

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS

HENRIQUE QUEIROGA SCHIMMELPFENG

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

JOÃO PESSOA

2011

HENRIQUE QUEIROGA SCHIMMELPFENG

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Monografia Jurídica

Área: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Ms. André Luiz
Cavalcanti Cabral

JOÃO PESSOA

2011

Schimmelpfeng, Henrique Queiroga.

S335e Empresa individual de responsabilidade limitada/ Henrique Queiroga Schimmelpfeng. – João Pessoa, 2011.

66f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

Orientador: Prof. Ms. André Luiz Cavalcanti Cabral.

1. Empresa individual. 2. Pessoa jurídica. 3. Responsabilidade. 4. Limitação. I Título.

CDU – 34:658

HENRIQUE QUEIROGA SCHIMMELPFENG

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Monografia Jurídica

Área: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Ms. André Luiz
Cavalcanti Cabral

JOÃO PESSOA

2011

HENRIQUE QUEIROGA SCHIMMELPFENG

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Ms. André Luiz Cavalcanti Cabral

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

JOÃO PESSOA

2011

AGRADECIMENTOS

Ao nosso Pai e Arquiteto do Universo, por sempre abençoar e iluminar nossos passos.

Aos meus pais e à minha irmã, pelo amor incondicional, compreensão e incentivo.

Ao meu orientador, André Luiz Cavalcanti Cabral, pela sabedoria, dedicação e paciência compartilhadas neste trabalho.

Aos amigos e companheiros de curso, pelo auxílio e amizade.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a mais nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado brasileiro, a empresa individual de responsabilidade limitada, finalmente inserida no ordenamento jurídico pátrio através da Lei 12.441 de 2011. Com este objetivo em foco, percorreu-se o conceito de empresário e sociedade empresária, com a figura da sociedade limitada como base do surgimento do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada, sobre a qual se explorou o contexto e a evolução histórica, a natureza jurídica, a comparação com as classificações societárias clássicas, a limitação do capital social, não faltando comentários acerca de sua nomenclatura e nome empresarial, além de considerações sobre a afetação patrimonial e sobre a exploração e remuneração dos direitos patrimoniais autorais dos empresários que elegerem a empresa individual de responsabilidade limitada como modelo empresarial, bem como comentários sobre sua administração e transformação. Ao final, tratou-se de assuntos voltados à aplicabilidade prática do novo instituto no que tange à possibilidade de constituição da empresa individual de responsabilidade limitada por estrangeiro, a limitação da responsabilidade do empresário individual, as vantagens e desvantagens de sua instituição, além da análise de dados do Departamento Nacional de Registro do Comércio sobre o registro de empresas no Brasil. Ante a pesquisa realizada, conclui-se ter sido de extrema importância a adoção pelo legislador pátrio da empresa individual de responsabilidade limitada, mesmo que tardiamente, a qual entrará em vigor no início do ano vindouro, como meio de fomentar e desenvolver a economia nacional.

Palavras-chave: Empresa individual. Pessoa jurídica. Responsabilidade. Limitação.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CEE	Conselho Econômico Europeu
CF	Constituição Federal
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
DNRC	Departamento Nacional de Registro do Comércio
EIRELI	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
LTDA	Sociedade Limitada
PPS	Partido Popular Socialista
RE	Recurso Extraordinário
SA	Sociedade Anônima
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 - O EMPRESÁRIO E A SOCIEDADE EMPRESÁRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	11
1.1 Empresário.....	11
1.1.1 Conceito.....	11
1.1.2 Responsabilidade.....	13
1.2 Sociedade Empresária.....	14
1.2.1 Conceito e Classificação.....	14
1.2.2 Personificação.....	15
1.2.3 A Sociedade Limitada.....	18
1.2.3.1 O <i>Affectio Societatis</i> e a Pluralidade de Sócios.....	19
1.2.3.2 Responsabilidade dos Sócios.....	21
2 - EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA	25
2.1 Contexto e Evolução Histórica.....	25
2.1.1 A Influência da 12ª Diretiva da CEE de 1989.....	27
2.2 Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	28
2.2.1 Natureza Jurídica.....	28
2.2.2 Comparação com as Classificações Societárias Clássicas.....	30
2.3 Limitação do Capital Social.....	33
2.4 Nomenclatura e Nome Empresarial.....	36
2.5 Afetação Patrimonial.....	40
2.5.1 A Vedação do §4º do Art.980-A e a <i>Disregard Doctrine</i>	40
2.6 Exploração e Remuneração dos Direitos Patrimoniais Autorais através da EIRELI.....	41
2.7 Administração e Transformação.....	43
3 - APLICABILIDADE PRÁTICA DA EIRELI	46
3.1 Ausência de Distinção entre as Pessoas Física e Jurídica na Constituição da EIRELI.....	46
3.1.1 A EIRELI como <i> Holding</i> e Sociedade Subsidiária Integral.....	46
3.1.2 Possibilidade de Constituição de EIRELI por Estrangeiro.....	48
3.2 A Limitação da Responsabilidade do Empresário Individual.....	48
3.3 Vantagens e Desvantagens da Instituição da EIRELI.....	52
3.4 Análise de Dados do DNRC sobre o Registro de Empresas no Brasil.....	55
3.5 Considerações sobre o Instituto da Falência na EIRELI.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como tema: Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, EIRELI, e faz parte do estudo do Direito Empresarial, mais especificamente relacionado às sociedades empresariais. Esta mais nova modalidade de pessoa jurídica prevista no ordenamento jurídico brasileiro é considerada uma das maiores demandas jurídicas atuais das entidades comerciais.

O objetivo geral do estudo é pesquisar os aspectos jurídicos fundamentais da empresa individual de responsabilidade limitada, e os específicos são a) contribuir com a discussão do conceito de empresa e empresário, em prol do entendimento da empresa individual; b) demonstrar a utilização da sociedade limitada atualmente como meio de constituição de sociedades fictícias, para explicar a necessidade de delimitação da responsabilidade do empresário individual e a recente reformulação da legislação nacional para combater tal prática; c) realizar estudo sobre a figura do sujeito jurídico da empresa individual de responsabilidade limitada e suas características, bem como as vantagens e desvantagens de sua instituição; d) sistematizar o regramento proposto pela Lei n. 12.441/2011 sobre a empresa individual de responsabilidade limitada para ressaltar as suas características quanto à estrutura jurídica eleita e e) adequar a empresa individual de responsabilidade limitada às classificações societárias clássicas.

A problemática levantada por este trabalho consiste nos reflexos ainda indefinidos na práxis cotidiana da recente legislação sobre a EIRELI, como o veto presidencial ao parágrafo 4º do Art. 980-A da Lei n. 12.441/2011, que assegurava justamente a responsabilidade limitada daquele que constitui uma EIRELI, destacando a sua autonomia patrimonial. Além disso, apesar das sociedades limitadas fictícias contribuírem para dificultar a gestão empresarial, devido à sua burocracia, e estimular a economia informal, e da figura da empresa individual de responsabilidade limitada já se encontrar presente no ordenamento jurídico de diversos países, poderá este novo tipo societário provocar as significativas mudanças que se esperam no Direito Empresarial brasileiro, justificando a sua criação?

É o que se acredita, pois com a adoção da sociedade limitada, a possibilidade de se afetar o patrimônio da pessoa que se torna empresário o coíbe a exercer suas obrigações relacionadas à atividade empresarial, o que o leva a obter menos empréstimos, contratar menos empregados, realizar menos investimentos, pagar menos tributos, colocar menos produtos novos no mercado de consumo e atrair menos recursos externos, por exemplo. Com a instituição da empresa individual de responsabilidade limitada, essa realidade certamente mudará e as perspectivas já são as melhores possíveis tanto para a economia como para o Direito Empresarial brasileiro.

Não é propósito deste estudo criticar unicamente a sociedade limitada, pois é a modalidade societária mais utilizada no país atualmente, mas sim demonstrar que sua adoção, em muitos casos, existe apenas ficticiamente para driblar a legislação no tocante à exigência de participação de mais de um sócio, por exemplo, um dos motivos pelos quais se defende a larga utilização da EIRELI como modelo de sociedade, após sua vigência e segurança jurídica garantida pelos tribunais, para coibir práticas como essa em prol da informalidade e involução do mercado brasileiro.

No que tange à legislação que versa sobre o tema, o presente artigo tem a singela pretensão de analisar, criticamente, alguns aspectos do novo regime jurídico em vigor com a Lei n. 12.441/2011, mas sem o compromisso de exaurir o tema, pois só com a análise do cenário fático após a sua vigência é que será possível extrair as melhores conclusões. Trata-se, portanto, de um ensaio com as primeiras impressões sobre as inovações da referida Lei. A vigência dessa novidade para o segmento empresarial somente se dará após a *vacatio legis* de 180 dias, conforme previsto em seu art. 3º.

A vertente metodológica a ser utilizada nesta monografia é do tipo jurídico-dogmático-instrumental, haja vista que se busca observar algumas teorias sobre os tipos societários, especificamente as mais recentes sobre a empresa individual de responsabilidade limitada.

No que tange ao método utilizado, optamos pelo de abordagem dialético, de modo a analisar os diversos posicionamentos doutrinários acerca da responsabilidade das sociedades limitadas e os limites entre o patrimônio do sócio e o da empresa, de modo que, após o estudo das teorias antagônicas possa-se encontrar um caminho alternativo que se aproxime melhor de uma verdade plausível

a ser adotada para se elaborar um procedimento jurídico que auxilie o empresário a optar pela modalidade societária mais adequada à sua atividade empresária.

Em seguida, no que tange ao estudo jurídico, será adotado o método de procedimento interpretativo-dedutivo no intuito de propor a construção de modelos lógicos de entendimento das normas nacionais sobre a responsabilidade limitada das empresas individuais.

As técnicas a serem empregadas neste trabalho tendem a se concentrar naquelas da documentação indireta, através do levantamento bibliográfico de livros, jornais, revistas, sites, artigos científicos sobre o tema em questão, bem como e, importantíssima, a análise da legislação em vigor, seja por meio da Constituição Federal, como das normas infraconstitucionais previstas nas Leis n. 10.406/2002 e 12.441/2011, e de outros diplomas legais sobre a questão.

Nosso estudo será calcado por meio de textos e idéias retirados de obras de autores renomados, devidamente citados, e do criterioso sopesamento entre a aplicação da empresa individual de responsabilidade limitada em face das demais modalidades societárias previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conveniência de cunho didático, o trabalho será apresentado em três partes. Na parte que inicia o estudo, abordaremos o conceito de empresário e sociedade empresária, tratando especificamente sobre a sociedade limitada, através de tópicos como a responsabilidade dos sócios e os pressupostos de existência da sociedade, quais sejam o *affectio societatis* e a pluralidade de sócios, como base de estudo e entendimento da empresa individual de responsabilidade limitada. Na elaboração da segunda parte, nos debruçaremos sobre a EIRELI propriamente dita, desde sua idealização à efetiva inclusão no ordenamento jurídico, adentrando na Lei n. 12.441/11 através da abordagem da natureza jurídica, da comparação com as classificações societárias clássicas, do tratamento da limitação do capital social, bem como tecendo algumas críticas à nomenclatura e ao nome empresarial adotados pelo legislador, além da necessidade de esclarecimento quanto à constituição da EIRELI por pessoa física ou jurídica, não podendo faltar comentários sobre a afetação patrimonial e aos parágrafos arrolados no Art.980-A. Já na última, nos deteremos à aplicabilidade prática da EIRELI quanto à limitação da responsabilidade do empresário individual, das vantagens e desvantagens de sua instituição, *en passant* pelos dados do DNRC sobre o registro de empresas no Brasil, finalizando com algumas considerações sobre o instituto da falência na EIRELI.

Sendo assim, buscaremos com a produção deste trabalho monográfico apresentar a evolução por que passou a empresa individual de responsabilidade limitada, e as mudanças alcançadas que representarão enorme feito para o Direito Empresarial, que ganhará *status* de parte da solução da informalidade no país e conseqüente queda da sonegação fiscal, bem como da diminuição do alto índice de insucesso dos pequenos empreendimentos com responsabilidade ilimitada, tendo em vista ser um dos maiores propósitos da Lei n. 12.441/2011 a limitação ou isolamento entre o patrimônio individual do empresário e os bens de responsabilidade da empresa.

Assim como muitos pesquisadores que, espalhados nos mais diversos ramos do conhecimento, visam encontrar soluções para o problema da informalidade no mercado de consumo brasileiro, da sonegação de tributos e da falta de proteção aos trabalhadores submetidos às atividades empresariais que funcionam dessa maneira, acreditamos que com a criação de ferramentas como a EIRELI para coibir tais práticas, com a validação da doutrina e da jurisprudência, estaremos dando um grande passo no florescimento do Direito Empresarial e na busca incansável de termos uma sociedade mais justa em nosso país.

1 O EMPRESÁRIO E A SOCIEDADE EMPRESÁRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O objetivo deste capítulo é conceituar e destacar as principais características em relação ao empresário e à sociedade empresária, principalmente no tocante à sociedade limitada, modelo societário pelo qual se baseou o legislador brasileiro para criar a empresa individual de responsabilidade limitada, conforme o parágrafo 6º do Art. 980-A, da Lei n.12.441/2011¹.

1.1 Empresário

1.1.1 Conceito

O Código Civil², através do Art. 966, trás a definição do empresário como sendo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços”. O exercício dessa atividade pode ser realizado tanto por uma pessoa física como uma pessoa jurídica, como ensina COELHO:

Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens e serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes.³

¹ Diz o §6º do Art. 980-A, da Lei 12.441/2011: “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000, p.61, vol. 2.

Contrariamente à esta qualificação do empresário encontra-se REQUIÃO⁴, pois sob a óptica da sistemática do Código Civil, o eminente doutrinador entende que “passa a existir o empresário obrigatoriamente inscrito no Registro de Empresas e empresário disso dispensado”, que é o empresário rural, nos termos do Art. 971⁵ deste diploma legal.

É importante frisar, conforme o faz REQUIÃO⁶ que as expressões “empresário, na linguagem do direito moderno, é o antigo comerciante”. Contudo, a figura do comerciante centrava-se na idéia individualista do sistema capitalista de produção, enquanto que na conceituação do empresário de hoje está inscrito o conceito social de empresa. Segundo este eminente doutrinador:

Hoje o conceito social de empresa, como exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o *empresário comercial* não continue sendo empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, porém um produtor impulsionado pela perseguição de lucros, é verdade, consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da coletividade em que vive⁷.

REQUIÃO⁸ ainda lembra que a denominação de *empresário* ou *empresa individual* designada pelo Código Civil refere-se à firma individual ou à firma mercantil individual do empresário individual. Assim, distingue-se o empresário individual, definido no Art. 966, do Código Civil, da sociedade empresária,

⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, 25.ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77-78, vol. 1.

⁵ Art. 971 do Código Civil: “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”.

⁶ REQUIÃO, *op. cit.*, p.76, NOTA 4.

⁷ REQUIÃO, *idem, ibidem*, p. 76.

⁸ REQUIÃO, *idem ibidem*, p. 78.

conceituada no Art. 982⁹, do mesmo diploma legal, destacando-se duas espécies de pessoas que podem explorar a empresa, conforme salienta LIPPERT:

A maioria dos autores faz referência ao empresário, deixando de lado a sociedade empresária, No entanto, é imprescindível frisar que, nos termos dos artigos acima citados, as duas espécies de pessoas que podem explorar a empresa são a pessoa física do empresário (neste caso a sociedade empresária assume o risco da atividade).¹⁰

TERNES¹¹ resume o conceito de empresário individual “como sendo aquele que exerce profissionalmente uma atividade de conteúdo econômico voltada para a produção e circulação de bens e serviços”.

1.1.2 Responsabilidade

A garantia dos credores está calcada no patrimônio do devedor. Conforme exposto alhures, a exploração da empresa pelo empresário individual torna este responsável pelos riscos da atividade, respondendo pelas obrigações da empresa individual ilimitadamente com o patrimônio próprio.

A responsabilidade ilimitada do empresário individual decorre do princípio da unidade patrimonial, em razão do qual o patrimônio do empresário, enquanto exercente da empresa, e da pessoa física empresa individual é considerado único, conforme expõe LIPPERT, *in verbis*:

De qualquer sorte, este empresário do novo Código Civil, cuja obrigação de assunção do risco da atividade não está expressamente prevista, pode ser representado na categoria de pessoa física sob a personalidade de sua

⁹ Conforme o Art. 982, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro.

¹⁰ LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 140.

¹¹ TERNES, Gabriel Saraiva. **Empresa individual de responsabilidade limitada: uma proposta de inserção no ordenamento jurídico brasileiro**, 2004. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Gabriel%20Ternes.pdf>, acesso em 25 out. 2011.

pessoa natural. Neste caso, o reflexo no seu patrimônio individual se dá na totalidade, haja vista a teoria da unidade patrimonial, que se traduz em “para cada pessoa corresponde um patrimônio.”¹²

Consoante a lição de REQUIÃO, o empresário individual será a própria pessoa física ou natural, cujo patrimônio pessoal responde ilimitadamente pelas obrigações assumidas, não importando a natureza destas. O citado autor justifica esse posicionamento com base em julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nestes termos:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda (Ap. civ. n° 8.447 – Lajes, *in Bol. Jur. ADCOAS*, n° 18.878/73).¹³

Observação bastante pertinente a do Acórdão citado, haja vista a ressalva quanto à questão da atribuição de personalidade jurídica à firma individual, a qual se destina tão somente à área tributária. Não há que se confundir, portanto, a personificação da sociedade empresária, com conseqüente separação patrimonial entre sócio e sociedade, com a personalidade jurídica para fins tributários do empresário individual. A responsabilidade do empresário permanece ilimitada pelas obrigações contraídas durante o exercício da atividade empresária.

1.2 Sociedade Empresária

1.2.1 Conceito e Classificação

Conforme o Art. 982, do Código Civil, “considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro”.

¹² LIPPERT, *op. cit.*, p. 142, NOTA 10.

¹³ REQUIÃO, *op. cit.*, p.78, NOTA 4.

Atividade própria de empresário é aquela definida no Art. 966, da lei subjetiva civil, qual seja a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços exercida profissionalmente.

A classificação das sociedades empresárias pode ser determinada em função de vários critérios, quais sejam a responsabilidade dos sócios, a personificação, a forma do capital e a estrutura econômica. Contudo, haja vista a finalidade deste trabalho, verifica-se como relevante o critério de classificação em função da personificação e da responsabilidade dos sócios. Neste ponto, revela-se de fundamental importância a conceituação da personificação, posto que, é a partir do registro que a sociedade adquire personalidade jurídica, tornando, desta forma, distintos os patrimônios da pessoa jurídica e dos sócios que a compõem.

1.2.2 Personificação

Em função da personificação da sociedade empresária, que tem personalidade jurídica distinta da de seus sócios, é possível classificar as sociedades em relação à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Assim preleciona LIPPERT:

Há sociedades nas quais os sócios respondem de forma limitada, ilimitada ou mista, a sociedade empresária, no entanto, é aquela que assume o risco da atividade com a totalidade de seu patrimônio, tal qual o empresário individual.¹⁴

Com a personificação, acrescenta REQUIÃO¹⁵, a “sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade”. A personificação, conforme conceito de MUNHOZ, “pode ser compreendida (...) como uma *‘técnica jurídica*

¹⁴ LIPPERT, *op. cit.*, p. 142, NOTA 10.

¹⁵ REQUIÃO, *op. cit.*, p.373, NOTA 4.

utilizada para se atingir determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais”.¹⁶

Em conseqüência da atribuição de personalidade jurídica a uma sociedade, esta se torna ente autônomo em relação aos seus sócios, caracterizando a autonomia da pessoa jurídica. “Com essa autonomia, ela terá titularidade negocial (ela é sujeito dos negócios), processual (quem atua no processo como autora e ré é a pessoa jurídica) e titularidade patrimonial, ou seja, o patrimônio investido na formação do capital social é dela e não mais dos sócios”¹⁷. Nas sociedades em que haja atribuição de personalidade jurídica com limitação da responsabilidade, consoante a lição de MUNHOZ, vigora o princípio da absoluta autonomia patrimonial, assim vejamos:

Nas sociedades personificadas com responsabilidade limitada vigora, portanto, o princípio da absoluta autonomia dos elementos ativos e passivos que compõem o patrimônio social, significando que os sócios não têm relação jurídica com os elementos ativos do patrimônio, que são de titularidade da sociedade, nem com os elementos passivos, que vinculam apenas o ente coletivo.¹⁸

Atualmente a autonomia patrimonial não é regra absoluta, pois há várias regras no ordenamento jurídico brasileiro que excepcionam este princípio. Pode-se dizer que, em regra, vige o princípio da separação patrimonial. Contudo tal princípio vem sendo excepcionado. Exemplos disso são as regras dos Arts. 50¹⁹ e 1.080²⁰ do Código Civil, e do Art. 135²¹ do Código Tributário Nacional, tratando os dispositivos

¹⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos societários**. 1. Ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 68.

¹⁷ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Manual da sociedade limitada no novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38.

¹⁸ MUNHOZ, *op. cit.*, p.73, NOTA 16.

¹⁹ O art. 50 do Código Civil refere-se à possibilidade do magistrado 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, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

²⁰ Trata o art. 1.080 do Código Civil da responsabilidade ilimitada dos sócios, na sociedade limitada, que aprovarem qualquer deliberação infringente do contrato social ou da lei.

²¹ Trata-se de responsabilização pessoal das pessoas elencadas nos incisos do art. 134 e 135 do CTN, nos casos em que houver excesso de poder, infração da lei, do contrato social ou dos estatutos.

normativos citados de hipóteses de responsabilização pessoal das pessoas mencionadas nos artigos.

O empresário individual, contudo, não possui personalidade jurídica distinta da pessoa natural, porquanto exerce a atividade em seu próprio nome, assumindo todos os riscos inerentes ao desempenho da empresa. Todavia, conforme exposição de BULGARELLI há grande confusão sobre a questão de atribuição de personalidade jurídica ao empresário individual face à equiparação deste à pessoa jurídica para fins fiscais, a saber:

Como se sabe, reina grande confusão em torno da qualificação da empresa individual, havendo um entendimento comum de que o empresário individual é pessoa jurídica. Essa falha da cultura jurídica pátria parece ter sua causa no Direito Tributário que equiparou as empresas individuais à pessoa jurídica para os efeitos fiscais. Ora, por essa razão, raciocina o empresário individual que ele é pessoa jurídica, pois que inscreve sua firma no Registro de Comércio, cujo formulário exige que indique um montante de capital da empresa e dos vários estabelecimentos; registra-se junto ao Fisco, obtém o CGC, é obrigado a ter livros e escrituração específica do estabelecimento e a providenciar duas declarações de renda, a de pessoa jurídica e a de pessoa física. Perante tal situação não é de estranhar que se julgue dotado de personalidade jurídica. O que é mais grave, entretanto, é quando essa posição é encampada por advogados, como se vê da decisão do TRF (AC. 69.621, 9-12-81, *Boletim AASP* 1.223/121) em que o executado embargou executivo fiscal alegando que a certidão da dívida ativa não se referia ao seu débito, mas à sua pessoa jurídica. Obviamente, foi julgada inepta, mas, o simples fato de existir comprova a confusão reinante.²²

Contudo, não só o empresário individual carece de personalidade jurídica, porquanto pode haver sociedades sem personalidade jurídica, mas com ilimitação da responsabilidade, haja vista a atribuição de personalidade jurídica não estar atrelada a responsabilidade limitada dos sócios, conforme destaca MUNHOZ:

É bem verdade que a personalidade jurídica e responsabilidade limitada não são inseparáveis. São conhecidos tipos societários dotados de personalidade jurídica com responsabilidade limitada (v.g., na lei brasileira, a sociedade em nome coletivo) e, por outro lado, sociedades sem personalidade jurídica com responsabilidade limitada (v.g., na lei brasileira, a sociedade em conta de participação).²³

²² BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 164.

²³ MUNHOZ, *op. cit.*, p.69, NOTA 16.

O entendimento do autor parece estar equivocado quanto à limitação da responsabilidade dos sócios na sociedade em conta de participação, pois nesta sociedade a responsabilidade do sócio ostensivo é ilimitada e o sócio participante não tem qualquer responsabilidade perante terceiros, nos termos do Art. 991, *caput*, e parágrafo único, do Código Civil²⁴.

Assim, verifica-se a importância do instituto da personificação, na medida em que determina a separação patrimonial do sócio e da sociedade, o que constitui ponto extremamente favorável às empresas individuais de responsabilidade limitada, porquanto distingue o patrimônio da pessoa física da pessoa jurídica.

1.2.3 A Sociedade Limitada

A sociedade limitada caracteriza-se pela limitação da responsabilidade dos sócios ao aporte de capital destinado à constituição da sociedade. O Código Civil de 2002, no Art. 1.052, define sociedade limitada como sendo aquela cuja “responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

Fran Martins, citado por LUCENA, agrega outras características ao conceito legal de sociedade limitada, quais sejam:

Segundo a lei brasileira, caracterizam-se as sociedades por quotas de responsabilidade limitada pela limitação da responsabilidade solidária dos sócios ao capital social e, em caso de falência, também pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas; e pela adoção de uma firma ou denominação à qual se deverá sempre aduzir limitada.²⁵

²⁴ Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio-ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

²⁵ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 5. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 69.

Segundo MARTINS, sociedade limitada, ou, nas palavras do autor, “sociedade por quotas de responsabilidade limitada é aquela formada por duas ou mais pessoas, assumindo todas, de forma subsidiária, responsabilidade solidária pelo total do capital social”.²⁶

1.2.3.1 O *Affectio Societatis* e a Pluralidade de Sócios

A sociedade limitada, para que tenha validade, deve atender aos requisitos gerais de validade de qualquer negócio jurídico e aos requisitos específicos pertinentes ao contrato social. Contudo, a existência da sociedade está condicionada à conjugação de dois pressupostos, quais sejam o *affectio societatis* e a pluralidade de sócios, conforme, salienta COELHO, a saber:

Para que a sociedade exista, o contrato social deve atender, no direito brasileiro, a dois pressupostos: a) a pluralidade dos sócios; b) o *affectio societatis*. Diferem essas condições dos requisitos de validade, anteriormente referidos. Isso porque a falta de um pressuposto de existência não conduz à invalidação do contrato social, mas à dissolução da sociedade.²⁷

A expressão *affectio societatis* designa o intuito comum dos sócios em empenharem esforços para a constituição de uma sociedade com o objetivo de retorno econômico para ambos. Calcado na opinião de vários autores, REQUIÃO tenta determinar o conceito de *affectio societatis*:

É uma antiga expressão latina, usada por Ulpiano, para distinguir a intenção de se associar em sociedade. Os autores têm procurado desvendar o verdadeiro sentido da expressão, tendo Thaller dividido nela “um elo de colaboração ativa entre os sócios”. Àul Pic escreve que “não há sociedade sem vontade, em todos os contratantes, de cooperar, direta ou indiretamente, na obra comum, sem a comunhão de capitais (*lato sensu*) e dos esforços pessoais dos membros”. Continua: Todo contrato de sociedade pressupõe não somente a intenção de realizar benefícios por uma reunião de capitais, intenção que se pode descobrir num simples empréstimo, acompanhado de uma cláusula de participação, mas a vontade

²⁶ MARTINS. Fran. **Curso de direito comercial**. 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 201.

²⁷ COELHO, *op. cit.*, p. 381, NOTA 3.

bem determinada, da parte de todos os sócios, de cooperar ativamente na obra comum. Discerne-se, em outros termos, em qualquer sociedade, um pensamento de cooperação econômica (Ripert) ou, mais exatamente, uma vontade de colaboração ativa (Thaller), em vista de um fim comum, que é a realização de um enriquecimento pela comunhão dos capitais e da atividade dos sócios”.²⁸

O *affectio societatis* está relacionado diretamente com a intenção dos sócios, como condição essencial de validade do contrato social, conforme a lição de MENDONÇA, para quem “mais exato será dizer que os sócios devem manifestar a vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade”.²⁹

A formação de uma sociedade comercial, por meio de um contrato, pressupõe como elemento essencial a pluralidade de pessoas. REQUIÃO, ao analisar a questão sob o enfoque do antigo Código Comercial e do atual Código Civil, salienta que:

O contrato é uma relação na qual se envolvem duas ou mais pessoas. Partindo dessa evidência a pluralidade de partes constitui um elemento essencial dos contratos de sociedade comercial. O art. 302 do Código Comercial, entre os elementos que deve conter o instrumento de contrato social, aludia aos nomes, nacionalidade e domicílios dos sócios, no plural, o que vale dizer que a lei exige pluralidade de sócios na constituição da sociedade, isto é, dois ou mais sócios. O art. 997 do Código Civil, entre os elementos contratuais, exige a presença de sócios, igualmente no plural. O art.981, definindo o contrato de sociedade, estabelece que o celebram as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir para o exercício da atividade econômica, visando a distribuição dos resultados.³⁰

A pluralidade de sócios, em função da natureza contratual da relação, é de fundamental importância para o desenvolvimento da discussão acerca da constituição de uma sociedade limitada unipessoal. Conforme assevera COELHO³¹, “em razão da natureza contratual da sociedade limitada e, ante a impossibilidade de

²⁸ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 394, NOTA 4.

²⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1954. p. 23.

³⁰ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 387, NOTA 4.

³¹ COELHO, *op. cit.*, p. 382, NOTA 3.

alguém contratar consigo mês,o, há a necessidade de reunião de pelo menos duas pessoas, física ou jurídica, para a constituição da sociedade”.

No direito pátrio, portanto, expressa é a proibição da formação de uma sociedade limitada originariamente unipessoal, sendo que a única hipótese de constituição de uma sociedade unipessoal em sua origem é o caso da sociedade por ações, denominada de subsidiária integral³², formada por outra sociedade brasileira detentora de todas as ações sociais.

Questão mais complexa é a das sociedades limitadas que passaram a ter um único sócio por motivo da morte ou retirada dos demais. Trata-se de situação aceita pela jurisprudência, mas agora limitada a seis meses pelo novo Código Civil, que exige a admissão de um novo sócio ou a dissolução da sociedade ao fim desse prazo. Não seria mais simples, portanto, a sua transformação em uma empresa individual de responsabilidade limitada?

1.2.3.2 Responsabilidade dos Sócios

O Art. 1.052 do Código Civil prevê que a “responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”. Assim, os sócios são solidariamente responsáveis pelo capital não integralizado, mas, no caso de integralização total do capital social, a responsabilidade dos sócios, perante a sociedade, limita-se a sua participação societária. Enquanto que, perante terceiros, realizado o capital social, aos sócios não assiste qualquer responsabilidade pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica.

Importante salientar que a limitação da responsabilidade dos sócios a que faz menção o dispositivo legal citado refere-se às obrigações sociais. No caso de dívidas particulares dos sócios a responsabilidade recai exclusivamente perante estes. Vem ao encontro deste pensamento o entendimento de COELHO:

³² Lei nº 6.404/76, a tratar na Seção V da Subsidiária Integral, dispõe: “Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”.

Os sócios respondem, na limitada, pelas obrigações sociais, dentro de certo limite – essa regra, aliás, explica o nome do tipo societário. Claro que a sociedade, acionada por obrigação dela, pessoa jurídica, responde integralmente; assim como o sócio, demandado por obrigação dele próprio, não pode pretender nenhuma limitação. O que o atual plano evolutivo do direito societário brasileiro admite é, unicamente, a limitação da responsabilidade do sócio por dívida da sociedade.³³

A responsabilidade dos sócios, todavia, não se restringe à integralização do capital social, pois abarca, também, a avaliação dos bens destinados à composição do capital. Referida responsabilidade abrange somente os sócios participantes do ato de avaliação dos bens direcionados à integralização do capital social, consoante explana BORBA, a saber:

Há uma outra responsabilidade dos sócios, que é a concernente à avaliação dos bens conferidos à sociedade para a integralização do capital. Essa avaliação se fará pelos próprios sócios, mas, no caso de superavaliação, todos os sócios responderão solidariamente, perante os credores, pela diferença entre o valor estimado e os parâmetros de mercado (art. 1.055, §1º). Explicita o novo Código o entendimento que já era assente, mas com uma inexplicável limitação dessa responsabilidade a um prazo decadencial de cinco anos.

Cabe ponderar que respondem pela correta avaliação dos bens conferidos à sociedade, obviamente, apenas aqueles sócios que o eram quando da avaliação desses bens. Os sócios que ingressaram na sociedade posteriormente, como não participaram do ato, por este não poderão responder.³⁴

A limitação da responsabilidade, contudo, não é absoluta, porquanto a separação do patrimônio do sócio e da sociedade advinda da personificação face ao nascimento da pessoa jurídica encontra exceções. No caso das deliberações dos sócios constituírem afronta à lei ou ao contrato social, a responsabilidade dos sócios que as aprovaram torna-se ilimitada, conforme dispõe o Art. 1.080 do Código Civil.

O Código Civil manteve o mesmo princípio do art. 16 do Decreto nº 3.708, de 1919, no art. 1.072, §5º, ao dispor que as deliberações (dos sócios) tomadas em conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes, e sendo elas, segundo o art. 1.080,

³³ COELHO, *op. cit.*, p. 398, NOTA 3.

³⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed., aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 101.

infringentes do contrato ou da lei, tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente a aprovaram.

As limitações da responsabilidade do sócio, próprias da sociedade limitada, exigem dele comportamento ilibado, respeitando as normas contratuais e legais. Infringidas tais normas, o transgressor perde a vantagem concedida pelo tipo social, passando a responder de modo ilimitado pelos atos que autorizou ou praticou. Esta responsabilidade ampliada tem natureza solidária, pois não afastará a responsabilidade natural da sociedade que serve de instrumento para o ato; agrega-lhe a responsabilidade pessoal do sócio que deliberou de modo infrator.³⁵

Todavia, apesar da menção expressa do Código Civil a respeito da responsabilização dos sócios, somente nas hipóteses de fraude à lei ou ao contrato social, verifica-se a tendência da Fazenda Pública em responsabilizar o sócio pelas dívidas tributárias quando insuficiente o patrimônio societário.

Assim, estando integralizado o capital social, os sócios respondem pelas obrigações sociais até o limite de capital aportado na sociedade.

Convém mencionar aqui, dado o foco deste trabalho, caso peculiar de limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade limitada. Trata-se de hipótese de proteção ao patrimônio do incapaz, tanto menor quanto interdito, em relação aos bens que este possuía previamente ao ingresso na sociedade, podendo-se considerar uma espécie de consagração da limitação da responsabilidade do empresário individual.³⁶ Ao comentar o assunto em tese, BULGARELLI, analisando o Código Civil, tece as seguintes considerações:

[...] apesar do disposto no §2º do art. 1.012 – parece-nos que por isso pretendeu o Projeto instituir um regime de preservação de seu patrimônio não-empresarial, digamos assim, o qual aliás, guarda certa semelhança com o regime de bens da mulher casada que exerce profissão, cujos proventos formam um verdadeiro patrimônio separado em relação ao consumo do casal. Foi, pois, nessa linha que o §20 do art. 1.011, como vimos, dispôs que: ‘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.’ Aliás, este parágrafo foi interpretado por Rubens Requião como um verdadeiro caso de consagração da limitação da responsabilidade do empresário individual, e certamente para os que reivindicam uma disciplina jurídica para a limitação da responsabilidade do

³⁵ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 497, NOTA 4.

³⁶ BULGARELLI, *op. cit.*, p. 251, NOTA 22.

empresário individual, pois poderia ter sido o ponto de partida para uma disciplina geral a respeito.³⁷

A limitação da responsabilidade na sociedade limitada, aliada à sua estrutura legislativa simples, até a burocratização ocorrida com o Código Civil de 2002, mostra-se como fator determinante para a larga utilização deste tipo societário. Da mesma forma, a limitação da responsabilidade do empresário individual poderá vir ao encontro dos interesses de diversos investidores.

³⁷ BULGARELLI, *op. cit.*, p. 251-252, NOTA 22.

2 EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

2.1 Contexto e Evolução Histórica

Finalmente, após diversas tentativas frustradas de se introduzir no ordenamento jurídico brasileiro alguma hipótese de constituição de pessoa jurídica por uma única pessoa natural, a Lei n. 12.441/2011 foi publicada no Diário Oficial da União, que circulou em 12/07/2011, após a sanção presidencial um dia antes, tratando da empresa individual de responsabilidade limitada. Esta nova modalidade societária que autoriza determinada pessoa natural a constituir pessoa jurídica para a exploração de empresa, sem a necessidade de se juntar a algum sócio, é relevante e há muito tempo aguardada pelos empresaristas.

Afinal de contas, antes da Lei n.12.441/2011 o empresário individual não tinha escolha: se quisesse explorar determinada empresa, sem a colaboração de sócios, estaria arriscando todo o seu patrimônio pessoal e penhorável. Porém, a Lei n. 12.441/2011 vai além e também admite que, sob a roupagem da EIRELI, qualquer pessoa jurídica, isoladamente, constitua uma ou mais subsidiárias integrais, alargando a faculdade que já era admitida, exclusivamente, para as sociedades anônimas.

Conforme MORAES, um dos colaboradores do Projeto de Lei n. 4.605/2009, de autoria do deputado Marcos Montes Cordeiro:

[...] pelo menos desde os primeiros anos da década de 80, discutia-se, no Brasil, a instituição da figura da empresa individual de responsabilidade limitada. A idéia foi analisada no âmbito do Programa Nacional de Desburocratização, conduzido à época por seu criador, o Ministro Helio Beltrão. Na ocasião, tinha-se em mente aplicar o conceito apenas às microempresas, cujo estatuto estava sendo então concebido pela equipe do programa. A prioridade no tratamento da questão tributária fez com que o exame da proposta de criação das EIRELI's fosse adiado.³⁸

³⁸ MORAES, Guilherme Duque Estrada de. A empresa individual de responsabilidade limitada. *In* **Gazeta Mercantil**. Caderno "Legal e Jurisprudência", 30 jun. 2003.

O segundo colaborador que merece registro é Paulo Vilela Cardoso, que auxiliou o autor do projeto de lei na apurada análise das legislações estrangeiras que serviram de base para a formatação do instituto. Elogia-se a perseverante equipe encabeçada pelo doutrinador na pesquisa dos diversos institutos estrangeiros para o desenvolvimento do projeto que resultou na Lei n.12.441.

Também importante foi o projeto para reformulação da então antiga e revogada lei de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, capitaneado por Arnaldo Wald, que já pretendia a criação da sociedade unipessoal, restando, todavia, prejudicado pela superveniência da Lei n.10.406/02, o então novo Código Civil.

A EIRELI tornou-se realidade no direito brasileiro agora, no entanto, BRUSCATO cita discussões menos recentes sobre a responsabilidade limitada do empresário individual, o que demonstra o quanto o legislador tardou a inauguração do instituto no ordenamento pátrio:

Em 1943, a questão foi levantada em um artigo publicado na Revista Forense por Trajano de Miranda Valverde, falando sobre a questão da responsabilidade limitada para o empresário individual, que era conveniente que o direito positivo autorizasse, com as devidas cautelas, a criação de estabelecimentos autônomos, por pessoas naturais ou jurídicas, separando para este fim, de seu patrimônio, bens ou valores, com a intenção de limitar a responsabilidade até determinada soma. Em consequência, o deputado Fausto de Freitas e Castro, do PSD do Rio Grande do Sul, apresenta em maio de 1947, na Câmara dos Deputados, projeto de lei sobre o assunto e o retira antes que seja votado; por causa dos pareceres contrários das comissões de Constituição e Justiça e de Economia, Indústria e Comércio.³⁹

Sylvio Marcondes Machado⁴⁰ também apontava em sua obra na década de cinquenta do século passado a necessidade de um empresário individual de responsabilidade limitada. Lembra o autor que a doutrina internacional é antiga,

³⁹ BRUSCATO, Wilges. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.63.

⁴⁰ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

quando no século XIX juristas como Jessel, Passov e Oscar Pisko já pensavam na responsabilidade limitada ao comerciante individual.⁴¹

2.1.1 A Influência da 12ª Diretiva da CEE de 1989

Influência estrangeira marcante no Direito brasileiro para a instituição da EIRELI é a diretiva da União Européia aos seus Estados-membros para a constituição da sociedade unipessoal, nos termos da Diretiva n. 89/667/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, como exemplifica seu Art 2º: “A sociedade pode ter um sócio único no momento da sua constituição, bem como por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa (sociedade unipessoal)”.⁴²

Referida diretiva influenciou as adequações legislativas para a sociedade unipessoal na Espanha (Lei n. 2, de 1995), em Portugal (Decreto-lei n. 257, de 1996), onde a EIRELI é conhecida como estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada e na Itália, com a *società a responsabilità limitata unipersonale*, constante da reforma do Código Civil em 1993, derivada do Decreto-legislativo nº88.

Saindo do continente europeu, a doutrina indica a existência da sociedade unipessoal em diversos estados dos Estados Unidos, no Japão e até mesmo na África do Sul.

⁴¹ NUNES, Nelson. **A sociedade unipessoal: uma abordagem à luz do Direito Italiano, Espanhol e Português.** In: **Novos Estudos Jurídicos.** Ano VI, n.12., p.13-32, abril/2001. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>.

⁴² EUROPA. O portal da união européia. Legislação e Tratados. Eur-lex. 31989L0667. **Décima segunda Directiva 89/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX>. Acesso em 30 out. 2011.

Dentre os países da América do Sul, registram-se, também, figuras semelhantes ao empresário individual, ou a própria sociedade unipessoal, no Paraguai, desde 1983, pela Lei n. 1.034; também no Chile, através da Lei n. 19.857 de 2003; e no Peru, através da Lei n. 21.621, atualizada em 31/10/2005.

Apesar de rapidamente consagrado na Europa, o conceito não havia sido absorvido por alguns juristas brasileiros, que continuavam a ver a limitação da responsabilidade indissolúvelmente associada ao conceito de sociedade, esse último exigindo, com aparente lógica, a reunião de pelo menos duas pessoas. Pareceres conservadores, nesse sentido, impediram que o Poder Executivo encaminhasse o projeto da EIRELI ao Congresso Nacional.

Conforme o ilustre professor Rodrigo Toscano de Brito: “na verdade, o legislador brasileiro demorou muito para admitir a possibilidade, entre nós, daquilo que uma parte dos europeus chamam de ‘sociedade unipessoal’. Talvez a denominação brasileira seja melhor, de vez que, a rigor, não se pode falar em sociedade com apenas um sócio”.⁴³

Até então, ficava cada dia mais evidente que o ordenamento jurídico brasileiro ainda enxergava o empresário individual como um contribuinte de pouca expressão para o desenvolvimento da economia nacional, figura esta que na maioria das vezes, na verdade, possui mentalidade dinâmica e investimentos demonstrando o quanto sua participação é estratégica e importante para o crescimento do país.

2.2 Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro

2.2.1 Natureza Jurídica

A EIRELI não tem natureza jurídica de sociedade empresária, mas trata-se de uma nova categoria de pessoa jurídica de direito privado, que também se destina ao exercício da empresa. Tanto que a Lei n. 12.441/2011 incluiu “as empresas

⁴³ BRITO, Rodrigo Toscano de. Justiça – **Código Civil e seu dia-a-dia - EIRELI**. *Jornal Correio da Paraíba*, Paraíba, p. B6, 19 de Junho de 2011.

individuais de responsabilidade limitada” no rol de pessoas jurídicas de direito privado do Art. 44 do Código Civil, especificamente no inciso VI.

Ademais, a Lei n. 12.441/2011, ao inserir no Código Civil o Art. 980-A, teve o cuidado de, topograficamente, também criar um novo título (Título I-A: “Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”), situado entre os Títulos I e II, que tratam, respectivamente, do empresário individual e das sociedades empresárias.

Outrossim, também não se afigura razoável atribuir à EIRELI a natureza jurídica de “sociedade unipessoal”, pois acreditamos que só há que se falar em sociedade se houver mais de um sócio. A criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado não impõe que seja classificada como “sociedade unipessoal”.

É preciso não confundir os conceitos de pessoa jurídica e sociedade, pois nem toda sociedade tem personalidade jurídica, tanto que o próprio Código Civil regulamentou aspectos da sociedade em comum, como consta no Art. 986 e seguintes, e da sociedade em conta de participação conforme o Art. 991 e seguintes, que são espécies de sociedades não personificadas. Também é preciso ressaltar que nem toda pessoa jurídica que explora empresa é classificada como sociedade empresária, e a EIRELI é o exemplo de tal assertiva.

A EIRELI é simplesmente uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado reconhecida pela legislação brasileira. E não há nenhum impedimento legal para a atribuição de personalidade jurídica que não seja relacionada a uma coletividade de pessoas. Além da EIRELI, MAMEDE lembra que a fundação também é um exemplo de pessoa jurídica que não é criada por uma coletividade de pessoas, mas sim composta por uma coletividade de bens destinados a determinado fim:

A afirmação de que a pessoa jurídica corresponde a uma coletividade, embora corriqueira, deve ser vista com certa reserva. No caso de bens, não se exige, efetivamente, uma coletividade: uma fundação pode ser constituída a partir de um único bem, desde que seja suficiente para atingir os fins a que se destina, como fica claro dos artigos 62 a 64 do Código Civil. Em fato, a propriedade sobre uma única fazenda pode ser destinada à constituição de uma fundação.⁴⁴

⁴⁴ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2, p.33.

Portanto, indubitavelmente pode-se afirmar que nem toda pessoa jurídica de direito privado é criada por uma coletividade de pessoas. O Direito brasileiro atribui personalidade jurídica a outras situações, mas ressalta ser indispensável o registro para a existência legal de qualquer pessoa jurídica, nos termos do Art. 45 do Código Civil. Assim, conclui-se que sem o competente registro não há que se falar em pessoa jurídica de direito privado. E, ademais, a EIRELI é uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado que não se confunde com as sociedades que têm personalidade jurídica.

2.2.2 Comparação com as Classificações Societárias Clássicas

Por conveniência de cunho didático, abordaremos as sociedades com maior representatividade dentre as modalidades societárias existentes, quais sejam as sociedades personificadas, apesar de não ser totalmente compatível a comparação destas com a EIRELI, em função do princípio da individualidade que reveste esta última, ao contrário das personificadas caracterizadas pela pluralidade de sócios e o *affectio societatis*. Muito embora, importante é tal diferenciação, pois é louvável a expectativa de a EIRELI, em breve, figurar como uma das opções de pessoa jurídica mais escolhidas pelo empreendedor brasileiro para o desenvolvimento de sua atividade empresarial.

Considerando o já exposto sobre a EIRELI, adentremos, portanto, na seara das sociedades personificadas, iniciando tal estudo pela análise da chamada sociedade simples. O Art. 983 do Código Civil determina que a sociedade empresária, deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos Arts. 1.039 a 1.092, já para a sociedade simples, leciona o referido artigo, que esta pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e não o fazendo se subordinará as normas das sociedades empresárias. Desse artigo depreende-se o entendimento de que sem perder a qualidade de sociedade simples, esta sociedade pode ser regulada pelas normas das sociedades personificadas elencadas entre os Arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil.

As normas regentes das sociedades simples possuem caráter geral, que deverão ser seguidas se seus instituidores não optarem pelas regras das

sociedades personificadas em geral. Segundo o Art. 998 do Código Civil, tais sociedades deverão nos trinta dias subseqüentes a sua instituição, requerer inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede, menos a sociedade simples formada por advogados que deverão se inscrever na OAB. Resta claro que o objetivo da sociedade simples é fornecer uma prestação de caráter pessoal. Dessa forma as atividades exploradas por quem não se enquadra no conceito legal de empresário, as atividades intelectuais, as atividades cooperativas se amoldam ao conceito de sociedade simples. O Art. 982 do Código Civil traz em seu bojo que serão consideradas sociedades empresárias, as que possuírem por objetivo o exercício de atividade própria de empresário, e simples as demais.

Já na sociedade em nome coletivo, somente pessoas físicas podem formar seus quadros, sendo que seus sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sócias da sociedade. Contudo essa responsabilidade pode ser limitada, durante o ato constitutivo da sociedade em comento, porém esta limitação não prejudicará atos praticados com terceiros. As regras atinentes às sociedades simples são subsidiárias nos casos em que as regras da sociedade em nome coletivo sejam omissas.

Na sociedade em comandita simples, temos dois tipos de sócios, quais sejam, os comanditados, pessoas físicas, que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sócias da empresa; e os comanditários, pessoas físicas ou jurídicas, que respondem somente pelo valor de sua cota parte. O Art. 1.047 do Código Civil disciplina uma exceção quanto à responsabilidade limitada do sócio comanditário, de modo que sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as deliberações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.

Quanto à sociedade limitada, modelo mais comum no Brasil, e base de estudo da EIRELI, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, conforme observa-se no Art.1.052 do Código Civil. Alguns doutrinadores também a

chamam de empresa individual de responsabilidade limitada travestida ou sociedade limitada de um sócio só.

As normas da sociedade simples são utilizadas subsidiariamente nas omissões das regras da sociedade limitada, sendo que se previsto no contrato social, as normas da sociedade anônima também podem ser utilizadas.

Cada sócio possui sua cota parte e é responsável por essa integralização. De sua integralização no capital social decorre sua responsabilidade pelos atos sociais da empresa.

Apesar da existência da assembléia dos sócios, pode existir na administração da sociedade limitada a figura do conselho fiscal, sendo que este será responsável pelo exame de todos os documentos relevantes para apuração das contas da sociedade limitada.

Sobre a sociedade anônima, percebemos que o Código Civil praticamente é omissivo em relação a esse tipo de sociedade, destinando apenas dois artigos para cuidar dessa espécie. No Art. 1.088, determina que o capital da sociedade anônima divide-se em ações, respondendo cada sócio pelo preço de suas ações.

A Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976 dispõe sobre as características, natureza, capital social, ações e todas as circunstâncias que envolvem as sociedades por ações, abrangendo, assim, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações.

A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes no capítulo destinado a sua própria regulamentação. O administrador dessa espécie societária necessariamente precisar ser acionista, e responde subsidiariamente e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.

A doutrina, portanto, deverá passar a estudar o empresário em três modalidades: a) empresário individual, com natureza de pessoa física, com responsabilidade ilimitada ou pessoal sobre as obrigações da atividade; b) as sociedades empresárias, tratando-se de pessoas jurídicas de pluralidades de titulares, cujas responsabilidades se verificam a cada espécie e c) a empresa

individual de responsabilidade limitada, pessoa jurídica com titularidade unipessoal, com responsabilidade limitada das obrigações da atividade ao patrimônio constituído.

2.3 Limitação do Capital Social

Nem toda pessoa poderá constituir uma EIRELI, haja vista que o *caput* do Art. 980-A do Código Civil exige que, no ato de constituição, no mínimo, seja afetado um patrimônio não inferior a 100 (cem) salários mínimos:

Art. 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.
[...]

É interessante notar o atraso do dispositivo, pois, atualmente, não há maior ou menor salário-mínimo vigente no Brasil, já que existe um único salário-mínimo nacional. Outrossim, a menção ao “capital social” provavelmente foi infeliz, haja vista que não há coletividade de pessoas ou sociedade *in casu*, mas apenas a atribuição de personalidade jurídica a parte do patrimônio de uma única pessoa, o qual é afetado ao exercício da empresa. Melhor seria que o Legislador tivesse optado por “capital separado”, “capital afetado”, “capital integralizado”, “capital inicial” ou algo semelhante.

Com a fixação de um piso para o capital inicial, o dispositivo parece ter visado evitar que pequenos negócios gozassem da possibilidade de limitação de responsabilidade. O raciocínio é que somente fazem jus à limitação da responsabilidade aqueles empreendimentos que demandem capital inicial superior a 100 (cem) salários mínimos.

Ademais, a fixação do capital inicial mínimo também visou dificultar que a EIRELI fosse utilizada para fraudar a legislação trabalhista, tal como vem sendo utilizado o regime jurídico do microempreendedor individual, previsto no Art. 68 da

Lei Complementar n. 123/2006. É que, na prática, muitos empregadores, buscando diminuir custos com mão-de-obra, têm demitido seus empregados e, logo em seguida, os têm recontratado, fraudulentamente, na condição de microempregadores individuais. Com a fixação do piso inicial de 100 (cem) salários mínimos, espera-se que a EIRELI seja desestimulada a servir de ferramenta para fraudes trabalhistas como essas.

Porém, a fixação desse capital inicial mínimo merece algumas críticas. Em primeiro lugar, porque somente seria justificável caso também o fosse exigido na constituição de sociedade empresária, sob algum tipo que limitasse a responsabilidade dos sócios.

Em segundo lugar, afigura-se estranho o estabelecimento somente do capital inicial mínimo, tendo em conta que eventual subcapitalização material superveniente à criação da EIRELI não tem o condão de provocar a sua desconsideração ou extinção.

Destaque-se que o capital declarado é sempre nominal, porque relativamente estável e congelado no tempo. Já o patrimônio é volátil e serve para a elaboração do balanço real da empresa, conforme ensina Ivens Henrique Hübert:

O patrimônio, é preciso reconhecer, traduz-se também em cifra, mas apenas para efeito de inevitável elaboração de balanço. A cifra que ele representa não é mais que uma fotografia de um dado momento, já modificado no momento seguinte. O capital social, ao contrário, permanece o mesmo por períodos muito mais extensos, como que se corporificando na própria cifra.⁴⁵

Ademais, interessante notar que o patrimônio real somente se confunde com o capital inicial no dia da criação do ente empresarial. Nesse sentido, em que pese o foco nas sociedades, mas cujas lições se aplicam *mutatis mutandis* aqui, Alfredo de Assis Gonçalves Neto doutrina:

A sociedade utiliza seu patrimônio para a realização de seus fins. Ao fazê-lo, esse patrimônio oscila de valor e se modifica a todo momento: cresce e definha de conformidade com as injunções do mercado ou com a expansão ou o encolhimento das atividades sociais. Contrastando com ele, o capital social é um valor permanente, uma cifra fixa que permanece como

⁴⁵ HUBERT, Ivens Henrique. **Sociedade empresária e capital social**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 65

referencial do valor, não do patrimônio de cada dia, mas da massa patrimonial que os sócios reputaram ideal para a sociedade poder atuar. Assim, no momento da constituição da sociedade, capital e patrimônio têm o mesmo valor. Mas, iniciando-se a atividade social, o patrimônio oscila aumentando ou encolhendo, segundo as vicissitudes da atividade exercida, enquanto o capital mantém-se fixo, como um número, uma cifra constante e permanente.⁴⁶

Segundo Ivens Henrique Hübert, na subcapitalização material superveniente o patrimônio líquido, resultado da diferença dos créditos pelas dívidas, é inferior ao capital nominal, o que se verifica em razão de eventuais perdas patrimoniais resultantes da normal exploração da empresa.⁴⁷

Ora, se a subcapitalização material superveniente que diminua o patrimônio líquido para patamar inferior a 100 (cem) salários mínimos não tem como consequência a desconsideração ou extinção da EIRELI, conclui-se que o estabelecimento desse piso inicial no *caput* do Art. 980-A do Código Civil talvez traga pouca ou nenhuma serventia prática.

Em terceiro lugar, reconheçamos que a real integralização do capital inicial é questão difícil de ser fiscalizada, pois não verificamos o rigor necessário das Juntas Comerciais quanto à comprovação dessa integralização, devendo bastar uma mera declaração do interessado nesse sentido.

Recentemente, o PPS, Partido Popular Socialista, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4637 no Supremo Tribunal Federal⁴⁸ contra a parte final do *caput* do Art. 980-A, que como vimos *supra*, exige um capital social de pelo menos 100 salários mínimos, o que hoje equivale a R\$ 54,5 mil, para a criação de uma empresa individual de responsabilidade limitada. Apesar de a regra ainda não estar vigorando, o partido pede a concessão de liminar para suspender o piso de 100 salários mínimos para a abertura desse tipo de empresa, sob o argumento de que ela impedirá “a eventual constituição de pessoas jurídicas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores, causando desnecessário embaraço a uma efetiva oportunidade de desenvolvimento econômico do

⁴⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

⁴⁷ HUBERT, *op. cit.*, p.104, NOTA 45.

⁴⁸ Eireli.com. Notícias. **ADI questiona lei que permite criação de empresa individual de responsabilidade limitada**. Disponível em: <http://www.eireli.com/index.php/noticias/14-geral/56-adi-questiona-lei-que-permite-criacao-de-empresa-individual-de-responsabilidade-limitada>, acesso em 31 out. 2011.

país”. Outra inconstitucionalidade no dispositivo legal, apontada pelo partido, é a violação ao princípio da livre iniciativa, previsto no *caput* do Art. 170 da CF. O PPS afirma que “a exigência em questão representa um claro cerceamento à possibilidade de abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores”, ressaltando que “a nova norma foi editada com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, retirando o micro e o pequeno empreendedor do submundo da informalidade”, porém, “acabou impondo uma limitação que não é apenas inconstitucional, mas também “incompreensível”.

Entretanto, no RE nº 565.714, o STF entendeu, em caso parecido que também envolvia a vinculação do salário mínimo para outros fins não trabalhistas, conforme o inciso IV, do Art 7º da CF, que a norma permanece válida, caracterizando declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, até que outra a modifique, corrigindo a constitucionalidade. Acredita-se, portanto, que este será o desfecho para a ADI 4637.

2.4 Nomenclatura e Nome Empresarial

Alguns doutrinadores criticam a nomenclatura adotada da empresa individual de responsabilidade limitada, ao comentar que o legislador deveria ter optado por duas figuras jurídicas: (a) empresário individual de responsabilidade limitada ou (b) sociedade limitada unipessoal, pois a nomenclatura da EIRELI confunde o sujeito empresário com a atividade exercida, ou seja, a empresa.

No primeiro caso, o empresário individual, pessoa física, ao iniciar o exercício de uma atividade empresarial, constituiria para tanto um patrimônio de afetação, que não se confundiria com seu patrimônio pessoal, e o registraria na Junta Comercial. Assim, as dívidas que contraísse em função do exercício de sua atividade empresarial, em princípio, não poderiam ser executadas no seu patrimônio pessoal.

No segundo caso, seria suprimida a exigência de pluralidade de sócios para a constituição de sociedade limitada, o que permitiria que uma pessoa, sozinha, fosse titular de 100% das quotas do seu capital social. Assim, o patrimônio social não se confundiria com o patrimônio pessoal do sócio, o qual não poderia, em princípio, ser executado para garantia de dívidas sociais.

Em ambos os casos, o objetivo seria o mesmo: permitir que um determinado empreendedor, individualmente, exercesse atividade empresarial limitando sua responsabilidade, em princípio, ao capital investido no empreendimento, ficando os seus bens particulares resguardados. Isso funcionaria como um estímulo ao empreendedorismo e acabaria com a prática, tão comum no Brasil, de constituição de sociedades limitadas em que um dos sócios tem percentual ínfimo do capital social, geralmente 1% (hum por cento), e nenhuma participação na gestão dos negócios sociais.

Na opinião de VIANA, por exemplo,

O nome “empresa individual” merece uma análise mais crítica, pois a ‘empresa’ não é sujeito de direito e sim a atividade desenvolvida pelo ‘empresário’, esse sim sujeito de direito e geralmente uma ‘sociedade’ (limitada ou anônima); melhor seria se a nomenclatura fosse “sociedade unipessoal de responsabilidade limitada” como ocorre em países como França e Peru, que possuem sociedade unipessoal.⁴⁹

Pela nova teoria adotada pelo Código Civil, expressa em seu Art. 966, com base na doutrina italiana do direito de empresa, a empresa nada mais é que a atividade desenvolvida, seja por intermédio das sociedades ou pelo empresário individual.

A empresa, portanto, não é a pessoa física ou jurídica, essas são sócias de determinada sociedade ou, em último caso, empresário individual. Dessa forma, a empresa não se confunde com as pessoas de seus sócios.

Como a expressão sociedade unipessoal é uma contradição em termos, pois ou existe sociedade com pluralidade de sócios ou há entidade empresarial com participação individual de alguma pessoa, seja ela física ou jurídica, a lei perdeu a oportunidade de solucionar a nomenclatura dessa nova pessoa jurídica e das que já existiam, definindo, por derradeiro, esse conflito.

⁴⁹ VIANA, Guilherme Borba. **A Empresa individual de responsabilidade limitada (eireli)**. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/536571/?noticia=EIRELI>. Acesso em 10 out. 2011.

Outra corrente é a favor, a princípio, da nomeação da EIRELI como Pessoa Jurídica Empresarial Unipessoal de Responsabilidade Limitada.

Seguindo as lições de BULGARELLI, expostas na obra *Teoria Jurídica da Empresa*, “a acepção funcional da empresa é aquela que melhor se relaciona com as demais categorias jurídicas que envolvem e integram o fenômeno denominado empresarialidade”⁵⁰.

Em sua acepção funcional, a empresa é considerada como uma especial atividade, ou seja, econômica, organizada, profissional e destinada à produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado, não se confundindo com o sujeito que a exerce, nem com os bens organizados para instrumentalizar o seu exercício. Essa foi a idéia adotada pelo atual Código Civil brasileiro, detectada pela análise conjunta dos Arts. 966 e 1.142.

Portanto, a empresa, o empresário e o estabelecimento têm conceitos e funções jurídicas específicas e não devem ser confundidos entre si, sob pena de haver prejuízo para a segurança jurídico-metodológica.

É bem verdade que, no ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros são os casos de menção à empresa que a confundem com o empresário ou com o estabelecimento. Aliás, o Art. 931 do próprio Código Civil equivocou-se e caiu em contradição ao fazer menção à empresa. Porém, pelo menos esse dispositivo situa-se fora do Livro II da Parte Especial do Código Civil, responsável pelo trato do Direito de Empresa. Por outro lado, o novo Art. 980-A, incluído pela Lei n. 12.441/2011, foi inserido justamente no bojo do referido Livro II que trata do Direito de Empresa – situação que agrava, sem dúvida, o seu equívoco.

Portanto, corroboramos com a idéia de que seria coerente que o Legislador tivesse optado pela expressão “empresário individual de responsabilidade limitada” ou até mesmo por “empreendedor individual de responsabilidade limitada”. Aliás, essa última expressão foi a utilizada na Subseção II, onde se localizaria o Art. 69 da Lei Complementar n. 123/2006, que rege o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, caso não tivesse sido vetado pela Presidência da República.

⁵⁰ BULGARELLI, Waldirio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Assim como no regime jurídico da sociedade limitada, o nome empresarial da EIRELI poderá ser uma firma ou uma denominação. Porém, em vez de constar ao final a expressão “limitada” ou sua abreviatura “LTDA”, necessário que conste a expressão “EIRELI”, que é justamente a abreviatura de “empresa individual de responsabilidade limitada”. Nesse sentido, vide o teor do § 1º do Art. 980-A do Código Civil:

Art. 980-A. *omissis*

§ 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.
[...]

Considerando que o § 6º do Art. 980-A do Código Civil determina a aplicação das regras que tratam da sociedade limitada, quando compatíveis, conclui-se que a firma somente poderá ser utilizada quando a EIRELI for instituída por pessoa natural e, nesse caso, deverá ser composta pelo nome de tal pessoa natural, compativelmente com o § 1º do Art. 1.158 do Código Civil.

Já a denominação pode ser utilizada tanto pela EIRELI instituída por pessoa natural, quanto por aquela instituída por pessoa jurídica. Deve a denominação designar o objeto da empresa e, excepcionalmente, pode fazer referência ao nome da pessoa que a instituiu, conforme o §2º do Art. 1.158 do Código Civil. O maior traço característico da denominação, contudo, é a necessária utilização de alguma “expressão de fantasia”, além dos demais elementos acessórios referidos acima, quais sejam o objeto da empresa e a expressão EIRELI.

Para arrematar, é imperioso alertar que a utilização do nome empresarial da EIRELI, com omissão da expressão “EIRELI” ao final, implica na responsabilidade solidária e ilimitada do seu administrador, de acordo com o § 3º do Art. 1.158 do Código Civil.

Vale lembrar que a determinação de que figure no nome empresarial a expressão “EIRELI” também é necessária, não só para diferenciar a empresa individual de responsabilidade limitada das outras, que não gozam dessa opção, como para se apresentar perante aqueles com quem contrata, dando-lhes ciência do regime jurídico a que está sujeita.

2.5 Afetação Patrimonial

2.5.1 A Vedação do §4º do Art. 980-A e a *Disregard Doctrine*

Sem dúvida alguma, a limitação da responsabilidade é a grande vantagem em se constituir uma pessoa jurídica de direito privado da espécie EIRELI.

Conforme salienta PINHEIRO:

Essa limitação da responsabilidade é possibilitada pela separação ou afetação do patrimônio relacionado à referida pessoa jurídica, que com a criação desta não mais será confundido com o patrimônio próprio da pessoa criadora. A criação da pessoa jurídica, automaticamente, promove a separação dos patrimônios. Ao contrário do vetado art. 69 da Lei Complementar 123/2006, que tentou instituir a figura do “empreendedor individual de responsabilidade limitada”, mas sem lhe atribuir personalidade jurídica, o art. 980-A do Código Civil é louvável porque torna mais fácil a identificação de qual o patrimônio afetado à empresa, já que deverá estar vinculado a pessoa jurídica distinta e autônoma.⁵¹

Relembramos que a Lei n. 12.441/2011 teve um único dispositivo vetado pela Presidência da República, qual seja, o § 4º que fazia parte do Art. 980-A do Código Civil, com a seguinte redação:

Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.

O veto se deu em razão da provável confusão interpretativa que daria ensejo à impossibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como *disregard doctrine*, quando verificados seus pressupostos.

⁵¹ PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**, 2011. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em 27 out. 2011.

Ademais, as razões do veto esclarecem que, teleologicamente, deve ser conferido à EIRELI o mesmo tratamento dispensado às sociedades limitadas, ou seja:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão “em qualquer situação”, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil.

Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio.⁵²

Logo, verificados os pressupostos do Art. 50 do Código Civil ou de outros permissivos legais, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada à EIRELI e, eventualmente, responsabilizar e atingir o patrimônio pessoal de seu administrador ou criador, mormente porque “aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas” (§ 6º do Art. 980-A do Código Civil).

2.6 Exploração e Remuneração dos Direitos Patrimoniais Autorais através da EIRELI

O § 5º do Art. 980-A do Código Civil autoriza a constituição de EIRELI para a prestação de serviços que envolvam a exploração da rentabilidade de direitos autorais, regulados pela Lei n. 9.610/1998, cedidos ou que sejam do próprio autor-instituidor. Segue o teor do dispositivo:

Art. 980-A. *omissis*
[...]

§ 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.

⁵²BRASIL. Presidência da República. **Mensagem n. 259**, de 11 de julho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm

Doutrinadores como PINHEIRO sustentam que “é totalmente criticável a autorização específica contida no § 5º do Art. 980-A, porque sem sentido prático, haja vista que já existe em termos genéricos no parágrafo único do art. 966, também do Código Civil”.⁵³

É que o parágrafo único do Art. 966 do Código Civil, a princípio, exclui as atividades intelectuais, que podem ser de natureza científica, artística ou literária, do regime do Direito de Empresa. Porém, o mesmo dispositivo autoriza a submissão ao Direito de Empresa quando tais atividades intelectuais forem exercidas como “elemento de empresa”, senão veja-se:

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Independentemente da caracterização fática do “elemento de empresa”, é interessante notar que basta a mera declaração de que a atividade intelectual é exercida com esses contornos para sujeitá-la ao regime do Direito de Empresa. Nesse exato sentido, o Enunciado 54 das Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, dispõe que: “É caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais”.

O mesmo posicionamento é comungado por Gladston Mamede, que aduz bastar a mera declaração do “intuito de empresa”, “intuito de empresário” ou “intenção de empresa” para que seja aceito o registro empresarial na Junta Comercial, independentemente de prova do exercício fático da empresa:

Ao registrar-se na Junta Comercial [...] ele [o empresário] assumiu esse intuito de empresa, confessou essa empresarialidade, deu-lhe conformação jurídica, não sendo lícito a ninguém pretender contestá-la, torná-la coisa controversa (*res controversa*): uma ação declaratória negatória (ou negativa) de empresarialidade deve ser extinta por impossibilidade jurídica do pedido. [...] Com o registro, ele exteriorizou o *intuito empresário*, a *intenção de empresa*: disse do seu horizonte, que é estabelecer, ainda que

⁵³ PINHEIRO, *op. cit.*, p. 16, NOTA 51.

passo a passo, uma atividade econômica organizada, por mais que ínfima em seu nascedouro.⁵⁴

Portanto, quem exerce atividade intelectual, seja de natureza científica, artística ou literária, incluindo atividades relacionadas à exploração econômica de direitos autorais regulados pela Lei n. 9.610/1998, pode se registrar na Junta Comercial como empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI, independentemente da demonstração do que se trata de “elemento de empresa”. A única exceção feita a essa regra é quanto ao exercício da advocacia, em razão da vedação legal extraída de diversos dispositivos da Lei n. 8.906/1994, que regula o Estatuto de Advocacia da OAB.

Na prática, à exceção do advogado, o profissional liberal que exerce atividade intelectual de natureza científica, artística ou literária e que quiser limitar a sua responsabilidade, poderá optar pela afetação patrimonial mediante a criação de pessoa jurídica autônoma, da espécie EIRELI.

2.7 Administração e Transformação

A administração da EIRELI pode ser conferida a terceiro indicado pelo instituidor ou a este último mesmo, desde que seja pessoa natural. Assim, não há que se falar em pessoa jurídica administradora conforme o inciso VI do Art. 997, o *caput* do Art. 1.053 e § 6º do Art. 980-A, todos do Código Civil.

O administrador deverá ter capacidade para tanto, isto é, deve ter capacidade civil e não ser legalmente impedido de exercer essa função.

Sendo assim, afigura-se plenamente admissível que o incapaz, devidamente assistido ou representado, institua EIRELI, com a nomeação de terceiro para exercer a sua administração. É o que se confere a partir do § 3º do Art. 974 e §6º do Art. 980-A do Código Civil.

Destaque-se que o incapaz não pode ser empresário individual, mas só continuar empresa que já era antes exercida, desde que seja autorizado

⁵⁴ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007, p.36, vol 1.

judicialmente. Porém, o incapaz pode constituir EIRELI, pois esta é uma pessoa jurídica que necessita de ter um administrador, podendo ser indicados terceiros para exercer tal função.

A partir da vigência da Lei n. 12.441/2011, a empresa pode ser exercida por empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária. E quem já exerce empresa sob alguma das três estruturas jurídicas retro mencionadas pode, eventualmente, transformar-se em alguma das outras. Por outro lado, também haverá transformação se determinada sociedade altera o tipo societário, independentemente de dissolução ou liquidação.

Nesse sentido, destaque-se que o parágrafo único do Art. 1.033 do Código Civil, com nova redação conferida pela Lei n. 12.441/2011, esclarece que não há que se falar em dissolução de sociedade quando houver concentração de todas as cotas sob a titularidade de uma única pessoa, ainda que por prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias, desde que o único titular requeira a transformação da sociedade em empresário individual ou EIRELI, senão veja-se:

Art. 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.

Ademais, o § 3º do Art. 980-A do Código Civil é bem elucidativo ao dispor que: “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”.

Portanto, não resta dúvida quanto às amplas possibilidades de transformação na estrutura dos sujeitos que exercem empresa. Por outro lado, em qualquer hipótese de transformação, desde que preenchidos os requisitos legais

para a manifestação da vontade do sujeito, basta a alteração do registro na Junta Comercial para que produza seus regulares efeitos. Esses efeitos, contudo, não poderão promover modificação ou prejudicar, em qualquer caso, os direitos dos credores pré-existentes.

3 APLICABILIDADE PRÁTICA

3.1 Ausência de Distinção entre as Pessoas Física e Jurídica na Constituição da EIRELI

3.1.1 A EIRELI como *Holding* e Sociedade Subsidiária Integral

A imprensa tem ressaltado que a EIRELI será muito utilizada como alternativa à exploração da empresa sob a roupagem jurídica do empresário individual. Porém, é bom que fique claro que essa não é a única aplicabilidade prática de que se pode cogitar.

O Art. 980-A do Código Civil também abre a possibilidade para que determinada pessoa jurídica constitua outra pessoa jurídica sob a forma de EIRELI. Essa conclusão pode ser facilmente obtida mediante a constatação de que o *caput* do Art. 980-A do Código Civil não faz distinção entre pessoa natural e jurídica, ao passo que, mais à frente, no § 2º do mesmo dispositivo, há menção expressa à pessoa natural, confira-se:

Art. 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.

[...]

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

[...]

Logo, não quis o Legislador restringir a criação da EIRELI apenas à pessoa natural, mas quanto a essa resolveu limitar a possibilidade de criação para apenas uma pessoa jurídica de tal modalidade.

A *contrario sensu*, como não há restrição semelhante quanto à pessoa jurídica criadora de EIRELI, conclui-se que determinada pessoa jurídica pode instituir

quantas EIRELI's desejar, desde que preenchidos os demais requisitos legais para tanto.

Pode-se dizer que a possibilidade de que dada pessoa jurídica constitua, isoladamente, uma nova pessoa jurídica, sob a roupagem de EIRELI, equivale à autorização genérica para a instituição da subsidiária integral. Em outras palavras, a partir da vigência da Lei n. 12.441/2011, a subsidiária integral também pode ser constituída por qualquer espécie de pessoa jurídica, sendo que antes de tal marco somente as sociedades anônimas eram autorizadas a fazê-lo (Arts. 251 e 252 da Lei n. 6.404/76).

TOMAZETTE, sobre a sistemática da subsidiária integral, afirma que “trata-se de uma idéia similar à de uma filial, porém, dotada de personalidade jurídica própria e, conseqüentemente, de direitos e obrigações próprios”.⁵⁵ Assim, a instituição da subsidiária integral é uma faculdade legal que poderá ser adotada quando se vislumbrar a necessidade de melhorar a organização administrativa, seja para fins de planejamento societário, familiar, sucessório ou tributário.

Para a pessoa jurídica que se dedica à execução de diversas atividades, relacionadas com distintos segmentos mercadológicos, por vezes é importante separar ou fracionar tais atividades, imputando-as a outras pessoas jurídicas autônomas, que podem ser subsidiárias integrais caso inexistam sócios.⁵⁶

Outrossim, mister destacar que a vedação de que determinada pessoa natural constitua mais de uma EIRELI, constante do § 2º do Art. 980-A do Código Civil, poderá ser facilmente contornada. Com efeito, pois basta que a referida EIRELI, na condição de pessoa jurídica, institua quantas outras pessoas jurídicas da mesma espécie que entender ser conveniente, mas desde que sejam subsidiárias integrais daquela. Nessa hipótese, diga-se de passagem, poderá a primeira EIRELI atuar como *holding* das demais subsidiárias integrais.

⁵⁵ TOMAZETTI, Marlon. **Curso de direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 602, vol.1.

⁵⁶ “A intercomunicação marcante entre as sociedades deixa a subsidiária integral em condição análoga à de órgão social da controladora, embora com autonomia subjetiva (personalidade jurídica própria) e patrimonial (faculdades – inclusive a titularidade de bens – e obrigações próprias)” (Gladston MAMEDE, *Direito Empresarial Brasileiro*, p. 564, vol. 2).

3.1.2 Possibilidade de Constituição de EIRELI por Estrangeiro

Antes mesmo da vigência da Lei n. 12.441/2011, questionamento importante que surge é quanto à regularidade da participação de sócio estrangeiro, seja pessoa física ou jurídica, em empresas individuais de responsabilidade limitada.

ROVAI explana a questão relatando que

Quanto ao fato de que o artigo 1.134 do Código Civil enfatizar que as sociedades estrangeiras somente podem participar de empresas nacionais na condição de acionistas, sabe-se que a maioria das sociedades estrangeiras que vem operar no Brasil busca sua constituição sob o tipo societário limitada, mesmo que, pela letra da lei, essas sociedades estejam em desacordo com o referido artigo, portanto, irregularmente constituídas.⁵⁷

E acrescenta, defendendo a tese de que

levando em conta o atual cenário globalizante, a rapidez das comunicações e dos negócios, em plena era da sociedade da informação, entende-se como perfeitamente possível uma pessoa física ou jurídica estrangeira instituir no Brasil uma empresa individual de responsabilidade limitada. Trata-se de uma interpretação necessária, dentro do contexto empresarial, considerando a importância econômica do investimento estrangeiro no atual cenário histórico e político que vivemos.

3.2 A Limitação da Responsabilidade do Empresário Individual

A sistemática do empresário individual não o possibilita limitar sua responsabilidade. Segundo TOMAZETTE, “é a própria pessoa física que será o titular da atividade. Ainda que seja atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF, não há distinção entre a pessoa física em si e o empresário individual”.⁵⁸

⁵⁷ ROVAI, Armando Luiz. **Empresa de responsabilidade limitada.** In Valor Econômico. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/1022536/empresa-de-responsabilidade-limitada>. Acesso em: 10 nov.2011.

⁵⁸ TOMAZETTI, *op. cit.*, p. 48, NOTA 55.

Em outras palavras, apesar de o empresário individual ter registro no CNPJ, não pode afetar ou separar parte do seu patrimônio para responder pelas dívidas contraídas durante o exercício da empresa.

Essa situação jurídica do empresário individual sempre foi alvo de duras críticas por parte da doutrina já que, para buscar a limitação da responsabilidade patrimonial, incentivava a formação de sociedades entre sócios que, na prática, não nutriam *affectio societatis*.

Por óbvio, as sociedades de que se trata aqui devem ser do tipo que admita a limitação da responsabilidade dos sócios, como no caso das sociedades limitadas e das sociedades anônimas – as mais utilizadas na atualidade, conforme doutrina Paula A. Forgioni:

Em outros tempos, os comerciantes ou industriais valiam-se de diversos tipos societários para acomodação de seus interesses. Hoje, a realidade demonstra que as opções resumem-se a praticamente duas: sociedades anônimas e sociedades limitadas. Esses tipos societários viabilizam a limitação da responsabilidade do sócio, possibilitando o cálculo do risco assumido por conta do investimento. O agente econômico destaca de seu patrimônio parcela destinada a garantir as obrigações contraídas em razão de atividade empresarial. Ao subtrair os bens particulares do sócio do alcance dos credores da sociedade, estimula-se a inversão.⁵⁹

Outra crítica que se faz é o estímulo ao nascimento de “sociedades de fachada”, nas quais um dos sócios detém 99,9% dos votos, enquanto o outro sócio detém a parcela ínfima restante, servindo como mero “sócio de fachada”, “sócio laranja” ou “sócio testa-de-ferro”. Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, “trata-se, na verdade, de uma sociedade unipessoal disfarçada, de um drible no atraso de nossa legislação societária”.⁶⁰

Sobre essa situação, Gladston Mamede afirma que “há muito o Direito e a realidade social e mercantil brasileira convivem com a hipocrisia das sociedades contratuais que, sendo de direito, não o são de fato”,⁶¹ além de ressaltar que:

⁵⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 155.

⁶⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Método, 2011, p. 167.

⁶¹ MAMEDE, Gladston. **Comentários ao estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte**. São Paulo: Atlas, 2007 art. 69, p. 373.

[...] é preciso reconhecer haver um número expressivo das sociedades limitadas, no Brasil, que não constituem sociedades de fato, mas apenas de direito. Nelas não se afere, efetivamente, um encontro de investimentos e esforços de seus sócios; pelo contrário, tem-se um sócio majoritário, que é aquele que efetivamente investiu na constituição da pessoa jurídica e da empresa e que dela se ocupa, e um sócio minoritário (esposa, irmão, filho, primo etc.) que nada investiu de fato, que sequer se interessa pelo que se passa com a sociedade. Está ali apenas para garantir a pluralidade de pessoas que, salvo exceções específicas, é necessária para que se tenha uma sociedade (pessoa jurídica). E apenas por meio de uma sociedade o empreendedor pode se beneficiar de um limite de responsabilidade entre a atividade empresarial e o patrimônio pessoal dele⁶²

Por outro lado, há quem não veja problema em tais “sociedades de fachada”, chamando-as até de “sociedades etiquetas”, pregando ainda ser desnecessária limitação da responsabilidade do empresário individual, como o faz Waldírio Bulgarelli:

Temos para nós contudo, em tema de limitação da responsabilidade do empresário individual, que o sistema atual tem sido suficiente, através da constituição de sociedades “etiquetas” de responsabilidade limitada. Entendido esse contrato societário em relação à causa, como daqueles denominados por Tulio Ascarelli de negócio jurídico indireto em que não há intenção de fraudar nem mesmo simulação, não vemos razão maior para as constantes investidas contra essa situação, que não prejudica os credores, já que a sociedade, dessa maneira constituída, ostenta a sua condição de responsabilidade limitada dos sócios, portanto, não os enganando. E em caso de fraude intencional ou não, sempre haverá o recurso à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica [...] ou a penhora das cotas para atender aos credores particulares.⁶³

Porém, as críticas às “sociedades de fachada” são merecidas, mormente porque o inciso XX do Art 5º da Constituição Federal garante, como direito fundamental, que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, ao passo que a legislação infraconstitucional, contraditoriamente, em razão de conveniência prática, acaba compelindo os empresários individuais a formarem sociedades de algum tipo que limite as suas responsabilidades – situação corriqueira na realidade brasileira, pelo menos antes da vigência da Lei n. 12.441/2011.

⁶² MAMEDE, *op.cit.*, p.373, NOTA 61.

⁶³ BULGARELLI, *op. cit.*, p. 416, NOTA 22.

Sobre a histórica injustiça feita com o empresário individual no Direito brasileiro, Romano Cristiano ainda apresenta a seguinte reflexão fundada no princípio da isonomia:

[...] O absurdo da situação me obriga a perguntar: “Os agentes empresariais associados possuem porventura alguma qualidade, algum mérito ou algum direito que o empresário individual não possua?” Uma vez que a pergunta é apenas retórica, não me parece ser possível resposta que não indique negação absoluta; o que me obriga a perguntar de novo: “Por que então, os primeiros costumam ser premiados, ao passo que o segundo castigado com insistência?”

Porventura os seres humanos não estão lutando, com unhas e dentes, para que, em seus relacionamentos, em sua vida social, existam igualdade e justiça cada vez maiores?”⁶⁴

Desde a vigência do atual Código Civil, alguns dispositivos que tratam do empresário individual já vinham admitindo a afetação patrimonial pelo exercício da empresa. É o que se percebe da possibilidade de alienação dos imóveis ligados ao exercício da empresa, sem a necessidade de outorga conjugal (Art. 978) ou da blindagem dos bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ou não relacionados ao exercício da empresa (§ 2º do Art. 974).

No caso do Art. 978 do Código Civil, não há limitação da responsabilidade do empresário individual, apesar de haver certa afetação patrimonial para facilitar as negociações empresariais, ainda que em detrimento da preservação da meação do cônjuge do empresário individual, haja vista ser dispensável a sua autorização para alienação de imóveis relacionados ao exercício da empresa.

Já na hipótese do § 2º do Art. 974 do Código Civil, há limitação da responsabilidade do empresário individual que, por ser incapaz, obteve autorização judicial para continuar exercendo determinada empresa. Nesse caso excepcional, visando proteger o patrimônio do incapaz, o juiz autoriza que a empresa continue a operar, mas restringe a possibilidade de que dívidas contraídas no seu exercício sejam pagas utilizando bens de propriedade do incapaz que sejam estranhos ao acervo empresarial.

⁶⁴ CRISTIANO. Romano. **Empresa é risco**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 254.

Contudo, só no caso do § 2º do Art. 974 do Código Civil é que, além da afetação patrimonial, há limitação da responsabilidade do empresário individual. Porém, por se tratar de situação excepcional, pouco vista na prática, dependente de burocrática autorização judicial, é possível afirmar que não foi capaz de corrigir a histórica exposição patrimonial do empresário individual.

Com a vigência da Lei n. 12.441/2011, certamente será grande a quantidade de empresários individuais que optarão por se transformar em EIRELI, visando limitar as suas responsabilidades. Ademais, a tendência também é que deixem de ser registrados novos empresários individuais.

3.3 Vantagens e Desvantagens da Instituição da EIRELI

Após a análise de diversas correntes favoráveis e também contrárias aos dispositivos recém-inaugurados no ordenamento jurídico brasileiro da Lei 12.441/11, nos debruçaremos a sintetizar as principais vantagens e desvantagens da instituição da EIRELI e a perspectiva de alcance de seus reflexos para o mercado e o público brasileiro como um todo.

Primeiramente, segundo Francisco Dornelles, relator do projeto de lei nº 18/2011 sobre a EIRELI

[...] a responsabilidade ilimitada torna todo o patrimônio da pessoa que se torna empresário afetado para cobrir obrigações relacionadas à atividade empresarial, o que o leva a obter menos empréstimos, contratar menos empregados, realizar e atrair menos investimentos, pagar menos tributos, contribuindo com a sonegação fiscal e aumento do mercado informal, colocar menos produtos novos no mercado de consumo, e encarecer os adquiridos pelo consumidor, por exemplo⁶⁵

Ou seja, uma pessoa natural que se disponha a se tornar empresário com o objetivo de auferir lucros encontra um ambiente sujeito a algumas intempéries: alta

⁶⁵ BRASIL. Senado Federal. **Parecer sobre projeto de lei da câmara n. 18/2011**. Altera a Lei 10.406/02. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/89632.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2011.

taxa de juros, carga tributária elevada, grande poder econômico dos fornecedores, taxa de câmbio desfavorável, infra-estrutura estatal inadequada, consumidores exigentes, inflexibilidade da legislação trabalhista, privilégios da Fazenda Pública, pequeno mercado de consumo e competição acirrada dos empresários.

Do ponto de vista sucessório, inclusive, a presença de mais um sócio sem nenhuma função prática efetiva pode levar a sérios problemas quanto às futuras gerações de sócios, dentre os quais os entraves no andamento normal da sociedade por descompasso entre pessoas que, muitas vezes, sequer queriam ser sócias entre si.

Muitas vezes, o empreendedor cria sociedades faz-de-conta sendo detentor de quase a totalidade do capital e com um sócio minoritário que não decide ou nem chega a participar do negócio, o que gera muita burocracia e problemas nas Juntas Comerciais, tanto na hora de constituir a sociedade, como em cada alteração societária, momentos em que são necessários exames apurados nesses órgãos.

A limitação de responsabilidade é um importante redutor de riscos e, por conseguinte, um incentivo legal ao desenvolvimento das atividades econômicas. Para obtê-la, e de todo modo, os empresários dão azo a sociedades artificiais, quase sempre constituídas no modelo de limitadas que de fato possuem um único sócio. São aquelas em que o quadro social é composto por dois empreendedores e um deles figura apenas formalmente para atender a pluralidade subjetiva exigida por lei. É o sócio de favor, desvinculado à empresa, com participação diminuta ou irrisória no capital social e incapaz de contribuir de modo relevante na maior parte das deliberações. Portanto, a responsabilização ilimitada do empresário individual, além de estar na contra-mão da história, por já ter sido revista por diversos países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Bélgica e Dinamarca, impõe perda de competitividade internacional e incentiva simulações, sugerindo atuação empresarial unipessoal escamoteada na forma de sociedades limitadas de mera aparência.

É importante lembrar também que, com a vigência da Lei n. 12.441/2011, qualquer pessoa jurídica poderá instituir subsidiária integral sob a forma de EIRELI, autorização que, atualmente, só existe para as sociedades anônimas conforme os Arts. 251 e 252 da Lei n. 6.404/76. A instituição da subsidiária integral é uma faculdade legal que poderá ser adotada quando se vislumbrar a necessidade de

melhorar a organização administrativa, seja para fins de planejamento societário, familiar, sucessório ou tributário.

Assim, observamos que antes da entrada da EIRELI no ordenamento pátrio, o empresário individual, sem opções, submetia-se à normas que tornavam sua responsabilidade pessoal quanto à atividade empresária exercida ilimitada, elevando o risco pessoal e empresarial como um todo. Com a EIRELI, os bens particulares do empresário individual que adotar este modelo não mais correrão riscos, contanto que os requisitos formais da lei sejam atendidos, evitando-se recorrer à desconsideração da personalidade jurídica, motivo do veto do parágrafo 4º do Art. 980, como já vimos, para dar segurança aos credores da EIRELI.

Ao contrário, a instituição da empresa individual de responsabilidade limitada poderá ser desvantajosa aos seus credores, pois poderá atrair o empresário a não cumprir seus deveres, tendo em vista os possíveis prejuízos causados por sua ingerência não atingirem seu patrimônio pessoal até que a doutrina e a jurisprudência tratem sobre os reflexos do veto ao parágrafo 4º do Art. 980 e sua relação com *disregard doctrine* após sua vigência em 2012.

A priori, quanto à alegação de menor proteção dos credores da empresa, que ficariam sem poder atingir os bens particulares da pessoa natural constitutiva da empresa, cumpre destacar que é verdade que a separação patrimonial não permitirá que o patrimônio particular da pessoa natural seja atingido por obrigações decorrentes do exercício empresarial, mas em contrapartida a limitação privilegiará esses mesmos credores contra os credores particulares da pessoa natural. Uma limitação contrabalança a outra.

Além disso, pelo previsto no Art. 980-A, §2º, o empresário poderá constituir e participar apenas de uma empresa com essa modalidade, o que traria à tona novamente sociedades fictícias, através de “laranjas”, para constituição de novas atividades empresariais. Conseqüentemente, o empresário enfrentaria dificuldades de acesso ao crédito, já que haveria menos garantias para um financiamento, por exemplo.

3.4 Análise de Dados do DNRC sobre o Registro de Empresas no Brasil

A análise de dados relativos ao registro de sociedades tem por escopo demonstrar alguns pontos, quais sejam: a) a apuração do número total de sociedades registradas no país durante determinado período temporal; b) o destaque, do total de sociedades registradas, do volume de registros que se enquadrem na categoria de micro empresas e empresas de pequeno porte; d) demonstrar, por meio da comparação de dados relativos às firmas individuais ou requerimento de empresário e sociedades limitadas constituídas com o volume e tipo de empresas que caracterizam micro empresas e empresas de pequeno porte, de modo confirmar as alegações quanto à utilização das sociedades limitadas para limitação da responsabilidade do empresário individual e, ainda, para demonstrar a perspectivas da empresa individual de responsabilidade limitada nesse quadro.

Em relação aos itens “a” e “b”, a análise será realizada com base nos dados obtidos junto ao DNRC – Departamento Nacional de Registros do Comércio⁶⁶.

Apresenta-se a tabela com o número de empresas registradas no Brasil, no período de 1985 a 2005, por tipo jurídico. No total, foram realizados 9.868.627 registros, dos quais destacam-se 4.783.051 relativos a registros de sociedades limitadas, e 5.031.614 referentes a registros de firma individual, o que em termos percentuais, representa 48,46% e 50,98% do total, respectivamente.

Estes números revelam dois dados importantes, primeiro: a larga utilização da sociedade limitada pelos indivíduos como forma societária para a exploração de suas atividades; e, segundo: o número ainda maior de empresários individuais registrados no Brasil. Pela análise destes dados é possível comprovar as alegações feitas anteriormente a respeito da utilização da sociedade limitada como forma de limitação da responsabilidade do empresário individual.

Segue, abaixo, relação, por tipo jurídico, das empresas constituídas no Brasil entre os anos de 1985 a 2005:

⁶⁶ BRASIL. Ministério do desenvolvimento, indústria e comércio exterior. Departamento nacional de registro do comércio. **Constituição de empresas por tipo jurídico no Brasil – 1985 a 2005**. Disponível em <http://www.dnrc.gov.br>. Acesso em 05 nov.2011.

TABELA REFERENTE À CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS POR TIPO JURÍDICO NO BRASIL, DE 1985 A 2005:

CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS POR TIPO JURÍDICO - BRASIL - 1985-2005						
ANOS	FIRMA INDIVIDUAL	SOCIEDADE LIMITADA	SOCIEDADE ANÔNIMA	COOPERATIVAS	OUTROS TIPOS	TOTAL
1985	168.045	148.994	1.140	363	66	318.608
1986	277.350	238.604	1.034	297	204	517.489
1987	222.847	195.451	857	319	161	419.635
1988	208.017	184.902	1.214	404	128	394.665
1989	240.807	209.206	1.251	437	151	451.852
1990	279.108	246.322	748	438	141	526.757
1991	248.590	248.689	611	447	156	498.493
1992	221.604	207.820	594	515	132	430.665
1993	254.608	240.981	697	757	161	497.204
1994	264.202	245.975	731	657	207	511.772
1995	263.011	254.581	829	879	187	519.487
1996	252.765	226.721	1.025	1.821	360	482.692
1997	275.106	254.029	1.290	2.386	410	533.221
1998	239.203	223.689	1.643	2.258	335	467.128
1999	244.185	229.162	1.422	2.330	246	477.345
2000	225.093	231.654	1.466	2.020	369	460.602
2001	241.487	245.398	1.243	2.344	439	490.911
2002	214.663	227.549	1.012	1.556	371	445.151
2003	228.597	240.530	1.273	1.503	310	472.213
2004	222.020	236.072	1.366	2.438	303	462.199
2005	240.306	246.722	1.800	1.297	413	490.538
TOTAL	4.569.288	4.300.257	20.080	21.731	4.534	9.868.627

FONTE: DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio

Verifica-se, assim, que a utilização da sociedade limitada pelos empresários individuais é ampla, mas sabemos que inseridos nesta expressiva parcela, estão aqueles empreendedores constituintes de sociedades fictícias, em função da privação dos benefícios da limitação da responsabilidade pelas obrigações sociais.

Esses dados são essenciais para o presente estudo, pois comprovam a importância que terá a EIRELI diante deste cenário. Desde já, nos desperta a

curiosidade de qual será a participação das EIRELI's dentre as constituições de empresas por tipo jurídico no país nos próximos 5 ou 10 anos. Quiçá, tão participativas quanto as sociedades limitadas em um primeiro momento.

3.5 Considerações sobre o Instituto da Falência na EIRELI

Previu o Art. 2º. da Lei n. 11.101/2005 a aplicação do benefício da recuperação de empresas e falências às sociedades empresárias, inclusive ao empresário individual.

Sobre o empresário individual, sempre se criticou que a eventual declaração de falência deste se resumiria à verdadeira constrição e alienação da integralidade de seu patrimônio, respeitando-se somente os bens absolutamente impenhoráveis do art.649 do Código de Processo Civil e os bens de família protegidos pela Lei 8.009/90, conforme preceitua o Art.108, §4º da Lei de Falências.

Pacífica é a possibilidade de recuperação de crédito pelo empresário individual, benefício correntemente utilizado, tanto para a recuperação judicial ordinária prevista nos Arts.47 a 69 da Lei 11.101/05, quanto para a recuperação judicial especial de empresários individuais optantes pelo Simples Nacional, conforme os Arts.70 a 72 da Lei 11.101/05.

Contudo, importa que a falência do empresário individual preverá a arrecadação de todo o seu patrimônio pessoal, bem como a inabilitação do empresário para a atividade empresarial durante todo o processo falimentar, conforme Art.102 da mesma lei falimentar.

Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.”

Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.

Nos termos do Art.103, desde a decretação da falência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

Constata-se que, acaso seja decretada a falência da EIRELI, incorrerá a arrecadação somente dos bens de propriedade da pessoa jurídica de atividade empresarial, não cabendo a arrecadação dos bens pessoais do titular da empresa individual para pagamento aos credores. Todavia, seriam aplicáveis ao titular da EIRELI as normas previstas nos Arts. 102 e 103 acima citados?

A resposta em princípio é negativa. A previsão de inabilitação do Art.102 é somente ao empresário, ou seja, ao empresário individual ou à própria sociedade empresária. No caso da EIRELI, a inabilitação seria à própria pessoa jurídica, e não ao seu titular pessoa natural. Deve-se lembrar que os sócios na sociedade empresária, se de responsabilidade limitada, não serão considerados falidos, salvo no caso de extensão da falência por meio da desconsideração da personalidade jurídica. Desta forma, o titular da EIRELI somente seria atingido em casos excepcionais, se acaso a falência fosse estendida justificadamente sobre a pessoa natural, em razão de seus atos, como explica Gladston Mamede sobre a possibilidade do juiz estabelecer a inabilitação de forma extensiva aos sócios ou administradores na falência de sociedades.⁶⁷

Decretada a falência, sem que seja motivada a sentença extensiva dos seus efeitos, os credores assistirão à completa liberação do titular pessoa natural da EIRELI sobre as obrigações decorrentes daquela atividade empresarial. Fato que também ocorre às falências das sociedades empresárias.

⁶⁷ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 2.ed. v.4. São Paulo: Atlas, 2008, p.394.

Certamente que dentro do próprio processo falimentar caberá nos termos do art.82 da Lei Falimentar a propositura de incidente de apuração de responsabilidade do sócio-administrador da EIRELI, permitindo-se a identificação de eventuais atos ilícitos e crimes falenciais capazes de alcançar o patrimônio pessoal do empresário individual.

Em regra, acredita-se que o titular da EIRELI não será atingido.

Mesmo que a inabilitação se estenda até a sentença que efetivamente declare a extinção das obrigações, essa não dirá respeito ao titular da EIRELI, que poderá ser sócio de outras sociedades empresárias ou registrar-se como empresário individual, em sua figura clássica.

Sabe-se que as obrigações do falido perante seus credores não se extingue pela mera arrecadação e alienação de patrimônio, perdurando pelo prazo de até 5 ou 10 anos, conforme previsto pelo Art.158 da lei falimentar:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Assim, somente após o decurso dos prazos dos incisos III ou IV, ou diante a da hipótese de pagamento integral de todos os créditos ou da possível ocorrência de pagamento de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, antes pagos os créditos de preferência anterior a estes, poderá o falido requerer em juízo

a sentença que declare a extinção de suas obrigações conforme o Art.159, para finalmente desabilitar o impedimento do Art.102.

A continuidade das obrigações não atinge os sócios da sociedade falida, e também não atingirá o titular da EIRELI, salvo nas hipóteses de identificação superveniente de bens que foram irregular ou ilicitamente alienados, ou créditos de direito do falido em recebimento judicial ou não, podendo ser exigidos pelos credores que ainda não tenham recebido na concorrência falimentar. Mas os prazos do Art.158 em nada impedirão o titular da EIRELI de exercer outra profissão ou mesmo titularizar quotas ou ações em outras sociedades empresárias. E, como já dito, poderá sim realizar na junta comercial sem qualquer impedimento nova inscrição de empresário individual, só não podendo criar nova EIRELI, em face do impedimento de figurar em uma empresa individual por vez, conforme o novo Art.980-A, §2º do Código Civil brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime jurídico da EIRELI, instituído pela Lei n. 12.441/2011, é passível de algumas críticas. Uma delas é quanto à instituição de um piso para o capital inicial, que não pode ser inferior a 100 (cem) salários mínimos, haja vista que igual restrição não é imposta às sociedades e, ademais, poderá ser facilmente contornada na prática.

Já quanto às nomenclaturas adotadas, algumas delas não se enquadram bem na dogmática jurídica. Sendo a EIRELI uma nova modalidade de pessoa jurídica, não é justificada a utilização de nomenclaturas exclusivas das sociedades, como “capital social” e “denominação social”. Por outro lado, sendo um sujeito de direito autônomo, com direitos e obrigações próprios, deveria o Legislador ter nominado-a de “empresário individual de responsabilidade limitada” ou “empreendedor individual de responsabilidade limitada”. Dessa forma, haveria preservação dos princípios básicos da teoria jurídica da empresa adotada pelo Código Civil.

Porém, é preciso reconhecer que, na prática empresarial, a nomenclatura é o que menos importa. Nessa seara, é relevante a diminuição de custos e riscos com o propósito de incentivar o ingresso de mais agentes empresariais no mercado. É verdade que não há empresa sem risco. Porém, também é verdade que quanto mais a legislação diminuir os riscos de perda patrimonial daqueles que se aventuram a produzir ou circular bens ou serviços para o mercado, mais pessoas serão estimuladas a exercerem empresa.

A afetação patrimonial, com limitação da responsabilidade, é admitida há muito tempo com relação a vários tipos de sociedades, em especial as sociedades limitadas e anônimas. Mas, só com a vigência da Lei n. 12.441/2011 também passou a ser admitida para aqueles que não querem se juntar a algum sócio. Nesse sentido, a EIRELI vem suprir uma antiga e injustificável lacuna na legislação brasileira.

Como alternativa à sistemática do empresário individual, a Lei n. 12.441/2011 autorizou a pessoa natural a constituir apenas uma única pessoa

jurídica do tipo EIRELI. Entretanto, não restringiu a quantidade de pessoas jurídicas ou subsidiárias integrais que podem ser constituídas por outra pessoa jurídica. É preciso ressaltar que as pessoas jurídicas também podem constituir EIRELI, situação que corresponde à instituição de subsidiária integral, tal qual já admitido há muito tempo pelos Arts. 251 e 252 da Lei n. 6.404/76.

Questões como sucessão pela morte do único sócio, ou seja, o procedimento de ingresso de herdeiros e possível necessidade de transformação em sociedade com mais de um sócio, cessão das quotas da empresa individual para uma pessoa jurídica, cessão de quotas para a própria empresa individual, empresa individual que não exerce atividade empresária, os efeitos da personalidade jurídica na EIRELI e a sua desconsideração, dentre outras questões certamente merecerão um melhor aprofundamento doutrinário e jurisprudencial após a vigência da futura Lei.

É natural que surjam dúvidas e interpretações conflitantes que necessitarão do estudo mais aprofundado na práxis cotidiana, sobretudo porque a inovação legislativa irá alterar sobremaneira a atuação do empresário, que agora não precisará mais colocar um sócio “laranja” apenas para se valer da limitação da responsabilidade que uma sociedade limitada lhe conferia.

Assim, diante do salutar debate e da repercussão sobre um novo Código Comercial para o Brasil, das recentes vantagens trazidas para o pequeno empresário pelas mudanças no Simples Nacional e de outras medidas adotadas pelo governo como combate da crise financeira internacional que vivenciamos hoje, foi indubitavelmente relevante a instituição da EIRELI, especialmente, nas questões aqui singelamente apontadas, de modo a buscar um aprimoramento institucional do direito brasileiro e a desejada segurança jurídica aos atos negociais. Oxalá, melhores dias com melhores leis.

Espera-se que esse novo instrumento posto à disposição do segmento empresarial, considerado por alguns com mais entusiasmo de o início da revolução empresarial brasileira e como a mais importante matéria para a micro e pequena empresa do Brasil desde o advento da Microempresa e do Simples Nacional, seja amplamente utilizado e, conseqüentemente, mais empresas sejam iniciadas e movimentem a economia brasileira de forma positiva, ajudando no progresso social.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed., aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Justiça – **Código Civil e seu dia-a-dia - EIRELI**. *In* Jornal Correio da Paraíba, Paraíba, p. B6, 19 de Junho de 2011.

BRUSCATO, Wilges. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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

_____. **Tratado de direito empresarial**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 2.

CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUBERT, Ivens Henrique. **Sociedade empresária e capital social**. Curitiba: Juruá, 2009.

LIPPERT, Márcia Mallmann. **A Empresa no Código Civil: elemento de unificação no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 5. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

NUNES, Nelson. **A sociedade unipessoal: uma abordagem à luz do Direito Italiano, Espanhol e Português**. *In*: Novos Estudos Jurídicos. Ano VI, n.12., p.13-32, abril/2001. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>. Acesso em: 25 out. 2011.

MAMEDE, Gladston. **Comentários ao estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, vol 4.

_____. **Direito empresarial Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1

MARTINS. Fran. **Curso de direito comercial**. 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

MORAES, Guilherme Duque Estrada de. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. *In* **Gazeta Mercantil**. Caderno “Legal e Jurisprudência”, 30 de junho de 2003.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos societários**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Manual da sociedade limitada no novo Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2004.

PINHEIRO, Frederico Garcia. **Empresa individual de responsabilidade limitada**, 2011. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em 27 out. 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Método, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, 25.ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

ROVAI, Armando Luiz. **Empresa de responsabilidade limitada**. *In* Valor Econômico. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/1022536/empresa-de-responsabilidade-limitada>. Acesso em 10 nov. 2011.

TERNES, Gabriel Saraiva. **Empresa individual de responsabilidade limitada: uma proposta de inserção no ordenamento jurídico brasileiro**, 2004. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Gabriel%20Ternes.pdf>. Acesso em 5 out. 2011.

VIANA, Guilherme Borba. **A empresa individual de responsabilidade limitada (eireli)**. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/536571/?noticia=EIRELI>. Acesso em 10 out. 2011.

