminados (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209-211).

O pós-positivismo aceita que as fontes da lei não oferecem respostas para muitos problemas e que é necessário conhecimento para resolver esses casos (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211) é a mudança de interesse no pós-positivismo é clara, deslocando-se o foco do legislador para o interprete do direito ou o juiz.

Neste interim, Dworkin propõe um contraponto direto ao decisionismo jurídico de Kelsen. Para Kelsen só a Lei se sustentava como fonte de julgamento, enquanto que, nos hard cases, o magistrado estaria sem qualquer respaldo daquela Lei suprema para decidir, enquanto que para Dworkin, o juiz continuaria tendo o dever e a vontade de encontrar o melhor direito aplicável à parte (DWORKIN, 2010, p. 23-25).

Das principais contribuições do pós-positivismo de Dworkin, a aplicação de princípios dotados de coercibilidade e flexibilidade para se moldarem ao caso concreto e a crítica ao utilitarismo econômico do positivismo são o destaque. Para estes princípios, os valores fundamentais da sociedade em questão estão atrelados à realidade jurídica e a prática social (DWORKIN, 2010, p. 134).

Ocorre que, concentrar o foco principiológico e a atenção do Direito na decisão judicial é dotar o juiz de poderes demasiadamente extensos, os quais também pressupõem que para a justa e correta aplicação estejamos diante de um juiz altamente qualificado, seja pelo conhecimento profissional ou pelas virtudes pessoais. É concentrar a integralidade de direitos fundamentais à subjetividade da decisão judicial (HABERMAS, 2010, p. 276).

Como crítica, Jürgen Habermas fundamenta a ambiguidade entre a legitimação social que o juiz tem e a expectativa social dos seus deveres judiciais em contraponto com a pretensão de um privilégio cognitivo alicerçado em si mesmo, nos casos em que a interpretação do magistrado diferir das outras (HABERMAS, 2010, p. 277).

É importante olhar para as estruturas de definição do Direito a fim de que se possa extrair das inúmeras teorias a constante evolução deste Direito, desde o fundamentalmente positivo e rígido, passando pelo sistema principiológico até chegarmos ao estado líquido no qual se materializa o objeto de estudo. Objeto este previsto por Norberto (2004, p. 25) quando sustentou que a grande questão do século XXI não é a definição de direitos ou princípios fundamentais da humanidade, mas sim a busca pela melhor forma de protegê-los, a fim de evitar a contínua violação, tendo em vista que a proteção da nova geração de direitos tem origem com os avanços tecnológicos, desenvolvimento econômico e social deste século (BOBBIO, 2004, p. 25-29).

Muitas das interpretações hermenêuticas trazidas pelos teóricos existem para interpretar e concretizar as normas definidoras de direitos fundamentais. Neste aspecto temos que, a proteção aos direitos fundamentais deve ser compreendida abrangendo não apenas a vida, mas tudo aquilo que seja digno de proteção, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais (PANSIERI, 2008, p. 117-120).

Ocorre que, definir os direitos fundamentais, na perspectiva de Bobbio (2004, p. 17-21) apresenta quatro dificuldades básicas. A primeira consiste na terminologia “direitos do homem” por ser desprovida de conteúdo. A segunda consiste da mutação que esses direitos sofrem ao longo dos anos em razão das condições históricas, assumindo caráter relativo. O terceiro aspecto compreende a heterogeneidade entre os direitos fundamentais, que muitas

vezes conflitam entre si e por fim, a existência da antinomia entre direitos que denotam liberdades com os que necessitam de supressão.

Seguindo nesta linha, observamos que a materialização desses direitos fundamentais emergiu do positivismo clássico em transição para o pós-positivismo. Pela concepção anterior de Constituição, ainda fundada no positivismo, esta refletia apenas a estrutura social, de forma que, com o movimento do pós-positivismo, o chamado neoconstitucionalismo surgiu. Assim, a Constituição moderna pós-moderna, que a doutrina denomina de “Constituição material”, passa a ser um ato de vontade, “o supremo ato de vontade política de um povo.” (COMPARATO, 2001, p. 107).

Este novo constitucionalismo, denominado de neoconstitucionalismo, oriundo do pós-modernismo, trouxe como principais características a positivação e a concretização dos direitos fundamentais, bem como a onipresença dos princípios, técnicas de inovação hermenêutica e o desenvolvimento da justiça distributiva (AGRA, 2008, p.31).

A grande questão até o presente momento era que, os chamados direitos fundamentais, antes enrijecidos pelas constituições positivistas da modernidade, sofreram mutabilidades que, posteriormente, os solidificaram nos alicerces principiológicos pós-modernos do neoconstitucionalismo. O que outrora era inflexível e abstrato, escapando à tangente da realidade social, passou a solidificar-se na concretude principiológica pós-moderna.

Ocorre que, a flexibilização proporcionada pelo neoconstitucionalismo principiológico, promoveu a chamada liquefação de direitos fundamentais. O conceito decorre da metáfora da modernidade líquida proposta por Zygmunt Bauman e o desafio da concretização desses direitos.

A liquidez da qual Bauman se refere tem relação com as mudanças e transformações sociais das quais já foram abordadas acima. A mesma sociedade que antes era rígida e inflexível, continua seguindo o seu percurso de forma que, a cada transformação, os períodos de mudança têm-se intensificado rapidamente como se fosse um líquido que percorre rapidamente por vários caminhos (BAUMAN, 2000, p. 07).

Esta sociedade em constante movimento acelerado, seguindo um fluxo que não mais se fixa em lugar algum, assumindo a qualidade dos líquidos que traz esse sentido de mutabilidade, é a superação da rigidez clássica da modernidade, e a transição de blocos sólidos da pós-modernidade para a completa liquefação da sociedade em algo completamente fluido (BAUMAN, 2000, p. 08-09).

Derreter os sólidos significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações "irrelevantes", que impediam a via do cálculo racional dos efeitos; como dizia

Max Weber, libertar a empresa de negócios dos grilhões dos deveres com a família e o lar, e a densa trama das obrigações éticas [...] o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou ao seu "limite natural". O poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico e assim, o tempo requerido para o movimento de seus elementos essenciais se reduziu à instantaneidade (BAUMAN, 2000, p.10-19)

Em meio a esta ideia de fluidez social que os ventos da nova modernidade apresentam, os antigos costumes foram sendo alterados, sendo certo que nenhum modelo foi atingido, rompido, modificado ou diluído sem que desse lugar a outros novos modelos. Esse movimento consolidou-se com a globalização nas últimas décadas. A segurança, ordem e certeza dos fenômenos tornam-se incertas e ambivalentes com a mudança de orientação social, política, axiológica e jurídica (BAUMAN, 1999, p. 09).

A Constituição Federal promulgada em 1988, integrou no corpo do artigo 5º, inciso XXIX¹⁵, a proteção à propriedade industrial, garantindo o privilégio temporário a quem pertença e objetivando o interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do país. No entanto, a previsão constitucional é sujeita a regulamentação em conteúdo de lei ulterior, que foi promulgada em 1996, sob nº 9.279 (DA SILVA, 2005, p. 277-278).

Há uma sutileza intencional do texto constitucional ao dar notoriedade a propriedade das marcas no rol de direitos previsto no art. 5º, sendo uma das únicas espécies de direitos intelectuais elevada a um contexto de propriedade constitucionalmente tutelado (BARCELLOS, 2006, p. 46).

De fato, a constituição não se preocupou em trazer status tão elevado de propriedade a outros elementos de criação intelectual, ainda que leis infraconstitucionais o façam, fazendo menção ao direito de “privilégio temporário para utilização” e “criações industriais” ao se relacionar com o direito autoral, nome comercial e outros signos distintivos (BARCELLOS, 2006, p. 46).

A Convenção da União de Paris (CUP), em seu art. 1º¹⁶ coloca o nome comercial ou nome empresarial como um direito de propriedade, todavia a Lei de Propriedade industrial (LPI) no art. 2º¹⁷ e o Código Civil de 2002 não estabelecem esse direito desta forma,

¹⁵ XXIX - a lei assegurará aos autores de 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;

¹⁶ Art. 1.º (2) A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

¹⁷ Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: à concessão de patentes de invenção e

evidenciando que, tanto a Constituição Federal como as leis federais não reconheceram este status (BARCELLOS, 2006, p. 46).

Marcas são uma forma distinta de propriedade intelectual em relação às patentes e direitos autorais. Em alguns aspectos o direito de marcas se aproxima do direito da concorrência (de fato, de um ponto de vista técnico, o direito de marcas é parte da seção do direito da concorrência conhecido como concorrência desleal) do que do direito de propriedade, pensando que existe uma passagem considerável e a economia básica da propriedade continua sendo relevante. Não apenas o direito de marcas é altamente ameno para análises econômicas, mas também a proteção legal das marcas possui uma eficiência mais racionalmente segura do que a proteção legal de trabalhos inventivos e expressivos¹⁸ (LANDES; POSNER, 2003, p. 166).

Os diferentes doutrinadores em matéria de propriedade industrial efetivamente classificam o instituto como um episódio da propriedade intelectual que trata dos bens de aplicação industrial, indicando uma natureza de mercadoria que pode ser vendável, mesmo que haja envolvimento econômico, jurídico e social (CHEIN, 1997, p. 2).

A marca, em oposição ao direito autoral de origem romanogermânica, não possui de início um forte elo personalíssimo entre o criador e a marca, como é o caso das invenções, evidentemente ligada ao aspecto da criatividade intelectual. A marca deveras foi utilizada com o intuito econômico para distinção de produtos e serviços, mais ligado ao aspecto de proteger a indústria da concorrência desleal do que, efetivamente, tutelar um direito que de fato está ligado à criatividade e ao intelecto, o que evidencia o caráter inicial preponderantemente utilitarista da proteção marcaria (BARCELLOS, 2006, p. 46).

Segundo a teoria utilitarista de viés mais econômico, deve haver um equilíbrio entre o direito de exclusividade sobre os bens de propriedade intelectual que incentiva a criação e a limitação do acesso e exclusividade sobre a exploração deste bem o que pode ocasionar na lapidação dos direitos de propriedade através da maximização da ideia de justiça social (LANDES; POSNER, 2003, p. 174).

Tanto que, ao se analisar o princípio da especificidade ou especialidade que orienta o registro das marcas, tem-se que é possível a certificação de um signo que já exista no mercado, desde que seja apresentado em outro ramo de atividade. Neste aspecto, é possível observar a

de modelo de utilidade; à concessão de registro de desenho industrial; concessão de registro de marca; repressão às falsas indicações geográficas; e a repressão à concorrência desleal.

¹⁸ Texto original: "Trademarks are a distinct form of intellectual property from patents and copyrights. In some respects, trademark law is closer to tort law (indeed, from a technical legal standpoint, trademark law is part of the branch of tort law known as unfair competition) than to property law, though there is considerable overlap and the basic economics of property continues to be relevant. Not only is trademark law highly amenable to economic analyses, but the legal protection of trademarks has a more secure efficiency rationale than the legal protection of inventive and expressive works."

influência direta da teoria utilitarista, evidenciando que nenhuma expressão da personalidade seja necessária para garantir o interesse legítimo em marca já criada (BARCELLOS, 2006, p. 69).

Esses direitos de propriedade que outrora eram sustentados por um sistema rígido e, posteriormente principiológico, passou a ser transformado pela incompletude, provisoriidade e precariedade dos fenômenos humanos da pós-modernidade. A era líquida não possui forma definida e tampouco pretende alcançar esse objetivo (BAUMAN, 1999, p. 93).

Nesta perspectiva, os neoliberais sustentam que os direitos fundamentais precisam ser líquidos (fluidos) e não sólidos e rígidos, a fim de que essas regras se amoldem conforme os interesses do Mercado Mundial (BAUMAN, 1999, p. 95). Nesta perspectiva, há certo deslocamento do centro de proteção da propriedade da marca, de viés eminentemente econômico para a proteção da criatividade pelas entrelinhas das marcas.

É preciso compreender como seria possível oferecer proteção a criatividade do indivíduo ao mesmo tempo em que se garanta o desenvolvimento e a proteção da exploração econômica das marcas (MAFFESOLI, 2009, p. 31-33).

Uma vez referenciado o contexto na qual a marca pós-moderna está inserida é possível compreender o papel da marca pós-moderna e a sua proteção no aspecto da semiótica, da comunicação e da adaptabilidade, uma vez que se apresenta como uma entidade complexa, abstrata, instável e multiforme (SEMPRINI, 2010).

Sua onipresença no espaço público, sua capacidade para marcar o simbólico e o coletivo, sua propensão para movimentar a opinião pública e chamar a atenção da mídia, suas funções de intermediário identitário ou de bandeira coletiva deslocam a marca da única esfera do consumo e a projetam no próprio cerne dos comportamentos sociais, das lógicas de troca, dos mecanismos de construção de identidade dos indivíduos e dos grupos. (SEMPRINI, 2010, p. 322)

Pode-se concluir que, a comodidade oferecida pelo caráter absoluto e atemporal dos paradigmas científicos modernos não é mais suficiente para proteger e tutelar direitos, tendo em vista acelerada mutabilidade social. O conteúdo dos direitos não é mais rígido, mas cultural, e que de fato, modifica-se com o tempo.

O momento atual satura-se do discurso de desenvolvimento e eficiência econômica, o que não traduz mais a realidade tecnológica da sociedade contemporânea e o anseio pela tutela do direito que deixou de ser eminentemente econômico.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DAS MARCAS

A espécie de proteção trazida pela Propriedade Industrial abrange uma vastidão de institutos ligados a propriedade intelectual e relacionados a atividade industrial, sendo eles: a invenção, o desenho industrial, as marcas, indicações geográficas e outros. São os bens intangíveis inerentes a atividade comercial.

A origem do termo marca, tem uma interessante correlação com o termo em inglês. A palavra brand, quem significa “marca” na língua inglesa, tem sua raiz escandinava, que significa queimar, neste sentido, há completo alinhamento entre a origem do termo com a função de identificação que era atribuída na época ao se marcar animais com ferro quente, indicando a origem do animal (FIGUEIREDO, 2014, p. 15).

Desde a marcação de escravos ou animais, a prática de identificar algo com um símbolo é antiquíssima e acompanha a história humana desde o início. A identificação de símbolos e imagens para indicar relação de poder e ostentação em vestuários, adornos e até tatuagens era comum nos primórdios da civilização (PEROTTO, 2007, p. 21).

O Egito antigo era conhecido pelos tijolos marcados por oleiros que identificavam a mercadoria, da mesma forma em que na Roma antiga os artesãos identificavam suas produções com símbolos a fim de evitarem o roubo de mercadorias (PEROTTO, 2007, p. 23).

No período do Mercantilismo e das grandes navegações, o produto certificado pelo Estado tinha a conotação de garantia dos processos seguidos, o que trazia uma ideia de certificação para a marca em sua origem (SALOMÃO FILHO, 2014, p.129). Somente no século XIX é que a concepção da marca como propriedade industrial ganhou força com a primeira revolução industrial, ancorando-se na produção de produtos (SEMPRINI, 2010).

Inicialmente utilizada como prática de consumo e diferenciação de produtos industriais, a marca industrial substituiu o produto agrário e o artesanal, ganhando aceitação social em meio ao progresso (SEMPRINI, 2010).

Somente a partir dos anos de 1920 que a marca passou a ser utilizada de forma institucionalizada e global como estratégia comercial e de competitividade perante os concorrentes. Encabeçado pela General Motors (GM), a empresa apostou na segmentação de produtos e diferenciação entre os diversos tipos de consumidores, passando a atingir públicos específicos para quais as marcas eram criadas (FIGUEIREDO, 2014, p. 17).

Empresas tradicionais do seguimento estadunidense, como Unilever e General Foods, a partir de 1950, passaram a adotar marketing direcionado pela marca segmentada ao público alvo, atraindo personalidade ao produto por meio da marca, distinguindo-a completamente da concorrência. É claro que, para atribuir tamanho contexto a uma marca, exigiu-se um amplo estudo do mercado consumidor, a partir dessa prática o valor emocional imprimido no signo

distintivo atribuiria àquela marca sobrepeso em face dos concorrentes (ARONS, 2011), sedimentando a ideia de marca como estratégia comercial e fidelização de consumo.

[...] as leis dos mais diversos países, tanto as mais antigas como também as atuais, não tem a preocupação de definir ou mesmo conceituar o que seja uma marca. Dão-nos, no entanto, as inúmeras possibilidades do que pode ou não pode ser suscetível de registro como marca (SOARES, 1998, p.77)

Assim, acima do conceito, as marcas adquiriram quatro funções no processo competitivo moderno, o que se traduziu em: a marca como indicador de origem e qualidade, marca como criadora de mercado, marca enquanto barreira de entrada e, por fim, a marca como sinônimo de inovação (FIGUEIREDO, 2014, p.18).

No tocante a marca ser um indicador de origem e qualidade, a origem diz respeito ao produto em si, tendo em vista que a ideia de identificar somente a origem do fabricante não é tão relevante quanto era no passado pelo fato de que sob o mesmo guarda de uma indústria, podem-se inserir marcas boas e marcas ruins. Assim a marca não identifica apenas o produto em si, mas também sua relação com o fabricante, sua reputação como empresa (FIGUEIREDO, 2014, p. 19).

Os consumidores apenas repetem a compra de determinada marca porque tem a expectativa de que se repetirá também a sua experiência inicial de consumo, isto é, espera-se que o produto tenha as mesmas características e as mesmas qualidades que se experimentou na primeira vez em que o bem ou serviço foi consumido. Se isso não ocorrer, a função identificadora da marca perde seu sentido assim como a própria utilização desse símbolo (FIGUEIREDO, 2014, p. 19).

No aspecto da marca como criadora de mercado e direcionadora de demanda, o fato ocorre no campo simbólico do produto. É fundamental que a marca seja capaz de se tornar necessária ao consumidor, destacando-se da realidade instrumental, ganhando contornos de “enorme força imagética capaz de produzir sonhos, fantasias, processos de projeção e identificação. Essa é uma das principais funções estratégicas de comunicação de marcas” (NORBERTO, 2004, p. 210).

Das principais práticas de concorrência entre as empresas, tornar uma marca como fundamental ao consumidor é o grande objeto de busca das empresas, principalmente no caminho de fidelizar os clientes. O que se traduz na imaterialidade da marca. Os produtos em si, são efêmeros, em razão do processo de inovação que os altera de tempos em tempos. No entanto, a natureza imaterial e conceitual da marca faz com que ela se perpetue no tempo (AAKER, 2011, p. 13).

Quanto a natureza da marca como barreira de entrada, pode-se observar que os consumidores leais a uma determinada marca estão menos inclinados a serem prospectados por outra (DEMSETZ, 1982, p.50), esta barreira torna-se um entrave para o desenvolvimento de novas marcas que devem transpor o bloco por meio de preços mais competitivos, a fim de fazer frente as estruturas sólidas do mercado (HOVENKAMP, 2005).

Por fim, as marcas trazem como natureza também a ideia de inovação. Os produtos inovadores associados a novas marcas também são utilizados como meio de promoção e divulgação, criando na percepção do público consumidor a ideia de que está adquirindo algo inovador, na medida em que associa a própria marca a imagem de inovadora, como se tornou o caso da Apple e da Tesla (MILLOT, 2009, p. 06.).

Outro ponto interessante é que, há extrema economia para as empresas desenvolver uma melhoria incremental e vendê-la como marca inovadora do que promover uma completa ruptura do produto, propondo-se uma nova patente. Neste caso, a maioria das mudanças incrementais são alterações de detalhes, o papel de inventividade será acrescido justamente na percepção da marca (DAVIS, 2006), veja por exemplo os lançamentos da linha ‘s’ dos iPhones da Apple. No mesmo ano, a empresa pode fazer um lançamento inovador, por meio na nova linha, e seis meses depois, lançar a linha ‘s’ do produto, como uma inovação.

Dentre os fundamentos para proteção da marca, a proteção do fundo de comércio é uma das justificativas em que as empresas podem se pautar. Neste interim, proteger a reputação em uma empresa, trazido pela marca, agrega valor ao negócio, atribuindo atributos intangíveis para as empresas (FIGUEIREDO, 2014, p. 26). Nas palavras de Forgioni (2012), a proteção da marca está a serviço da promoção da livre iniciativa econômica das empresas.

A proteção do consumidor de práticas enganosas e de confusão também são fundamentos de interesse para proteção jurídica da marca no cenário nacional (LAFRANCE, 1985).

O Brasil definiu como órgão administrador desses bens de propriedade industrial o INPI¹⁹ e no contexto da competitividade do mercado, a propriedade intelectual é a forma de proteger o empresário no exercício de sua atividade econômica, no ato de inovação e na diferenciação dos produtos (FIGEIREDO, 2014, p.41).

¹⁹ O INPI é uma Autarquia Federal, criada em 1970, vinculada ao Ministério da Economia. Tem a finalidade principal de executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica. É também sua atribuição se pronunciar quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial. Também tem a atribuição de registrar programas de computador, o que está inserido no campo do direito autoral (MENDES, 2006, p. 47).

O Código de Propriedade Industrial de 1996 classificou a marca em três espécies, sendo: de produtos ou serviços, cuja finalidade é distinguir produtos ou serviços idênticos, semelhante ou afins de origem diversa; de certificação, que atestam a conformidade de produto ou serviço perante normas ou especificações técnicas; e coletivas, que buscam identificar produtos e serviços provenientes de membros de determinada entidade (JÚNIOR, 2004, p. 131).

Como bem industrial, em outros termos, ressalta-se que a marca tem função distintiva tanto entre produtos, quanto entre serviços de mesma natureza, a fim de identificar ao consumidor a precedência de eventual objeto de contrato, isto é, pressupõe a sua qualidade; e, ainda, a função publicitária, esta complementar ao aspecto diferenciador. Em razão de sua essência de propriedade, pode ser transmitida a terceiros mediante licenciamento (NEGRÃO, 2011, p. 168-169).

Ademais, enuncia a Lei nº 9.279/96 em seu art. 124, incisos I a XXXIII, um extenso rol de vedações a marcas não registráveis, prevalecendo, pois, o princípio da legalidade, uma vez que será permitido tudo o que não prevê a lei. Neste diapasão, portanto, verificam-se três critérios combinados que possibilitam o registro: a licitude, a novidade e a originalidade (NEGRÃO, 2011, p. 186).

No tocante a novidade relativa da marca, requisito necessário para o registro, a proteção se dá somente ao segmento de produtos e serviços pertinentes ao objeto marcado, com o propósito de evitar a confusão no mercado de consumo, restando a regra conhecida na doutrina como princípio da especificidade (COELHO, 2011, p. 175).

Entretanto, há exceção ao princípio da especificidade, posto que o titular da marca, quando em defesa, requer a atribuição à marca da qualidade de alto renome, que uma vez reconhecida, estende a proteção a todos os ramos da atividade, não ficando restrita a apenas um ou alguns segmentos de produtos ou serviços (COELHO, 2011, p. 176).

Ainda, como já exposto, a marca deve ser original, afastando a possibilidade de registro de marcas já existentes e relativamente conhecidas no exterior, que não tenham sido registradas no Brasil. Esse critério, pois, busca evitar a contrafação de marcas (COELHO, 2011, p. 178).

Superados tais pontos, o procedimento de concessão de registro junto ao INPI consiste, primeiramente, no pedido, podendo ser feito tanto por pessoa natural, quanto jurídica (NEGRÃO, 2011, p. 188).

Posteriormente, o INPI, preliminarmente, analisa a juntada de documentos, que após aprovada, é formalmente protocolado - ato aqui conhecido como depósito -, promulgando-se a

publicação em Revista da Propriedade Industrial. A partir de então, inicia-se o prazo de sessenta dias para que oposições legitimadas sejam capazes de impugnar (NEGRÃO, 2011, p. 189).

Findada tal fase, far-se-á o exame das condições de novidade, originalidade e licitude, podendo impor exigência ao requerente e, concluída a análise, decidirá o pedido admitindo ou não o registro da marca (COELHO, 2011 p. 185).

A proteção à marca perdura pelo período de dez anos, contados da concessão de registro, prazo este que pode ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos, se requerida a renovação no curso do último ano de vigência, ou dentro dos seis meses posteriores ao termo final de vigência, mediante pagamento de retribuição adicional (JÚNIOR, 2004, p. 135).

A propriedade industrial protegida pelo registro, pois, atende ao disposto no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal, que como fundamento do Estado Democrático de Direito enuncia a livre iniciativa; integrando-a, neste sentido, o art. 170 da mesma Carta Magna, e esculpindo o princípio da livre concorrência em seu inciso IV. Assim, a proteção da marca é prática consoante não apenas ao artigo 5º, inciso XXIX, que disciplina os direitos e garantias fundamentais; como também aos fundamentos da república e aos princípios de ordem econômica; uma vez que é interesse da coletividade e do segmento empresarial afastar qualquer exercício de concorrência desleal, inclusive a evitada de fraude no uso da marca (JÚNIOR, 2004, p. 136-137).

Nesta perspectiva, exercer a livre iniciativa, assente ao sistema constitucional, é ao mesmo passo protegê-la junto aos interesses privados e coletivos, devendo todo empresário abster-se de práticas que a afrontem, sob risco de agressão à própria ordem econômica nacional (JÚNIOR, 2004, p. 137).

No tocante a marca, adquire-se sua propriedade e seus efeitos, logo, mediante o registro obtido no INPI. Entretanto, há ressalva do art. 129, §1º da Lei nº 9279/96:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

Por esta perspectiva, buscou o legislador garantir somente àquele investido de boa-fé, requerer o direito de precedência, se usava há pelo menos seis meses, marca semelhante ou afim para produto ou serviço também semelhante ao registrado (BARBOSA, 2005).

Assim, foi adotado pelo Código da Propriedade Industrial o sistema atributivo misto, preservando tanto o direito adquirido pelo registro, como também combinando à pessoa de boa-fé ao direito de precedência de propriedade da marca, observado §1º do art. 129 da Lei 9279/96 (BARBOSA, 2005).

Ocorre, no entanto, com os avanços tecnológicos e a evolução da Internet, um novo elemento imaterial para captação de clientes surgiu e tem adquirido espaço em meio as empresas, é o chamado nome de domínio – popularmente conhecido como endereçamento de sites da internet – e não possui até então uma legislação própria que a regule, o que tem ocasionado conflitos com os outros elementos imateriais do direito de propriedade industrial, isto é, o nome empresarial, o título do estabelecimento e as marcas.

O nome empresarial é um instituto que se relaciona com a individualização do empresário ou da sociedade empresária. Como o nome civil das pessoas naturais, o nome empresarial existe para identificar a natureza da empresa, bem como a existência de sócios, a responsabilidade da sociedade e a atividade econômica exercida (MAMEDE, 2004, p. 101).

Os nomes empresariais são classificados de duas formas: a firma e a denominação. A firma é formada pelo nome completo do empresário individual ou pelo nome completo dos sócios de uma sociedade e deve ser acompanhada do tipo societário logo a frente. A denominação é uma expressão fantasiosa do intelecto ou o nome de alguém que tenha significado para a atividade da empresa e também deve ser acompanhado da indicação do tipo societário a frente (GOLÇALVES NETO, 2012, p. 665).

Sobre este instituto recaem os princípios da novidade e veracidade. A novidade impede que o registro de um nome empresarial concorra com outros idênticos, no intuito de impedir a colidência e garantir a exclusividade sob a ótica de quem registrou. Já a veracidade é o princípio que impõe ao empresário a obrigação de adequar o nome empresarial à sua atividade econômica, vedando-se o uso de expressões que induzam ao erro (TOMAZETTE, 2008, p. 130).

Ambos os institutos existem para que haja a distinção entre diferentes empresários que atuam no mesmo ramo de atividade, servindo também como instrumento de reputação das empresas, análise de crédito, relacionamento com fornecedores e consumidores (MENDONÇA, 2008, p.14). O nome empresarial se relaciona com a credibilidade da empresa.

A proteção do nome empresarial está circunscrita ao Estado da Federação na qual a Junta Comercial representa, assim temos que a proteção do nome empresarial é estatual. Previsto no art. 8º da Convenção da União de Paris, possui natureza de propriedade.

Em contrapartida, o título do estabelecimento é um sinal distintivo que se propõe a diferenciar o empresário de seus pares, bem como para atrair a clientela e os produtos para serem expostos (CARVALHO, 2009, p. 601) e não está sujeito a registro como o nome empresarial.

O título do estabelecimento é o nome com o qual o empresário ou a sociedade empresária identifica sua unidade comercial em frente à sua loja e geralmente é formado pelo nome do empresário, um apelido, uma denominação fantasiosa (nome empresarial) ou até mesmo uma marca (GONÇALVES NETO, 2012, p. 665).

A proteção conferida ao título do estabelecimento, embora não haja um órgão de registro, se materializa no âmbito da concorrência desleal, tendo em vista que caracteriza crime a sua utilização indevida com fins econômicos, tal como tipificado no art. 191 da Lei 9279/96 por meio da imitação (MIRANDA, 2013, p. 134).

3.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS NOMES DE DOMÍNIO

Com o passar dos anos, o desenvolvimento tecnológico tem atingido níveis cada vez mais elevados. Assim, o período de tempo entre as inovações tecnológicas tem decaído, e cada vez mais, a sociedade e, concomitantemente o Direito, necessitam de regramentos que regulem quaisquer conflitos que possam existir entre antigos direitos e os novos.

Todavia, o avanço legislativo no que diz respeito ao mundo virtual no Brasil ainda é relativamente tímido, o que impõe ao Poder Judiciário, por meio de decisões e entendimentos jurisprudenciais regular os direitos decorrentes da Rede Mundial de Computadores, isto é, a Internet (KAMINSKI, 2003, p. 253).

Assim, a Internet tornou-se um dos principais meios de interação do mundo e, segundo principal definição aceita, entende-se como uma rede mundial e universal que interliga milhões de computadores ao mesmo tempo.

Por meio do endereço “www”, os computadores puderam transmitir imagens, vídeos, sons, além de textos que eram integrados à rede. Concomitantemente, houve o surgimento das empresas que proviam o acesso à Internet e permitiam aos usuários interagir, publicar e disponibilizar sites aos outros internautas (PAESANI, 2003, p. 05).

Para facilitar o acesso à Internet, os gestores internacionais criaram um endereço alfanumérico que corresponderia a uma série numérica, tornando-se um mecanismo mnemônico, a fim de relacionar os endereços dos websites com a memória dos usuários, de modo que estes se lembrem mais facilmente (KAMINSKI, 2003, p. 245).

Desta forma, surgiu a denominação “nome de domínio” para se referir aos endereços de websites presentes no mundo virtual da Internet, servindo para guiar o usuário a seu destino.

O nome de domínio no Brasil é formado pelos elementos: a world wide web (“www” rede mundial de computadores, naturalmente utilizado), o oab (identifica a pessoa, restritos as instituições ou profissionais liberais) o com ou org ou .gov (que identificam a destinação da unidade), e por último o .br (que identifica o país) (URBANO; LEITE; SOUZA, 2015, p. 4).

Portanto, o nome de domínio é considerado como um comando-instrução determinado ao computador para que se direcione na rede de Internet. O nome de domínio se consubstancia num endereço que conduz os usuários uns aos outros, permitindo que seja realizado transferências de dados, bem como a sua identificação. É uma numeração única, que permite o acesso apenas aquela localidade virtual (LABRUINE, 2000, p. 241).

www é um conjunto de padrões e tecnologias que possibilitam a utilização da Internet por meio dos programas navegadores, que por sua vez tiram todas as vantagens desse conjunto de padrões e tecnologias pela utilização do hipertexto e suas relações com a multimídia, como som e imagem, proporcionando ao usuário maior facilidade na sua utilização, e também de melhores resultados (CORRÊA, 2000, p. 9).

Economicamente, os nomes de domínio assumiram a função de sinal distintivo tecnológico, representando o sinal virtual que permite os consumidores a terem acesso as dependências da empresa na web (DE LUCCA, 2008, p.37)

Para Fabio Ulhôa Coelho, o nome de domínio adquiriu duas funções ao ser integrado ao regime brasileiro: a) caráter de endereçamento eletrônico, possibilitando a conexão por meio da internet e o acesso aos usuários-consumidores; e, b) caráter de título de estabelecimento, pois o nome de domínio é o que identifica o site/endereço desejado pelo usuário. Razão pela qual, endente Coelho que o núcleo formado pela expressão protegida como marca, não poderia ser registrada como nome de domínio (COELHO, 2002).

No que tange a natureza jurídica dos nomes de domínio, há profunda divergência doutrinária que ainda não chegou a um consenso, em razão da não existência de legislação específica para regulamentação deste direito. O principal direcionamento doutrinário tem se baseado na técnica da analogia, comparando os nomes de domínio com a legislação de proteção marcária (KAMINSKI, 2003, p. 245).

Cada país possui seu domínio, e o Brasil é responsável pelo código “.br”, sendo este domínio administrado pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br), órgão criado em 31 de maio de 1995 pela portaria interministerial nº 147 elaborada pelos ministérios das Comunicações e da

Ciência e Tecnologia. Os procedimentos para registro dos domínios estão presentes na Resolução da CGI.br nº 008/2008.²⁰

Cada vez mais, o domínio de internet ganha destaque no contexto jurídico e empresarial por possibilitar “a visibilidade da empresa e a capacidade de ela ser localizada; quando não imprimem também valor, agindo como marca virtual” (PINHEIRO, 2008, p. 99). Isso ocorre em razão do avanço tecnológico da internet, permitindo que a representação nominal do endereço virtual seja transcrita em um protocolo de sequência numérica pelo HTTP (protocolo de transferência de hipertexto) (FERNANDES, 2016, p. 5).

Neste interim, o nome de domínio é um bem incorpóreo integrante do estabelecimento comercial, recebendo derivação da proteção conferida ao endereço analógico da unidade comercial ou sede da empresa. Não obstante a derivação, o nome de domínio vai além e transpõe o conceito de estabelecimento comercial, ganhando ares de propriedade intelectual, à medida em que passa ter caráter distintivo por meio de registro e do valor para com a atividade empresária (FERNANDES, 2016, p. 7).

Isto posto, nos casos em que o estabelecimento virtual é uma mera extensão da atividade da empresa com sede física numa determinada localidade, não há mais do que uma mera derivação do direito concedido ao estabelecimento comercial físico (PINHEIRO, 2008, p.49), ocorre que, há mudança de paradigma quando se fala de empresas eminentemente online, ou seja, “cuja exploração da atividade econômica ocorre no ambiente virtual, sejam como extensão da atividade econômica exercida no ambiente físico ou puramente virtuais, que apresentam proximidade do nome de domínio aos bens tutelados pela Propriedade Intelectual” (FERNANDES, 2016, p. 8).

Atualmente, existem dois projetos de lei no Congresso Nacional, ambos com o intuito de regular o registro dos nomes de domínio no Brasil. O primeiro, PL 256 de 2003²¹, visa instituir o devido procedimento para registro dos nomes de domínio e o segundo PL 835/2011²² tem o condão solucionar os conflitos empresariais decorrentes de nomes de domínio e marcas, evitando eventuais abusos do princípio do *first come-first served* que rege o sistema de domínio dos norte-americanos (FGV, 2011, p.119).

²⁰ Disponível em: <<http://www.cgi.br/sobre-cg/definicao.htm>> Acesso em: 07 de março de 2017.

²¹ Dispõe sobre requisitos e condições para o registro de nomes de domínio na rede internet no Brasil. Projeto de Autoria do Senado Federal e encontra-se com parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

²² Dispõe sobre normas para o registro de domínios de internet nas categorias sob o .br. Projeto de autoria da Câmara dos Deputados Federais, em trâmite desde 2011, encontra-se com parecer favorável pela CCJC.

O que se observa então, é um ponto em comum entre os órgãos de registro é que todos, em diferentes graus, adotam o princípio *first come, first served bases*, entendendo-se como “é servido aquele que primeiro solicita”, em suma significa dizer que terá prioridade sobre o direito do nome de domínio aquele que primeiro obter o registro, respeitando-se a ordem de chegada e os requisitos estabelecidos pelo órgão competente do Comitê Gestor da Internet, isto é, o Registro.br (FONTES, 2006, p. 92).

Em razão da não existência de legislação específica para a temática, fica sob responsabilidade do Poder Judiciário dirimir os conflitos que possam decorrer das relações empresariais envolvendo os signos distintivos. Segue a recente posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que aplica o princípio do "*First Come, First Served*":

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO. NOME EMPRESARIAL. MARCA. NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET. REGISTRO. LEGITIMIDADE. CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. A anterioridade do registro no nome empresarial ou da marca nos órgãos competentes não assegura, por si só, ao seu titular o direito de exigir a abstenção de uso do nome de domínio na rede mundial de computadores (internet) registrado por estabelecimento empresarial que também ostenta direitos acerca do mesmo signo distintivo. 2. No Brasil, o registro de nomes de domínio é regido pelo princípio "First Come, First Served", segundo o qual é concedido o domínio ao primeiro requerente que satisfizer as exigências para o registro. 3. A legitimidade do registro do nome do domínio obtido pelo primeiro requerente pode ser contestada pelo titular de signo distintivo similar ou idêntico anteriormente registrado - seja nome empresarial, seja marca. 4. Tal pleito, contudo, não pode prescindir da demonstração de má-fé, a ser aferida caso a caso, podendo, se configurada, ensejar inclusive o cancelamento ou a transferência do nome de domínio e a responsabilidade por eventuais prejuízos. 5. No caso dos autos, não é possível identificar nenhuma circunstância que constitua sequer indício de má-fé na utilização do nome pelo primeiro requerente do domínio. 6. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e os paradigmas. 7. Recurso especial principal não provido e recurso especial adesivo prejudicado. (REsp 658.789/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/9/2013)²³

Todavia, embora reconhecido o princípio do "*first come, first served*" em decisões do STJ, este não pode ser utilizado para violação de direitos alheios. Para tanto, o Registro.br – responsável pela administração dos nomes de domínio no Brasil e subordinado ao Comitê Gestor da Internet – criou um sistema para resolução de conflitos envolvendo colidência de

²³Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200301688578 Acesso em: 18 de abril de 2017

nomes de domínio idênticos ou semelhantes denominado Saci-Adm – Sistema Administrativo de Conflitos de Internet (BESER; MENDONÇA, 2010, p. 28).

Assim, com o Saci-Adm, quaisquer controvérsias decorrentes de conflitos entre nomes de domínio sob o regime brasileiro “.br”, poderão ser suscitados no órgão competente de seu registro, o Registro.br, e por meio da Saci-Adm serão encaminhados para solução ao sistema administrativo com especialistas próprios em nomes de domínio, conforme regulamento próprio aprovado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, o CGI.br, proporcionando maior celeridade aos conflitos, semelhantemente como ocorre no INPI (BESER; MENDONÇA, 2010, p. 36).

No entanto, por se tratar de um órgão administrativo, este não é competente para processar conflitos envolvendo outros elementos imateriais da propriedade industrial, de modo que, nos casos de conflitos entre os signos distintivos, as empresas e indivíduos tem submetido o conflito à tutela do Poder Judiciário.

Vale ressaltar que, por um breve momento, discutiu-se integrar os nomes de domínio no sistema de proteção das marcas, podendo ser registrado no INPI (MARTINS, 2009, p. 68), no entanto, a Jurisprudência tem estabelecido claramente a distinção entre o nome de domínio e a marca, identificando-os como institutos jurídicos diferentes, possuindo natureza jurídica igualmente distinta, razão pela qual, o registro do nome de domínio no INPI é incompatível com sua competência²⁴.

Portanto, é atual o entendimento de que o nome de domínio se inclui ao acervo patrimonial dos indivíduos, pois são um bem imaterial de valor econômico, vendidos em conjunto com o estabelecimento das empresas e indústrias (ALBRECHT, 2000, p.37), por tais razões, o titular do nome de domínio, adquire através do seu registro o direito de explorar o bem imaterial, podendo usá-lo como bem entender e até mesmo dispor, reunindo características únicas e inerentes a um direito real (DANTAS, 2009, 34).

Estamos diante de um direito de propriedade que não possui regulamento próprio e que, pela natureza do campo do direito em que atua, pode conflitar com outros direitos de propriedade, isto é, o mais evidente, o direito sobre a marca. O conflito ocorre quando se registra um nome de domínio cujo núcleo já esteja devidamente tutelado por registro no INPI, e vice-versa, quando o registro de uma marca colide com um nome de domínio já registrado no

²⁴Acórdão Nº 1436272. 4ª Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Decisão em 07 de janeiro de 2017. p.5

Registro.br, é o presente estudo para evidenciar os desdobramentos deste conflito existente entre o direito Macário e os nomes de domínio que vem aumentando nos últimos anos.

4. CONCORRÊNCIA DESLEAL PARASITÁRIA NO UNIVERSO DIGITAL

O capítulo 4 se destina a observar o papel da defesa da concorrência na ordem econômica, por meio da livre iniciativa e da livre concorrência, evidenciando ainda as práticas de concorrência desleal e sua espécie: a concorrência parasitária. Não obstante, o capítulo aborda a diferenciação entre a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário para concluir com a prática de aproveitamento denominada cybersquatting e como o Direito deve se posicionar para obstaculizar atos ilícitos que venham implicar na violação da propriedade intelectual.

4.1 A ORDEM ECONÔMICA, LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

É fundamental para a conclusão do objeto desta pesquisa a investigação quanto ao instituto da concorrência desleal, seu desdobramento parasitário e o contexto em que o surgimento do aproveitamento parasitário está inserido na violação do direito de propriedade intelectual.

Inicialmente deve-se observar como se fundamenta a ordem econômica e a concorrência leal, por conseguinte, a livre iniciativa e a livre concorrência dos empresários, para então observarmos a natureza da concorrência desleal, seu reflexo parasitário e o aproveitamento parasitário, além de observar-se o momento em que a concorrência deixa de ser leal para então atribuir-se a ideia de deslealdade e violação de direitos intelectuais.

As leis brasileiras estão construídas sobre o alicerce da Constituição Federal, de forma que nela estão contidas as normas fundamentais e regentes de todo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, José Afonso da Silva, conceituou a Constituição como:

[...] um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2011, p. 38).

O autor, porém, considera este conceito fragmentado, pelo fato de analisar a Constituição desvinculada da realidade social do Estado, não abrangendo a ideia em sua totalidade. Em sua obra, deixa evidente o desejo de uma Constituição que tenha conexão com os interesses sociais: “O sentido jurídico de Constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade.” (SILVA, 2011, p. 39).

A Constituição de uma nação é a lei fundamental proclamada e instituída, na qual se baseia a organização do direito público e social do país (LASSALE, 2001, p. 6). Estabeleceu o Estado Democrático de Direito, instituindo a ordem jurídica orientadora do Estado. Neste aspecto, a ordem jurídica concebeu em sua parcela a ordem econômica, prevendo os direitos sociais e econômicos ali inscritos.

O texto constitucional proveu, inicialmente:

[...] o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser) (GRAU, 1997, p. 53).

Essas regras determinam, nas palavras de Canotilho (1995, p. 62) o conjunto de normas regulatórias da economia do Estado, prevendo também os princípios que fazem do capitalismo, o modelo de produção econômico adotado pelo Estado brasileiro. Neste interim, o art. 170 da Magna Carta estabelece as regras e o *modus operandi* da ordem econômica.

Interessante ressaltar que a ordem econômica aparece neste momento como um limite a atuação do Estado, na medida em que impõe restrições aos poderes e atos de governo, na mesma medida em que funciona como um impulsionador do Estado, na proporção em que deve atuar para promover as políticas econômicas determinantes (CANOTILHO, 1995, p.327).

Na concepção do termo, o art. 170 se apresenta como uma norma programática, sendo uma norma trazida pelo constituinte que apresenta princípios pelos quais os órgãos estatais e os entes privados devem se regular e orientar, distanciando-se das regras comuns taxativas diretas ou indiretas (MEIRELLES TEIXEIRA (1991).

O modelo adotado pelo art. 170 não trata apenas dos modelos de dirigismo econômico ou liberalismo estrito, acolhendo uma concepção muito mais ampla de intervenção do Estado na economia por meio de atos regulatórios e de fiscalização (FORGIONI, 2009, p.180).

A constituição então prevê no capítulo destinado à ordem econômica os princípios fundamentais do capitalismo, isto é: a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência. A livre iniciativa prevista no Art. 170, caput, também decorre dos direitos fundamentais do art. 5º no tocante à liberdade de trabalho, e a liberdade de associação, o que nada mais é do que uma expressão universal dos direitos de liberdade dos indivíduos de empreenderem (GRAU, 1997, p. 222).

Afirmar a livre iniciativa é acreditar na liberdade como fundamento da Ordem Econômica. É acreditar na autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, é aceitar sua intrínseca contingência e fragilidade, é preferir uma ordem aberta ao fracasso a uma estabilidade certa e “infalivelmente” eficiente (FERRAZ JR.; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 46).

O elemento central do liberalismo econômico foi estabelecido na Constituição não somente como fundamento da ordem econômica, traduzido no art. 170, inciso IV, mas também como os alicerces da própria federação.

Todavia, à livre iniciativa impera o poder estatal de criar normas e modelar as relações jurídicas, concedendo autonomia aos interesses privados. Temos, portanto, não uma liberdade absoluta, mas uma livre atuação dentro da demarcação estabelecida pelo ordenamento jurídico (ZINGALES, 2015, p.25).

Neste interim, o legislador consagrou a livre iniciativa, não como uma resposta à ideologia liberal, mas dotou a livre iniciativa com caráter instrumental, consubstanciando a liberdade como uma ferramenta institucional para produção de valores e alcance de objetivos mais elevados, balizados pelos limites da Constituição (ZINGALES, 2015, p.25).

Paralela à livre iniciativa tem-se a livre concorrência, também um desdobramento direto do direito de liberdade manifesto na ordem constitucional. Neste contexto, pode-se extrair que a ordem constitucional econômica tem por fim assegurar a garantia da existência digna a todos, aliando-se aos objetivos fundamentais da república no art. 3º (GRAU, 1997, p. 222).

Tradicionalmente considerado por SILVA (1998), a livre concorrência é uma clara decorrência da livre iniciativa, conceitos atrelados às noções da Ordem Econômica e inerentes a toda atividade. Em distinção, COMPARATO (2004) apresenta a livre concorrência como uma das faces da livre iniciativa: a simples liberdade de atuar no mercado, iniciando a exploração de uma atividade econômica, para que seja eficaz, necessita que haja liberdade de disputa pela clientela e pelo mercado.

Todavia, seguindo a lógica da norma programática, amparado pelos princípios gerais, toda forma de competição não interessa à ordem econômica, pelo contrário, fala-se na promoção de mecanismos de competição que estejam completamente em consonância com os demais regramentos brasileiros, seja boa-fé objetiva, proteção universal do consumidor, ao meio ambiente. É essa a concorrência tutelada pela Constituição Federal e que, portanto, auferem ao Estado um papel de promotor deste direito (TAVARES, 2006).

Temos ainda, em essência, a proteção da propriedade privada, manifestação máxima da estrutura do capitalismo e do direito de liberdade, é reiteradamente afirmada no texto com a necessidade de que existe mediante a efetividade de sua respectiva função social. Assim, temos a ideia de função social da propriedade, que origina a função social da empresa e da propriedade intelectual, que nas palavras de José Afonso da Silva:

[...] tem-se configurada sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico (SILVA, p. 682).

Como a responsabilidade e o controle do meio de produção, materializado na forma da empresa e da propriedade intelectual em si são do empresário e das sociedades empresárias,

cabe a eles o papel de desempenharem os esforços, de forma positiva, para a promoção do papel social das instituições, garantindo a efetivação da ordem econômica em cada ação do empresário.

A livre iniciativa consiste na liberdade garantida aos agentes econômicos, empresários, sociedades, empreendedores de, nos limites constitucionais, utilizarem de todos os instrumentos disponíveis para o exercício da atividade econômica, constituindo a base do capitalismo estruturado (ABREU, 2008, p. 74).

No mesmo baldrame legal, está o alicerce da livre concorrência, que consiste na interpretação literal de que os empresários possuem o poder irrestrito de competir entre si na ânsia de conquistarem espaço no mercado consumidor. No entanto, a ideia de ampla concorrência indica uma interpretação mais condizente com a realidade normativa, posto que a Ordem Econômica não criou um cenário de competição sem regras e limites (LOPES, 2002, p. 29).

O capitalismo traz consigo a desigualdade de renda. O público costuma aceitar essa desigualdade desde que não seja excessiva, seja vista como parte de um sistema que beneficia a todos e, mais importante, seja justificada por um princípio que boa parte da população considere 'justo'. Um sistema competitivo de livre mercado possibilita as três coisas. A concorrência limita a possibilidade de obter lucros extraordinários, e assim limita também a desigualdade de renda. A concorrência garante que os consumidores desfrutem dos benefícios da inovação. A concorrência cria pressão no sentido da eficiência e, portanto, da meritocracia, sistema do qual as responsabilidades são designadas às pessoas mais capazes de produzir resultados e no qual as recompensas são vistas então como um prêmio justo (ZINGALES, 2015, p. 25).

Como princípio da base constitucional, a livre concorrência visa dar eficácia instrumental à livre iniciativa, que de nada valeria se não fosse possível manter-se na competitividade do mercado, por meio da concorrência (ABREU, 2008, p. 80). Para isso, o Estado acaba por atuar minimamente como regulador a fim de evitar práticas de monopólio, oligopólio e aniquilação de concorrentes, garantindo assim, a livre permanência.

Ocorre que, como as leis da física, a concorrência tende a concentração, o que ocasiona as imperfeições do mercado, além disso, o livre acesso à entrada nos setores econômicos também é blindado por parte de grandes players do mercado que, por estarem no comando, determinam as regras do mercado. Por fim, a livre escolha dos consumidores passa pelo histórico da marca e a forma com que este o impacta diretamente (NEUMAYR, 2010, p. 56).

A tradicional interpelação da noção de abuso está ligada ao entendimento trazido pelo art. 187 do Código Civil, definindo como ato ilícito o ato que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pelo boa-fé e pelos bons costumes (CC, art. 187)”.

Neste aspecto, faz-se vênua ao direito Português que, no art. 314 do Código Civil Português, dispõe: “é ilegítimo, o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.” É possível constatar, portanto que, o abuso está ligado a uma perspectiva orgânica, evolutiva, que pressupõe o movimento, a atuação do mercado, caracterizando-o apenas, se forem transpassadas as margens legais estabelecidas.

No intuito de proteger a ordem econômica e a relação entre os pares de agentes econômicos, o Estado se propõe a limitar algumas práticas a fim de evitar o abuso de poder econômico e os atos de concorrência desleal. Assim, o texto normativo de maior relevância é traduzido na Lei de Repressão ao Abuso Econômico (Lei 8.884/1994), num ato do Estado de tentar impedir as dominações do mercado, a eliminação da concorrência e os abusos, num contexto de norma de Direito Público. Por conseguinte, no âmbito da esfera privada, há o controle e a repressão de práticas de concorrência desleal:

Assim, a tutela jurídica da concorrência tem sua dimensão de direito privado, que vem sendo historicamente o objeto do segmento da Propriedade Intelectual denominado concorrência desleal e, na proteção do fundo de comércio ou do aviamento, pelo Direito Comercial. E tem sua parcela de Direito Público, seja na regulação do próprio Estado, seja na tutela geral do espaço concorrencial, esta objeto do chamado Direito de Defesa da Concorrência, ou Direito Antitruste (BARBOSA, 1997, p. 102).

Na própria condução da propriedade intelectual, o controle exclusivo exercido por uma companhia que inventa um produto ou cria uma marca, é uma espécie tolerada de monopólio do poder de exploração da coisa. Neste caso, a empresa ode explorar a invenção ou a marca em meio ao mercado que atua, podendo opor-se contra todo e qualquer ato de terceiro que venha violar o direito intelectual (NEUMAYR, 2010, p. 58).

Sempre que duas ou mais empresas, no sentido *latu*, se colocarem adiante de um consumidor e lhe apresentarem um produto com características semelhantes no intuito de suprir necessidades esperadas pelo indivíduo e, permanecerem à espera de que haja um ato de escolha ou preferência do consumidor por um daqueles, estamos diante de uma situação de concorrência plena (NEUMAYR, 2010, p. 59). Em resumo, haverá concorrência sempre que duas empresas disputarem um mesmo mercado.

Quando se propõe uma concorrência leal, não há neste caso a ideia de concorrência ética, tendo em vista que, não se espera que da concorrência normalmente não haja prejuízos às partes, pelo contrário, o consumidor, ao escolher um produto em função do outro, está

diretamente prejudicando o preterido. Todavia, tal situação é prática normal e inerente ao risco da exploração da atividade econômica (LOPES, 2002, p. 29).

A concorrência lícita é, pois, aquela que se forma e se desenvolve dentro da disciplina que lhe é dada pelo sistema jurídico a que pertença. Tal disciplina varia, conforme o sistema jurídico seja informado por cláusula geral, ou não; vale dizer, exija um plus ético específico no comportamento de mercado do empreendedor-concorrente, ou basta que este, ao atuar, na “gara”, pela clientela se revista de uma liceidade, por assim dizer, objetiva. No primeiro caso, está, entre outros, o italiano (princípio de *correttezza professionale*), no segundo, o brasileiro (LOPES, 2002, p. 42).

A livre concorrência é, portanto, derradeira da livre iniciativa, a qual impõe aos agentes econômicos os riscos do negócio, prevalecendo aquele que despertar no consumidor o maior desejo pela aquisição do produto ou serviço. É inerente à natureza da concorrência que haja um vencedor. Tal situação faz parte da competitividade saudável, na qual, diariamente, as empresas estão batalhando por espaço.

Índices, relatórios, planilhas, gráficos, tudo que é feito pela administração dos agentes econômicos traduz e indica a ânsia pelo avanço no mercado consumidor. A questão principal é que, é da natureza do capitalismo incentivar a concorrência, porquanto a ideia do quanto mais, melhor é a máxima aqui.

Tal conceito, estritamente ligado está com a ideia de poder econômico. Na defesa de CARVALHOSA (2013), o poder econômico é a capacidade de uma empresa de tomar decisões econômicas independentes das leis concorrenciais do mercado, trazendo o caráter de independência na tomada de decisões. São as empresas motoras de desenvolvimento e que ditam as regras do mercado. Ao passo que, aquela que não possui o poder econômico, é incapaz de tomar decisões independentes, sob pena de terem sua estrutura comprometida.

O agente detentor do poder econômico é aquele capaz de definir suas próprias políticas de preço, qualidade, oferta, sem se projetar sob a ótica do concorrente. É a empresa que define suas regras e não espera a atuação de terceiros. O problema, portanto, reside no abuso do poder econômico, que não é um direito, mas um fenômeno decorrente da concentração do mercado.

Contudo, no universo ideal projetado por Platão, as empresas e os agentes econômicos concorreriam entre si harmonicamente, respeitando os limites éticos, neste caso cabe a aplicação da ética, no que seria permitido como conduta e prática na exploração da atividade econômica. É neste contexto, não do mundo ideal, mas do mercado capitalista que, imprime nos indivíduos, tanto consumidores, quanto regentes de corporações, o domínio do mercado.

Neste passo, ao estabelecer o abuso do poder econômico, a Constituição está se referindo diretamente a expressão da livre iniciativa que excede manifestamente os limites

trazidos pela própria Constituição e pelas regras infraconstitucionais. É com o exercício da livre iniciativa que o fato econômico, travestido de juridicidade pela norma, integra as relações jurídicas e de mercado (CARVALHOSA, 2013) e merece a devida atenção.

Principalmente quando, o desenvolvimento do poder econômico privado, decorrente da concentração direta e intencional de empresa, torna-se um fator de limitação à própria livre iniciativa, impedindo, pelo abuso da concentração econômica, o exercício da atividade por novas empresas (SILVA, 1998).

Como apresentado no início deste tópico, o mercado tende à concentração, na mesma medida em que, os agentes econômicos exprimem os reflexos da sociedade em si, neste contexto, as práticas de concorrência desleal são, exponencialmente destrutivas, principalmente para as startups em seus estágios iniciais, àquelas que oram objeto de estudo no capítulo dois deste trabalho.

A atividade exercida pelo mercado, em sua liberdade, estabelece suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, concorrência, e jogo de mercados. Todavia, a infração a esta ordem, traduzida pelo abuso do poder econômico, os monopólios, cartéis, abuso de propriedade intelectual, descaracterizam a ordem econômica e acabam por aniquilar qualquer iniciativa, sufocando a concorrência e por fim, desestimulando a produção e a inovação. Em resumo, fragiliza a ordem econômica e impõe ao Estado uma atuação intervencionista, para que possa proteger os valores da livre iniciativa (GASPARINI, p. 630). Temo aqui, um conceito a ser desenvolvido a seguir, mas que se traduz na seguinte afirmação: a defesa da livre iniciativa decorre de uma maior intervenção estatal.

Portanto, a exegese da livre iniciativa que excede os limites constitucionais, a partir da concentração e outras práticas ao arrepio das regras, consubstancia-se em abuso de poder econômico, prática danosa para o surgimento de empresas, inovação e desenvolvimento econômico, sendo objeto de estudo a seguir, as práticas de concorrência desleal e seus desdobramentos que interessam ao direito brasileiro.

4.2 A CONCORRÊNCIA DESLEAL E A CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA

O instituto da tutela da concorrência foi desenvolvido a fim de trazer segurança e proteção à microeconomia, trazendo a competitividade saudável para a concorrência. Segundo LOPES (2002, p. 42), o empreendedor, no exercício de suas atividades, possui o dever de respeitar a concorrência no mercado em que explora, a violação deste dever no intuito de prejudicar ou que vier a prejudicar de fato a concorrente é chamado de concorrência desleal.

A concorrência benigna, segundo ASCARELLI (1960) corresponde ao confronto saudável entre bens e serviços direcionados a satisfação de uma necessidade individual ou coletiva de um mercado de consumo. É o confronto natural proporcionado pelo mercado, aos empresários no processo de disputa e avanço no mercado de consumo.

É neste cenário em que, o que melhor se adequar ao interesse do consumidor, será o vitorioso ou terá a preferência (GHIDINI, LIBERTINI e PUTZOLU, 1981). Arelada a esta competição natural, outros elementos compõem o processo de concorrência: a competição entre os preços praticados pelos agentes econômicos também influencia na tomada de decisão individual, apontando para aquele que oferecer o melhor produto sob o melhor preço.

O referido arranjo enseja o movimento dos empresários em busca de melhor organização, para redução de custos e aumento de qualidade. É a ideia da eficiência alocativa, num cenário de escassez e incertezas, a eficiência da empresa na alocação de recurso é um fator de sucesso.

É por conta desta qualidade de melhorar todo um aspecto econômico que a livre concorrência foi incluída no rol de princípios da ordem econômica previstos na Constituição Federal, e em razão do impacto no incremento do bem estar social, é de interesse deste estudo os reflexos e impactos da concorrência desleal no surgimento e incentivo a inovação e desenvolvimento.

Ocorre que, o incentivo exacerbado da concorrência, pode ocasionar lesões a direitos, sejam intrínsecos às partes (os concorrentes) ou extrínsecos cujos reflexos podem desencadear perturbações econômicas (elevação de preços), degradação do meio ambiente (no desenvolvimento insustentável), à saúde dos trabalhadores (em condições insalubres), dentre outros. Assim, temos o caráter duplice referenciado no início deste tópico, a tutela da relação entre os concorrentes e a função social da concorrência, se praticada em condições corretas, importa em benefícios sociais de grande valor.

Todavia, se faz necessário, antes de adentrar à espécie de concorrência desleal, a distinção entre a concorrência como fenômeno próprio e o ato de concorrência em si. Enquanto que o primeiro é uma decorrência natural do mercado, na disputa pela clientela, o segundo tem como fundamento o ato praticado pelo agente econômico visando tirar cliente do concorrente, seja o cliente em potencial ou aquele efetivo), em sua essência, o ato de concorrência gera, invariavelmente, dano ao concorrente, pois retira dele o cliente, por conseguinte, o faturamento. (ASCARELLI, 1960).

O ato de concorrência é, em suma, o ato de retirar o cliente do outro. Por essência, é um ato lesivo “aceitável”, regra inerente ao jogo dos quais os que se projetam para jogá-lo, acabam por aceita-lo, como risco inerente a atividade econômica.

Eis a problemática de definir a licitude ou ilicitude do ato de concorrência com base no dano causado ao concorrente, regra básica trazida pela norma do art. 186 do Código Civil – aquele que causar dano, tem o dever legal de repará-lo. Portanto, se faz necessário analisar a concorrência em seu princípio-fim estabelecido na ordem econômico. Então, a defesa da concorrência passa pela forma com que o mercado se organiza, garantindo proteção ao concorrente mais eficiente que se sinta lesado por uma conduta de outro.

A disciplina jurídica da concorrência lícita vincula necessariamente a defesa da concorrência em seu perfil institucional e a defesa dos próprios consumidores. Esses são os valores centrais que norteiam a definição do ato de concorrência como lícito ou ilícito – o critério de legitimação para valoração dos atos de concorrência, conforme se extrai da própria Constituição Federal -, e que se encontram presentes tanto no regramento jurídico da concorrência leal como na regulação do poder econômico (FRANCISCO, 2014, p. 26).

Portanto, o regime jurídico da concorrência desleal, segundo SALOMÃO FILHO (2003), estabelece as regras mínimas de condutas entre os agentes a fim de proteger a relação de concorrência. Os dois principais objetivos dessas regras são: a) o sucesso relativo da empresa no mercado deve depender unicamente de sua eficiência e, b) preservar o mercado como agente de transmissão de informações ao consumidor.

Nesta realidade, o legislador ordinário incluiu no art. 20, inciso I da lei 8.884/94, a infração à ordem econômica, por meio de atos capazes de falsear a concorrência, o que trouxe abertura para que a concorrência desleal fosse estudada como um instrumento a ser refutado, buscando opor obstáculos as espertezas negociais que infrinjam as regras da concorrência.

Assim, ALMEIDA (2004, p. 127) dispõe que a concorrência leal e a desleal possuem a mesma finalidade, que é a objetivação da clientela e alcance do mercado consumidor. Neste aspecto, o problema não se encontra na finalidade, mas sim, no meio pelo qual a deslealdade é empregada, utilizando-se de meios desonestos.

O que importa, pois, é (sic) natureza ilícita ou condenável do ato, e não o fim visado. Se assim não fosse, o simples fato do desvio de clientela, independentemente dos meios empregados, constituiria concorrência desleal; por outro lado, os atos desleais de concorrência não seriam suscetíveis de repressão quando não atingissem o seu objetivo (CERQUEIRA, 1982, p. 1274).

A legislação nacional previu no art. 209 da Lei de Propriedade industrial o direito de ressarcimento do prejudicado pelos prejuízos causados pelos atos de violação de direitos de propriedade industrial, no âmbito da concorrência desleal. No intuito de responsabilizar criminalmente os atos de concorrência, o art. 195²⁵ da LPI também prevê um rol taxativo de crimes nos quais há vedação expressa.

Embora o texto normativo preveja práticas taxativas, no âmbito da reparação civil, conforme prevê o art. 209 da LPI, os incisos passam a ser meramente exemplificativos, podendo ser estendidos na medida do ato e da reparação desejada (ALMEIDA, 2004, p. 131).

O Código de Defesa do Consumidor também prevê, na Lei 8. /1990 o combate à concorrência desleal no mercado de consumo, no art. 4º inciso VI²⁶

Tem-se então algumas das disposições normativas que contém regras contra a concorrência desleal, mas se faz necessário observar também os interesses jurídicos tutelados a partir da defesa da concorrência lícita e o combate a ilicitude das condutas.

²⁵ a publicação (inciso I) ou a prestação ou divulgação (inciso II) de falsa afirmação em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; o emprego de meio fraudulento para desviar em proveito próprio a clientela de outrem (inciso III); a utilização de expressão ou sinal de propaganda alheios¹, ou a sua imitação, com vistas a criar confusão entre produtos ou estabelecimentos (inciso IV); o uso indevido de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia² pertencentes a concorrente, ou a venda, exposição ou oferecimento à venda e manutenção em estoque de produtos com essas características (inciso V); a substituição, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, do nome ou razão social deste, sem o seu consentimento (inciso VI); a menção, como meio de propaganda, a recompensa ou distinção que não obteve (inciso VII); a venda, exposição ou oferecimento à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, de produto adulterado ou falsificado, ou a sua utilização para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave (inciso VIII); a promessa de pagamento, o pagamento ou a concessão de outra utilidade a empregado de concorrente, para que aquele, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem (inciso IX); o recebimento de dinheiro ou outra utilidade, ou a aceitação de promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador (inciso X); a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato (inciso XI); a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se referiu o inciso XI, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude (inciso XII); a venda, exposição ou oferecimento à venda de produto, declarando ser objeto de patente depositada ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou a sua menção, em anúncio ou papel comercial, como depositado, patenteado ou registrado, sem o ser (inciso XIII); e a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos (inciso XIV) (NEUMAYR, 2010, 67-68).

²⁶A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores

De forma geral, os interesses tutelados com a concorrência são definidos em dois aspectos subjetivos: os interesses dos agentes de mercado e os interesses dos consumidores. De um lado, temos os agentes que são diretamente atingidos pelas práticas desleais, o que segundo ASCARELLI (1960), quando violado, empresário terá o direito subjetivo de demandar o concorrente que por meio ilícitos, causou-lhe dano ou fazê-lo cessar imediatamente.

De igual forma, a defesa dos consumidores visa tutelar a livre informação e a livre escolha do indivíduo, repudiando principalmente estratégias que promovam a confusão com consumidor, bem como o abuso do poder econômico, no aumento de preços, atentando contra o bem estar (CARPENA, 2005).

Na mesma toada, o emprego de informações para confusão do consumidor pode se consubstanciar no chamado parasitismo ou concorrência parasitária.

O parasitismo é um conceito construído a partir da doutrina e acatado pela jurisprudência. Conceitua-se como um ato de a empresa utilizar a marca de terceiro para promover seus próprios serviços/produtos sem autorização do proprietário (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018). Tal prática pode ser segregada em duas categorias distintas: concorrência parasitária, que será abordada a seguir e, aproveitamento parasitário, a ser caracterizado posteriormente.

Portilho (2012) diferencia a concorrência desleal, na qual há o desvio de clientela, da concorrência parasitária, onde o violador imita ou copia a propriedade intelectual alheia, mas não se faz passar pelo concorrente, nem desvia sua clientela. Nesse interim, a autora cita que definir o termo “concorrência parasitária” não é uma tarefa fácil, pois se trata de uma “zona cinzenta” entre concorrência desleal e aproveitamento parasitário.

Neumayr (2010), ao definir a concorrência parasitária, cita a obra pioneira de Hermano Duval (1976, p. 318) que a contextualiza da seguinte forma:

O empresário comercial que se coloca na esteira do concorrente, de modo sistemático e contínuo, tira proveito dos estudos, despesas de preparação e de penetração do concorrente, utilizando as realizações já experimentadas, mas, evitando o risco do insucesso.

Trata-se, pois, de “expediente de um empresário que “suga” bens intelectuais de concorrente, ou os imita, de forma a obter ganhos praticamente certos, sem o risco de desperdício de sua energia, tempo e dinheiro, por já se tratar de um caso de sucesso” (NEUMAYR, 2010, p. 74).

É fato que, a concorrência parasitária só ocorre entre concorrentes, mesmo porque, se assim não fosse, não haveria razão de classificá-la como “concorrência”, ou seja, esse conceito

pode ser aplicado a qualquer outro produto/serviço que tenha a mesma natureza e que se apresente em categorias de preço e de qualidade distintas (PORTILHO, 2012).

Barbosa (2012) corrobora que a concorrência parasitária é a imitação dos elementos característicos de um produto ou serviço ou estabelecimento, do aviamento de uma empresa, quando feita em seus aspectos técnicos ou funcionais, necessários para o funcionamento de um negócio semelhante, ou para a elaboração de um produto ou prestação de um serviço.

Moura e Rodrigues (2018 p. 14) salientam que, para a existência da concorrência parasitária, faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos:

- I) existência da concorrência – disputa entre sujeitos do mesmo ramo econômico (mercado) pela mesma clientela.
- II) Práticas reiteradas – isso para demonstrar que o parasita o faz sempre, não sendo um ato isolado.

No entanto, há uma parcela de doutrinadores que não concordam com esse segundo requisito, dizendo que ainda que haja a prática de somente um ato, configurar-se-á concorrência parasitária.

Porém, Portilho (2012) salienta que a análise de questões referentes à concorrência parasitária ou não, deve ser feita caso a caso, *erga alios*, pelo Judiciário, levando em consideração as particularidades de cada concorrente frente ao outro. Verificada a inexistência de possibilidade de desvio de clientela entre concorrentes setoriais, a conduta deverá ser classificada como concorrência parasitária, uma espécie do gênero concorrência desleal, incursa no art. 209, da LPI, que regula a responsabilidade civil pela concorrência desonesta.

4.3 O APROVEITAMENTO PARASITÁRIO

O conceito de “aproveitamento parasitário” foi introduzido pela primeira vez pelo francês Yves Saint-Gal, em meados do século passado, sendo este posteriormente desenvolvido por outros autores e aplicado pela jurisprudência.

Neumayr (2010, p. 12) conceitua o aproveitamento parasitário – *agissements parasites*, como

[...] a tentativa do parasita de locupletar-se graciosamente do trabalho, do investimento, do nome e/ou da criação intelectual, científica ou artística de empresa que atua em ramo distinto, ao contrário do que acontece com a concorrência desleal habitual, que pressupõe o choque de duas empresas competidoras no mesmo filão mercadológico.

O aproveitamento parasitário, assim como a concorrência parasitária, não se restringir à utilização não autorizada de elementos de identificação da empresa (como por exemplo, marcas e nome empresarial), mas envolve também o alcance de outros elementos resultantes de investimentos na busca do sucesso de um empreendimento, como segredos de comércio e indústria, técnicas publicitárias, entre outros (NEUMAYR, 2010, p. 81).

Barbosa (2012, p. 29) discorre sobre o aproveitamento parasitário (o qual também denomina de “cópia servil”) como a

[...] imitação dos elementos característicos de um produto ou serviço ou estabelecimento, do aviamento de uma empresa, quando feito em seus aspectos funcionais, necessários para o funcionamento de um negócio semelhante, ou para a elaboração de um produto, ou prestação de um serviço, até pratica um ato de concorrência parasitária, mas este ato não é per si um ato ilícito nem de concorrência desleal.

No entanto, a terminologia usada no Brasil pode refletir na legislação aplicável, apontando divergências na literatura jurídica. Barbosa (2015) retrata a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário como condutas análogas ou sinônimas, sendo que as características da concorrência parasitária seria o aproveitamento da reputação alheia, mesmo quando essa prática ocorra entre empresas não concorrentes.

A teoria do parasitismo foi pensada para suprir lacunas da legislação de propriedade industrial ocupando a lacuna legislativa nas situações em que não se era possível demonstrar o risco de confusão nas hipóteses de concorrência desleal. No entanto, Sébastian (2001) reforça que a aplicação do conceito do parasitismo não se restringe apenas aos atos injustos na esfera da relação de concorrência.

Sendo essa distinção a principal janela entre a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário. Enquanto no primeiro, há relação de concorrência e, portanto, desvio de clientela. No segundo, todavia, não há relação de concorrência, embora haja ato de concorrência caracterizado pelo aproveitador e pelo prejudicado (SILVA, 2013).

Em resumo, havendo parasitismo entre empresas numa relação de concorrência, seja direta ou indireta, e sendo o ato travestido de ilicitude, trata-se de concorrência parasitária, espécie de concorrência desleal, enquanto que, o aproveitamento parasitário ocorrerá no uso indevido do renome ou reputação alheia, numa relação em que não haja similaridade ou concorrência direta.

A problemática do aproveitamento parasitário está justamente no fundamento da ilicitude que possa gerar responsabilidade civil e coibição dos atos. Isso ocorre porque, numa relação tradicional de concorrência desleal, a demonstração de responsabilidade se dá pela

comprovação do desvio de clientela, redução do prestígio e poder sobre o mercado e o nexos de causalidade entre os atos praticados (ilicitude) e as consequências da concorrência desleal. Todavia, no aproveitamento parasitário, pelo distanciamento das atividades, posto que não há concorrência direta, o fundamento carece de previsão legislativa e opera-se na lacuna do enriquecimento sem causa²⁷.

O enriquecimento sem causa ou injustificado aliado ao aproveitamento parasitário podem ser uma construção eficiente de uma interpretação sistemática dos sistemas da ordem econômica, dos dispositivos regulatório do instituto da tutela das marcas e de outros elementos de empresa. Quase sempre, o aproveitamento parasitário se dá pelo uso indevido de uma marca, ou atrelamento à uma marca renomada de um subproduto qualquer, aproveitando-se do prestígio para alavancagem e enriquecimento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em uma decisão sobre o conflito de signos distintivos afirmou que a proteção conferida às marcas e seus titulares “varia conforme o grau de conhecimento de que desfruta a marca no mercado. Assim, como regra, devem prevalecer os princípios da territorialidade e da especialidade”. Sustentou-se ainda que a lei traz duas possibilidades de extravasamento do signo em relação a esses princípios, quais sejam a marca de alto renome e a notoriamente reconhecida, tidas como exceções. Por fim, o tribunal superior estabeleceu que “a caracterização do aproveitamento parasitário - que tem por base a noção de enriquecimento sem causa prevista no art. 884 do CC/02 - pressupõe, necessariamente, a violação da marca.” (STJ, 2012).

Entretanto, o voto decisório do Acórdão registrou que “a caracterização do aproveitamento parasitário também fica adstrita ao princípio da especialidade, de modo que só haverá violação se ambas as partes atuarem no mesmo segmento de mercado, ou se a marca for de alto renome.” (STJ, 2012), esse posicionamento demonstra a fraqueza do conceito de aproveitamento parasitário na mais alta corte infraconstitucional do país, visto que limita a praticas no mesmo seguimento de atuação.

Eis o grande desafio na caracterização do aproveitamento parasitário de marcas. Almeida (2014) se posiciona criticamente no âmbito das violações dos direitos subjetivos de propriedade intelectual, por ser complexo provar os danos ou determinar o quantum do prejuízo causado na perda do prestígio ou diluição de uma marca, além dos eventuais lucros de quem se

²⁷ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Lei N. 10.406/2002 - Código Civil brasileiro.

beneficiou com comportamento ilícito. Todavia, salienta que nesses casos, além da reparação, tais decisões devem observar a função punitiva e preventiva de eventual indenização.

Nesta toada, analisar-se-á o conflito de marcas e nomes de domínio, no instituto do cybersquatting, prática de aproveitamento parasitário. Assim, a lei 9.279/1996, que disciplina as regras que permeiam as propriedades industriais, dispõe em seu art. 129 que:

A propriedade de marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta lei sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Portanto, entende-se que, a propriedade sobre o direito de marca adquire-se pelo registro válido em seu órgão competente, isto é, o INPI, surgindo para o titular do registro o direito de exclusividade sobre o uso, hábil para ser oposto erga omnes.

A marca é regida pelo princípio da especificidade, ou seja, seu uso é limitado aos produtos e serviços sobre os quais foi registrada. Assim, sua aplicação autoriza que exista outras marcas idênticas ou semelhantes desde que sejam produtos e serviços de classes diferentes (OLIVEIRA NETO, 2007, p. 147).

Por outro lado, o nome de domínio é um signo utilizado pelos empresários para identificar um site e divulgação das atividades empresariais, sendo utilizado pelas empresas como um cartão de visita ou exposição de catálogo de produtos online, seu registro é realizado pelo órgão denominado Registro.br, subordinado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Os primeiros conflitos relacionados a nomes de domínio e marcas são aqueles chamados cybersquatting, o qual consiste no registro especulativo de um nome de domínio correspondente a uma marca para, posteriormente, revendê-lo ao seu titular com lucro (BARBOSA, 2015 p. 173).

É exatamente na classe dos nomes de domínio que se encontra o Cybersquatting, nova prática que tem gerado inúmeras implicações no mundo jurídico das empresas. O Cybersquatting é uma expressão derivada do inglês comumente utilizada para se referir aqueles que registram ou adquirem um nome de domínio idêntico ou similar a uma marca já existente, sendo esta, notoriamente reconhecida ou de alto renome nacional, para que posteriormente seja realizada sua venda (DANTAS, 2009, p. 39-40).

Embora relativamente novo no Brasil, o Cybersquatting não é um fenômeno novo da Internet, e um dos primeiros casos ocorreu nos Estados Unidos envolvendo a empresa McDonald's em meados de 1993, quando a multinacional resolveu entrar no mundo virtual utilizando um nome de domínio idêntico a sua marca (McDonald's) e se deparou que o nome

de domínio pleiteado já encontrava-se registrado por um professor de Boston (DANTAS, 2009, p. 40).

A solução do conflito resumiu-se a um acordo entre as partes onde, a multinacional de alimentos pagou ao titular do nome de domínio a quantia de um milhão de dólares, para que fosse realizada a transferência do nome de domínio à empresa McDonald's.

No Brasil, os indivíduos ou empresas que realizam tais práticas ficaram conhecidos como cybersurpadores, piratas de nomes de domínio ou posseiros virtuais. A prática resume-se em adquirir o registro de um nome de domínio igual ou semelhante a uma marca Notória ou de Alto Renome, que em razão de um princípio do "*First come, first served basis*", concede ao primeiro que registrar o domínio, o direito de explorá-lo, ainda que semelhante ou idêntico a uma marca pré-existente, por se tratarem de institutos jurídicos distintos com seus próprios órgãos de registro (BARBOSA, 2015 p. 173).

O objetivo dos posseiros virtuais ou cybersurpadores é utilizar-se do direito de propriedade adquirido pelo primeiro registro do nome de domínio para obrigarem empresas que possuam uma marca ou nome empresarial idênticos e já registrados, a pagarem pela cessão ou transferência da titularidade do domínio, para que, enfim, possam utilizar livremente o endereçamento do site que tanto desejam, "quando os donos das marcas começaram a perceber o poder comercial e o valor de incorporar suas marcas ao nome de domínio, muitas vezes era tarde demais." (EFRONI, 2003, p. 344).

Outro caso semelhante ocorreu no Brasil em meados dos anos 2000, entre a TV GLOBO LTDA e a Rádio Moreira. O conflito ocorreu junto a OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), onde a TV Globo alegava ter o direito sobre as marcas "Jornal Nacional" e "Globo Esporte", e a Rádio Moreira alegava ter o registro dos nomes de domínio "jornalnacional.com" e "globoesporte.com" (BARBOSA, 2015, p. 175).

A TV Globo comprovou ter o direito sobre as marcas conflitantes e que os nomes de domínio não tinham relação alguma com os serviços fornecidos pela Rádio Moreira, de forma que, o OMPI classificou o registro dos nomes de domínio da Rádio Moreira como a prática de Cybersquatting e concorrência parasitária (BARBOSA, 2015, p. 175).

Vale ressaltar que, os Nomes de Domínio não possuem uma legislação específica que os regulem no Brasil, como ocorre com os outros signos distintivos das atividades empresariais e de propriedade industrial, e por tais razões, os conflitos entre os institutos se intensificam e se agravam. Existem projetos de lei no Congresso Nacional, com o intuito de regular o registro do instituto nome de domínio. O Projeto de Lei 256 de 2003, visa instituir o devido procedimento para registro dos nomes de domínio e um segundo projeto tem o intuito de evidenciar e

solucionar os conflitos empresariais decorrentes de nomes de domínio e marcas, evitando eventuais abusos do princípio do “*First come, first served basis*” que rege o sistema de domínio dos norte-americanos.

Nestes projetos, mais especificamente em seu artigo 7º, consiste algumas restrições ao registro dos nomes de domínio que conflitem com a denominação de pessoas jurídicas e de marcas já registradas nos órgãos competentes, sejam as Juntas Comerciais dos Estados, ou mesmo o INPI.

Até a aprovação de qualquer projeto de lei que regulamente o setor, recai à jurisprudência dos tribunais de justiça resolver os conflitos oriundos dos nomes de domínio e as práticas de cybersquatting ou ciberusurpação, como decidiu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Bôas Cueva, no REsp nº 658.789: “A legitimidade do registro do nome do domínio obtido pelo primeiro requerente pode ser contestada pelo titular de signo distintivo similar ou idêntico anteriormente registrado - seja nome empresarial, seja marca”. Portanto, ainda que reconhecido o registro do nome de domínio, este pode ser contestado judicialmente por titular de um outro direito.

Seguindo este entendimento, consta relevantíssima decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, num conflito entre marca e nome de domínio, prevaleceu o direito daquele que melhor possuía justo título, conforme trecho do voto do relator:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul. Apelação Cível nº 70006173421/2003. Relator Roberto Gesta Leal. [...] Tenho que não assiste razão à apelante. Comprovado está que as duas empresas atuam no mesmo ramo de atividade comercial, qual seja, o comércio de produtos impressos. [...] A apelante consegue demonstrar nos autos que utiliza a marca em seus impressos há bastante tempo, possivelmente há mais tempo que a apelada (fl. 63/65). No entanto, nesse período, nunca diligenciou para regularizar esta utilização, procurando a Junta Comercial, onde está cadastrada com o nome comercial DPP COMÉRCIO DE PAPÉIS, IMPRESSOS E DESIGN GRÁFICO, ou ingressando com pedido de registro da marca no INPI, o fazendo apenas em 24.01.02. Não se pode desprestigiar a diligência da apelada, que primeiro procurou legalizar o uso da expressão “IN PRESS”, ao arquivar na Junta Comercial, em outubro de 2001, a alteração contratual do nome comercial, passando a se chamar IN PRESS GRÁFICA DIGITAL LTDA. Além disso, foi a apelada quem primeiro ingressou com pedido de registro da marca junto ao INPI, em 14.02.2001, quase um ano antes do pedido da apelante. [...] Como nenhuma das duas empresas possui a marca registrada junto ao INPI, deve prevalecer o direito daquela que apresenta melhor título, ou seja, impõe-se reconhecer que a apelada apresenta seu nome comercial “IN PRESS” registrado na Junta Comercial desde outubro de 2001. Tal registro possui eficácia pública capaz de determinar o melhor direito da apelada em detrimento da apelante. Não bastasse isso, também foi aquela que primeiro protocolou o pedido de registro junto ao INPI. [...] . Isso porque este é o prazo para o oferecimento de oposições. Se não tomar a providência de se opor ou,

melhor ainda, ingressar com seu próprio pedido, no prazo de 60 dias, o registro deve ser outorgado àquele que primeiro o solicitar. Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao apelo para manter a decisão de primeiro grau, bem como negar provimento ao agravo retido.

Observa-se no referido caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que, deve prevalecer o direito daquele que melhor possuir título registrado, razão pela qual, o direito sobre a marca no caso não foi mitigado em razão do registro do nome de domínio. Entendeu a autoridade que, merecia maior reconhecimento o direito da empresa que tomou as devidas diligências para garantir o registro e o direito de uso, não se podendo desprestigiar as diligências requeridas.

No mesmo entendimento, segue o próximo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo na resolução do conflito existente entre nome de domínio de internet e marca devidamente registrada no INPI:

Apelação. Direito Empresarial. Domínio na internet. Cancelamento e abstenção de uso. Nome de domínio que coincide com a marca objeto do depósito, pela autora, de pedido de registro no INPI. Acesso ao sítio que automaticamente direciona o internauta à página destinada aos produtos da corré, similares àquele oferecido pela autora e destinados ao mesmo público-alvo. Concorrência desleal caracterizada. Necessidade de cancelamento do registro. Dano moral à pessoa jurídica, embora possível, não caracterizado no caso concreto. Apelo a que se dá parcial provimento. (TJ-SP - APL: 95283920098260068 SP 0009528-39.2009.8.26.0068, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 08/11/2011, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 09/11/2011)

A decisão do Tribunal de São Paulo consistiu em considerar prevalente o direito sobre o registro da marca em detrimento de anterior registro de nome de domínio em razão da ausência de regras avançadas no que se refere às condições para cessão de nomes de domínio. Assim, registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades (REsp 210.076/RJ).

O que se observa, portanto, é que o Poder Judiciário tem sido o grande centro de resolução de conflitos decorrentes da propriedade industrial, o que tem levado o cancelamento de muitos registros, sejam eles decorrentes de marcas ou nomes de domínio, formalizando o início de uma jurisprudência brasileira quanto ao *cybersquatting* (BARBOSA, 2015, p. 115).

Expostos os casos nacionais relevantes na esfera do conflito das marcas, o presente estudo trás a interessante decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). O tribunal se deparou com um caso concreto de conflito de sinais distintivos e decidiu que não se faz

necessário provar a confusão no âmago do consumidor, restringindo o padrão de prova para a similitude visual, fonética ou conceitual entre os institutos. No caso europeu, basta que o consumidor faça uma ligação ou aproximação entre os sinais para que se configure a potencial confusão.

No mesmo sentido, em 2008, o tribunal europeu enfrentou a demanda relacionada no conflito envolvendo “INTEL” (produtos e serviços informáticos) e a “INTERLMARK” (serviços de telemarketing). Na decisão, o tribunal adotou um entendimento interessante, trazendo à discussão um dos elementos do aproveitamento parasitário: o prestígio. No caso, foram analisados o prejuízo causado no caráter distintivo da marca, o prejuízo causado ao prestígio e o aproveitamento indevido do caráter distintivo e do prestígio.

Quanto ao caráter distintivo da marca, o tribunal considerou a aptidão de um signo de se distanciar de outro. No aspecto do prestígio e do aproveitamento, entendeu-se que deve ser observado a mudança do comportamento do consumidor médio, em função do ato de aproveitamento. Vale ressaltar ainda, que o tribunal estabeleceu como padrão de prova, a teoria do risco do dano, ou seja, não haveria a necessidade de comprovar o prejuízo, mas somente o “sério risco de que haja confusão”.

Temos, portanto que, quanto maior o caráter distintivo e o prestígio de um signo, mais facilmente é possível caracterizar eventual proveito indevido. Por semelhante, quanto mais os elementos que identifiquem um signo como único forem evocados por outros, maior será o enfraquecimento do caráter distintivo e, portanto, caracterizado o aproveitamento parasitário, com base na distintividade e usurpação de prestígio.

Infelizmente, a discussão acima foi travada no âmbito do direito comparado, enquanto que no Brasil, a legislação e a jurisprudência carecem de entendimentos mais assertivos no padrão de prova da concorrência desleal, da concorrência parasitária e do aproveitamento parasitário.

Existem discussões legislativas quanto ao tema, e no projeto de lei do novo código comercial em trâmite no Senado Federal, PL n. 1572/2011, o anteprojeto traz o art. 93:

“Concorrência ou conduta parasitária é o aproveitamento, sem a devida autorização, do potencial de resultados econômicos de marca, nome empresarial ou outros sinais distintivos alheios, de apelo publicitário notoriamente associado a outra empresa ou, por qualquer meio, de investimentos realizados por outrem na exploração de sua atividade econômica.”

A proposição legislativa vem para estreitar os caminhos interpretativos das espécies de concorrência desleal, parasitária e do proveito indevido, mas enquanto não há a outorga legislativa à norma proposta, a coibição das praticas trazidas neste capítulo e a proteção do

capital intelectual das Startups passam por um tripé que envolve a aplicação de políticas públicas de fomento da concorrência lícita e proibição do abuso de poder econômico e concorrência desleal, na assertividade do encaminhamento jurisprudencial que decorre da correta interpretação do advogado e do juiz na relação processual sobre os institutos tratados dos signos distintivos, propriedade intelectual e concorrência e, por último, na correta aplicação do padrão de prova para caracterização do ilícito e coibição de práticas atentatórias à saúde das Startups.

O primeiro marco do tripé, corresponde a implementação de políticas públicas que visem promover adequadamente a concorrência perfeita e lícita entre os agentes econômicos e o mercado. Isso se deve ao fato de que o mercado tende a concentração de poder, e o poder concentrado facilita o abuso do poder econômico de grandes estruturas empresarias em face de concorrentes menores e startups que estejam nos estágios iniciais.

Portanto, é imprescindível que, para o respeito da ordem econômica brasileira, ainda que num Estado que se apresenta como liberal, haja intervenção para coibir práticas de concorrência desleal e abuso de poder econômico. Essa coibição passa pelo implemento de políticas públicas que possam incentivar o surgimento de empresas, principalmente as de tecnologia que precisam concorrer com as *big techs*, além disso, a intervenção deve ocorrer no setor regulatório, impedindo o abuso de poder econômico, aquisições forçadas, monopólio e outras práticas que engolem o mercado nascituro de empresas.

É preciso que o Estado brasileiro exerça seu papel e equilibre a relação, dando sobrevida às empresas em formação, para que tenham chance nos primórdios de sua fundação de alavancarem seus negócios e disputarem com as companhias já estabelecidas e estruturadas.

Outro ponto que vale ser ressaltado ainda na esfera pública, são a implementação de programas de assessoria especializada para startups a um baixo custo. É cediço que consultorias e assessorias especializadas nessa temática possuem elevado custo, o que na maioria das vezes não se tem disponível no capital por empresas em formação. Neste aspecto, programas universitários de faculdades de direito em parceria municipais e estaduais podem incentivar a proteção jurídica especializada a um baixo custo.

Outra opção são os investimentos nacionais e estaduais realizados pelas Confederações, Associações e entidades de classe, em parceria pública que também possam fornecer programas de treinamento para empresários, empresas e startups, no aspecto da proteção da propriedade intelectual, coibição de concorrência desleal e aproveitamento parasitário.

O segundo marco do tripé diz respeito a correta interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos por juízes e advogados no campo processual e material. Pelo raso aprofundamento dado ao tema, magistrados e procuradores tem dificuldade de interpretar adequadamente a propriedade intelectual. O presente trabalho se destinou a apresentar os conceitos em sua essência, demonstrando sua aplicação nos casos concretos. É preciso que o advogado, no exercício de sua atividade, seja na elaboração de uma peça processual instrutória ou no curso do processo, seja capaz de conceituar os institutos e aplica-los corretamente para deslinde do caso.

Por conseguinte, é necessário que o magistrado de primeira instância que, diariamente lida com assuntos distintos, esteja apto a tratar de matérias mais específicas, como o caso das propriedades intelectuais e seus mecanismos de defesa. Uma alternativa para julgamentos mais justos e alinhados conceitualmente com o instituto tutelado seria a criação de varas especializadas em direito empresarial, como já ocorre em algumas capitais. A especialização de uma vara nos tribunais é fundamental para a correta tutela jurisdicional.

Por fim, preenchem a terceira estrutura de proteção: a correta aplicação do padrão de prova estabelecido na proteção intelectual, é função do procurador colacionar na petição inicial instrutória a relação de documentos que possam influir corretamente no julgamento do magistrado.

No mesmo sentido, os tribunais de justiça nacionais devem buscar a uniformização da jurisprudência quanto ao padrão de prova nestas espécies de concorrência desleal, adotando-se a teoria do risco do dano não havendo a necessidade de comprovar o prejuízo, mas somente o “sério risco de que haja confusão”.

O tripé apresentado, na visão deste autor é a melhor forma de coibir as práticas atentatórias contra a ordem econômica por meio de atos ilícitos de concorrência desleal, parasitária e de aproveitamento parasitário de prestígio e honra de marcas e outras propriedades intelectuais de Startups e empresas em formação.

4. CONCLUSÃO

O mercado empresarial é delineado por uma gama cada vez maior de bens e serviços que concorrem entre si pela preferência do consumidor. Nesse contexto, a busca por distintas estratégias para se inserir nesse mercado competitivo, desde investimentos em qualidade até ferramentas de marketing para se distinguir perante o público consumidor, é o ponto forte do investidor, principalmente das startups.

Importantes instrumentos a serem adotados para a diferenciação da empresa no mercado estão as marcas e domínios de internet, signos protegidos pela Propriedade Intelectual. Tais sinais permitem o reconhecimento e a credibilidade do consumidor frente ao produto/serviço oferecido pela empresa, o diferenciando de outros similares oferecidos pelo mercado.

Esses institutos de natureza empresarial utilizados para diferenciar, empresários, produtos e serviços são considerados marcas e nomes de domínio, propriedades intelectuais imateriais dos empresários e das sociedades empresárias que, num contexto de era digital, desenvolvida pela 4ª revolução industrial, permitiu o surgimento de novas estruturas econômicas de empresas denominadas Startups.

As Startups são, em essência, empresas tradicionais, mas que, com o emprego de tecnologia, revolucionam um determinado segmento da atividade econômica. Além disso, podem ter nascido da informalidade, que sem estrutura, torna-se vulnerável a práticas de concorrência desleal.

Os critérios que definem a concorrência desleal no âmbito do Direito são fundamentados nos seguintes elementos: a existência de marcas idênticas ou que imitam no todo ou em parte o produto (no aspecto gráfico, visual ou fonético); atos que desviem a clientela (publicidade difamatória ou divulgação de falsa informação sobre o concorrente); atos que possibilitem o cliente criar confusão (aproveitamento da imagem, nome, produto ou estabelecimento do concorrente); atos contrários à moral (ações de suborno de empregados ou de outros elementos do pessoal da empresa) e, a mera possibilidade, ainda que não configurada, de se causar confusão ao público consumidor, desviando clientela de maneira ilegal.

Não obstante, também temos os atos de concorrência parasitária, natureza que se dedica a se aproveitar indevidamente do prestígio de signos distintivos num contexto de concorrência entre o aproveitador e o lesado, em distinção direta ao aproveitamento parasitário que, se utiliza do prestígio de uma marca, domínio ou outro signo distintivo fora de uma relação de concorrência, a partir de uma construção jurisprudência e doutrinária.

Dos objetivos específicos, o estudo identificou que as três melhores opções societárias para formatação jurídica seriam: as sociedades limitadas, as sociedades em conta de participação e as sociedades anônimas, demonstrando os pontos positivos e negativos de cada uma delas na operação e na relação entre os sócios. Não obstante, apresentou-se uma alternativa à formalização, para as sociedades de fato que atuam na informalidade: a elaboração do memorial de pré-constituição de sociedade, trazendo segurança aos sócios e protegendo a atividade da Startup antes mesmo de seu nascimento jurídico (formalização).

O estudo também se aprofundou na análise dos institutos das marcas e nomes de domínio, conceituando-os e estruturando-os na sistemática do direito. Propôs-se a descrever o procedimento de proteção da marca via registro, demonstrando todo o processo administrativo, desde o estudo prévio de viabilidade e risco, ao protocolo do pedido junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), análise de mérito realizado pela Autarquia e emissão do certificado de registro.

Também fora trabalhado a natureza jurídica da Marca como um bem imaterial com natureza de propriedade/patrimônio e, portanto, passível de oposição *erga omnes* em face de violações sistemáticas perpetradas por terceiros, uma das formas de obstáculo à concorrência desleal.

Não obstante, analisou-se os nomes de domínio e sua natureza declarativa perante o órgão de subordinação Estatal, o Registro.br, bem como os procedimentos administrativos de coerção ao conflito de domínios idênticos ou semelhantes, e a estruturação do nome de domínio, em sua natureza jurídica, como um título de estabelecimento virtual, identificando a loja online no ambiente virtual da internet.

A justa posição das naturezas jurídicas das Marcas e dos Nomes de Domínio se fez necessária para identificar o justo título no conflito aparente de marcas e nomes de domínio, bem como a defesa empresarial em face aos abusos praticados por atos de concorrência desleal.

Por último, o presente ensaio se propôs a analisar os aspectos da Ordem Econômica brasileira, para diferenciar a livre iniciativa e a livre concorrência, princípios que norteiam o Estado Liberal. Também restou demonstrado que, embora o Estado se declare como liberal, para garantir a livre iniciativa e a livre concorrência, o Estado precisa postura intervencionista para coibir práticas de concorrência desleal.

Identificou-se que o mercado tende à concentração e que, sem regulamentação que proteja os menos favorecidos, haverá abuso do poder econômico e concentração, o que pode ocasionar práticas de concorrência desleal de eliminação da concorrência, fato que fere diretamente a ordem econômica e os princípios norteadores da República Federativa.

A concorrência desleal foi conceituada e descrita no trabalho como os atos praticados pelo concorrente que emprega meios ilícitos para causar danos, desviar a clientela. No estudo da concorrência parasitária, identificou-se que esta é subespécie de concorrência desleal, e se caracteriza pelo aproveitamento do prestígio de uma marca ou outro signo distintivo para alavancagem de negócio que pode concorrer diretamente ou indiretamente com o signo apropriado. Não obstante, a pesquisa buscou diferenciar doutrinariamente a concorrência parasitária do aproveitamento parasitário, sendo este último o aproveitamento do prestígio de um signo consolidado, reduzindo-o seu grau de distintividade, força e prestígio, ocorrendo em um contexto de não concorrência de atividades. Neste caso, o aproveitador, não concorre diretamente, mas lhe causa um dano ao se aproveitar do prestígio.

Discutiu-se ainda sobre o padrão de prova na coerção da concorrência desleal e suas espécies, sendo o principal delas a aplicação da teoria do risco do dano, não sendo necessário a prova do dano material/moral, mas somente a constatação de que o dano real existe e, portanto, é punível com a tutela jurisdicional adequada para fazer cessar o aproveitamento parasitário.

Neste interim, conclui-se que as Startups, por serem novas estruturas num contexto digital ainda pouco regulamentado, estão mais vulneráveis a práticas de concorrência desleal do que as empresas tradicionalmente existentes. Neste aspecto, buscou-se proteger a relação social, antes da formação e nascimento da Startup, e sua organização societária após formalização.

Por conseguinte, no universo da inovação e tecnologia, inerentes a atividade empresarial e à 4ª revolução industrial, a proteção adequada da propriedade intelectual é fundamental para a coibição de práticas de concorrência desleal. Assim, definiu-se que, ambos signos distintivos estão dotados de natureza patrimonial e, quando possuidores de justo título, são passíveis de oposição erga omnes, para que se faça cessar a usurpação de signos de propriedade intelectual de Startups.

Tal fenômeno só existe em razão da natureza do mercado que tende à concentração, permitindo que práticas e abusos de direitos sejam promovidos pelos agentes econômicos mais estruturados em função dos menos estruturados, que no caso, se materializam nas Startups. Assim, se faz necessário a intervenção do Estado para regular as regras de concorrência, promover políticas públicas que permitam o ensino, treinamento e educação dos empresários quanto às práticas de concorrência e proteção da propriedade intelectual de seus negócios.

Foi sob a ótica dos possíveis excessos no âmbito do regime de propriedade intelectual que abordou-se a proteção do capital das Startups em busca do acesso à tecnologia e ao desenvolvimento econômico, sendo necessário o justo equilíbrio entre proteção, prevenção e

adequação jurídica, visto que uma Startup, em sua atividade, lida com o direito dos criadores, direitos de exploração econômica, regras de concorrência, e os reflexos de sua atividade perante a sociedade, tendo em vista que sua natureza disruptiva, pode e deve, influenciar no desenvolvimento da sociedade, traduzindo e ressignificando novamente a função social da propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

- AAKER, D. A. **Brand relevance: making competitors irrelevant**. São Francisco: Jossey-Bass, 2011.
- ABREU, R. R. G. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, n. 874, p. 70-100, ago. 2008.
- AGRA, W. M. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- ALVES, F. B., MACHADO, Edinilson, STIPP, Luna. **O ciberespaço a favor da efetivação de uma democracia deliberativa**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 27. p. 15-30.
- ARNOLDI, P. R. C.; MICHELAN, T. C. C. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Privado**, n. 11, jul-set 2002.
- ARONS, M. D. S. **How brands were born: a brief history of modern marketing**. The Atlantic, 3 october, 2011. Disponível em: www.theatlantic.com/business/archive/2011/10/how-brands-were-a-brief-history-of-modern-marketing/246012/ Acesso em 14 fev. 2021.
- ALBRECHT, S. M.. A inconstitucionalidade da regulamentação sobre nomes de domínio na internet **Revista da ABP**, n. 44, jan-fev 2000.
- ALMEIDA, M. E. M. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- ALMEIDA, A. R. A. 2014. “**Responsabilidade civil pela violação de direitos subjectivos de propriedade intelectual** – as influências anglo-saxônicas”. Revista De Direito Intelectual, 02, pp.165-187.
- ANDERSEN, E. S. et al. Editorial, special issue, innovation systems. **Research Policy**, v. 31, n. 2, p. 185-190, fev. 2002
- ASCARELLI, T. **Origem do direito comercial** (Capítulo do Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell’ Impresa – Capitolo I. 3ª ed. Milão, Dott. A Giuffrè Editore, 1962). Trad. e notas de Fabio Konder Comparato, in RDM 103/87.
- ASCARELLI, T. Teoria dela concorrenza e dei beni immateriali, terza edizione, Milano: Giuffrè, 1960.
- BALEEIRO, M. G. **A trilogia das empresas de sucesso na era digital: estratégia, ativos e experiência do cliente**. 2019. 22f. Trabalho de Conclusão de Curso (Aperfeiçoamento em Transformação Digital e Gestão de TI) – Instituto de Educação Tecnológica, São Paulo, SP, 2019.
- BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BARBOSA, D. B. **Direito de precedência ao registro de marcas**, 2005. Disponível em: <[http:// http://denisbarbosa.addr.com/precedencia.pdf](http://denisbarbosa.addr.com/precedencia.pdf)>. Acesso em: 31 abr. 2017.

BARBOSA, D. B. A concorrência desleal e sua vertente parasitária. **Revista da ABPI**, n. 116, Jan/Fev 2012.

BARBOSA, D. B. 2011. **A concorrência desleal, e sua vertente parasitária**. Disponível em: www.dbaa.com.br/wp-content/uploads/concorrenca_desleal_vertente_parasitaria.pdf: acessado em 01 outubro 2020

BARBOSA, P. L. A. A. **Nome de domínio como sinal distintivo empresarial: análise das decisões dos Centros de Solução de Controvérsias credenciados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil**. 2015. 222f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2015.

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: Globalization: the human consequences.

BAUMAN, Z. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro: Zahar, 2010

BESER, F. V.; MENDONÇA, M. F. O novo procedimento administrativo para solução de conflitos envolvendo nomes de domínio “.br”. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Industrial – ABPI**. São Paulo, n. 109, p. 27-38, nov/dez., 2010.

BLANK, S.; DORF, B. **STARTUP: Manual do Empreendedor: O Guia Passo a Passo para Construir uma Grande Empresa**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014, p. 48.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2004.

BULGARELLI, W. A teoria jurídica da empresa. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 1985.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil, de 05 de outubro de 1988**.

Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BRYNJOLFSSON, E.; MCAFEE, A. **The second machine age: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies**, W.W. Norton & Company, 2014.

BRUNO, F. S. **A primeira revolução social da indústria e o princípio da conectividade contínua**. Parceria Estratégica, Brasília-DF, volume 24, n. 48, jan-jun 2019

CARPENA, H. **O Consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, N. P. **A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas: passado, presente e futuro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, R.; ALBERONE, M.; KIRCOVE, B. **Sua ideia ainda não vale nada – O guia prático para começar a validar seu negócio.** Rio de Janeiro, 2012, p.12

CARVALHOSA, M. **Direito Econômico: obras completas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASTELLS, M. **A era da informação: economia, sociedade e cultura – a sociedade em rede.** Tradução de Roneide Venancio Majer com colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 11ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CAVALCANTE, Z. V.; SILVA, M. L. S. A importância da Revolução Industrial no mundo da Tecnologia. In: **Anais...** Encontro Internacional de Produção Científica, Maringá, 2011.

CALSAMIGLIA, A. **Postpositivismo.** Doxa, 21, n. 1, 1998.

CERQUEIRA, J. G. **Tratado da propriedade industrial.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 2.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial.** vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2002

COELHO, F. U. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.** São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, **Curso de Direito Comercial.** Vol. 1. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO. **Curso de direito empresarial: contratos, falência e recuperação judicial, volume 3.** – 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, GARRIDO, L. G. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JÚDICE, L. P.; NYBØ, E. F. (Org.). **Direito das Startups.** São Paulo: Juruá, 2016. p. 115.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA, G. T. **Aspectos jurídicos da internet.** São Paulo: Saraiva, 2000. p.41

CHRISTENSEN, C. M.; BOWER, J. L. Disruptive technologies: Catching the wave. The Journal of Product Innovation Management, v. 1, n. 13, p. 75-76, 1995.

CHRISTENSEN, C. M. et al. **What is Disruptive Innovation?** Harvard Business Review. Boston, Massachusetts, 2017.

DANTAS, P. S. P. **Conflitos sobre marcas e nomes de domínio na internet.** 2009. 66f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009.

DAVIS, L. **How do trademarks affect firms incentives to innovate?** DIME IPR Conference. London: [s.n.]. 2006.

DEAKIN, M.; AL WAER, H.. **From intelligent to smart cities. Intelligent Buildings International**, v.3, n.3, Published online: 11 Aug 2011, p. 140-152.

DICKENS, P.; KELLY, M.; WILLIAMS, J. R. **What are the significant trends shaping technology relevant to manufacturing**. Foresight Government Office for Science, Future of Manufacturing Project, Evidence Paper, v. 6, 2013.

DI FELICE, M.; LEMOS, R.. **A Vida em Rede**. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa**. Volume 8 – São Paulo: Saraiva, 2008.

DONADEL, F. M. **A sociedade anônima *intuitu personae*: da sua identificação às alternativas de regulação no ordenamento brasileiro**. 2012. 111f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

DRATH, R.; HORCH, A. **Industrie 4.0: Hit or Hype? Industry Forum**. IEEE Industrial Electronics Magazine, 2014, v.8, n.2, p.56–58.

DRUCKER, P. F. **A nova sociedade: anatomia do sistema industrial**. Editora Fundo de Cultura, 1962.

DRUCKER, P. F. **Inovação e espírito empreendedor: práticas e princípios**. São Paulo: Pioneira, 1986.

DUENING, T. N.; HISRICH, R. D.; LECHTER, M. A. **Technology entrepreneurship: taking innovation to the marketplace**. Oxford: Elsevier, 2015.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. (trad. Nelson Boeira). 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EFRONI, Z. **The anticybersquatting consumer protection act and the uniform dispute resolution policy: new opportunities for international forum shopping?** In: Columbia Journal of Law & the Arts. v. 26. New York: Columbia, 2003. p. 335 - 368.

FEIGELSON, B.; NYBØ, E. F.; FONSECA, V. C. **Direito das startups**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FELD, B. **Startup communities: building an entrepreneurial ecosystem in your city**. New Jersey: Hoboken, 2012.

FERRAZ JR, T. S.; DINIZ, M. H.; GEORGAKILAS, R. A. Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 44.

- FIGUEIREDO, N. L. **Poder da Marca**: interações entre direito antitruste e direito industrial. 2014. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- FIGUEIREDO, A. R. **Nomes de domínio**. 2019. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2019.
- FISCHER, R. M.; NOVAES, E. M. (orgs); **Construindo a cidadania**: ações e reflexões sobre empreendedorismo e gestão social. São Paulo: CEATS: FIA, 2005, p. 231.
- FONTES, M. R. F.. **Nomes de domínio no Brasil**: natureza, regime jurídico e soluções de conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FORGIONI, P., A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- FRIEDMAN, T. L. **The world is flat**: a brief history of the twenty-first century. New York: Farrar, Straus e Giroux, 2006.
- FREEMAN, C. **The economics of industrial innovation**. 2. ed. London: Frances Pinter, 1982.
- GAMA, G. C. N. Função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 857, n. 96, p. 11-28, mar. 2007.
- GASPARINI, D. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva.
- GEEST, Y. V. et al. **Organizações exponenciais**: por que elas são 10 vezes melhores, mais rápidas e mais baratas que a sua (e o que fazer a respeito). São Paulo: HSM Editora, 2015.
- GHIDINI, G; LIBERTINI, M.; PUTZOLU, G. **La concorrenza e i consorzi**. Padova: Cedam, 1981
- GOMES, D. R. M. **Função social da microempresa**: mecanismos jurídicos para sua preservação. 2012. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.
- GONÇALVES NETO, A. A. **Direito de Empresa**. Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 53.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. v. 1. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- HABERMAS. J. **A constelação pós-nacional – ensaios políticos**. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HERMANN, M.; PENTEK, T.; OTTO, B. **Design principles for industrie 4.0 scenarios: a literature review**. Working Paper n. 01/2015. Technische Universität Dortmund. Fakultät Maschinenbau. Audi Stiftungslehrstuhl Supply Net Order Management. 2015.

ISENBERG, D. **The big idea: how to start an entrepreneurial revolution**. Harvard Business Review, 2010. Disponível em: <https://hbr.org/2010/06/the-bigidea-how-to-start-an-entrepreneurial-revolution/ar/1>. Acesso em: 01 jun. 2020.

KAMINSKI, O. Conflitos sobre nomes de domínio: a experiência com o judiciário brasileiro. In: LEMOS, R.; WAISBERG, I. (org.). **Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 242-271.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 1998.

LABRUNIE, J. Conflitos entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. In: LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. **Direito e internet - aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 239-256.

LAFRANCE, M. **Understanding trademarck law**. [S.1]: LexisNexis, 1985.

LANDES, W.; POSNER, R. **The economic structure of intellectual property law**. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 166.

LASSALLE, F. **A essência da constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEMOS, Ronaldo; MANZUETO, Cristiane. **Software livre e creative commons**. Rio de Janeiro: FGY, Escola de Direito, 2005.

LHUMANN, N. **Globalization or World Society: How to conceive of Modern Society?** Internacional Review of Sociology- Revue Internationale de Sociologie, Roma: University of Rome “La Sapienza”, 1997.

LINHARES, F. R. A importância de se fazer busca de anterioridades. **Cad. Prospec.**, Salvador, v. 10, n. 4, p. 696-705, 2017.

LOPES, C. L. Concorrência desleal: aspectos civis. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 11, p. 24-67, jul./set. 2002.

MAMEDE, G. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v. 1, 5.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, A. O. **Recuperação da empresa em crise: a efetividade da autofalência no caso de inviabilidade de recuperação**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MARINHO, G. M. **Startups: conceito, natureza jurídica e os contratos de investimento**. 2019. 96f. Dissertação (Mestrado em Direito das Empresas) – Instituto Universitário de Lisboa, 2019.

MARTINS, R. T. **Internet, nome de domínio e marcas – aproximação ao tema e notas sobre solução de conflitos**. Campinas: Servanda, 2009.

MEIRELLES TEIXEIRA. J. H. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDES, C. I. C. **Software livre e inovação tecnológica: uma análise sob a perspectiva da propriedade intelectual**. Campinas, SP: [s.n.], 2006.

MILLOT, V. **Trademarks as an indicator of product and marketing innovations**. OECD Science, Technology and Industry Working Papers. [S.1]: OEC Publishing, 2009.

MIRANDA, P. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XVII Direito das Coisas: propriedade mobiliária (bens incorpóreos). Propriedade Industrial (sinais distintivos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MORO, M. C. M. F. Direito de marcas. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2003, p. 26-27.

MOURA, M. M. F.; RODRIGUES, C. L. Concorrência parasitária. **Revolução na Ciência**, v. 14, n. 14, 2018.

NEGRÃO, R. **Curso de direito comercial e de empresa**. 1. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

NEUMAYR, R. **Aproveitamento parasitário dos elementos de identificação da empresa: deslealdade entre não concorrentes**. 2010. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, 2010.

NORBERTO, E. Estratégias corporativas de marcas e estratégias sociais de diferenciação: uma análise a partir do automóvel. Tempo Social. **Revista de Sociologia da USP**, v. 16, n. 2, p. 203-223, 2004.

NYBØ, E. F. Memorando de entendimentos para pré-constituição de uma startup. In: JÚDICE, L. P.; _____ (Orgs.). **Direito das startups**. São Paulo: Juruá, 2016. p. 29.

OLIVEIRA NETO, G. H. **Curso de direito das marcas: aquisição da propriedade, posse, direito de precedência ao registro e proteção contra a fraude e a concorrência desleal**. São Paulo: Pillares, 2007.

ORNELLAS, A. S. **Propriedade intelectual para startups: elaboração e validação de cartilha sobre o uso estratégico e mecanismos de proteção**. 2019. 100f. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) – Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, Rio de Janeiro, RJ, 2019.

PAESANI, L. M. **Direito e internet**. liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

PANSIERI, Fl. Do conteúdo à fundamentalidade da moradia. In: OLIVEIRA NETO, J. R. (Org.) **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARENTONI, L. O conceito de empresa no Código Civil de 2002. *Revista Forense*, v. 388, p. 133-151, 2006.

PEROTTO, E. R. **Conceituando a marca pela enunciação**: uma proposta do campo da comunicação. [S.1]. 2007.

PESSOA, L. **Pós-graduação aperfeiçoamento em transformação digital e gestão de TI**. Belo Horizonte: IETEC, 2019. 34 p.

PINTO, R. S. **Processo de desenvolvimento de novos produtos em startups: proposta de modelo**. 2015. 172f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2015.

PLONSKI, G. A. Bases para um movimento pela inovação tecnológica no brasil. **São Paulo em Perspectiva**, v.19, n. 1, p. 25-33, jan/mar. 2005.

PORTILHO, D. O projeto de lei do Senado para coibir a concorrência parasitária – ou será aproveitamento parasitário. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP**, ano IV, n. 09, p.18-35, 2012.

REBELO, N. S. **A sociedade empresária e a captação de recursos de private equity e venture capital**: estudo interdisciplinar do financiamento empresarial. Porto Alegre: Buqui, 2013. Kindle Version.

REQUIÃO, R. **Curso de direito comercial**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1

RIES, E. **A startup enxuta**: como empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. São Paulo: Lua de papel, 2012.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M. Brooks do Brasil Editora Ltda., 2016.

RODRIGUES, L. A. B. **Direito empresarial**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2011. 146p.

ROSSI, L. E. M. **Manual de private equity e venture capital**: passos para atração de investidores e alocação de recursos. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

SALOMÃO FILHO, C. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. **Revista de Estudos Brasileiros**, v. 1, n. 1, 2014.

SCALZILLI, J. P.; SPINELLI, L. F. **Sociedade em conta de participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SCHUMPETER, J. A. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1997.

SCHUMPETER, J. A. **Theory of economic development**. New Jersey: Transaction Publishers, 2011.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SÉBASTIEN, P. 2002. **Le parasitisme économique: passé, présent et avenir**. Memoire (Doctorat sciences juridiques, politiques et sociales). Lille : Université Lille 2. Disponível em: . [Acessado em 01 outubro de 2018]

SEMPRINI, A. **A marca pós-moderna: poder e fragilidade da marca na sociedade contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Estação das Letras, 2010.

SOARES, J. C. T. **Tratado da propriedade industrial - patentes e seus sucedâneos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 76.

SOUZA, M. B.; FREITAS, M. A. C. A função social das empresas na geração de empregos. **Caderno Científico Ceciesa-Gestão**, v. 1, n. 1, 2015.

SPENCER, A. E. **Creative capital: Georges Doriot and the birth of venture capital**. Harvard Business Press, 2008.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2012. **Recurso Especial: 1232658 / SP**. Brasil, STJ/T4. 12 de junho. Disponível em: . acessado em 20 setembro de 2021.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2018. **Recurso Especial: 1209919 SC 2010/0168461-7**. Brasil, STJ/T4 – 4ª turma. 13 de março. Acessado em 18 setembro de 2021.

TAVARES. A. R. **Direito Constitucional econômico**, 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

TETHER, B.S. **What is innovation?** Approaches in distinguishing new products and processes from existing products and processes. Center for Research on Innovation & Competition (CRIC) Working Paper n. 12. Manchester (RU): The University of Manchester, 29 ago. 2003.

TEUBNER, G. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THIEL, P. **Do zero ao um: o que aprender sobre empreendedorismo com o vale do silício**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 1999. **Processo C-375/97**. General Motors Corporation contra Yplon SA. 14 de setembro. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1540821459028&uri=CELEX:61997CJ0375>. [Acessado em 01 setembro de 2018]

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 2003. **Processo C-408/01**. Adidas- -Salomon AG, Adidas Benelux BV contra Fitnessworld Trading Ltda. 23 de outubro. Disponível em acessado em 01 setembro de 2020.

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 2008. **Processo C-2527/07**. Intel Corporation INC contra CPM United Kingdom Limited. 27 de novembro. Disponível em: Acessado em 01 setembro de 2020.

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). 2011. Processo C-323/09. Interflora Inc. e Interflora British Unit contra Marks & Spencer plc e Flowers Direct Online Ltd. 22 de setembro. Disponível em: Acessado em 04 setembro de 2021.

TOMAZETTE, M. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. Vol. 3 – 2 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

TOMASEVICIUS FILHO, E. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 92, v. 810, 2003.

URBANO, B. C.; LEITE, D. C. L.; SOUZA, M. D. A função do domínio da internet no direito empresarial. **JICEX**, v. 3, n. 3, 2015.

VERÇOSA, H. M. D. **Curso de direito comercial**. Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis – introdução ‘a teoria geral da concorrência e dos bens imateriais – Volume 1. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VIVANTE, C. **Tratato de Derecho Mercantil**, v. 1. Madrid, 1932.

WAN, F.; WILLIAMSON, P. J.; YIN, E. **Antecedents and implications of disruptive innovation: Evidence from China**. *Technovation*, v. 39, p. 94-104, 2015.

ZINGALES, L. **Um capitalismo pra o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicação, 2015