



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LORENA OLIVEIRA DE ANDRADE

**NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA**

Salvador
2012

LORENA OLIVEIRA DE ANDRADE

**NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

LORENA OLIVEIRA DE ANDRADE

NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2012

Aos
meus pais, por todo o aprendizado,
confiança que depositaram em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, o professor João Glicério de Oliveira, pela grande ajuda e paciência durante a pesquisa. Exponho, aqui, toda a minha admiração e gratidão.

A minha família, em especial, aos meus pais, pelo apoio integral e por sempre festejarem comigo as minhas conquistas como se fossem suas.

A Caio, por todo companheirismo, pela paciência e pelas palavras de consolo, inclusive pela compreensão em virtude dos momentos de ausência.

As minhas amigas, principalmente, Louise e Namir, por dividirem essa caminhada de crescimento diário comigo. Vocês realmente fazem parte desse trabalho.

Aos funcionários da Faculdade Baiana de Direito, por serem sempre solícitos e atenciosos.

“É preciso ter força para sonhar e perceber que a estrada vai além do que se vê”.

(Marcelo Camelo)

RESUMO

O presente estudo realiza a análise da natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada, através de um exame da lei nº 12.441/2011, que inovou o ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando que o empresário individual não respondesse com todo o seu patrimônio. Para tanto, foi utilizada a análise da lei nº 12.441/2011 e de posicionamentos da doutrina. Nesse sentido, foi abordado o que é uma pessoa jurídica e analisados os conceitos dos aspectos principais e os efeitos da pessoa jurídica, bem como indicadas as principais discussões. Abordando, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica, pois um dos fundamentos para não se limitar a responsabilidade do empresário individual é que seria constituído com fito de fraude. No entanto, para evitar a fraude, a desconsideração é a resposta do Direito. Destacam-se, também, os conceitos gerais de sociedades e, sobretudo, da sociedade limitada. Foi tomado como direcionamento o empresário individual, elencados seus aspectos principais. E ainda foram abordados os modelos de limitação da responsabilidade do empresário individual que já existiam no ordenamento jurídico, ou seja, a sociedade unipessoal e o estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Após serem estabelecidas essas premissas, passa-se ao confronto da empresa individual de responsabilidade limitada, através da análise da lei nº 12.441/2011. No final, é feito um confronto do que foi trazido para o ordenamento jurídico, através da empresa individual de responsabilidade limitada e as premissas apontadas, sobretudo os modelos de limitação da responsabilidade já existentes no ordenamento jurídico, enfrentando os posicionamentos e argumentos doutrinários acerca da natureza jurídica.

Palavras-chave: empresa individual de responsabilidade limitada; natureza jurídica; empresário individual; sociedade unipessoal; instituto *sui generis*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
ONU	Organizações das Nações Unidas
FMI	Fundo monetário internacional
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura.
p.	página
EIRELI	Empresa individual de responsabilidade limitada
EIRL	Estabelecimento individual de responsabilidade limitada
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA PESSOA JURÍDICA E SOCIEDADE EMPRESÁRIA	13
2.1 CONCEITO DA PESSOA JURÍDICA	13
2.1.1 Teorias da natureza da pessoa jurídica	14
2.1.2 Espécies de pessoas jurídicas	15
2.1.2.1 Pessoas jurídicas de direito público interno	15
2.1.2.2 Pessoas jurídicas de direito público externo	16
2.1.2.3 Pessoa jurídica de direito privado	17
2.2 DA EXISTÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA	19
2.3 EFEITOS DA PERSONIFICAÇÃO	20
2.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	20
2.4.1 Teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva e o Código Civil	22
2.4.2 Teoria menor e o Código de Defesa do consumidor e Justiça do Trabalho	24
2.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA	24
2.6 SOCIEDADE EMPRESÁRIA	26
2.6.1 Conceito de sociedade	27
2.6.2 Natureza jurídica do ato constitutivo	27
2.6.3 Elementos da sociedade	29
2.6.3.1 Elementos gerais	29
2.6.3.2 Elementos específicos	30
2.7 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS	32
2.8 SOCIEDADE LIMITADA	34
2.8.1 Características	35
2.8.2 Capital social da sociedade limitada	36
2.8.3 Administração da sociedade limitada	37
3 EMPREENDEDORISMO INDIVIDUAL E LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE	40
3.1 EMPRESÁRIO INDIVIDUAL	41
3.1.1 Obrigações dos empresários	44
3.1.2 Patrimônio da atividade empresarial	45
3.2 EMPRESA COM RESPONSABILIDADE LIMITADA	46

3.2.1 Sociedade unipessoal	50
3.2.2 Estabelecimento individual de responsabilidade limitada	52
4 NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA	54
4.1 TRAMITAÇÃO DO PROJETO	54
4.2 INOVAÇÃO LEGISLATIVA	57
4.2.1 Nova pessoa jurídica	57
4.2.2 Inclusão do artigo 980-A no Código Civil	58
4.2.2.1 Capital social mínimo	59
4.2.2.2 Nome adotado: firma ou denominação	62
4.2.2.3 Quem pode instituir a EIRELI	63
4.2.2.4 Responsabilidade da EIRELI	65
4.3 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO	66
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o empresário individual arcava com todo o seu patrimônio, por qualquer infortúnio que ocorresse com a empresa individual. Não havia a possibilidade de ter uma limitação, um patrimônio destinado apenas para a empresa que não alcançasse todos os bens do empresário. Contudo, no Brasil, a maioria das empresas são as firmas individuais, portanto fez-se necessária uma proteção ao empresário individual.

Tendo a atividade empresarial individual a consequência de ter a responsabilidade ilimitada, muitas vezes, afastavam possíveis empresários da iniciativa privada, pois nem todos tinham interesse de constituir uma sociedade, o que para tanto é necessária a *affectio societatis* e, só assim, ao constituir uma sociedade, seria possível ter o patrimônio protegido.

Desta forma, sendo o ramo do direito comercial dinâmico, era necessário acompanhar as necessidades sociais.

Com o advento da lei nº 12.441, em 11 de julho de 2011, foi possível ter a limitação do patrimônio no qual a empresa responderá aos seus credores, então há uma limitação necessária dos riscos da atividade empresarial. A lei denominou esse instituto de EIRELI, o que, a princípio, o legislativo não optou por nenhum instituto existente no mundo jurídico.

A lei formalmente limitou a responsabilidade através da personalização da empresa. Contudo, a problemática apresentada por este trabalho pressupõe uma análise do que dispõe a lei e se, na prática, o que ela criou foi verdadeiramente um novo instituto no mundo jurídico.

A proposta do presente trabalho é fazer a análise do referido instituto a partir da lei que o criou, bem como fazer a comparação com os institutos já existentes, sendo eles o do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, modelo português, e a sociedade unipessoal, modelo italiano.

O presente trabalho tem como tema a natureza jurídica da EIRELI e, nele, tentar-se-á demonstrar se há alguma equivalência entre o instituto do EIRELI, trazido pela lei nº 12.441/2011 e os institutos já existentes, partindo das hipóteses desenvolvidas da

sociedade unipessoal, empresa individual ou se ele inova o ordenamento jurídico, instituindo o que antes não era previsto.

Assim, a proposta do trabalho é buscar a identificação da natureza jurídica do EIRELI.

Para se chegar à conclusão, é necessário passar por algumas premissas até alcançar a solução do problema. Utilizando-se assim do método dedutivo. A metodologia empregada para se chegar à solução do problema foi o estudo da doutrina nacional, da legislação e da jurisprudência.

O presente trabalho tem como objetivo analisar as normas que regulamentam o EIRELI e os modelos da limitação da responsabilidade do empresário individual existente. Pretende, ainda, verificar se há realmente diferença entre o EIRELI e a sociedade unipessoal. Portanto, concluir qual a natureza jurídica da EIRELI.

Estudar a natureza jurídica do EIRELI tem relevância jurídica, pois a lei que o institui no ordenamento jurídico indica a possibilidade de limitação da responsabilidade do empresário individual e o seu regramento jurídico como se inovação fosse. Neste sentido, o trabalho propõe fazer um estudo aprofundado do regramento instituído pela lei 12.441/2011, a fim de contribuir para o amadurecimento da lei no sistema jurídico. Destarte, deve-se estudar para verificar se este é realmente um novo instituto ou se se coaduna com os institutos existentes no mundo, bem como se o nome deve prevalecer em face do regime jurídico e da sua aplicabilidade.

O estudo do referido tema é importante, pois a necessidade de limitação na responsabilidade do empresário individual era evidente e imprescindível para o contexto social. O empresário individual carecia de proteção no que tange o patrimônio, porque sendo imputada a responsabilidade ilimitada para a empresa individual, afugentava muitos possíveis empresários. Assim, retribuindo o anseio da sociedade, em especial, da doutrina e dos empresários individuais, o legislador regulamentou o tema através do EIRELI, contudo a lei nasceu com diversas atecniais.

No primeiro capítulo de desenvolvimento será feita uma abordagem da pessoa jurídica, pois a EIRELI é uma pessoa jurídica. No final do trabalho, será demonstrado se se trata de uma nova pessoa jurídica ou se o ordenamento poderia enquadrar-se em outra pessoa jurídica já existente.

Há também uma abordagem sobre sociedade e seu regramento geral, e das sociedades limitadas, uma vez que são essas as normas aplicadas à EIRELI supletivamente.

No segundo capítulo, é abordado o tema dos empresários individuais, porque são eles os maiores utilizadores da EIRELI. São explanados institutos existentes e que limitam a responsabilidade do empresário individual, quais sejam a sociedade unipessoal e o estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

No terceiro capítulo de desenvolvimento, é feita uma abordagem do projeto de lei, e as transformações sofridas por ele, até a criação da lei. Após isso, são analisados os artigos que foram alterados e inseridos, fazendo uma abordagem crítica em relação a eles. Para, em seguida, finalmente, analisar o instituto trazido, não apenas formalmente.

Deste modo, o presente trabalho analisa a EIRELI e em que se assemelha e/ou diferencia dos demais institutos de proteção ao empresário individual existentes, sendo eles a sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada, ou se seria um instituto *sui generis*, conforme sugere formalmente à lei e a maior parte da doutrina.

2 DA PESSOA JURÍDICA E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A necessidade de abordar os temas da pessoa jurídica e da sociedade empresária como pressupostos do presente trabalho é de clara evidência, porque a EIRELI se constitui como uma pessoa jurídica após o advento da lei 12.441/2011, ou porque o objetivo do trabalho é fazer uma análise comparativa entre o instituto da EIRELI e as espécies empresariais, sobretudo a sociedade unipessoal e o empresário individual de responsabilidade limitada.

2.1 CONCEITO DA PESSOA JURÍDICA

A pessoa jurídica é um sujeito de direito, ou seja, sujeito capaz de ser titular de direitos e deveres. De acordo com Francisco Amaral (2008), a pessoa jurídica é um sujeito de direito, como as pessoas naturais. Contudo, deve-se advertir que a pessoa jurídica será sujeito de direito quando a lei permitir que tenha aptidão para ser titular de relação jurídica, ou seja, ser titular de direitos e deveres.

Insta salientar que a possibilidade de a pessoa jurídica ser titular de direitos e deveres deve ser verificada no caso concreto. Assim, exclui-se da competência da pessoa jurídica, como sujeito de direito, a possibilidade de titularizar situações incompatíveis com a sua natureza, como por exemplo, casar, adotar, entre outros. Pontes de Miranda (1954, p. 288) conceitua a pessoa jurídica ao dizer que:

Ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõe, ou dirigem. Se há direito da entidade, antes de ser pessoa jurídica, à personificação, depende do direito positivo, em toda a sua escala (direito das gentes, direito constitucional estatal, direito administrativo, direito privado). No direito brasileiro, a pessoa jurídica é capaz de todos os direitos, salvo, está visto, aqueles(sic.) que resultam de fatos jurídicos em cujo o suporte fático(sic.) há elemento que ela não pode satisfazer(e.g., ser parente, para suceder legitimamente(sic.), ou ter pretensão a alimentos)[...]

A necessidade de sua criação se deu, pois “Não podemos realizar os nossos objetivos mantendo-nos isolados [...]” (REALE, 2006, p.233). Neste sentido, Francisco Amaral (2008), ao citar Lacerda de Almeida, chama atenção para o surgimento ter se dado através da necessidade ou conveniência das pessoas

naturais se organizarem para realizar objetivos comuns, os quais ultrapassam a esfera das pessoas naturais.

Ademais, ao surgir uma nova espécie de pessoa, faz-se necessário, para atingir os objetivos, a proteção, principalmente do patrimônio.

2.1.1 Teorias da natureza da pessoa jurídica

Existem diversas teorias para tentar explicar a natureza jurídica da pessoa jurídica. Por isso, opta-se por explanar a teoria da ficção, a teoria da realidade objetiva ou orgânica, a teoria da realidade técnica e a teoria da realidade das instituições jurídicas.

A teoria da ficção, de acordo com Orlando Gomes (2009), é defendida por Savigny para o qual a pessoa jurídica é uma ficção jurídica, ou seja, criação da lei ou da doutrina. Segundo Francisco Amaral (2008, p.319), “A pessoa jurídica assim concebida não passa de simples conceito, destinado a justificar a atribuição de certos direitos a um grupo de pessoas físicas”. Dessa forma, recusa a existência real / física da pessoa jurídica, sendo ela apenas abstração da lei ou doutrina.

A teoria orgânica ou da realidade objetiva, sustentada por Gierke, infere que ao se agrupar para realizar interesses comuns de natureza política, comercial, civil, estética ou religiosa, tem-se uma entidade nova, a qual não se confunde com a existência dos membros criadores. (REALE, 2006).

A teoria da realidade técnica sustenta, segundo Orlando Gomes (2009), que a possibilidade de ser titular de direito conferida a essas pessoas é um processo técnico jurídico, possibilitando assim a capacidade jurídica, pois é necessário para o exercício da atividade jurídica, indispensável à sua existência. Sendo assim, é uma realidade e não uma ficção jurídica.

Carlos Roberto Gonçalves (2011) complementa, ao destacar que a possibilidade de ser pessoa jurídica é convencionalizada em lei, pois assim o Estado viabiliza que a pessoa jurídica possa se inserir no mundo jurídico da mesma forma que a pessoa física.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p.267), citando Maurice Hauriou, defensor da teoria da realidade das instituições jurídicas, advoga que a teoria “Centrou seus fundamentos na ideia de que a personalidade humana derivava do direito e também poderia ser concedida a certos entes - agrupamento de pessoas ou destinações de patrimônio [...]”.Francisco Amaral (2008) acrescenta ao dizer que a personalidade jurídica é o elo entre o ordenamento e as instituições.

Carlos Roberto Gonçalves (2011), ao citar Maurice Hauriou, destaca que ele considera as pessoas jurídicas como instituições com organização autônoma.

Caio Mário da Silva Pereira (2009) afirma que a doutrina moderna parece adotar a teoria da realidade técnica e, assim, a vontade da pessoa jurídica é diferente da vontade dos membros componentes.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) indicam, como as teorias mais aceitas na atualidade, também a teoria da realidade técnica e a teoria da realidade das instituições jurídicas.

2.1.2 Espécies de pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas no direito brasileiro são divididas em pessoas jurídicas de direito público, subdividindo-se em público interno e público externo, e pessoa jurídica de direito privado.

2.1.2.1 Pessoas jurídicas de direito público interno

O Código Civil¹, no art. 41 elenca as pessoas jurídicas de direito público interno.

A União é uma pessoa jurídica com base no art. 1 da Constituição da República Federativa do Brasil², conforme demonstra Francisco Amaral (2008), ao doutrinar

¹Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
I - a União;
II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III - os Municípios;
IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

que esse artigo demonstra que os estados brasileiros têm autonomia, ou seja, podem se autoregular, mas não têm soberania.

Caio Mário da Silva Pereira (2009) trata a União como a representação a quem cabe o poder da soberania, obviamente, dentre os seus entes formadores.

Os estados são entes que compõem a União, não têm soberania, porém têm autonomia.

Os municípios são entes que compõem os estados e têm autonomia para se autogerir (autonomia política, administrativa e financeira). Outrossim, essa autonomia permite que sejam atendidos os interesses locais.

Os territórios não existem atualmente no Brasil, contudo, se assim não fosse, seriam pessoas jurídicas de direito público interno. Para a sua criação, é necessária lei complementar, conforme determina o art. 18 da Constituição da República Federativa do Brasil.

As autarquias são integrantes da administração indireta do Estado, decorrentes da necessária descentralização em prol da eficiência. As autarquias são pessoas jurídicas criadas, por lei, para exercer com autonomia atividades típicas da administração pública. Para exemplificar, pode-se utilizar a Ordem dos Advogados e o Instituto Nacional de Seguridade Social.

O domicílio da pessoa jurídica de direito público interno será em regra na sede do governo, conforme determina o art. 75 do Código Civil.

2.1.2.2 Pessoas jurídicas de direito público externo

O Código Civil³ no art. 42 prevê a pessoa jurídica de direito público externo. Sendo as pessoas jurídicas de direito público externo as pessoas regidas pelo direito internacional público. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2009), as pessoas jurídicas estrangeiras seguem a lei da sua origem, contudo suas agências e filiais no Brasil se submetem a lei do Brasil, inclusive no que concerne a autorização para

²Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

³Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

funcionamento. Francisco Amaral (2008) cita como exemplo a ONU, o FMI, a UNESCO, dentre outros.

2.1.2.3 Pessoa jurídica de direito privado

O Código Civil,⁴ no art. 44, enumera as pessoas jurídicas de direito privado. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2008) indicam que se dividem em corporações e fundações. As corporações são subdivididas em sociedades e associações. Elas são a reunião de pessoas para o exercício de um objetivo comum.

A fundação é a afetação de um patrimônio, ou seja, dotação de bens para um determinado fim. Diferencia-se da associação e da sociedade, já que elas se caracterizam pela reunião de pessoas com interesses comuns.

Por outro lado, conforme Miguel Reale (2006), as fundações existem de modo objetivo, com a destinação de bens para realizar um determinado fim, não prevalecendo o elemento pessoal.

A associação difere-se da sociedade, uma vez que esta tem fins lucrativos e as associações não perseguem o lucro. Insta salientar, que a associação pode ter lucro, todavia deve ser revertido para os fins dela e não repartido entre os integrantes.

O Código Civil, ao incluir a sociedade no rol de pessoas jurídicas, quis destinar essa característica tanto para a sociedade simples quanto para a sociedade empresária. Porém elas se diferenciam, pois na sociedade simples não há o exercício de atividade de natureza empresarial, à vista disso a pessoa do sócio não é tão importante, ou exerce atividade de natureza rural sem registro na junta comercial.

Francisco Amaral (2008) aponta que as organizações religiosas são espécies de associação, contudo, diante da sua função e do valor perante a sociedade, bem

⁴Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV – as organizações religiosas;

V – os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

como a não existência de fim econômico, o Código Civil tratou em inciso separado o reconhecimento do status de pessoa jurídica. Assim, a partir de 2003, foi conferida a qualidade de pessoa jurídica para as organizações religiosas.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011) defendem que as organizações religiosas são associações.

No entanto, Carlos Roberto Gonçalves (2011) defende que as organizações religiosas não são espécies de associações, pois têm fins econômicos, o que faz, por sua vez, não se enquadrarem no art. 53 do Código Civil⁵.

Ao partido político também foi conferida a possibilidade de ser pessoa jurídica. Carlos Roberto Gonçalves (2011) destaca que o fim do partido político precipuamente é o fim político, independente se há ou não fins econômicos e, por conta disso, é tratado de modo autônomo no Código Civil.

Para Maria Helena Diniz (2005), os partidos políticos são associações civis que adquirem personalidade jurídica com o registro do seu estatuto no cartório competente e no Tribunal Superior Eleitoral. Eles têm grande importância na busca da defesa dos direitos fundamentais.

As organizações religiosas e os partidos políticos não foram incluídas no rol de pessoa jurídica com o Código Civil de 2002, uma vez que eram entendidas como associações civis. Entretanto, em 2003, foram adicionados incisos incluindo, formalmente, as organizações religiosas e os partidos políticos nesse rol.

A inclusão, no art. 44, da empresa individual de responsabilidade limitada no rol de pessoa jurídica de direito privado é uma recente ampliação, a qual será tratada neste trabalho em outro capítulo.

As pessoas jurídicas de direito privado extraídas da leitura do art. 44 do Código Civil de 2002, conforme determina o Enunciado 144 da III Jornada de Direito Civil, são apenas exemplos, ou seja, o rol do art. 44 do Código Civil não deve ser considerado *numerus clausus*.

Carlos Roberto Gonçalves (2011) defende que a pessoa jurídica de direito privado tem um domicílio especial, pois pode ser escolhido. Caso não seja escolhido o domicílio, será considerado o local onde funciona a diretoria e administração.

⁵Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

A pessoa jurídica de direito privado pode ainda ter múltiplos domicílios. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008) destacam a importância dessa possibilidade de pluralidade de domicílio, pois facilita para o credor exigir o cumprimento da obrigação pela pessoa jurídica.

2.2 DA EXISTÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA

Orlando Gomes (2009, p. 175) destaca que, “Precisa a pessoa jurídica, para existir, constituir-se por ato jurídico plurilateral, quando revista à forma de associação ou de sociedade, e por ato jurídico unilateral quando de fundação”.

Francisco Amaral (2008) diz ser necessário o elemento material e o elemento formal para que se caracterize a existência da pessoa jurídica. O elemento material se caracteriza pela pluralidade de pessoas, pela união de bens que garantem a realização das obrigações, bem como pela finalidade específica. Ele acrescenta ainda que essa finalidade necessariamente deve ser lícita e possível. O elemento formal se caracteriza pelo ato constitutivo, um estatuto e o registro do ato constitutivo no órgão correto, exigência decorrente da necessidade de publicidade. E, em alguns casos, será necessária a autorização do governo para a constituição e para o funcionamento. Esses são os elementos gerais, entretanto, em algumas situações, não poderá ser verificada a existência de todos os elementos, como por exemplo, nas associações, nas quais *a priori* não é necessário um patrimônio próprio.

Carlos Roberto Gonçalves (2011) chama atenção para o fato de que nem sempre a reunião de pessoas com interesses comuns terá reconhecida a personalidade jurídica. Esses são os entes despersonalizados, que, mesmo com peculiaridades compatíveis com as pessoas jurídicas, faltam requisitos. Tem-se como exemplo a família, a massa falida, o espólio a sociedade de fato ou irregular. Adverte também que, na maior parte das vezes, será conferida a eles a capacidade processual, conforme demonstra o art. 12 do CPC⁶ nos incisos III, IV, V e VII.

⁶Art.12 - Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

III - a massa falida, pelo síndico;

IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador;

2.3 EFEITOS DA PERSONIFICAÇÃO

São evidentes três efeitos decorrentes da personificação.

Ao se criar uma pessoa jurídica, ela tem capacidade para atuar em processos que não se confundem com os das pessoas naturais que as criaram. Esse efeito decorre do próprio conceito de pessoa jurídica, pois a pessoa jurídica é sujeito de direito

A pessoa jurídica tem ainda autonomia de atuação. Não se pode confundir a atuação da pessoa jurídica com a atuação das pessoas naturais, porque por não ter existência física às pessoas naturais são apenas exteriorizadores dos atos da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica tem autonomia patrimonial, portanto o seu patrimônio não se confunde com os das pessoas naturais que a constituem.

2.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008), foi desenvolvida por tribunais norte-americanos. A origem de tal teoria tem sido remontada ao caso *Salomon v. Salomon & Co.* Aaron Salomon que para construir uma sociedade reuniu membros de sua família. As ações foram divididas de forma desproporcional, pois Aron tinha 20.001 delas, enquanto os outros membros cada um tinha uma ação. Aaron integralizou 20.000 ações com a transferência de um fundo de comércio. Todavia, o valor do fundo era superior ao valor das ações, Aaron se tornou credor da sociedade. Com a ruína da sociedade, ele conseguiu vencer na *House of Lords*, fazendo valer seu direito em detrimento dos demais credores quirografários.

V - o espólio, pelo inventariante;

VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;

Susy Elizabeth Cavalcante Koury (1997) indica, como o primeiro caso da desconsideração da personalidade jurídica nos Estados Unidos no ano de 1809, quando Juiz Marshall “levantou o véu” da pessoa jurídica.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (1989), a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se volta contra a pessoa jurídica, pois nada mais é do que um aprimoramento dela.

A desconsideração da personalidade jurídica se tornou elemento necessário no ordenamento, porque, segundo Susy Elizabeth Cavalcante Koury (1997), como foi o ordenamento jurídico que personificou o ente, não pode desconhecer a realidade. Sendo assim, tem que se preocupar com a utilização no mundo prático. Portanto, quando houver o desvirtuamento da função social da pessoa jurídica, deve-se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) registram que a proteção dos direitos da personalidade da pessoa jurídica não deve ser utilizada para aumentar o lucro, e sim para efetivar a realização da função social da pessoa jurídica.

A desconsideração da pessoa jurídica serve para proteger, sobretudo as pessoas naturais que estejam correlacionadas com a empresa. Disso extrai-se que a aplicação dos direitos da personalidade à pessoa jurídica serve para realizar os interesses das pessoas naturais.

Segundo Francisco Amaral (2008), as decorrências de se reconhecer a personalidade jurídica para alguns entes acarretam efeitos. Logo, ao se constituir uma pessoa jurídica, ela terá direitos e deveres, inclusive ao patrimônio distinto das pessoas que a constituem.

O patrimônio da pessoa jurídica é autônomo e, assim, não se confunde com os dos seus integrantes. A proteção ao patrimônio é necessária. Se não fosse desse jeito, muitos não se aventurariam no exercício da atividade empresarial. Entretanto, a separação dos direitos e deveres, e do patrimônio não podem ser aproveitadas como meios para viabilizar a oportunidade de cometer atos abusivos ou ilícitos contra credores, desviando o objetivo social da pessoa jurídica. Dessa forma, para evitar que a pessoa jurídica acoberte atos fraudulentos dos seus integrantes, o

Código Civil⁷ de 2002, no art. 50 e o CDC,⁸ no art. 28, permite que o juiz aplique a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

O que neste sentido ocorreu foi que se elaborou uma doutrina de sustentação para, *levantando o véu* da pessoa jurídica, alcançar aquele que, em fraude à lei ou ao contrato, ou por abuso de direito, procurou eximir-se por trás da personalidade jurídica e escapar, fazendo dela uma simples fachada para ocultar a situação danosa. (PEREIRA, 2009, p. 287)

Fábio Ulhoa Coelho (2003) adverte que a desconsideração não leva à desconstituição da pessoa jurídica. Por essa teoria, há apenas uma desconsideração de alguns efeitos temporariamente do ato constitutivo para o caso concreto. Dessa maneira, a separação patrimonial não será aplicada no caso em que tenha fraude, para que não possibilite a pessoa jurídica descumprir as suas obrigações.

Nesta senda, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2005) ressaltam que não se tem neste instituto a despersonalização, pois, se assim fosse, ocorreria à extinção da pessoa jurídica, que não é o objetivo do instituto. Há desconsideração apenas para o caso concreto, porém é mantida a pessoa jurídica de maneira geral.

Os artigos supracitados indicam os casos em que pode haver a desconsideração da pessoa jurídica.

2.4.1 Teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva e o Código Civil

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011) indicam que o Código Civil se utilizou da teoria maior objetiva, porque, segundo ela, só se pode levantar o véu da pessoa jurídica para combater atos fraudulentos ou atos abusivos caracterizados pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

⁷Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁸Art. 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) diferenciam a teoria maior objetiva da teoria maior subjetiva de acordo com a exigência do elemento anímico.

Assim, a teoria maior subjetiva é aquela que defende a desconsideração da pessoa jurídica quando houver fraude ou abuso de direito e quando houver o *animus* para tal ato.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) indicam o enunciado 7^o da Jornada de Direito Civil, e este é de suma relevância, por determinar que apenas o sócio implicado em confusão patrimonial ou que desviar a finalidade poderá ter o seu patrimônio atingido. Tal segurança é necessária para os demais sócios.

A despeito disso, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2005) ressaltam que a doutrina e jurisprudência fundamentam a desconsideração da personalidade jurídica na fraude ou no abuso de direito. Contudo, incluem na justificativa, para a desconsideração da personalidade jurídica, também o requisito da confusão patrimonial.

Entretanto, já se vislumbra em sede de jurisprudência a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando houver confusão patrimonial. O que se constata com a ementa abaixo:

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEÓRIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração. [...] (RESP- Nº 693.235, STJ- 4ª Turma, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, DJ: 30/11/2009).

⁹⁷– só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

Assim sendo, conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada tanto quando houver o abuso de direito, como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, levando-se em consideração o elemento objetivo.

2.4.2 Teoria menor e o Código de Defesa do consumidor e Justiça do Trabalho

O CDC utilizou-se da teoria menor, e isso pode ser vislumbrado pelo § 5º do art. 28 do CDC¹⁰. Portanto, na seara consumerista, pode-se desconsiderar a pessoa jurídica, independente da causa, quando a separação patrimonial for obstáculo para o ressarcimento.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2005), se a teoria maior pode ser entendida como um aprimoramento do instituto da pessoa jurídica, a teoria menor deve ser entendida como uma indagação da sua pertinência.

O entendimento de aplicação da teoria menor para a desconsideração da personalidade jurídica, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011), também é utilizado na justiça do trabalho

Sendo assim, muitas são as possibilidades de aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica no âmbito consumerista e trabalhista.

2.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA

A Constituição é a norma que tem influência em todas as outras normas do ordenamento jurídico. Assim, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, foi necessário que houvesse o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) indicam que houve uma alteração nos conceitos do Direito Civil com o reconhecimento como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana pela Constituição da República

¹⁰§ 5º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Federativa do Brasil. Dessa forma, ao se inserir o direito da personalidade no Código Civil de 2002, em verdade, demonstra-se o cumprimento das orientações fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

Destarte, conclui-se que os direitos da personalidade decorrem diretamente dos direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

O art. 52 do Código Civil¹¹ impõe a aplicação dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, obviamente no que couber. Os direitos da personalidade, segundo Orlando Gomes (2009), protegem a dignidade e são essenciais. Portanto, é necessária que a proteção seja da ordem física, psíquica ou intelectual.

Os direitos da personalidade são absolutos e oponíveis *erga omnes*, ou seja, toda a sociedade deve reverenciá-los. Eles são direitos relativamente indisponíveis. Nesse caso, o titular não pode dispor totalmente e, quando ceder, o exercício do direito e não a titularidade, só poderá ser temporariamente.

Os direitos da personalidade são imprescritíveis, e, assim, a defesa desses direitos de uma lesão pode ser pretendida a qualquer tempo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008) chamam atenção, pois essa característica não se confunde com a prescrição da pretensão indenizatória. Ela é passível de prescrição, o que não prescreve é proteção ao direito da personalidade como, por exemplo, a pretensão que não se utilizem do nome pode ser exercida a qualquer tempo.

Estes são direitos vitalícios, ou seja, se extinguem com a morte do seu titular. Deve-se advertir a existência da figura dos lesados indiretos, pois podem reclamar o direito da personalidade de quem já morreu.

Os direitos da personalidade são ainda extrapatrimoniais, ou seja, esses direitos não podem ser contemplados monetariamente. Porém, para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008), ao serem violados, devem ser reparados monetariamente, como forma de atenuar o prejuízo ocasionado e servir como sanção educativa para o agressor do direito.

Logicamente, alguns direitos da personalidade não são aplicáveis na esfera das pessoas jurídicas, pela própria natureza desses direitos. Sendo assim, Fábio Ulhoa Coelho (2003) cita como os direitos da personalidade não aplicáveis à pessoa

¹¹Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

jurídica, ao direito à vida e o ao corpo. Para ele, não pode haver nenhuma extensão para considerar a aplicação desses direitos à pessoa jurídica. Indica também que os direitos da personalidade aproveitáveis pela pessoa jurídica são os direitos ao nome, à imagem, à vida privada e inclusive a honra.

Caio Mário da Silva Pereira (2009) destaca como especial o direito da personalidade aplicável à pessoa jurídica, o direito ao nome empresarial. De acordo com a lei, o nome empresarial é a firma ou denominação utilizada pela empresa. Ele merece a proteção em especial, pois é o que determina a designação da empresa, referindo-se à forma de divulgação da empresa perante a sociedade e, principalmente, aos consumidores.

Dessa forma, o nome é direito da personalidade da empresa e, então, pode o empresário proteger esse direito, usar e impedir o uso de outrem ou até ceder.

2.6 SOCIEDADE EMPRESÁRIA

No Código Civil de 1916, havia distinção entre sociedade civil e sociedade empresarial. Com o advento do Código Civil de 2002, a referida distinção não existe mais.

De acordo com Marlon Tomazette (2012), as sociedades civis e comerciais eram distinguidas a partir do objeto da sociedade ou ainda da forma que eram revestidas. Eram sociedades civis as que tivessem seu objeto nas atividades civis, como à agricultura, à pecuária, e eram consideradas comerciais as sociedades cuja atividade era voltada para fins comerciais.

Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004), havia dificuldade de imputar com precisão a espécie societária. O autor aponta como exemplos dessa dificuldade que as sociedades por ações sempre eram consideradas comerciais, independente do objeto desenvolvido, e que as sociedades cooperativas eram reputadas como civis, mesmo tendo objeto mercantil.

Com a adoção do Código Civil de 2002, essa distinção não existe mais, agora se separa em sociedade simples e sociedades empresariais.

2.6.1 Conceito de sociedade

A sociedade é um ente dotado de personalidade jurídica a qual, através de um contrato, as partes se obrigam a fornecer bens e/ ou serviços distribuindo, assim, o resultado da atividade entre si. Esse conceito pode ser extraído do art. 981 do Código Civil¹².

Marlon Tomazette (2004) destaca como elementos necessários para a sociedade a existência de duas ou mais pessoas, reunião de bens e serviços, exercício de uma atividade econômica e que haja a partilha de resultados. Ele ressalta a necessidade de existência de duas ou mais pessoas, pois existe a vedação da sociedade unipessoal, salvo a existência da sociedade unipessoal subsidiária e da sociedade temporária.

Diante do requisito apresentado de pluralidade de pessoas, o presente trabalho fará uma crítica, em outro capítulo, à necessidade do referido requisito.

A necessidade de reunião de bens e serviços demonstra a autonomia dos bens da sociedade e dos sócios.

É necessário, ainda, o exercício de uma atividade econômica e a persecução do lucro para serem partilhados pelos sócios, sendo que aquela não se confunde com a filantropia.

2.6.2 Natureza jurídica do ato constitutivo

Há divergências quanto à natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade.

Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004), durante muito tempo, não se discutia acerca da natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade, pessoa jurídica, sendo este tratado como contrato. Entretanto, diante das dificuldades de aplicação das características gerais dos contratos para o ato constitutivo da sociedade, começou-se a discutir a natureza dele.

¹²Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Por conseguinte, o presente trabalho abordará a teoria anticontratalista, a teoria do ato complexo, a do ato coletivo, a do ato corporativo, a teoria do contrato plurilateral e a teoria institucionalista.

As teorias anticontratalistas defendem que o ato de constituição da sociedade não decorreria de um contrato, pois entendem que no ato de constituição da sociedade há o encontro de vontades. Contudo, dizem não haver partes contrapostas e que sempre há identidade da finalidade, o que tiraria o seu caráter de contrato.

De acordo com Marlon Tomazette (2012), a teoria do ato complexo entende que, na constituição das sociedades, as vontades são dirigidas no mesmo sentido. Por isso, as vontades perderiam a sua individualidade, sendo vislumbradas como um ato unilateral, o que não ocorreria na concepção da teoria do ato coletivo.

Segundo Rubens Requião (2007), a teoria do ato coletivo defende que para a constituição da sociedade há vontades que se unem, embora possam ser percebidas individualmente.

As referidas teorias sofrem críticas, uma vez que as vontades dos sócios no ato da constituição da sociedade nem sempre são idênticas, elas podem se entrecruzar. Salienta-se, além disso, que pode haver conflitos no ato de constituição da sociedade, bem como após a constituição. Então, não seria possível afirmar a inexistência de vontades contrapostas no ato de constituição da sociedade.

Para a teoria do ato corporativo, o ato constitutivo da sociedade representa antecipação da vontade da sociedade que está se formando, sendo esta, portanto, a vontade da nova pessoa jurídica que vai surgir. Vontade esta que é unilateral.

Tullio Ascarelli(1969) renovou a concepção contraturalista ao defender que a solução é utilização das subespécies dos contratos. Assim, deveria adotar para a sociedade a teoria do contrato plurilateral. Destarte, conclui que o ato constitutivo é um contrato, contudo, que não pode ser entendido como um contrato bilateral.

Tullio Ascarelli (1969) delimita as diferenças das teorias gerais dos contratos e ressalta a importância das diferenças do contrato plurilateral. Pela teoria do contrato plurilateral, é possível a existência verdadeiramente de mais de duas partes. Cada parte assume obrigações e tem direitos perante todos. As partes contrapostas se unem baseadas na finalidade comum.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004) admite que a teoria do contrato plurilateral é a mais adequada para representar a natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade. Mas faz a restrição que tal teoria não explica a possibilidade de constituição da sociedade unipessoal, uma vez que, se tratando de contrato, pressupõe a existência de pelo menos duas pessoas. A pluralidade de pessoas não é vislumbrada na sociedade unipessoal.

Existe ainda a teoria do ato institucional. Ela é importante para explicar o ato constitutivo das sociedades por ações.

No primeiro momento, o institucionalismo era publicista, o qual buscava a elevação do valor da administração da sociedade por ações, afastando a ideia de que a sociedade deve atender ao interesse dos sócios. Segundo Calixto Salomão Filho (2002), a teoria defendia a busca pelo interesse público e não apenas privado. Deve-se ressaltar que o interesse público não se confunde com interesse dos sócios.

Já no segundo momento, com institucionalismo integracionista, Calixto Salomão Filho (2002), ao citar H. J. Mertens, induz que o interesse neste momento se traduzia na preservação da empresa.

Rubens Requião (2007) afirma que mesmo não se filiando a teoria do ato institucional, ela foi utilizada pelo legislador brasileiro na lei das sociedades anônimas.

2.6.3 Elementos da sociedade

Existem dois tipos de elementos necessários para a constituição de uma sociedade. Os elementos gerais, porque o ato de constituição é um ato jurídico, e os elementos específicos.

2.6.3.1 Elementos gerais

Para todo ato jurídico são aplicáveis os requisitos básicos do artigo 104 do Código Civil. Dessa maneira, deve haver o consenso, ou seja, todos os sócios devem

manifestar a sua vontade de constituir a sociedade. A manifestação de vontade deve ser livre.

O Código Civil de 2002 não traz vedação expressa à participação do incapaz como sócio. Assim, segundo Marlon Tomazette (2012), o incapaz pode ser sócio, porém a sociedade não pode ter responsabilidade ilimitada.

A incapacidade, bem como, vício na manifestação da vontade, nem sempre conduz necessariamente a dissolução da sociedade, pode haver apenas invalidade da manifestação dela.

O objeto da atividade deve ser lícito, ou seja, deve estar em conformidade com a lei, com a moral e com os bons costumes.

Tem-se, além disso, como requisito geral dos atos jurídicos, a observância da forma. O Código Civil de 2002 não traz a forma expressa, sendo assim pode ser escrita ou tácita, ressalvando aquelas que tenham vantagens tributárias e mercantis.

2.6.3.2 Elementos específicos

Como foi visto no conceito de sociedade, é necessário fornecer bens ou serviço para constituir uma sociedade. Portanto, é imprescindível para exercer uma atividade econômica o capital inicial, o qual deve ser composto por contribuições dos sócios, denominada de capital social.

José Xavier Carvalho de Mendonça (1954) define o capital social como o total em dinheiro, investido ou prometido pelos sócios, para realizar a finalidade almejada da sociedade.

Segundo Marlon Tomazette (2012), a contribuição para o capital social em regra é em dinheiro, mas nada obsta que haja contribuições em trabalho para algumas espécies societárias, com exceção das sociedades limitadas, anônimas e de alguns sócios em comandita simples. Além disso, pode ainda haver contribuições em bens que não seja dinheiro. Porém, é necessário que estes bens tenham repercussão econômica, ou seja, possam ser aferidos em dinheiro. Quando a contribuição não for dinheiro, for em bens, o sócio contribuinte é garantidor do bem destinado a sociedade.

Após a contribuição, passa a existir um direito pessoal, ao status de sócio e suas implicações, bem como um direito patrimonial.

O capital social tem o fim específico de realização do objetivo comum. Assim, o sócio não pode utilizar o capital social para suprir necessidades próprias. Não pode, inclusive, os credores se utilizarem desse patrimônio para suprir uma dívida pessoal do sócio. Essas afirmações são extraídas da autonomia patrimonial decorrente da personificação.

A pluralidade de partes ainda é suscitada como requisito necessário, pois o Código Civil em seu art. 1033,VI¹³ prevê, como causa extintiva da sociedade, a não reconstituição da pluralidade de sócios em 180 dias. Contudo, frisa-se, no parágrafo único do mesmo artigo, a possibilidade de ser requerida a transformação da sociedade em EIRELI ou empresário individual.

Fábio Ulhoa Coelho (2010) defende que não existe sociedade sem sócios. Como já mencionado neste trabalho, a necessidade do requisito de pluralidade de pessoas para que exista uma sociedade será analisada em outro capítulo.

Outro requisito necessário para a sociedade é o *affectio societatis*, requisito subjetivo que simboliza mais do que uma simples concordância de perseguir o objetivo comum. Aqui é verdadeiramente a vontade de alcançar o objetivo comum da sociedade.

Vale transcrever a lição de Vera Helena de Mello Franco (2004, p.177) “*Affectio societatis* significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinados benefícios, e o elemento confiança é da essência da sociedade”.

Ademais, a vontade comum deve ser vislumbrada tanto no ingresso na sociedade, quanto durante toda a existência da sociedade. Portanto, só não existirá mais quando ela for extinta.

¹³Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;
Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

Sendo a *affectio societatis* um requisito imprescindível para a constituição e existência da sociedade, a não existência desse elemento resulta na dissolução dela ou, quando possível, na exclusão do sócio que impede a existência desse requisito.

Contudo, Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004) afirma que não considera o *affectio societatis* como requisito obrigatório, pois poderia ser utilizado como argumento de sócios majoritários para alijar os minoritários. Destarte, a exclusão de sócios só poderia ocorrer mediante motivo justo.

A sociedade visa ao lucro, daí decorre o requisito da participação dos sócios nos lucros sociais. Diante disso, o Código Civil, no art. 1.007¹⁴, institui a regra geral, se não houver disposição em contrário.

2.7 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

O Código Civil de 2002 trouxe os tipos de sociedade empresarial, rol este considerado taxativo. Assim, os tipos de sociedade empresarial são: comandita simples, comandita por ações, anônima, limitada e em nome coletivo.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2010), apenas as sociedades limitada e anônima têm importância econômica, as outras são criadas para atividades menores. Adverte, ainda, que a sociedade em conta de participação não é considerada sociedade para fins de classificação das espécies societárias, já que é sujeita a regras muito específicas por não se tratar de pessoa jurídica¹⁵.

As sociedades podem ser de pessoa ou de capital. Tal característica leva em consideração o elemento preponderante na sociedade. Será uma sociedade pessoal quando para a realização do seu objeto social depender a atuação do sócio. “[...] os sócios aceitam-se, tendo em consideração suas qualidades pessoais, e, por isso, se dizem formada *intuito personae*;[...]” (MENDONÇA, 1954, p. 62). Será uma sociedade de capital quando os atributos individuais dos sócios não forem elementos

¹⁴Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

¹⁵Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

necessários para a realização do objeto social. Elas são denominadas por Modesto Carvalhosa (2005) como *intuitu pecuniae*.

A característica de ser uma sociedade de pessoa ou de capital influencia, sobretudo, na cessão da participação societária, uma vez que na sociedade de pessoas, para haver a cessão, é necessário à anuência dos demais sócios, pois para a realização do objeto social é necessária à contribuição do elemento pessoal dos sócios. Contudo, na sociedade de capital não é necessária à anuência dos demais sócios para haver a cessão, importando somente às entradas de cada um.

Vera Helena de Mello Franco (2004) conclui que nas sociedades pessoais o incapaz não poderá ser sócio, pois é necessário que haja uma participação do patrimônio que não é permitido para o incapaz, vedação que ocorre também na sociedade de responsabilidade ilimitada.

As sociedades podem ter estabilidade ou instabilidade do vínculo entre os sócios.

O vínculo será instável quando o sócio puder se desligar da sociedade por simples ato de vontade, ato que é unilateral. Portanto, o vínculo será estável quando não for suficiente a mera vontade do sócio em se desligar da sociedade. As sociedades podem ser classificadas ainda como de responsabilidade limitada ou ilimitada.

Insta salientar, que a responsabilidade do sócio no que tange a uma sociedade regular é sempre subsidiária. Assim, para a satisfação de dívidas sociais será utilizado, em primeiro lugar, o patrimônio da sociedade.

A responsabilidade dos sócios, além de ser subsidiária, poderá ser limitada ou ilimitada. Entretanto, a sociedade sempre responderá ilimitadamente pelos débitos assumidos por ela.

A responsabilidade dos sócios será limitada quando eles apenas arcarem com a dívida social dentro de um limite estabelecido. Entretanto, a responsabilidade será ilimitada quando responderem por toda a dívida contraída pela sociedade, sem limitação.

Nas sociedades anônima e limitada, a responsabilidade é limitada. As sociedades em nome coletivo e irregulares têm responsabilidade ilimitada.

Há possibilidade de que cada sócio de uma mesma sociedade responda de forma diferente. São as sociedades em que uns sócios respondem pelas obrigações

sociais sem qualquer limitação e outros sócios não têm nenhuma responsabilidade por elas. São as chamadas sociedades mistas. As sociedades de responsabilidade mista são vislumbradas nas sociedades em comandita simples e em comandita por ações.

Fábio Ulhoa Coelho (2010), ao destacar a característica de subsidiariedade, aponta que, só após a quebra da sociedade e exaurido o patrimônio social, os bens dos sócios poderão ser utilizados para o pagamento da dívida contraída pela sociedade.

2.8 SOCIEDADE LIMITADA

A importância de abordar a sociedade limitada no presente trabalho é manifesta, porque a lei que criou o EIRELI indica as regras referentes às sociedades limitadas como subsidiárias à EIRELI, ou seja, se aplica no que couber as regras das sociedades limitadas.

A criação da sociedade limitada, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2010), é resultado dos interesses de pequenos e médios empreendedores que queriam ter a responsabilidade limitada, a qual já era aplicada para as sociedades anônimas, mas sem a necessidade de cumprir as formalidades exigidas para estas. Chama atenção ainda, que as primeiras tentativas para a criação dessa limitação sem tantos requisitos se deu na simplificação das sociedades por ações.

A criação da sociedade limitada, segundo José Edwaldo Tavares Borba (2010), se deu na Alemanha em 1892. A partir disso, sociedade limitada se difunde, possibilitando, que vários ordenamentos jurídicos comecem a adotá-la.

No Brasil, segundo Rubens Requião (2007), houve a tentativa da criação da sociedade por ações simplificada, denominada de sociedade de responsabilidade limitada no ano de 1865, porém foi rejeitada em 1867 pelo imperador D. Pedro II.

Vera Helena de Mello Franco (2004) afirma que, no Brasil, a sociedade limitada foi adotada com o advento do Decreto 3.708 de 1919, utilizando-se do modelo adotado em Portugal em 1901. O Decreto 3.708 era resumido, possuía apenas 18 artigos.

Com o advento do Código Civil de 2002, foi verdadeiramente regulamentado a sociedade limitada.

O art. 1052 do Código Civil¹⁶ preceitua que os sócios são responsáveis solidários pela integralização do capital social e a sua responsabilização pode se dar até o valor do montante do capital social.

2.8.1 Características

A sociedade limitada pode se utilizar tanto de razão social, indicando os nomes dos sócios, como também de denominação, aquela que não indica. No entanto, para a utilização de denominação é necessária indicação da atividade exercida, conforme determina o art. 1.158, § 2º do Código Civil¹⁷.

Para o nome da sociedade limitada, utilizando-se da razão social ou da denominação, é necessário que a expressão limitada seja indicada, de acordo com o art. 1.158 do Código Civil.

A indicação no nome da sociedade limitada é de suma relevância, pois se não houver a indicação da expressão limitada, há alteração no regime de responsabilidade dos sócios. Dessa maneira, com a não indicação da expressão limitada no nome a responsabilidade dos sócios será ilimitada. A responsabilidade nas sociedades limitadas é equivalente ao valor do capital social.

Ademais, a responsabilidade de cada sócio é adstrita a sua quota, sendo ele solidariamente responsável pelo valor ainda não integralizado. Tarsis Nametala Sarlo Jorge (2007) indica que a responsabilidade dos sócios é no limite do capital social não integralizado.

Portanto, o incapaz pode ser sócio de uma sociedade limitada, por ser uma sociedade que os sócios têm responsabilidade limitada. Contudo, isso só pode acontecer após a integralização total do capital social, e ele não pode exercer cargo de gerência.

¹⁶Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

¹⁷Art. 1.158. Pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final "limitada" ou a sua abreviatura.

§ 2º A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios.

2.8.2 Capital social da sociedade limitada

Marlon Tomazette (2012) conceitua o capital social como sendo a contribuição de todos os sócios destinados para a realização do objetivo da sociedade. O regramento do capital social é de grande relevância para a sociedade limitada, pois ele é a garantia dos credores. É indicado no contrato social. Assim, haverá modificação do contrato social em qualquer alteração do capital. Vale frisar que há necessidade de que o capital inicial tenha sido totalmente integralizado.

No regramento do capital social das sociedades limitadas existem diferenças em relação ao quanto já explanado no trabalho, pois não é possível que a contribuição dos sócios para o capital social seja através de serviços.

Assim, é necessário que a contribuição dos sócios para o capital social seja de dinheiro ou bens. Tal vedação tem como fundamento a garantia dos credores, já que é contemplada pelo capital social.

O capital social é de extrema importância para a sociedade limitada, visto que é a garantia de seus credores. Diante disso, há o princípio da estabilidade do capital social. O referido princípio preceitua que para haver alteração no capital social é necessário o preenchimento de requisitos.

Logo, para que haja o aumento do capital social, é necessário que já esteja integralizado o capital inicialmente subscrito. Só pode reduzir o capital social em caso de perdas irreparáveis e em caso de capital excessivo.

Rubens Requião (2007) destaca que a integralização do capital social pode se dar a prazo, porém, uma vez não integralizando, o capital social, tornar-se-á sócio remisso e poderá ser excluído da sociedade pelos demais sócios.

Uma característica do capital social de uma sociedade limitada é que ele é dividido em quotas. Essas quotas podem ser cedidas a título oneroso ou gratuitamente. O Código Civil de 2002, no art. 1057¹⁸, institui que, não havendo disposição em contrário no contrato social, a cessão de um sócio para outro sócio será livre, ou

¹⁸Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

seja, não necessitará de consentimento dos demais sócios. A opção em ser livre ou depender de consentimento dos demais sócios é um elemento que pode indicar ser a sociedade de caráter pessoal ou de caráter capital. Contudo, o mesmo artigo adverte que se a cessão das quotas for para terceiros não pode haver a oposição dos sócios na equivalência de 25% do capital social.

A quota é patrimônio do sócio e, uma vez constituída uma dívida, a quota do sócio devedor é passível de penhora. Assim, segundo Sérgio Campinho (2004), o arrematante pode ingressar na sociedade. Adverte que se a cessão de quotas não for livre, deve ser garantido o direito de preferência, seja da sociedade para remir a dívida do sócio, seja para os demais sócios arrematarem as quotas.

José Xavier Carvalho de Mendonça (1954) salienta que as quotas têm duas feições, pois constituem um direito patrimonial, e um direito pessoal decorrentes da condição de sócios.

Uma questão que há impasse na doutrina diz respeito à cessão de quotas para a própria sociedade, ou seja, se a sociedade pode ser sócia dela mesma.

José Edwaldo Tavares Borba (2010) advoga no sentido de que é possível haver cessão das quotas da sociedade para ela mesma. Contudo, indica como requisito para haver a cessão de quotas a adoção das regras supletivas da sociedade anônima, ou a previsão de tal possibilidade no contrato social, ou não havendo, poderá ocorrer com a anuência de todos os sócios.

A despeito disso, Sérgio Campinho (2004) advoga a tese de que não é possível haver cessão de quotas para a sociedade. Entende que a previsão no código da possibilidade de outras pessoas, sócios e não sócios, adquirirem as quotas da sociedade, e ante ao silêncio legislativo da possibilidade dela se tornar titular de quotas, restaria demonstrado à impossibilidade.

2.4.3. Administração da sociedade limitada

Os administradores agem pela sociedade limitada. Embora seja comum chamar o administrador de representante da sociedade, Fábio Ulhôa Coelho (2012) cita a crítica da doutrina e considera que o correto seria chamá-lo de presentante.

Pode ser administrador da sociedade tanto um sócio quanto um terceiro. Contudo, para um não sócio ser administrador da sociedade, o Código Civil de 2002 exige um quórum maior, qual seja, da unanimidade se o capital social não estiver integralizado e de 2/3 se já estiver integralizado.

Diferente disso, é o quórum exigido para a nomeação de um sócio como administrador. Se o sócio for nomeado em contrato social é necessário o quórum de 3/4 dos titulares do capital social, porém se a nomeação se der através de ato em apartado é necessária à vontade dos sócios titulares de mais da metade do capital social.

A despeito disso, a existência de uma administração não afasta o direito dos sócios em fiscalizar a gestão da sociedade. Os sócios podem colocar em funcionamento o conselho fiscal, para que, de modo imparcial, fiscalize a gestão da sociedade. Os conselheiros têm direito a remuneração por essa função, que deve ser instituída por assembleia.

Fábio Ulhoa Coelho (2012) entende que os deveres previstos para os administradores da sociedade anônima devem ser aplicados à sociedade limitada. Os deveres são de agir com diligência e lealdade.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 476) infere que para cumprir o dever de diligência: “[...] o administrador deve observar, na condução dos negócios sociais, os preceitos da tecnologia da administração de empresas, fazendo o que esse conhecimento recomenda, e deixando de fazer o que ele desaconselha”. Mesmo não sendo obrigatória a formação em administração, o administrador deve buscar conhecimento nessa área, para exercer o seu dever com diligência.

Para cumprir o dever de lealdade, o administrador não pode se valer de informações privilegiadas para ter proveito para si ou para terceiros, não pode também participar de atividades concorrentes.

O não cumprimento dos deveres de lealdade e de diligência pode acarretar em responsabilidade pessoal do administrador. O mesmo ocorre quando houver o prejuízo direto do sócio.

O Código Civil de 2002 contemplou no art. 1015, parágrafo único, III¹⁹, a teoria ultravires, ao passo em que determina que qualquer ato praticado pelo administrador o qual extrapole o objeto social, deve ser pessoalmente responsabilizado.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004) aponta que a adoção dessa teoria foi um retrocesso. Antes, a sociedade se vinculava ao ato praticado pelo administrador que extrapolasse os seus poderes.

A teoria ultravires não pode ser utilizada para a sociedade limitada com regência supletiva da lei de sociedade anônima.

Destarte, a teoria apenas é utilizada para a sociedade limitada que tem como regência supletiva das normas do Código Civil que tratam das sociedades simples.

Marlon Tomazzete (2012) critica essa teoria, pois entende que seria imprescindível a análise do contrato social para a verificação de qual regime supletivo seria adotado pela sociedade.

¹⁹Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

3 EMPREENDEDORISMO INDIVIDUAL E LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Com o crescimento da população e, conseqüentemente, o aumento das relações entre as pessoas, as necessidades do homem crescem. No tempo em que homem deixa de trabalhar apenas para a sua subsistência, mas trabalha também para suprir essas novas necessidades, esses novos anseios.

Isso pode ser demonstrado a partir da citação de Wilges Ariana Bruscato (2005, p. 37) “São as necessidades do individuo que motivam toda e qualquer atividade econômica.”

Pode-se dizer que, diante dessas novas necessidades, surge o empreendedorismo, com a finalidade de atingir meios para supri-las, já que, muitas vezes, só são conhecidas com o avanço e com a inovação.

Empreendedorismo na definição de Robert D. Hisrich e Michael P. Peters (2004) envolve quatro aspectos básicos. O primeiro aspecto seria que empreendedorismo é um processo de criação, concepção de algo novo, que tenha valor tanto para o criador como também para público ao qual se destina, pois empreender não significa a satisfação de interesses apenas pessoais. O segundo aspecto é a necessidade de dedicação de tempo e esforço para tornar o empreendimento funcional. O terceiro é assunção dos riscos da atividade, que, para os referidos autores, se concentram especialmente nas áreas financeira, psicológica e social. O quarto e último elemento da definição de empreendedor seria a recompensa de ser um empreendedor, quais sejam de independência e a satisfação pessoal.

Quando se inicia uma empresa, há uma mistura de empolgação, frustração, ansiedade e muito trabalho, pois o índice de fracasso é alto. O fracasso ocorre, muitas vezes, devido a situações como o mercado já saturado de empreendimentos no mesmo sentido, quando há uma alta concorrência, pela falta de dinheiro, baixa venda ou até pela falta de capacidade administrativa. Dessa forma, questiona-se o que levaria alguém a empreender diante de tantos riscos?

Na visão de Robert D. Hisrich e Michael P. Peters (2004) existem elementos que podem tornar a atividade empreendedora como desejável. Os elementos são, nas suas visões, a cultura, subcultura, família, dos professores e dos colegas. Existem culturas que valorizam o empreendedor de sucesso. Os autores reforçam que

nenhuma cultura é absolutamente contra ou a favor do empreendedorismo. Dentro dessa cultura, existem subculturas empresariais, nas quais teriam uma atividade intensa de algum ramo empresarial. Portanto, é certo que os indivíduos buscam investir nesses ambientes receptivos. Ao indicarem a família como elemento que estimule alguém a empreender, os referidos autores se utilizam desse elemento sob o aspecto da busca pela independência. Não parece ser um elemento com tanta influencia no Brasil. Os professores podem também influenciar na escolha por empreender, pois podem indicar a carreira como desejável e viável.

Wilges Ariana Bruscatto (2005) ensina que o risco financeiro empresarial se divide em dois. O primeiro se refere ao insucesso da atividade e, o segundo, diz respeito ao empenho do patrimônio de seus titulares. Adverte ainda que uma vez não existindo limitação de responsabilidade para o empresário individual, o risco patrimonial é superior ao empenhado na atividade.

O risco financeiro é intrínseco da atividade de um empreendedor e para que empreender seja ainda mais atrativo é importante um mecanismo limitando a responsabilidade do empreendedor individual, o qual, durante muito tempo, tinha a insegurança patrimonial. Ou seja, quanto menor risco mais interesse em empreender. A limitação da responsabilidade surge nesse contexto, como um estímulo ao empreendedor.

3.1 O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

A importância de abordar o tema do empresário individual na presente pesquisa é manifesta, pois é ele que se utilizará da EIRELI.

Empresário individual é a pessoa física que assume os riscos sozinho para exercer atividade de empresa. É aquele que exerce sozinho, profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, conforme dispõe o art. 966 do Código Civil²⁰. Difere-se do trabalho individual mesmo que exercido em grupo.

²⁰Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Segundo Gladston Mamede (2004, p. 45) “[...]É empresário, portanto, a pessoa que empreende, isto é , aquela que dá existência à empresa.[...]”

O Código Civil excluiu do rol de empresário aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística.

Ser empresário individual não significa que não se possa ter colaboradores para o exercício da atividade. Significa que sozinho ele assume os riscos da atividade. Nadialice Francischini de Souza (2011) coaduna o seu pensamento ao afirmar que o empresário individual é aquele que vincula seu patrimônio pessoal para o exercício da atividade.

Para configurar o empresário, é necessário preencher requisitos que são derivados do artigo supracitado. Dessa forma, é certo que os elementos caracterizadores seriam a economicidade, a organização, a habitualidade, a assunção do risco e o direcionamento ao mercado. A atividade deve ser voltada para a produção de novas riquezas e esse seria o caráter da economicidade.

É necessário também que preencha o elemento organização, ou seja, o empresário deve organizar os fatores de produção. A organização pode ser de pessoas, inclusive da pessoa que pode ser escolhida para organizar os fatores de produção, bens e da forma como a atividade será exercida.

A habitualidade se refere ao modo como é exercida a atividade, não é exigido o modo continuado apenas habitual.

Segundo Marlon Tomazette (2012), todos, na atividade empresarial, assumem riscos. Ele continua afirmando que o risco assumido pelo empresário é imprevisível e, quando o risco se concretizar, não há a quem recorrer.

Marlon Tomazette (2012, p.47), ao indicar como elemento o direcionamento ao mercado, afirma que:

Por derradeiro, é essencial na caracterização de um empresário que sua atividade seja voltada à satisfação de necessidades alheias. O empresário deve desenvolver atividade de produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado e não para si próprio.

Assim, não é empresário o agricultor que cultive as lavouras para sua subsistência. Já o agricultor que cultiva suas lavouras para vender os produtos rurais a terceiros se caracterizaria como um empresário, porquanto sua atividade está dirigida para o mercado e não para satisfação das suas próprias necessidades.

Então, pode ser empresária a pessoa física ou jurídica que exerce atividade em busca de riqueza, a qual é responsável pela organização dos fatores de produção, assume os riscos pela atividade que quer exercer e se direciona a suprir necessidade de terceiros e não apenas para a sua subsistência.

A pessoa jurídica também poderá ser empresário, quando adotar a forma de sociedade empresária. Gladston Mamede (2004) indica que, neste caso, juridicamente, quem é empresário é a pessoa jurídica e não os sócios que a compõem, pois é a sociedade que vai empreender em seu nome.

O foco deste tópico é a explanação dos empresários individuais. Fran Martins (2009) pontua que o surdo-mudo só não poderá exercer a atividade quando não puder exprimir a sua vontade.

Em regra, os incapazes não podem ser empresários individuais. Sérgio Campinho (2004) salienta que os menores e interditos podem continuar a exercer uma atividade já iniciada em razão do princípio da preservação da empresa. Contudo, para que possam exercê-la é necessário de autorização judicial.

A despeito disso, Marlon Tomazette (2012) adverte que a condição de empresário será adquirida pelo incapaz, mas que, diante da sua incapacidade, será necessário ser representado ou assistido. Embora seja necessário o representante e assistente para exercer a atividade, a eles não será reputada a condição de empresários.

Sendo a atividade empresarial uma atividade de risco, na qual se sujeitam aos riscos todo o patrimônio do empresário, o Código Civil em seu art. 974, §2º²¹, limitou a responsabilidade dos incapazes, ou seja, os bens adquiridos antes de começar exercer atividade empresarial.

²¹Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

3.1.1 Obrigações dos empresários

O empresário tem obrigações que se referem à própria organização do seu trabalho. O cumprimento delas também é importante para os credores. Tem obrigação de fazer a inscrição no registro de empresas mercantis, na Junta comercial do estado.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2011), são três atos abarcados pelo registro: a matrícula, o arquivamento e a autenticação. A matrícula diz respeito ao ato dos leiloeiros, tradutores públicos, e intérpretes comerciais entre outros que sofrem controles das Juntas Comerciais. Marlon Tomazette (2012) entende que essa obrigação da matrícula deriva do costume empresarial e a tendência é desaparecer.

O arquivamento diz respeito à inscrição do empresário individual e abarca a maior parte dos atos realizados pelas Juntas. À vista disso, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2011), o arquivamento ocorre toda vez que houver determinação legal que algum documento deva ser registrado pela junta comercial. Inclusive, os documentos nos quais é imperativo o registro, só produzem efeitos jurídicos após o cumprimento da determinação.

Embora existam documentos que, por interesse da empresa ou dos empresários, podem ser levados a registro, não temos como requisito de validade de seus efeitos jurídicos o cumprimento do registro.

Como terceiro ato obrigatório do registro, existe ainda a incumbência do empresário em fazer a autenticação. A autenticação, conforme salienta Paulo Leonardo Vilela Cardoso (2012), é requisito de regularidade do documento. É utilizada para os atos de escrituração que abarcam os livros contábeis, as fichas escriturais e os balanços.

Existe o prazo de 30 dias para os documentos que são submetidos à autenticação serem encaminhados à Junta. Se for cumprido o prazo, os efeitos do registro serão reconhecidos a partir da assinatura do documento. A função do registro é dar publicidade e autenticidade aos atos praticados pelas empresas.

Os empresários devem manter escriturados todos os negócios dos quais fazem parte, conforme determina o art. 1.179²² do Código Civil. A necessidade de

²² Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em

escrituração é importante tanto para o próprio empresário, como também para interesses de terceiros e para o interesse do Estado, no que tange a incidência de tributos. Fábio Ulhoa Coelho (2011) faz referência a essas três funções da escrituração denominando-as de função gerencial, função documental e função fiscal.

A escrituração é responsabilidade de contador habilitado. O empresário deve manter livros escriturados, os quais são documentos unilaterais, retratando atos importantes para o funcionamento da empresa.

Conquanto a regra que impera sobre os livros seja de sigilo, pode haver, através de determinação judicial, a exibição dos livros.

Ademais, por serem documentos concebidos unilateralmente, os livros não podem ser provas soberanas quando existirem outras provas em sentido diverso. Por conseguinte, se só houver o livro como prova, fará prova a favor do empresário quando houver respeitado os requisitos de forma e conteúdo e a outra parte litigante também seja empresário. Uma vez que não estejam presentes esses requisitos, o empresário deve utilizar outro meio de prova, pois o livro não será suficiente para se desincumbir de ônus probatório, nem de constituir direito de outros.

Para o livro fazer prova contra o empresário, não é necessária a observância de requisitos, pois se trata de documento de sua titularidade. Eis que, nada obsta que o empresário possa fazer prova em sentido contrário do que se está presente nos livros.

3.1.2 Patrimônio da atividade empresarial

O patrimônio da atividade empresarial própria se constitui através de todos os recursos destinados ao exercício da atividade própria, obviamente disponibilizados pelo empresário, porque a atividade referida aqui é a exercida pelo empresário individual.

É evidente que os recursos devem ser suficientes para o exercício da atividade, e que os frutos resultantes do exercício da atividade sejam suficientes para pagar as despesas e inclusive tenha como resultado o lucro, pois ser empresário significa também a persecução do lucro, uma vez que eles são exercentes de atividade econômica.

Todo o histórico do patrimônio do empresário deve ser escriturado, para que se possa, através do balanço, identificar o que foi lucro e o que foi despesa da atividade, ou seja, se tem o resultado econômico da atividade exercida pelo empresário.

Deve-se salientar, como feito por Paulo Leonardo Vilela Cardoso (2012), que o patrimônio é do empresário e não da pessoa natural. Além do mais, todos os preceitos relativos à questão patrimonial aplicável as sociedades são aplicados ao empresário individual. Contudo, as sociedades, como já mencionado neste trabalho, são pessoas jurídicas já os empresários individuais, não.

3.2 EMPRESA COM RESPONSABILIDADE LIMITADA

No Código Civil, não há qualquer regra referindo-se a responsabilização do empreendedor. Paulo Leonardo Vilela Cardoso (2012) indica que parte da doutrina e a jurisprudência tem adotado o entendimento de que o patrimônio do empresário seria o mesmo ao da empresa, confundindo-se. Tal entendimento é equivocado.

A aplicação da responsabilidade pelo cumprimento da obrigação vinculada a todos os bens pessoais do empresário, sem qualquer limitação, afastam as iniciativas individuais.

A admissão da responsabilidade solidária e ilimitada entre o empresário e a empresa fazia com que, antes da possibilidade de se constituir uma EIRELI, muitas pessoas recorressem para a adoção de uma sociedade fictícia ou adoção de uma sociedade irregular (sociedade em comum), pois seriam as alternativas, para quem gostaria de manter-se empresário sem ser sócio e ainda ter segurança para o patrimônio. Seria o próprio ordenamento incentivando a irregularidade, tendo em vista que a necessidade era manifesta.

A sociedade fictícia é aquela que, segundo Wilges Ariana Bruscato (2005), embora seja formalmente uma sociedade empresária, a atividade é explorada individualmente. Muitas vezes, apresentam-se pela constituição de um sócio detentor de grande maioria das quotas e o outro de minoria. Porém, o sócio detentor da minoria das quotas não tem qualquer ingerência na coordenação e desenvolvimento da empresa. O sócio minoritário assumiria este papel, apenas com o fulcro de se constituir uma sociedade, preenchendo assim o requisito da pluralidade de sócios, ainda exigido formalmente pela lei brasileira para a constituição de uma sociedade, ressalvando as exceções já abordadas neste trabalho.

Segundo Antônio Martins Filho (1950), é incontroverso existirem na prática sociedades unipessoais e isso decorreria da falha legislativa. Seriam sociedades unipessoais na prática, mas formalmente se utilizam da forma de sociedades com pluralidade de sócios, pois seria o único modo de proteção do patrimônio do empresário individual.

De acordo com Sylvio Marcondes Machado (1956), os estudos no que tange a limitação de responsabilidade do empresário individual indicam que duas seriam as opções para a limitação da responsabilidade. A primeira opção constituiria em personalizar a empresa e a segunda se constitui em tratar a empresa como patrimônio. A adoção de uma ou outra opção envolve enquadrar como sujeitos ou objetos de direitos.

Para a adoção da personalidade jurídica para a empresa, segundo Sylvio Marcondes Machado (1956), seria necessário à criação de uma nova pessoa jurídica, pois a empresa não poderia ser acomodada em nenhuma das opções existentes. A posição de se criar uma nova pessoa jurídica decorre da experiência obtida da personalidade jurídica da sociedade, porque se deve pretender obter o mesmo resultado. O referido autor ainda opina em sentido contrário ao enquadramento da empresa individual de responsabilidade limitada, na pessoa jurídica sociedade. Seria a adoção de sociedades unipessoais, pois para ele seria a substituição de um artifício por outro. Dessa forma, conclui-se que é necessária a criação de nova pessoa jurídica para poder acomodar a empresa de responsabilidade limitada.

A opção do legislador brasileiro, aparentemente, tende para o posicionamento citado acima, pois se acrescentou no rol de pessoa jurídica a EIRELI.

Conforme Sylvio Marcondes Machado (1956), a segunda opção de limitação da responsabilidade seria em constituir a empresa como patrimônio, o que deveria ser extraído de duas causas. A primeira seria universalidade de direitos emergentes da atividade empresarial e a segunda seria na circunscrição da responsabilidade do empresário ao ativo da empresa.

A despeito disso, Calixto Salomão Filho (1995) evidencia duas vertentes que deveriam ser discutidas no que diz respeito a limitação da responsabilidade do comerciante individual, quais sejam: a possibilidade de conceder a personalidade jurídica a uma porção do patrimônio do empresário individual e a possibilidade de limitar o patrimônio de uma pessoa física para uma atividade. A segunda seria reconhecer a personalidade de um ente não coletivo, como já abordado neste trabalho, através das chamadas sociedades unipessoais. São feitas críticas às duas formas apontadas. A crítica feita à adoção da limitação da responsabilidade a partir da utilização da forma societária, qual seja, a sociedade unipessoal, diz respeito ao caráter contratual que ainda prevalece para as sociedades. Além disso, conceber uma sociedade de um único sócio seria contra a pluralidade de sócios exigida pelo direito brasileiro. O referido autor indica outra crítica feita para as sociedades unipessoais, que é a potencialidade de fraude, mas o próprio autor afasta tal hipótese, pois se podem adotar normas para proteção do terceiro.

Assim, as duas críticas feitas à adoção das sociedades unipessoais são afastadas, seja pela mudança legislativa da exigência da pluralidade de sócios, seja pela adoção de normas que garantam e protejam o direito de credores.

Insta destacar, que a existência de fraude não pode ser obstáculo para a criação de um instituto jurídico que é de clara necessidade social. Dessa maneira, cabe ao ordenamento jurídico criar elementos para salvaguardar os direitos de terceiros.

Contra o argumento da utilização das sociedades unipessoais para fraude, pode-se fazer analogia com a criação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, surgido em decorrência da má utilização da pessoa jurídica. Contudo, diante da necessidade de se criar um ente, sujeito de direito, coube ao legislador, à criação

de instituto inibidor de qualquer utilização que desvirtuasse a função a que o instituto se destina.

Em relação à necessidade de pluralidade de sócios, deve-se destacar que essa foi uma opção legislativa. Nesta senda, através de uma alteração legislativa, é possível se conceber uma sociedade unipessoal.

Calixto Salomão Filho (1995) faz ponderação também à adoção da limitação de responsabilidade através de modelo não societário. Segundo ele, a proposta do modelo francês, não aprovado, tinha como fundamento a criação de 3 massas patrimoniais. A primeira seria o patrimônio exclusivo da empresa, qual não poderia ser atingido pelas dívidas pessoais. A segunda não seria *a priori* destinada à empresa, mas poderia ser destinada por iniciativa dos credores ou dos empresários individuais e a terceira seria destinada apenas para o empresário.

O modelo adotado por Portugal foi o estabelecimento individual de responsabilidade limitada – EIRL. A limitação da responsabilidade consistia em haver a responsabilidade destacada ao estabelecimento.

Calixto Salomão Filho (1995) critica a adoção dos modelos não societários, pois entende que se adotassem esses modelos haveria uma redução na capacidade de circulação da empresa e da sua liquidez e ainda haveria problemas no que diz respeito a limitação da responsabilidade, pois, no sistema português, há apenas uma limitação unilateral, uma vez que, embora o empresário individual não respondesse pelas dívidas do estabelecimento, o estabelecimento poderia responder pelas dívidas do comerciante individual.

No modelo adotado pela França, como já elucidado, também há problemas referente à limitação da responsabilidade, pois há uma parte do patrimônio do empresário que, em regra, não é destinado para a empresa, porém pode vir a ser por iniciativa dos credores insatisfeitos ou dos empresários individuais. Apenas alguns bens dos sócios não respondem pela dívida da empresa. Neste caso, há uma limitação parcial de responsabilidade.

Independente do modelo adotado, o que há de certo é que não existe fundamento algum que sustente a não limitação da responsabilidade do empresário individual, sendo uma necessidade para o empreendedor, e até para o sistema. Nesse sentido, explana Antônio Martins Filho (1950, p.54):

Estas e outras razões levam-mos (sic.) a acreditar que o tradicional princípio da indivisibilidade (sic.) do patrimônio, predominante em alguns sistemas jurídicos, notadamente o francês – não será tão forte que justifique uma tenaz resistência aos novos rumos do ordenamento jurídico, determinados pela evolução da sociedade. Não é, em verdade, a rigidez ou a suposta invulnerabilidade dos princípios que devem sufocar os fatos da vida social, porque, ao invés, são estes (sic.) que fundamentam aqueles.

Mesmo com a doutrina já há muito tempo reconhecendo a necessidade da constituição da limitação da responsabilidade do empresário individual, o Brasil, adotou a empresa individual de responsabilidade limitada, através da lei nº 12.441 em 11 de julho de 2011. Uma resposta um pouco tarde para o anseio manifesto.

A natureza jurídica do instituto adotado pelo Brasil, EIRELI, será analisada no próximo capítulo. Inclusive, levando em consideração os dois institutos já existentes no ordenamento jurídico, no que tange a limitação da responsabilidade do empresário individual, que serão abordados a seguir, para se concluir se o instituto brasileiro seria semelhante a algum desses ou se a lei brasileira inovou, concebendo um instituto *sui generis* no ordenamento jurídico.

3.2.1 Sociedade unipessoal

A sociedade unipessoal se constitui através de um único sócio, o que contraria o elemento para constituição da sociedade já mencionado neste trabalho, qual seja, da pluralidade de sócios.

Historicamente, a sociedade unipessoal vem sendo admitida em vários países. Wilges Ariana Bruscatto (2005) faz uma digressão histórica e pontua que na Alemanha houve uma alteração legislativa em 1980, não autorizando a criação de uma sociedade unipessoal de modo originário. Apenas se admitia para a sociedade superveniente e para a limitada, com os seguintes requisitos: teria que informar imediatamente ao órgão competente, que tenha 3 (três) anos de constituição da sociedade e que já tenha integralizado totalmente o capital social ou que ocorra a integralização em 3 meses ou sócio assegure através de garantia. Na França, em 1985, foi permitida a sociedade limitada unipessoal originária e superveniente sem prazo para a recomposição da pluralidade. Na Espanha, em 1995, foi admitida a

sociedade unipessoal originária e a derivada, poderia ser utilizada tanto para a sociedade limitada como para a sociedade anônima. Na Itália, em 1993, foi permitida a criação de sociedade unipessoal, tanto originária quanto a superveniente. Portugal adotou um modelo que se assemelha a sociedade unipessoal, o qual foi instituído através do decreto lei nº 248/86 e foi adotado o estabelecimento individual de responsabilidade limitada - EIRL. O instituto adotado por Portugal será elucidado em outro tópico deste trabalho.

A alternativa de adoção da sociedade unipessoal enseja diversas críticas. As críticas relativas à constituição de uma sociedade unipessoal fazem referência ao modelo contratual de constituição da sociedade, já abordado neste trabalho, pois, sendo um contrato, questiona-se como poderia se conceber a criação de uma sociedade com apenas uma vontade.

Wilges Ariana Bruscato (2005) traz um contra-argumento a essa crítica. Assevera que a personalidade jurídica foi criada para atender o interesse do social. Sendo assim, poderia se conceber, diante do interesse social, a criação de uma sociedade decorrente de uma única vontade.

Wilges Ariana Bruscato (2005) evidencia que a tendência é o reconhecimento da sociedade unipessoal. Contudo, adverte que não é o posicionamento adotado por ela.

No Brasil, a sociedade unipessoal é reconhecida de forma superveniente, seria o caso de uma sociedade regularmente constituída (com mais de uma vontade), na qual, eventualmente, apenas fique um sócio remanescente. Neste caso, ele teria um prazo para reconstituir a pluralidade.

Existe ainda a possibilidade de unipessoal originária, autorizada no art. 251, §2º²³ da lei de nº 6404/76. A criação de uma sociedade unipessoal no Brasil, de modo originário, em tese é vedada.

Eduardo de Sousa Carmo (1989), ao citar uma carta de Caio Mário da Silva Pereira, demonstra devem ser elucidados dois aspectos: o primeiro diz respeito á viabilidade

²³ Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

§ 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.

da sociedade de um único sócio, podendo ser resolvido, tendo em vista que a pluralidade de sujeitos foi opção legislativa. O segundo seria a garantia dos credores, tratando-se de uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.

Sendo a sociedade unipessoal uma pessoa jurídica, o patrimônio do sócio e da sociedade não se confunde. Eduardo de Sousa Carmo (1989) aponta que a sociedade unipessoal deve ser regida pela boa fé. Não se pode confundir o patrimônio da sociedade e o do sócio.

Análoga às demais sociedades, a garantia dos credores seria o patrimônio da sociedade.

Como qualquer sociedade personificada, pode-se adotar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para a sociedade unipessoal.

3.2.2 Estabelecimento individual de responsabilidade limitada

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada foi adotado por Portugal através do decreto lei nº248/86, em 25 de agosto, com a finalidade de acabar com adoção de sociedades fictícias para limitar a responsabilidade do empresário individual.

De acordo com o decreto lei nº 248/86 (2012), no modelo do estabelecimento individual de responsabilidade foi instituído que o interessado afetará o patrimônio próprio para o estabelecimento. Esse patrimônio do estabelecimento responderia pelas dívidas resultantes da atividade desenvolvida, embora pudesse responder pelas dívidas pessoais se contraídas antes da publicação do ato constitutivo. É exigido ainda que, no mínimo, dois terços do capital estejam integralizados no momento de constituição. E, caso haja redução do capital a menos de dois terços do declarado, pode haver a liquidação. Todavia, o empresário individual só será responsabilizado se demonstrada confusão patrimonial. Poderá ser responsabilizado também, caso não respeite a intangibilidade do EIRL, mas responderá até a recomposição do capital.

Wilges Ariana Bruscato (2005) ressalta que as pessoas jurídicas não poderiam constituir um EIRL. Destarte, Portugal, através do decreto-lei nº262/86 de dois de

setembro, logo após a instituição do EIRL, autorizou as pessoas jurídicas constituírem uma sociedade unipessoal. Resta demonstrado que Portugal adotou um sistema para pessoa jurídica e outro diverso para pessoa física.

No modelo utilizado por Portugal para a limitação da responsabilidade para os empresários individuais, ao se conferir afetação patrimonial para o estabelecimento e, conseqüentemente, a responsabilidade, haveria uma indicação de objetos como se sujeitos de direitos fossem.

4 NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Antes de janeiro de 2012, quem desejasse exercer atividade empresarial só poderia fazer de duas formas: ou seria empresário individual ou se através de uma sociedade empresária. O empresário individual tem que responder, como todo o seu patrimônio pessoal, pelo exercício da atividade. Para poder limitar a responsabilidade, tinha que constituir uma sociedade, porém o ordenamento brasileiro exige formalmente a pluralidade de sócios.

Diante de tantos e antigos anseios, tanto da doutrina como dos empresários, apenas, em 11 de julho de 2011, foi criada a lei que institui a limitação da responsabilidade do empresário individual. Foi dado a esse instituto o nome de empresa individual de responsabilidade limitada, a qual entraria em vigor 180 dias após a sua publicação, ou seja, a partir de 2012.

O instituto nasceu com intenção de reprimir a criação de sociedades irregulares ou sociedades fictícias, pois é o artifício adotado pelos empresários individuais para limitar a responsabilidade.

4.1 TRAMITAÇÃO DO PROJETO

O autor da proposta de criação da EIRELI faz uma abordagem histórica do projeto. Paulo Leonardo Vilela Cardoso (2012) afirma que em outubro de 2008, entregou a proposta de limitação da responsabilidade do empresário individual ao deputado Marcos Montes Cordeiro, apoiado pela da sociedade civil organizada, pela Associação Comercial e Industrial e a OAB/MG.

Em 04 de fevereiro de 2009, o deputado Marcos Montes Cordeiro apresentou a sugestão da criação da EIRELI no plenário.

Conforme pesquisado no site da Câmara dos Deputados, a redação original do projeto era:

Art. 985-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade

do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade.

§ 1º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 2º A firma da empresa individual de responsabilidade limitada deverá ser formada pela inclusão da expressão "EIRL" após a razão social da empresa.

§ 3º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio pessoal do empresário, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 4º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada os dispositivos relativos à sociedade limitada, previstos nos arts. 1.052 a 1.087 desta lei, naquilo que couber e não conflitar com a natureza jurídica desta modalidade empresarial. (Projeto de Lei nº 4605/2009, Câmara dos Deputados. Autor: Dep. Marcos Montes. Apresentado em: 04/02/2009)

O projeto, na Câmara dos Deputados, teve como número 4605/2009. Houve ainda o de autoria do deputado Eduardo Sciarra, o qual foi apensado ao 4605/2009, pois tinha propósito igual, a limitação da responsabilidade do empresário individual.

Após apresentado o projeto na Câmara dos Deputados, ele foi levado para análise da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, na qual o deputado Guilherme Campos foi indicado como relator.

No projeto do deputado Marcos Montes Cordeiro, a nomenclatura utilizada era EIRL, e no projeto do deputado Eduardo Sciarra era ERLI, o relator Guilherme Campos, indicou em seu parecer que o nome ERLI era o mais adequado. O relator também opinou no sentido de alteração do §3º para constar Receita Federal da Fazenda e não mais Receita Federal do Ministério da Fazenda, conforme constava no projeto inicial.

O relator, em 14 de maio de 2009, deu parecer favorável à aprovação do projeto. Após o prazo para emenda, o relator Guilherme Campos, em seu parecer, mostrou-se favorável a sugestão de emenda do Deputado André Zacharow, para acrescentar a possibilidade de se constituir a EIRELI pelos exercentes de atividades de natureza científica, literária, jornalística, artística, cultural ou desportivas.

Ademais, vale destacar que os exercentes de profissão intelectual, de natureza científica, artística ou literária eram excluídos de serem empresários.

Em 05/08/2009, o projeto com as devidas alterações, foi aprovado por unanimidade. Após a aprovação e os trâmites legais, foi encaminhado para a comissão de

constituição e justiça e de cidadania (CCJC) e, em 11 de março de 2010, foi indicado o Deputado Marcelo Itagiba como relator.

Neste momento, através do parecer do Deputado Marcelo Itagiba, foi dada a nomenclatura de EIRELI para designar a empresa individual de responsabilidade limitada. Até então essa sigla não tinha sido citada.

O deputado Marcelo Itagiba fez algumas alterações no projeto inicial, para retirar a palavra razão social do §2º e colocar firma e denominação.

Em seguida, o relator do projeto Marcelo Itagiba (2012, p.6) incluiu a necessidade de um capital mínimo para constituição da EIRELI

Registro, também, que, considerando que se faz conveniente delimitar, em proporção razoável, o porte da organização que se pode constituir como empresa individual, a fim de que não se desvirtue a iniciativa nem esta se preste a meio e ocasião para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa, propugnamos introduzir parâmetro mínimo apto a caracterizar a pessoa jurídica de que ora se trata, fazendo supor que se reúnem suficientes elementos de empresa, como sede instalada ou escritório, equipamentos etc., tal como se fez para caracterizar microempresas e o empresário individual, nas respectivas leis reguladoras.

Com este propósito, estabelecemos que o capital social não deva ser inferior ao equivalente a 100 salários mínimos, montante a partir do qual se tem por aceitável a configuração patrimonial da empresa individual.

Esse tópico se presta apenas a fazer um panorama histórico do projeto de lei. Nesse sentido, em outro tópico deste capítulo, será abordada a constitucionalidade desse requisito de capital mínimo, o qual já é objeto de ADI.

O relator Marcelo Itagiba também fez alteração no que diz respeito a quais atividades poderiam constituir a EIRELI. Dessa forma, foi ampliado o rol para que pudesse constituir a EIRELI qualquer atividade de prestação de serviço.

Depois das alterações relatadas, foi votado pela constitucionalidade e, assim, o projeto também passou pela aprovação da comissão de constituição de justiça e de cidadania.

Segundo Paulo Leonardo Vilela Cardoso (2012), o projeto chegou em 1 de abril de 2011 no Senado Federal. Ele recebeu o número 18/2011. O relator foi o Senador Francisco Dornelas, que opinou pela aprovação, sem fazer nenhuma emenda. Logo, o projeto foi aprovado pela unanimidade do plenário do Senado Federal. Em 20 de julho de 2012, foi remetido à sanção da Presidência da República que, rapidamente, o sancionou, apenas havendo um veto parcial do §4º do art. 980–A.

Esse foi o caminho percorrido para nascer a lei 12.441/2011, responsável pela alteração do art. 44 e art.1.033 do Código Civil, além de incluir um novo artigo de número 980-A, possibilitando assim a limitação da responsabilidade do empresário individual.

O presente trabalho fará uma análise dos artigos inseridos pela lei da EIRELI, e, a partir disso, pretende concluir que ele verdadeiramente constitui.

4.2 INOVAÇÃO LEGISLATIVA

A lei 12.441/2011 trouxe novas regras que vão ser analisadas a partir de agora. Como mencionado no capítulo anterior, existiam dois modelos já adotados, limitando a responsabilidade do empresário individual. O primeiro modelo seria o estabelecimento individual de responsabilidade limitada. O segundo, o mais utilizado, era a sociedade unipessoal. O legislador brasileiro aparentemente não optou por nenhuma dessas alternativas. Essa conclusão parece equivocada.

4.2.1 Nova pessoa jurídica

Segundo Wilges Ariana Bruscatto (2011), haveriam três formas de limitação da responsabilidade do empresário individual. A primeira seria com a adoção da sociedade unipessoal, a segunda opção seria com a inclusão de ente ficcional como pessoa jurídica, e a terceira seria através da afetação patrimonial. A terceira opção é reputada pela autora como a mais fácil, e entende-se como a mais correta. Todavia, a lei 12.441/2011, segundo a referida autora, optou pela personalização do ente a partir de um objeto de direito, que seria a empresa.

Desse modo, pela lei, a tentativa de criar um ente novo foi impositiva a criação de inciso IV no art. 44²⁴ do Código Civil, para a EIRELI se constituir com responsabilidade limitada.

²⁴Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Sylvio Marcondes Machado (1956) já tinha tratado do tema, ao tentar concluir em que espécie de pessoa jurídica a empresa individual poderia se adequar. Nesse sentido, defendeu que mais se assemelharia a uma fundação. O autor ressalta ainda que alguns tentariam enquadrar como sociedade, através das sociedades unipessoais, o que não considera o caminho correto.

A tentativa do legislador foi criar a EIRELI como uma pessoa jurídica diferente de todas que já existiam.

A personalização da EIRELI dá-se a partir do registro do ato constitutivo²⁵, conforme dispõe o enunciado 471 da V jornada de direito civil.

4.2.2 Novo artigo 980-A do Código Civil

A lei 12.441/2011 também incluiu o art. 980-A no Código Civil, o qual merece análise aprofundada. O art. 980-A²⁶ estabelece requisitos e características da EIRELI.

O primeiro erro do artigo é no nome utilizado para o instituto – Empresa individual de responsabilidade limitada. Como é cediço, empresa não é o sujeito da atividade empresarial e assim não pode ter imputado a ela a responsabilidade. Empresa não é sujeito de direito.

O sujeito da atividade empresarial e, conseqüentemente, a quem poderia ser imputada responsabilidade é ao empresário, ou seja, quem exerce a atividade.

²⁵ 471 – Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente.

²⁶Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

4.2.2.1 Capital Social mínimo

Ainda no caput do art. 980-A, há o requisito para constituição da EIRELI, de capital social não inferior a 100 salários mínimos vigente no país. Três observações devem ser feitas em relação a esse preceito:

Se o legislador *a priori* não tinha a intenção de instituir a EIRELI como uma sociedade unipessoal, por que faz referência no texto legal ao capital social? Quem tem capital social é sociedade.

A exigência do valor vinculado ao maior salário mínimo não parece ser uma correta opção adotada pelo legislador, pois embora seja possível que os estados constituam salário mínimo diverso, existe no Brasil um salário mínimo unificado.

Por conseguinte, não há fundamento que justifique a adoção do maior salário mínimo vigente no país, tendo em vista que a regra adotada pelo Brasil é de uniformidade, sendo apenas exceções de cada estado a criação de um salário mínimo diferente. Os salários mínimos criados pelos estados levam em consideração a política econômica adotada e a sua capacidade financeira. Seria ilógico submeter os estados à escolha de salário mínimo de outro estado.

Para Wilges Ariana Bruscato (2011), o capital social que deve ser exigido é o criado anualmente por lei federal.

A terceira observação que deve ser feita sobre a exigência legal para a constituição da EIRELI de um capital social superior a 100 salários mínimos é que, a partir disso, muitos podem ser afastados da atividade.

Não há motivo para exigência de capital mínimo integralizado. Wilges Ariana Bruscato (2011, p.29) fundamenta nesse sentido:

Nenhuma outra forma de exercício empresarial no país faz essa exigência, exceto em casos excepcionais, de um mínimo de capital. Como sustentar essa regra para EIRELI? Isso infringe a igualdade de tratamento que deve ser dada a todos, genericamente. A desigualdade de tratamento existe por certo, sem arrostar a isonomia nos casos que haja, no entanto, *justificativa* para tanto.

No projeto de lei, quando houve a inclusão da necessidade de um capital mínimo, o valor escolhido de 100 salários mínimos foi totalmente aleatório, inclusive sem qualquer ponderação de efeitos econômicos da escolha do valor.

O fundamento utilizado pelo deputado Marcelo Itagiba (2010), com o objetivo de incluir a necessidade de um valor mínimo para a constituição da EIRELI, foi para que não houvesse desvirtuamento ou ocultação de vínculo ou relação diversa, e sim configuração patrimonial da empresa.

Sobre a exigência do capital mínimo exigido para constituição da EIRELI, Carlos Henrique Abrão (2012, p. 21) “[...] nada mais representa que a carta de alforria, limitando a responsabilidade e não alcançando os bens particulares do empreendedor.”.

A despeito disso, não parece ser necessária à exigência do capital social mínimo integralizado para se ter a limitação da responsabilidade do empreendedor individual. Inclusive, há no ordenamento institutos que se utilizam da limitação da responsabilidade e não exigem o capital social mínimo, como, por exemplo, a sociedade limitada, o que dessa forma parece ser adotada uma posição desigual.

Outrossim, já está sendo objeto da Ação Direta de inconstitucionalidade de número 4637 a exigência do capital social mínimo para criação da EIRELI. A ADI 4637 foi proposta pelo legitimado partido político socialista, tendo como relator o ministro Gilmar Mendes.

A petição inicial da ADI 4637 fundamenta a inconstitucionalidade do art. 980-A, com base na impossibilidade de instituir o salário mínimo como indexador, e também pela afronta ao princípio da livre iniciativa, pois seria um cerceamento da abertura da empresa individual de responsabilidade limitada pelos pequenos empreendedores.

Nesta senda, a exigência de capital mínimo é uma afronta ao princípio constitucional da livre iniciativa.

Os princípios podem ser afastáveis, pois é passível fazê-los através da ponderação. Eis que, no caso da exigência do capital mínimo para constituição da EIRELI, não é vislumbrado nenhum outro valor capaz de afastar a proteção da livre iniciativa.

O princípio da livre iniciativa na visão de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1990, p.16) “Equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens de serviços por sua conta em risco.”.

Na visão de José Afonso da Silva (2006, p. 710), “A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.”.

Desse modo, ao impedir o acesso ao mercado e ao exercício da atividade econômica, pelo menos aos pequenos empreendedores, a exigência do capital social mínimo é uma afronta ao referido princípio constitucional da ordem econômica brasileira, a livre iniciativa. Vale ressaltar, que a livre iniciativa é corolário da opção política do Brasil pelo capitalismo, como se infere do art. 1º, inciso IV e art. 170, caput da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Advocacia Geral da União (2012) já prestou informações na ADI no sentido em que não haveria qualquer afronta a livre iniciativa, ela se utiliza do fundamento de que o empresário individual de responsabilidade limitada não tem submetido à responsabilidade o seu patrimônio pessoal e, por isso, seria razoável a exigência do capital mínimo. Fundamenta ainda no sentido de que o salário mínimo seria apenas utilizado como referência e não como indexador. Assim, atestou pela constitucionalidade do requisito exigido.

Deve ser pontuado que o argumento utilizado pela AGU não parece ser o melhor, pois em comparação com as sociedades limitadas, o sócio de igual modo, não responde com seu patrimônio particular pelo exercício da atividade, e para as sociedades limitadas não há exigência de capital social mínimo. Contudo, foi exigido o capital social mínimo para a constituição da EIRELI.

Na ADI, ainda não há posicionamento do STF quanto á constitucionalidade da exigência de capital mínimo para a EIRELI. Em 24/05/2012 foi remetido para o procurador-geral da república, o qual em seu pronunciamento de acordo com o site do Supremo Tribunal de Justiça, em 26/11/2012 se posicionou pela improcedência da ação. Deve-se destacar que no parecer, na página 4-5, há o reconhecimento da natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada como sociedade limitada individual.

Ademais, a exigência de um capital social mínimo é contrária ao fundamento que ensejou a criação da EIRELI, como a vedação da utilização das sociedades fictícias ou irregulares, pois o empresário que não disponha do capital social mínimo continuará se utilizando dessas espécies societárias para limitar a sua responsabilidade. Por ora, o capital social ainda é exigido.

4.2.2.2 Nome adotado: firma ou denominação social

No §1º do art. 980-A, tem disposto que a EIRELI pode se utilizar tanto de firma como de denominação social para o seu nome. Mais uma vez, o legislador utilizou-se da palavra social, o que seria inadequado, sendo a opção do legislador *a priori* não constituir uma sociedade unipessoal.

O nome empresarial é o identificador do empresário. De acordo com Marlon Tomazette (2012), existem três tipos de nomes empresariais: a firma individual, a razão social e a denominação. A firma individual é utilizada pelo empresário individual. A razão social e a denominação são utilizadas pela sociedade, a utilização desses nomes depende da espécie de sociedade adotada. Como já mencionado neste trabalho, a denominação é adotada quando o nome da sociedade se utiliza de um elemento fantasia, que em nada precisa se relacionar com o nome do sócio. Segundo Vera Helena de Mello Franco (2004), pode haver a indicação do local em que é exercida a atividade ou apenas do objeto da atividade. Em sentido contrário, a firma é utilizada quando o nome adotado é composto a partir da indicação do nome do titular.

Nesse sentido, ao se entender que a EIRELI é um novo tipo empresarial, utilizado pelo empresário individual, o mais adequado seria a utilização de apenas firma, e, assim, utilizaria indicação do nome do empresário no nome da empresa.

Após o nome, deve se ter a indicação de que se trata de uma EIRELI, regra igual à utilizada pelas sociedades limitadas, com fulcro na publicidade da responsabilidade adotada pela empresa para quem irá contratá-la.

4.2.2.3 Quem pode constituir a EIRELI

Marlon Tomazette (2012), de forma acertada, entende que a criação da EIRELI é destinada para os pequenos e médios empreendimentos. São esses, que são beneficiados com a possibilidade de limitação da responsabilidade da empresa. Contudo, não é o mais indicado, porém não há nenhum obstáculo para que grandes empreendimentos se utilizem da EIRELI.

O §2º do art. 980-A afirma que a pessoa natural só poderá constituir uma EIRELI. Não há fundamento para a limitação da quantidade de EIRELI que possam ser constituídas por pessoa física, pois ao limitar restringe a atividade do indivíduo, inclusive não há nenhuma limitação de quantas empresas individuais a pessoa natural poderá constituir. Dessa forma, se o indivíduo pode constituir diversas empresas individuais por que para a limitação da responsabilidade decorrente dessas atividades ele só poderá exercer uma? A lei dá um benefício acanhado, pois nada obsta que o indivíduo tenha duas empresas.

Carlos Henrique Abrão (2012) entende que a limitação da constituição de apenas uma EIRELI pela pessoa física contraria a livre iniciativa, para ele ocasionaria a integração em algum modelo societário.

Wilges Ariana Bruscatto (2005) já preconizava que só seria concedida apenas uma inscrição da EIRELI, sob o fundamento que as experiências estrangeiras só concediam o benefício apenas uma vez. Mesmo com esse fundamento utilizado pela referida autora, não se explica a adoção dessa limitação para a constituição da EIRELI.

Embora não seja expresso na lei, a pessoa jurídica pode constituir uma EIRELI. Paulo Leonardo Vilela Cardoso (2012) indica que apenas pessoas jurídicas exercendo atividade empresarial poderão constituir a EIRELI.

De acordo com Marlon Tomazette (2012), duas objeções podem ser postas acerca da possibilidade de constituição da EIRELI por pessoa jurídica. A primeira seria atinente ao nome escolhido pelo instituto. Empresa individual seria associada à pessoa física. A segunda seria no sentido de que o instituto serviria para limitar a responsabilidade de quem não pudesse limitar, ou seja, a pessoa jurídica tem

possibilidade de limitar a responsabilidade, dessa forma, não poderia se utilizar da EIRELI.

O referido autor não leva em consideração que a pessoa jurídica não pode ser obrigada a se associar para se beneficiar da limitação da responsabilidade e, nesse sentido, não há fundamento para que não possa constituir a EIRELI.

O instituto de limitação de responsabilidade do empresário individual de Portugal, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, por exemplo, foi destinado apenas para pessoas físicas, sendo necessária uma normatização diferente e, logo após a esta, para a pessoa jurídica, e, assim, para as pessoas jurídicas foi permitida a constituição de uma sociedade unipessoal.

Wilges Ariana Bruscato (2011) se posiciona no sentido de que se se permitisse a constituição da EIRELI por pessoas jurídicas poderia haver a esdrúxula situação de uma EIRELI instituir outra EIRELI e, dessa maneira, sucessivamente.

É certo que, de acordo com a lei brasileira, não há impedimento para a constituição da EIRELI pelas pessoas jurídicas. Fábio Ulhoa Coelho (2012) afirma que as pessoas jurídicas podem constituir EIRELI, e que a regra da possibilidade de constituição de apenas uma é dirigida somente para as pessoas físicas.

A despeito de toda a posição doutrinária elencada neste trabalho, o DNRC (Departamento nacional de registro de comércio), em instrução normativa de nº 117/2011²⁷, determina como impedimento para constituir a EIRELI ser pessoa jurídica.

O §3º institui a EIRELI pode resultar da concentração de quotas resultantes de qualquer outro tipo societário em apenas um dos sócios. O que antes tinha como prazo 180 dias para reconstituir a pluralidade de sócios e, caso não houvesse a recomposição, haveria extinção da sociedade. Hoje pode haver a transformação do registro e essa foi à alteração trazida pela lei 12.441/11 do art. 1033 do Código Civil. Carlos Henrique Abrão (2012) indica que essa forma de constituição da EIRELI não se trata da forma originária.

²⁷ 1.2.11 - IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR

Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial.

A lei expressamente indica que a EIRELI pode decorrer de concentração de quotas de qualquer outro tipo societário, o que demonstraria que a EIRELI é uma sociedade.

Fábio Ulhoa Coelho (2012) demonstra que há três formas de constituição da EIRELI. A primeira seria pela assinatura do sócio único, do ato constitutivo. A segunda através da transformação do registro, quando há concentração de quotas na titularidade de uma pessoa, hipótese elencada no §3º, se, neste caso, não houver integralizado o valor correspondente a 100 vezes o maior salário mínimo, deve integralizar nos 180 dias subsequentes. A terceira forma seria através da incorporação de quotas, ou seja, quando houvesse um titular único de outra sociedade.

O ato que origina a EIRELI não pode ser chamado de contrato plurilateral, tendo em vista que não há vontades. O que origina a EIRELI é decorrente da vontade de uma pessoa. Dessa maneira, seria mais adequado se utilizar do ato unilateral de vontade.

4.2.2.4 Responsabilidade da EIRELI

A responsabilidade da EIRELI não foi expressamente trazida pela lei. O §4º era o único destacando que a responsabilidade da EIRELI era limitada. Contudo, o referido parágrafo foi vetado pela presidente. Sendo assim, apenas por indução, sobretudo pelo nome adotado pelo instituto, afirma-se que a responsabilidade é limitada.

Segundo Carlos Henrique Abrão (2012), a obrigação da EIRELI seria de acordo com o capital social integralizado desde a sua constituição.

A limitação da incumbência não significa uma total insegurança para os credores, pois há responsabilidade no montante estabelecido, ou seja, há segurança tanto para que o empresário tenha a exata dimensão do seu possível prejuízo, quanto para o credor, porque saberá o montante que empresa poderá responder e, assim, até onde será viável contratá-la.

Ainda nesse sentido, como qualquer atividade empresarial que se submete a limitação da responsabilidade dos sócios, é possível que haja desconsideração da

personalidade jurídica, e que o patrimônio particular do empresário responda pela dívida nas hipóteses cabíveis.

De acordo com Wilges Ariana Bruscato (2011), a responsabilidade pode se dar em virtude de desrespeito à lei e às declarações do instituidor, podendo ocorrer à desconsideração, quando houver abuso da personalidade jurídica, o que pode, muitas vezes, implicar em confusão patrimonial.

Um dos fundamentos que durante muito tempo impediu a limitação da responsabilidade do empresário individual foi a possibilidade de utilização do instituto para a realização de fraude.

Como já mencionado neste trabalho, não poderia o Direito negar uma necessidade de muitos empresários se utilizando do fundamento da má utilização do instituto por algumas pessoas, se o próprio Direito pode se valer de mecanismos para solucionar o desvirtuamento do instituto.

Então, o direito se utilizou da desconsideração para solucionar a fraude, possibilitando aos credores da EIRELI de se utilizarem da desconsideração da personalidade jurídica quando for cabível.

Nesse sentido, é obrigatória a utilização da expressão EIRELI no nome, pois é uma forma de segurança para quem contrata, e para a própria empresa, já que depois ninguém pode alegar não saber que havia limitação da responsabilidade.

4.3 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Há uma grande divergência se o que foi criado pela lei 12.441/2011 é uma inovação no mundo jurídico ou se a lei utilizou-se de alguma espécie de limitação da responsabilidade já existente.

Muito dessa divergência é decorrente da leitura da lei, pois ela se utiliza de elementos distintos, seja de sociedade ou personalização de um novo ente.

Carlos Henrique Abrão (2012) coaduna da afirmativa que a lei 12.441/2011 misturou conceitos de empresa e sociedade, causando confusão acerca da natureza do instituto.

As possibilidades de limitação da responsabilidade para o empresário individual eram basicamente duas: pela transformação de um objeto em sujeito de direito ou pela utilização da sociedade unipessoal.

Da análise do instituto adotado pelo Brasil, do jeito que foi estruturado no nosso ordenamento, em nada se parece com o estabelecimento individual de responsabilidade limitada adotado em Portugal, pois com normatização trazida pela EIRELI, não se pode concluir que houve uma indicação de objeto (estabelecimento) como sujeitos de direitos, mesmo que em uma leitura rápida do nome instituto chegaria a essa conclusão.

Na exposição de motivos do deputado Marcos Montes Cordeiro (2009), há afirmação que tem como objetivo a instituição da sociedade unipessoal, também denominada de empresa individual de responsabilidade limitada. Há, nessa exposição de motivos, a utilização tanto da sociedade unipessoal como também da personalização da empresa, tendo em vista que o legislador, no momento de criação da lei, não deixou expresso qual instituto seria adotado.

Wilges Ariana Bruscatto (2011) afirma que o instituto da EIRELI é *sui generis*, não se equivale a nenhum outro já existente no ordenamento jurídico. A referida autora defende que não é uma sociedade unipessoal, apenas pelo fato do legislador ter criado uma espécie de pessoa jurídica diferente da já existente sociedade. Dessa forma, conclui que não é uma sociedade unipessoal, pois o legislador assim não quis. A autora defende que a lei 12.441/2011 adotou a personalização de um ente ficcional.

Contudo, o presente trabalho não parte dessa premissa da vontade do legislador, pois, como já mencionado, o legislador não deixou evidente qual modelo seria adotado. O presente trabalho parte da concretude da lei.

Nesse sentido, não parece ser um novo instituto no mundo jurídico, pois a aplicação prática da EIRELI em nada se diferencia do que já existe para as sociedades unipessoais.

De fato, não se discute a vontade do legislador. Entretanto, o que se entende é que a criação de nova pessoa jurídica foi um erro do legislador, porque não era necessário, uma vez que existia outra espécie, a sociedade, tendo o mesmo sistema normativo do previsto para a EIRELI.

Todavia, Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2012) trazem uma solução para a posição do legislador ao criar na lei uma nova pessoa jurídica. Os autores encontram justificativa ao pontuar que assim foi feito para que não houvesse dúvidas da aplicação das regras de pessoas jurídicas para a EIRELI. Os autores defendem que, na verdade, existem três espécies de pessoa jurídicas, as associações, as sociedades e as fundações, conforme já foi abordado na presente pesquisa. Entendem que as organizações religiosas e os partidos políticos que têm natureza jurídica de associações, mas diante da particularidade, e inclusive para que não houvesse dúvidas, foram elencados no rol de pessoas jurídicas em apartado.

Esse é o argumento de negação da natureza de sociedade, porque foi elencado em inciso separado, pois é possível concluir que a EIRELI é uma sociedade, todavia diante de sua particularidade foi necessária a criação de um inciso específico.

Para o presente trabalho, o §4º do art. 980-A, é mais um argumento que não deixa dúvida acerca da natureza jurídica do instituto, uma vez que prevê a aplicação de normas da sociedade limitada para a EIRELI.

Se fosse para criar um ente de cunho apenas empresarial e não societário, deveriam submetê-lo a regras de empresários individuais, apenas com a ressalva da limitação da responsabilidade.

Destarte, se o que o legislador tinha a intenção de criar era uma nova espécie para limitação da responsabilidade, ainda não prevista em ordenamentos jurídicos, *data vênia*, não se desincumbiu a contento da sua intenção.

Os conceitos apresentados nesta pesquisa demonstram que é necessária a pluralidade de pessoas para constituir uma sociedade. Deve ser ressaltado que esse conceito foi concebido sobre uma realidade jurídica brasileira anterior a instituição da EIRELI

Gustavo Ribeiro Rocha e José Maria Rocha Filho (2011) dispõem que a EIRELI não pode ser confundida com as sociedades unipessoais existentes no Brasil, quais sejam: a temporária, e a subsidiária integral.

Neste mesmo sentido, dispõe Nadialice Francischini de Souza (2012), pois entende que a EIRELI não é uma sociedade, sob o fundamento que o instituto não é admissível no direito empresarial brasileiro.

De certo, até a criação da lei 12.442/2011, não havia previsão da possibilidade de constituição da sociedade unipessoal de modo originário no Brasil, assim, realmente, a nova espécie de sociedade unipessoal não existia no ordenamento brasileiro, porém a lei 12.441/2011 foi o permissivo para que, a partir de então, a sociedade unipessoal pudesse ser criada de modo originário. Agora, existe no Brasil a possibilidade de criação da sociedade unipessoal de forma superveniente como também de modo originário.

Carlos Henrique Abrão (2012) defende que a EIRELI é uma empresa de empreendedor, na qual se exige um capital mínimo.

No enunciado 3²⁸ da I Jornada de direito comercial, afirma-se que a EIRELI não é uma sociedade unipessoal.

Ao analisar o livro de Fábio Ulhoa Coelho, ele já colocou as disposições da EIRELI no volume destinado às sociedades. Contrário a isso, Marlon Tomazette introduz no seu livro as disposições da EIRELI ainda na parte em que se refere à empresa.

Assim, corretamente, pontua Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 409) “[...] a interpretação sistemática do direito positivo conduz à conclusão de que não se trata de nova espécie de pessoa jurídica, mas do *nomem juris* dado à sociedade limitada unipessoal.”.

O presente trabalho concorda com o posicionamento supracitado, pois a EIRELI se submete as regras de sociedade limitada, com uma única reparação, pode ser criada apenas pela vontade de um sócio.

Assim, mesmo que o legislador não quisesse formalmente instituir no Brasil a sociedade unipessoal, acabou criando, pois a aplicação do que foi previsto para a EIRELI em nada contraria a sociedade unipessoal.

Não se pode olvidar, que se a lei não tivesse criado inciso exclusivo para a EIRELI constituir pessoa jurídica, muitas seriam as dúvidas relacionadas à aplicação das regras das pessoas jurídicas à EIRELI, inclusive por se tratar de instituto novo no ordenamento brasileiro, limitando a responsabilidade do empresário individual.

Sendo assim, pela importância da aplicação à EIRELI da normatização existente para a pessoa jurídica, sobretudo a autonomia patrimonial inerente a elas e,

²⁸ 3. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.

inclusive a desconsideração da personalidade jurídica, foi necessária a criação de inciso explícito.

Por conseguinte, não há o que se opor à natureza jurídica da EIRELI como sociedade limitada unipessoal.

5 CONCLUSÃO

Diante de todas as premissas apontadas na presente pesquisa, conclui-se que:

- 1) A pessoa jurídica é um sujeito de direito capaz de titularizar direitos e deveres.
- 2) As pessoas jurídicas, no direito brasileiro, são divididas em pessoas jurídicas de direito público, que se subdividem em público interno e público externo, e pessoa jurídica de direito privado.
- 3) A pessoa jurídica de direito privado dividem-se em associações, fundações e sociedade.
- 4) São evidentes três efeitos decorrentes da personificação. As pessoas jurídicas têm capacidade para atuar em processos. A pessoa jurídica tem ainda autonomia de atuação, sendo as pessoas naturais responsáveis apenas por exteriorizar os atos da pessoa jurídica. Tem ainda autonomia patrimonial, portanto o seu patrimônio não se confunde com os das pessoas naturais que a constituem.
- 5) A construção da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi necessária para evitar a má utilização do instituto.
- 6) Com a desconsideração da personalidade jurídica ocorre o levantamento do véu episodicamente.
- 7) Os direitos da personalidade são aplicados às pessoas jurídicas.
- 8) Sociedade é uma pessoa jurídica na qual as pessoas se obrigam a fornecer bens e /ou serviços e distribuir o resultado da atividade entre si.
- 9) No mundo jurídico, existiam duas teorias para limitação da responsabilidade da empresa individual. A sociedade unipessoal e o estabelecimento individual de responsabilidade limitada.
- 10) O empresário individual responde, com todo o seu patrimônio pessoal, pelo o exercício da atividade.
- 11) O risco financeiro é inerente da atividade de um empreendedor. Era necessária a limitação do risco, nesse sentido, a limitação da responsabilidade surge como um estímulo ao empreendedor.

- 12) Durante muito tempo, o ordenamento jurídico brasileiro não tinha a possibilidade da limitação da responsabilidade do empresário individual. A possibilidade de limitação da responsabilidade surgiu com a EIRELI. O instituto nasceu com o escopo evitar a criação de sociedades irregulares ou sociedades fictícias.
- 13) O nome escolhido para o instituto não é adequado, pois empresa não é sujeito de direito.
- 14) O legislador não deixou claro de qual instituto se utilizou ao criar a EIRELI, inclusive a lei confunde elementos de empresa e de sociedade.
- 15) A lei faz referência que a EIRELI tem capital social, desse modo, quem tem capital social é a sociedade.
- 16) Apesar das posições contrárias, a exigência do capital mínimo integralizado é uma afronta ao princípio da livre iniciativa, pois diante da exigência do capital mínimo afasta empreendedores da atividade.
- 17) A eleição do valor de 100 salários mínimos exigidos para a constituição da EIRELI foi feita sem qualquer análise econômica de efeitos
- 18) Foi criado um inciso específico para determinar a EIRELI como pessoa jurídica, contudo, não se mostra necessário, pois poderia utilizar a autorização das sociedades constituírem uma pessoa jurídica.
- 19) A EIRELI é uma pessoa jurídica, dessa forma, pode-se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.
- 20) A EIRELI pode utilizar tanto de firma como de denominação social, ou seja, demonstra mais uma ambiguidade da lei, pois a firma é utilizada por empresário individual e a denominação social é utilizada por sociedade.
- 21) A lei não vedou a instituição da EIRELI por pessoas jurídicas.
- 22) A lei 12.441/2011 traz que pessoa física pode constituir apenas uma EIRELI, contudo, se não há limitação para a constituição de empresas individuais não há fundamento para que apenas uma dessas atividades tenha a limitação da responsabilidade.

- 23) A lei 12.441/2011 não indicou expressamente a responsabilidade da EIRELI, porém por análise, sobretudo do nome adotado, conclui-se que a responsabilidade é limitada.
- 24) A lei que originou a EIRELI indica que a sua criação pode ocorrer com a concentração de quotas de qualquer outro tipo societário, demonstrando que a EIRELI é uma sociedade.
- 25) A EIRELI utiliza-se de forma subsidiária das regras das sociedades limitadas.
- 26) Há divergência se o que a lei 12.441/2011 criou foi um instituto *sui generis* ou uma sociedade unipessoal.
- 27) Os defensores de que a EIRELI é um instituto *sui generis* utilizam do fundamento que ela não seria nenhum tipo de sociedade unipessoal existentes no Brasil, contudo nada obsta que o legislador possa criar uma nova espécie de sociedade unipessoal.
- 28) Por fim, em que pese as posições doutrinárias contrárias, conclui-se que nenhum argumento vislumbrado consegue afastar da EIRELI a natureza jurídica de sociedade unipessoal.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa individual**. São Paulo: Atlas, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7 ed, rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e o direito comparado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1990, V.7.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 abr 2012.

_____. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 01 abr 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 abr 2012.

_____. **III e V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 02 out. 2012.

_____. **I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/Enunciados%20aprovados%20na%20Jornada%20de%20Direito%20Comercial.pdf>. Acesso em: 31 out. 2012

_____. **Lei das sociedades anônimas**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal Justiça. Recurso Especial. Nº 693.235 – Proc. MT (2004/0140247-0). Recorrente: Francisca Elizabeth Consoli e Outro. Recorrido: Olvepar S/A - Indústria e Comércio - Massa Falida. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ: 30 nov. 2009. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401402470&dt_publicacao=30/11/2009>. Acesso em: 2 out. 2012.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 12 ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Quartier latin, 2005.

_____. **Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI** : A saga continua. Revista *Índex jur.* Ano I, número zero. Set. 2012.

CÂMARA. **Projeto de lei nº 4.605 de 2009**. Autor Deputado Marcos Montes. Disponível em:

<www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7BC259EBA B469F336877D4A6C817FE10.node2?codteor=631421&filename=PL+4605/2009>.

Acesso em: 24 set. 2012.

_____. **Comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio.**

Projeto de lei nº 4.605, de 2009. Parecer do Deputado Guilherme Campos.

Disponível em:

<www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=656452&filename=Tramitacao-PL+4605/2009>. Acesso em: 24 set. 2012

_____. **Comissão de constituição e justiça e de cidadania.** Projeto de lei nº

4.605, de 2009. Parecer do deputado Marcelo Itagiba. Disponível em:

<www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=793401&filename=Tramitacao-PL+4605/2009> . Acesso em: 24 set. 2012.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 4 ed, amp. atual. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

CARDOSO. Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARMO. Eduardo de Sousa. Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo; Revista dos Tribunais, jul/set. 1989, p. 41-48.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito da empresa. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. As teorias da desconsideração: *In*: TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (Coord.). **Desconsideração da personalidade em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005

_____. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.2

_____. _____. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 V.1.

_____. _____. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V.2.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO. Calixto. **O Poder de controle na sociedade anônima**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 22 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DE COMÉRCIO. **Instrução normativa 117/2011**. Disponível em: <www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>. Acesso em: 12 out. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial e a sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, V. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**: Revista, atualizada, aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: regime vigente e inovações do novo Código Civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

HISRICH. Robert D.; PETERS. Michael P. **Empreendedorismo**. Trad. Lene Belon Ribeiro. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2004

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica(disregard doctrine) e os grupos de empresa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JORGE. Tarsis Nametala Sarlo. **Manual das sociedades limitadas**: uma abordagem interdisciplinar (aspectos empresariais, concorrências, de propriedade industrial, sucessórios, tributários, trabalhistas, previdenciários e licitatórios). Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

MACHADO. Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MAMEDE. Eduarda Cotta; MAMEDE. Gladston. **Divorcio, dissolução e fraude na partilha de bens**: simulações empresárias e societárias. São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. São Paulo: Atlas, 2004, V 1.

MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**: Tese apresentada ao Congresso Jurídico Comemorativo do Cinquentenário de Fundação Faculdade de Direito de Rio Grande do Sul Ceará: Faculdade de direito do Ceará, 1950.

MARTINS, Frans. **Curso de direito comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 32 ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro, Salvador, Fortaleza, São Paulo, Curitiba, Porto Alegre: Livraria Freitas Bastos, 1954. V. 3.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Introdução, pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PORTUGAL. **Decreto-lei número 248/86**. Disponível em: <<http://193.17.0.61/web/guest/analisejuridica/-/aj/24717/textoIntegralDetails/normal;jsessionid=C7236D991E6C8B9154013D6CCA1565E5>>. Acesso em: 26 set 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**: Ajustada ao novo Código Civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27 ed ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, Gustavo Ribeiro; ROCHA FILHO, José Maria. A “empresa individual de responsabilidade limitada”: breves comentários sobre a Lei nº 12.441/2011. **Revista de direito Empresarial**. Belo Horizonte; Fórum, Ano 8, n. 2, jul./ dez. 2011, p. 43-51.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A sociedade unipessoal**. São Paulo; Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Nadialice Francischini de. Natureza Jurídica da EIRELI. **Revista de direito Empresarial**. Belo Horizonte; Fórum, Ano 9, n. 1, jan./abr. 2012, p. 155-164.

Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4637**. Disponível em: <redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4123688> . Acesso em: 27 set. 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito Societário**. 2 ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.