PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ÁUREA MOSCATINI

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL FRENTE AO EXERCÍCIO DA
ATIVIDADE EMPRESARIAL REALIZADA POR UMA ÚNICA PESSOA**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2013

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ÁUREA MOSCATINI

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL FRENTE AO EXERCÍCIO DA
ATIVIDADE EMPRESARIAL REALIZADA POR UMA ÚNICA PESSOA**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Comercial, sob a orientação do Professor Doutor Fábio Ulhoa Coelho.

SÃO PAULO

2013

ÁUREA MOSCATINI

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL FRENTE AO EXERCÍCIO DA
ATIVIDADE EMPRESARIAL REALIZADA POR UMA ÚNICA PESSOA**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Comercial, sob a orientação do Professor Doutor Fábio Ulhoa Coelho.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fábio Ulhoa Coelho (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Para Gabriela e Ana Júlia,
luzes de minha vida e
razão da minha existência.

Tomae exemplo, estudantes e doutores, tomae exemplo das estrelas da manhã, e ousaires das mesmas vantagens: não só a de levantardes mais cedo a Deus a oração do trabalho, mas a de antecederdes aos demais, logrando mais para vós mesmos, e estimulando os outros a que vos rivalizem no ganho bendito.

Ruy Barbosa – trecho da Oração aos Moços

AGRADECIMENTOS

Para escrever esta tese, contei com o apoio e incentivo de muitas pessoas, sem as quais não teria chegado à sua conclusão.

Primeiro a meus pais Antonio Raul e Dirce, sem os quais não chegaria sequer à graduação. Meu pai pelo grande incentivo e à minha mãe por cuidar tão bem de mim e de minhas filhas, que sequer perceberam a minha ausência.

À minha estagiária Jéssica, e aos meus queridos alunos Douglas e Adryeli, que muito me ajudaram na organização e pesquisa da presente.

Especialmente à minha irmã Mariana, por tanta paciência e dedicação frente a minhas tarefas do dia-a-dia da Advocacia, sem as quais nada poderia ser concretizado.

À minha maravilhosa professora Maria Helena Diniz que diretamente influenciou no meu modo de ser, agir e pensar com meus alunos de graduação, podendo eu ter tido a honra em conhecer tão nobre e carinhosa pessoa.

A todos os meus alunos de todos os cursos de graduação e pós-graduação que me incentivaram, cada um à sua maneira trazendo dúvidas que imediatamente se transformaram em pesquisa concretizada nesta tese.

Aos meus amigos particulares Daniela Libório Di Sarno, Claudio José Franzolin e Luis Renato Vedovato, que sempre me acolheram em momentos de angústia, mostrando-me que a conclusão seria inevitável.

Especialmente a meu orientador Fábio Ulhoa Coelho, os meus sinceros agradecimentos, pois com ele aprendi efetivamente o que é a vida acadêmica, qual a importância da pesquisa, e o fortalecimento de uma ciência, através da busca de valores consagrados na realidade social, que necessitam ser descobertos e estudados. Dele recebi inestimável dose de incentivo e com compreensão aos limites de sua orientanda foi provocando momentos de reflexão até que a ideia fosse exteriorizada.

A Deus que colocou todas essas pessoas na minha vida, e que ao longo desses anos de doutoramento mostrou-me que nos maiores desafios estão os mais valiosos méritos.

RESUMO

A tese examina o fortalecimento do Princípio da Autonomia Patrimonial diante da exploração da atividade empresarial por uma única pessoa.

Parte de uma abordagem sobre os Princípios Gerais do Direito, envolvendo a busca por valores, diferenciando-os de regras e integrando-os a outros Princípios.

Analisa, ainda, a unipessoalidade societária no Brasil, com a edição da Lei nº 12.441/11, que versa sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, destacando seus aspectos positivos e negativos, especialmente demonstrando se representa uma nova espécie de sociedade ou um novo ente, espécie de Pessoa Jurídica.

Apresenta um esboço histórico no Brasil, assim como analisa a experiência do Direito Estrangeiro sobre a unipessoalidade societária.

Finalmente, o estudo aponta desafios e perspectivas a serem superados para a aplicação, execução e modificação da legislação sobre a unipessoalidade societária e a sua sintonia com o Princípio da Autonomia Patrimonial, demonstrando que existe uma conexão entre os institutos, não se justificando mais a pluripessoalidade no Direito Societário para garantir a separação patrimonial.

Palavras-chave: Autonomia patrimonial. Unipessoalidade. Empresa individual. Responsabilidade limitada.

ABSTRACT

The thesis examines the strengthening of the Principle of Asset Autonomy in the face of the exploitation of business activity by a single person.

It is part of an approach on the general principles of law, involving the search for values, differentiating them from rules and integrating into other principles.

It also analyzes single shareholding in Brazil, with the enactment of Law No. 12.441/11, which focuses on the Individual Limited Liability Company, highlighting its strengths and weaknesses, and particularly demonstrating whether it represents a new kind of society or a new entity altogether, a type of Legal Entity.

It presents a historical foreshortening in Brazil, as well as analyzing the experience of Foreign Law on single shareholding.

Lastly, the study points out challenges and perspectives to be overcome for the implementation, enforcement and modification of the legislation on single shareholding and its harmony within the Principle of Asset Autonomy, demonstrating that there is a connection between the institutions, no longer justifying shareholding by more than one party in order to ensure Asset Separation.

Keywords: Asset autonomy. Single Shareholding. Sole proprietorship. Limited liability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA GERAL SOBRE OS PRINCÍPIOS E A AUTONOMIA PATRIMONIAL	15
2.1 Um panorama atual acerca das conceituações sobre princípios	15
2.2 Superação da dogmática jurídica tradicional	16
2.3 Algumas questões de ordem filosófica	17
2.4 Das diferenças entre princípios e regras	19
2.5 Normatização dos princípios	26
2.6 A tarefa dos princípios no direito brasileiro	28
2.7 A integração do princípio da autonomia patrimonial frente às regras de Direito Empresarial	30
2.7.1 Integração do princípio da autonomia patrimonial com o princípio da dignidade da pessoa humana	35
2.7.2 Integração do princípio da autonomia patrimonial com o princípio da proteção ao trabalhador e às regras específicas do direito do trabalho	41
2.7.3 Integração do princípio da autonomia patrimonial com os princípios e diplomas legais relativos à seguridade social	48
2.7.4 Integração do princípio da autonomia patrimonial com o princípio de proteção ao consumidor e à legislação consumerista	50
2.7.5 Conclusões parciais	52
3 A UNIPessoALIDADE SOCIETÁRIA NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL	53
3.1 Panorama Histórico	53
3.2 Pessoa Jurídica	58
3.2.1 Conceito	58
3.2.2 Registro	60
3.2.3 Desconsideração da personalidade jurídica.	61
3.3 Sociedades Fictícias Unipessoais	69
3.4 Modelo Atual da EIRELI e suas principais características	71
3.5 A separação patrimonial e o limite da responsabilidade da personalidade jurídica	72
3.6 Contexto de emergência da limitação da responsabilidade na unipessoalidade societária	74
3.7 Conveniência do Instituto e sua função social	77
3.8 Princípio da autonomia patrimonial e a EIRELI	82

4 O DIREITO ESTRANGEIRO E A UNIPessoALIDADE	88
4.1 Restrospectiva histórica	88
4.2 Desafios e perspectivas mundiais frente à diretiva europeia	91
4.3 Atual quadro normativo português e sua influência no Brasil	94
4.4 Referências do direito estrangeiro	100
4.4.1 Alemanha	100
4.4.2 França	102
4.4.3 Itália	104
4.4.4 Espanha	105
4.4.5 Chile	109
4.4.6 Uruguai	112
5 DESAFIOS A SEREM CONSIDERADOS PARA O FORTALECIMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA FRENTE À UNIPessoALIDADE	115
5.1 Natureza jurídica	115
5.2 Prós e contras do instituto	126
5.3. Objeto	130
5.4. Titularidade	132
5.4.1. Pessoa Natural e Jurídica	133
5.4.2 Penhora, usufruto e penhor	141
5.4.3 Comunicabilidade	
5.4.4. Condomínio	146
5.5 Constituição	148
5.5.1 Instrumento, forma e natureza jurídica do ato constitutivo	148
5.5.2 Capital Social	151
5.5.2.1 Capital mínimo	151
5.5.2.2 Integralização e avaliação	157
5.5.2.3 Fundo de reserva	160
5.6 Nome	162
5.7 Assembléia	165
5.7.1 Convocação e Conteúdo	165
5.7.2 Transcrição e Registro	168
5.8 Administração	169
5.9 Governança Corporativa	171
5.10 Mecanismos de Reorganização	173
5.11 Trespasse	178
5.12 Extinção da EIRELI	181
5.13 Projeto de Lei nº 96/2012	185
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	

01 INTRODUÇÃO

O princípio da autonomia patrimonial ficou vinculado, há muito tempo a algumas espécies de sociedades empresariais, exigindo-se para tanto a pluralidade pessoal, requisito indispensável para constituir uma sociedade que então, com o registro no órgão competente, garantiria o respeito ao mencionado princípio.

Ocorre que grande parte do empresariado desenvolve a atividade de forma solitária, não existindo outra alternativa senão deixar todo o seu patrimônio à mercê de eventual responsabilidade acerca das obrigações contraídas por meio do empreendimento.

É fato que a responsabilidade ilimitada para as pessoas naturais, face ao receio que demanda a atividade empresarial por si só, assusta e afasta a iniciativa privada. Quando não encontra fórmula capaz de satisfazer aos interesses particulares o empresário busca outros caminhos, muitas vezes à margem do texto legal, celebrando as chamadas sociedades fictícias.

A atividade empresarial envolve confiança, pois absolutamente submersa nas questões atinentes ao crédito. O possível rompimento desse alicerce pode comprometer toda a cadeia produtiva. É evidente que as relações empresariais são mais que isso, deixando muitas vezes de lado as questões jurídicas, pois a concretização dos negócios acaba superando qualquer obstáculo.

A história nos mostra que à época da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, foram feitas críticas questionando o próprio sistema em razão de retirar-se a possibilidade de atingir o patrimônio pessoal dos sócios, quando o capital social estivesse totalmente integralizado, vez que a atividade era uma extensão da pessoa que a desenvolveria. O tempo mostrou que a sociedade limitada parece ser o modelo mais adequado para a sociedade brasileira.

Ocorre que a espécie sociedade limitada não prevê, salvo de forma temporária, a exploração da atividade por uma única pessoa, sem invasão no patrimônio pessoal pelas dívidas sociais. O legislador parece que, de antemão, previa a fraude como um pressuposto da chamada limitação do patrimônio pessoal, o que evidentemente o tempo demonstrou não ser verdade, pois existindo a limitação, aquele que tem má fé não necessita desse tipo de proteção, já que se

atira na atividade empresarial, sem possuir qualquer tipo de garantia, nos aspectos social e pessoal.

Assim, após muitos anos de resistência, mesmo diante do quadro e da evolução apresentada pelo Direito Estrangeiro, o Brasil editou a Lei nº 12.441/11, que dispõe acerca da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, segundo a qual uma única pessoa pode explorar a atividade empresarial, tendo como limite a responsabilidade em atingir seu patrimônio pessoal. Embora necessite de alguns ajustes, a Lei representa um verdadeiro marco em relação ao fortalecimento do princípio da autonomia patrimonial diante da atividade empresarial desenvolvida por uma única pessoa.

O desafio desta pesquisa é demonstrar que o fato de uma única pessoa estar à frente da atividade empresarial e gozar de proteção quanto à possibilidade de invasão em seu patrimônio pessoal, não significa o enfraquecimento de garantias nem a intenção de fraude, pois representa o respeito aos limites de qualquer atividade e atuação humanas. O homem precisa de segurança para praticar qualquer ato, especialmente os atinentes à esfera jurídica e negocial, pois ambos integram a sua condição humana.

Para isso ser possível é necessário analisarmos o Princípio da Autonomia Patrimonial em consonância com os outros princípios, especialmente os de ordem constitucional e de outras ciências, com as quais o direito empresarial mantém relações estreitas. É importante também analisarmos a experiência da legislação estrangeira e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, além dos elementos disponíveis para essa atuação, sejam eles jurídicos, econômicos ou sociais. Enfatizaremos especialmente a participação do Estado para garantir a realização plena do instituto, na qualidade de gestor e não de mero expectador e repressor.

A escolha do tema se justifica pela relevância em discutir estes valores, especialmente no âmbito do Direito Societário. No que se refere à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, a Lei nº 11.441/11 motivou o aparecimento de opiniões diferentes face à sua singela redação.

O tema envolve uma análise principiológica, a fim de fortalecer a hipótese de exercício da atividade empresarial por uma única pessoa e garantir a separação patrimonial. A abordagem tem como principal preocupação o

fortalecimento da atividade empresarial, já que o pequeno investidor vem aos poucos se afastando dela.

Embora recente o título do tema, há muitos anos tem sido debatido no Direito Brasileiro e representa um grande avanço para a sociedade, pois a função social da atividade empresarial está alicerçada em princípios, inclusive de ordem constitucional.

Para a elaboração e defesa deste estudo, utilizaremos pesquisa bibliográfica de literatura e de legislação nacional e estrangeira, além de pesquisa jurisprudencial.

O método utilizado é o dedutivo, pois o Direito, não como Ciência, hoje é estudado como Tecnologia e assim determina de forma efetiva comportamentos, porque sua tarefa é viva, é participativa.

Esta pesquisa foi dividida em cinco capítulos que têm estruturas próprias de informação. Ao final, pretendemos demonstrar o fortalecimento do princípio da autonomia patrimonial diante da exploração da atividade empresarial por uma única pessoa.

No capítulo 2 abordamos os princípios do Direito, envolvendo a busca por valores e questões de ordem filosófica, diferenciando-os de regras e integrando-os com outros princípios de diferentes áreas do Direito, a fim de justificarmos a interdisciplinaridade e o fortalecimento da ciência, especialmente, sua valorização frente aos anseios sociais.

Dedicamos o capítulo 3 à unipessoalidade no Brasil para mostrar a recente legislação sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) com destaque para os aspectos positivos e negativos do instituto e o princípio da Autonomia Patrimonial, verificando a sua importância no Direito Brasileiro, confrontando-o com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e apontando para a sua função social no que se refere ao binômio direito-custo a fim de justificar-se a limitação da responsabilidade quando da unipessoalidade societária em benefício daquele que se dedica à atividade, que é de risco.

No capítulo 4 apresentamos a evolução histórica da unipessoalidade no mundo e em alguns países da América Latina e da Europa, que servirão como exemplo e adaptação ao modelo atual brasileiro.

No capítulo 5 abordaremos os desafios a serem superados para aplicar, executar e modificar a legislação sobre a unipessoalidade e a sua junção ao princípio da autonomia patrimonial, demonstrando que existe uma perfeita conexão entre os institutos sem a necessidade da pluralidade para justificar a separação do patrimônio social do individual no Direito Societário.

Por meio desta pesquisa a pretensão é oferecer mais argumentos para aperfeiçoar o texto legal e contribuir para fortalecer os valores que norteiam o Direito Empresarial, para que a atividade desenvolvida pelo pequeno investidor brasileiro seja fortalecida pela segurança jurídica oferecida pelo Direito.

2 TEORIA GERAL SOBRE PRINCÍPIOS E A AUTONOMIA PATRIMONIAL

Metodologicamente parece ser impossível discorrermos acerca de determinado tema sem antes o definirmos de forma objetiva e não superficial. Cabe conceituarmos o instituto cientificamente, de forma técnica, e delimitar a extensão de seus contornos, sem nos limitarmos a traçar apenas uma exposição desprovida de debates ou aprofundamentos.

A natureza jurídica do objeto, as características dos princípios e regras são importantes para demonstrarmos a sua aplicação no contexto sociopolítico econômico contemporâneo para integrar e fortalecer o Princípio da Autonomia Patrimonial frente ao exercício da atividade empresarial realizada por uma única pessoa.

2.1 Um panorama atual acerca das conceituações sobre princípios

De forma etimológica, da palavra latina *principium* (de onde se deriva o termo *primum capere*) extraímos o seguinte significado: assunto, instituição, estrutura que foi posta em primeiro lugar.¹ Essa definição se baseia na filosofia platônica, posteriormente reforçada pela aristotélica, que entendia que o princípio é um fenômeno que não advém de nenhum outro, ele se justificava por suas próprias características intrínsecas.²

O conceito de princípio encontra guarida em Kant: princípios são formas apriorísticas porque são o fundamento, a estrutura, o sustentáculo de outros juízos e situações.³

A ideia de estruturação, organização e de coesão⁴ de forma a embasar o ordenamento jurídico está bastante consolidada na doutrina pátria acerca do tema “dos princípios”.

Como exemplo dessa visão está Walter Claudius Rothenburg, segundo o qual os princípios estruturam o ordenamento jurídico porque trazem em seu bojo, a

¹ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

² Id. Ibid., p. 7-8.

³ Id. Ibid., p. 8.

⁴ Id. Ibid., p. 6.

axiologia da sociedade.⁵ Na discussão acerca de valores, importante ressaltar a bilateralidade adaptativa entre o ordenamento jurídico e a sociedade de forma geral, pois é fato que são os valores sociais que permeiam a elaboração da Lei. É indiscutível, por outro lado, que havendo judicialização de determinado comportamento, ainda que sem expressa posituação, mas em regra, manifestado por esta, haverá influência dos princípios porque eles se exteriorizam através do corpo social.⁶

Com as diferenças formais que lhe assinalam a preferência por um termo ao invés de outro, compartilham da noção de que princípios são estruturantes, até mesmo das próprias regras.⁷

Na verdade os princípios estabelecem a direção que a sociedade escolhe para a sua própria sobrevivência. Eles espelham os interesses, anseios e justificativas para a vida daquele grupo social. Assim, quem delimita seu futuro é o próprio homem por meio dos interesses que o une a outros homens.

2.2 Superação da dogmática jurídica tradicional

Observamos atualmente a extrema relevância dos princípios. Para qualquer discussão, insere-se algum instituto e simplesmente esse é denominado “princípio”, não existindo qualquer preocupação técnica e científica em se verificar as verdadeiras características desse “instituto”, ou seja, se realmente se encaixam nas condições imprescindíveis que o definem.⁸

Se a comunidade jurídica se interessasse em profundidade a respeito do princípio que norteia determinado anseio social e demonstrasse que sobre a problemática refletiu-se, seria o ápice do Direito pois o fato de muito se expor sobre um tópico não significa necessariamente reflexão e debate a seu respeito.⁹ O importante é demonstrarmos a importância que as discussões, nesse aspecto, representariam, se fossem levadas a efeito. Afinal, toda Ciência para se fortalecer

⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003, p 96.

⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito: a dimensão sociológica do direito**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35.

⁸ Id., *Ibid.*, p. 24-25.

⁹ Id., *Ibid.*, p. 24-25.

necessita do respeito e da aplicação de princípios que, em regra, representam a origem dessa mesma Ciência.

Através de um processo comparativo parece ser relativamente mais fácil entender o que são princípios quando os estudamos simultaneamente às regras e imprimindo a premissa dos conflitos entre as duas categorias, que existem inequivocamente. Porém, além da antítese, é também possível auferir a integração entre os institutos, já que um completa e é base de estrutura do outro.

O Direito possui métodos e princípios particulares, e como ciência apresenta caráter teórico. Mas, além desta feição, notadamente o Direito Comercial assume cada vez mais a natureza de tecnologia¹⁰, demonstrando a atividade participativa do cientista que interage com os conceitos postos.

Atualmente, o enfoque não é mais demonstrar que a economia capitalista é a melhor, pois ela é a dominante no globo; o objetivo moderno é atualizar esta economia de forma a torna-la mais rentável, isto é, bem mais fácil desde do desmoronamento da então U.R.S.S..Isto porque, na atual conjectura histórica, não há nenhum modelo econômico a ser combatido. Não há nada a ser superado, nenhuma insatisfação que os trabalhadores se rebelem para um outro regime. Isto torna a economia mais empresarial e efetiva o que demanda um Direito com estas características inovadoras.¹¹

Assim, a dogmática jurídica atualmente representa uma construção participativa, na qual todos estão envolvidos e cujos princípios representam a mola propulsora de todo o sistema jurídico.

2.3 Algumas questões de ordem filosófica

Tal como Descartes, é necessário ter a capacidade de “espantar-se” com os fenômenos que circunscrevem a realidade sejam eles de ordem¹² social, política, econômica ou religiosa. Não podemos, em nome de uma farta bibliografia a respeito de determinado tema deixarmos de pensá-lo, de reformulá-lo, de reinventá-

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: O Direito comercial e a disciplina da atividade econômica. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial – direito de empresa**: o direito comercial e a disciplina da atividade econômica. v.1.São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia – história e grandes temas**: consciência crítica e filosofia. 16. ed.São Paulo: Saraiva, 2007, p.49.

lo, se a situação fática assim o exigir; desde que haja fundamentos suficientes para essas novas estruturas. A busca pelo saber deve ser constante, conforme defendido por Schelling ¹³, pois o homem, assim como toda a sociedade, estão em constante mudança, exigindo dos cientistas das diferentes áreas do saber, mecanismos de adaptação, superação e encorajamento frente às grandes dificuldades que nos circundam.

Todo conhecimento deve ser eternamente constante no sentido de englobar novos paradigmas, diante das mutações sociais, econômicas e políticas, o que evidentemente se ajusta nesse momento, não pela novidade do tema, mas diante de sua recente posituação e de inúmeras interpretações jurídicas diferenciadas.

Para entendermos os anseios sociais a respeito da unipessoalidade societária é muito importante observarmos os problemas advindos no momento da aplicação do texto legislativo e buscarmos, nas próprias aspirações sociais, que fatalmente externam os valores que as norteiam, soluções as quais nos propusemos.

Não é suficiente nos apoiarmos exclusivamente no texto legal, se faz importante a busca dos valores. Porém, como o Brasil tem a tradição, segundo Fábio Ulhoa Coelho ¹⁴, de considerar jurídico apenas o que é positivo, certamente a aprovação de um texto de lei principiológico despertaria os operadores do Direito, para o seu verdadeiro mister, que é o de buscar soluções para os conflitos sociais, que não dizer evitá-los e prevê-los.

Quando tivermos um novo Código Comercial, com acento principiológico, o “recoser” dos valores prestigiados pelo direito comercial será extraordinariamente facilitado. Acostumados como estamos, no Brasil, a considerar *jurídico* apenas o que é *positivo* (o que está na Constituição, lei decreto etc.), um Código Comercial enunciador dos princípios da disciplina, certamente, despertaria os profissionais da área para o seu estudo e conhecimento. ¹⁵

¹³ Id.Ibid., p.41.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial: o novo direito comercial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial: o novo direito comercial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.22.

Por esta razão, a busca pelos princípios que norteiam a coletividade é de suma importância para o fortalecimento do Direito como ciência, ou melhor, como tecnologia.

2.4 Das diferenças entre princípios e regras

Para Dworkin as diferenças substanciais entre uma regra e um princípio são que as regras representam espécies de *all-or-nothing* (tudo ou nada), significando que ou as regras são válidas ou inválidas, quando confrontadas umas com as outras. Os princípios, por sua vez, têm *dimension of weight* (dimensão de peso), ainda que um princípio possa se sobrelevar a outro, a validade de ambos estará devidamente garantida¹⁶

Por outro lado, a teoria de Robert Alexy¹⁷ é apenas uma versão mais aprofundada da apresentada acima, segundo a qual não ocorre a prevalência de um princípio em relação ao outro, na hipótese de conflito entre eles, mas sim na ponderação entre ambos que determinará a prevalência em última instância.¹⁸ Alexy compreende que há a prevalência de princípios uns frente aos outros, tal como concebido por Dworkin¹⁹, porém existe uma ponderação na aplicação dos mesmos, nas diferentes situações sociais em que se apresentam. Isso significa que alguns princípios são aplicados preliminarmente, haja vista os valores que determinada sociedade tem como norteadores daquele momento histórico.

Essa concepção de que as regras são válidas ou inválidas sem qualquer tipo de gradação juridicamente possível, diferentemente do que é permitido ocorrer com os princípios, não é completamente verdadeira pois, em que pese alguns dispositivos da Lei anterior terem sido implicitamente revogados, Leis especiais, o

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Talking Rights Seriously**, 6ª tir, *apud* ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.26.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Juristische Begründung*. In: BEHREND, Okko *et alli* (orgs.) **Rechtsdogmatik und praktische Vernunft**; Göttingen. Vandenhoeck u. Ruprecht, 1989.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Juristische Begründung*. In: BEHREND, Okko *et alli* (orgs.) **Rechtsdogmatik und praktische Vernunft**; Göttingen. Vandenhoeck u. Ruprecht, 1989.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *The modelo frules*. **University of Chicago Law Review**. *apud* ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.35 e ss.

Código Civil de 2002 e algumas disposições da Constituição Federal de 1988 coexistem, tratando muitas vezes do mesmo assunto.²⁰

Exemplo de Direito Comercial está na conjunção da Lei nº 11105/05²¹ com o Decreto-Lei nº 7661/45²². Expressamente o art. 192²³ do primeiro diploma legal estabelece que os processos iniciados sob a égide do Decreto-Lei anterior, por ele se regulam, salvo algumas exceções possíveis durante o desdobramento processual. A legislação anterior está revogada, portanto completamente inválida, mas mesmo assim, em determinadas circunstâncias específicas, tem incidência jurídica, o que não invalida a Lei atual em matéria falimentar, já que ela própria faz menção à aplicação da anterior.

Estes exemplos demonstram que embora as teorias apresentadas por Dworkin e Alexy não sejam completamente equivocadas, não estão corretamente coadunadas com a situação real do ordenamento jurídico brasileiro, já que facilmente se depreende que as regras também admitem temperamentos e ainda podem prevalecer umas sobre as outras sem necessariamente se autoaniquilarem. A hipótese utilizada por esses autores para distinguir princípios e regras revela na verdade, uma semelhança entre os mencionados institutos, quando não, uma derivação em relação ao outro.

Humberto Ávila cita quatro critérios para aferir a diferenciação entre princípios e regras: a) hipotético-condicional, b) modo final de aplicação, c) relacionamento normativo, d) fundamento axiológico.²⁴ De forma sintética, compreendemos que, pelo primeiro critério, as regras determinam e os princípios fundamentam. O segundo critério é a teoria do *all- or- nothing* da regras (as regras são válidas ou inválidas) x *dimension of weight* dos princípios. Estes últimos se mantêm mesmo que um se sobressaia ao outro; enquanto a terceira ordem de pensamento estabelece a importância dos critérios resolutórios das antinomias no

²⁰ Direito convивencial. **Curso de direito civil brasileiro – direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 459-460.

²¹ Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

²² Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências, Revogado pela Lei nº 11.101, de 2005.

²³ Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do [Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). (BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 10 out. 2012).

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

caso das regras e do sopesamento de peso no âmbito principiológico. Por fim, pelo quarto critério, os princípios são valorativamente fundamentadores, característica não aplicada às regras, uma vez que estas advêm dos próprios princípios.²⁵

Ávila critica estes critérios e entende que o hipotético-condicional é vago, impreciso e não permite conclusões lógicas ao intérprete,²⁶ pois o modo final de aplicação não considera o dinamismo da sociedade verificado na jurisprudência que deveria refletir de maneira mais imediata os dispositivos legais.²⁷

Sobre o critério do relacionamento normativo temos que a ponderação ou o balanceamento, extraídos do sistema de sopesamento de pesos (*weighing and balancing, Abwägung*) não é exclusivo dos princípios, visto que podem perfeitamente encaixar-se também na resolução de conflitos entre regras. Típico exemplo encontra-se no Código de Ética Médica²⁸, que determina ao médico ter o imperativo legal de expor toda verdade sobre a doença ao paciente e por outro lado determina que o profissional deve diligenciar de todas as formas cabíveis para a cura de tal doença. Se a revelação da verdade abalar significativamente o estado emocional do paciente a ponto de influenciar negativamente, retardando uma possível cura, seria ético, omitir parcialmente a verdade?²⁹

Analisando os aspectos da ponderação e do balanceamento por outro ângulo podemos chegar a assertivas que nem mesmo os conflitos entre os princípios se resolvem unicamente por esse critério que sopesa os seus diferentes graus, quando postos em colisão uns com os outros. Outro aspecto são as ponderações entre o princípio da ampla defesa e do contraditório e o princípio da celeridade processual.³⁰

Esse sopesamento é possível entre princípios horizontais ou paralelos uns aos outros, mas pode ser bastante questionável na aferição concreta se traduzirem funções diferentes, o que denota complementaridade e não necessariamente conflito. Assim, os princípios de âmbito e modo estatais (como o federativo, o republicano e o democrático) não são horizontais com os de conteúdo e fins do desiderato estatal (princípio à liberdade), mas se complementam e caso

²⁵ Id., Ibid., p.39.

²⁶ Id., Ibid., p 40-41.

²⁷ Id., Ibid., p. 44-45.

²⁸ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.246/88, DE 08.01.88, D.O.U 26.01.88.

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52-53.

³⁰ Id.Ibid., p. 123-124.

conflitem entre si, nem sempre o sopesamento exercerá papel eficaz para a resolução.³¹

Sérgio Sérulo da Cunha entende que conflitos principiológicos somente ocorrem com princípios da mesma categoria. Assim, não haveria qualquer entrave entre um princípio constitucional e um infraconstitucional, por exemplo, e sim meras interpretações em sentidos opostos.³²

Esse autor não admite sequer a existência de conflito entre categorias diferentes de princípios, enquanto Ávila não exclui essa possibilidade, embora ressalve que se ocorrer o sopesamento da ponderação e do balanceamento não será eficaz resolvê-lo.

Esses “tradicionais princípios”, de acordo com Ávila, seriam cientificamente postulados normativos ou “normas de 2.º grau” em oposição às regras e aos princípios de “1.º grau”.³³

Da mesma maneira que estabelecemos as diferenças entre princípios e regras, distinguimos estas últimas dos postulados normativos, o que é feito esquematicamente de acordo com os seguintes critérios de aferição: a) regras e princípios são objetos de aplicabilidade, enquanto os postulados normativos orientam tal aplicação,³⁴ b) A finalidade das regras e dos princípios é dirigida ao poder público e/ou o contribuinte, enquanto, os postulados normativos são dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito.³⁵

Para Ávila, que aborda com bastante desenvoltura a teoria, não seria possível haver conflitos entre os postulados normativos e as normas de 1º grau.³⁶

O postulado normativo da proporcionalidade, por exemplo, pode colidir em algum caso concreto com o postulado da segurança jurídica, pois de um lado, este último preserva o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5.º, inc. XXXVI da Constituição Federal de 1988), bem como, no art. 6.º e seus parágrafos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e de outro, a Proporcionalidade indica que é imprescindível para efetivar a justiça a relativização da coisa julgada. Um exemplo são os típicos casos de investigação de paternidade

³¹ Id. Ibid., p.124-125.

³² CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 279.

³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 133.

³⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.134.

³⁵ Id., Ibid., p.134.

³⁶ Id.,Ibid., p. 134.

ajuizados antes de existir o exame de DNA e que foram reabertos, tendo em vista a precariedade dos meios probatórios.³³⁷

Assim, o princípio da segurança jurídica pode confrontar com o da proporcionalidade e por consequência, com o direito a alimentos, filiação, sucessório e com outro princípio: o da verdade real, que envolve investigação da real situação do que foi reproduzido no mundo fático.³⁸

Especificamente neste estudo justificamos o princípio da autonomia patrimonial frente ao da preservação da empresa, quando este é utilizado como escudo para situações que envolvem confusão patrimonial.

Partimos da hipótese de que é possível um postulado normativo entrar em conflito com um outro de igual natureza. Assim, é possível que um deles entre em confronto com um princípio. Citamos como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana que poderá colidir com o postulado normativo da segurança jurídica. Isto porque, eventualmente, as disposições de um direito consolidado durante um estado de exceção podem não se coadunar com os parâmetros atuais de uma vida digna.

Em relação ao critério do fundamento axiológico, existe uma crítica severa à maximização dos princípios em detrimento das regras, como se elas nada representassem para o Direito e para a sociedade.³⁹

De fato, ao analisarmos as diferenças entre os institutos, observamos uma nítida tendência a entender os princípios como mais importantes que as regras. Não significa que essa assertiva seja completamente equivocada, mas não podemos desconsiderar a eficácia das regras e sua contribuição à sociedade em muitas situações concretas, já que elas próprias advêm dos princípios estabelecidos no momento de sua edição. Assim deve existir entre eles uma sintonia em adequação ao tempo e à evolução histórica. Por essa razão, importante adotarmos regras alicerçadas em princípios. Nesse sentido assinala Fábio Ulhoa Coelho:

³⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Procedimento ordinário (fase decisória). **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.31-32.

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**: princípios gerais do direito processual. São Paulo: Malheiros, 2008, p.70-73.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24-25.

Na verdade, o Brasil precisa modernizar sua legislação empresarial, para tornar-se mais competitivo na disputa pelos investimentos, diariamente travada na economia globalizada.

Normas claras e adequadas, estabelecidas na justa medida da distribuição da proteção dos interesses, têm maior chance de granjearem o respeito dos agentes econômicos e de serem aplicadas pelo Poder Judiciário. Permitem, por isso, ao empresário o cálculo mais aprimorado de seus custos e, conseqüentemente, a prática de preço mais competitivo. Ganhamos todos com o conseqüente barateamento dos produtos e serviços oferecidos no mercado nacional.⁴⁰

Ana Paula de Barcellos propõe uma sistematização para guiar o intérprete na aferição das diferenças entre as duas temáticas, conforme explicamos abaixo:

- a) Diferença de conteúdo: As regras possuem um conteúdo muito mais amplo e diversificado do que os princípios, que se pautam principalmente no ideário de “justiça”, “direito” e até de “moralidade”.⁴¹
- b) Diferença na origem: os princípios não advêm das regras, mas as regras surgem em decorrência dos princípios pré-existentes⁴². Essa concepção é evidentemente fruto do pensamento platônico-aristotélico e kantiano.
- c) Diferença no compromisso histórico: os princípios têm de forma mais acentuada uma certa universalidade e permanência espaço-temporal, enquanto as regras são mais facilmente caracterizadas pela transitoriedade e especialidade do local no qual surgiram.⁴³
- d) Diferença na funcionalidade exercida: os princípios explicam e estruturam as regras. Além de possuírem a função primordial expressa em seu conteúdo, justificam as regras existentes.⁴⁴
- e) Diferença na estrutura linguística: os princípios são amplos, genéricos e abstratos, enquanto as regras, em sentido oposto, tendem a ser restritas, determinadas e concretas.⁴⁵
- f) Diferença na interpretação: compreender um princípio normalmente é mais árduo do que compreender uma regra. No primeiro caso existem várias considerações a serem sopesadas; numa regra o assunto é mais específico e delimitável.⁴⁶

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **O Futuro do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.14.

⁴¹ BARCELLOS DE, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**: a norma jurídica e a constituição. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 53.

⁴² Id.,Ibid., p. 54.

⁴³ Id.,Ibid., p. 54.

⁴⁴ Id.,Ibid., p. 54.

⁴⁵ Id.,Ibid., p. 55.

g) Diferença na aplicabilidade: ⁴⁷ a autora se coaduna com o pensamento de Dworkin e Alexy no tocante ao “tudo ou nada” das regras e à “flexibilização de pesos” dos princípios, pensamento este, por sua vez, criticado por Ávila.

De qualquer forma, essa construção teórica para distinguir regras dos princípios nem sempre existiu, já que a importância atribuída aos últimos nem sempre ocorreu e muitas vezes, ainda que verificada, não o foi na intensidade atual.

De acordo com Paulo Bonavides é possível distinguir três grandes fases no tocante à importância conferida aos princípios: a) jusnaturalista; b) positivista; c) pós-positivista: ⁴⁸

No âmbito do Direito, a concepção dos princípios passou por uma evolução de visões chamadas fases. ⁴⁹ Na primeira (jusnaturalista), os princípios não eram concebidos como normas, mas como verdades universais determinadas pela razão. As soluções seriam advindas de um ideal de justiça. Os princípios começam então a ter função integradora, a suprir lacunas ao lado da lei.

Já na fase pós-positivista, deixam de ser vistos apenas com função subsidiária, ao lado da lei, e passam a ser interpretados como uma espécie de norma, junto às regras.

O Brasil adotou uma visão positivista quando da expedição do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, no qual fica expressa a aplicação subsidiária dos princípios, embora o preceito não retrate a visão moderna sobre os princípios. Entretanto, observamos que a Constituição Federal de 1988 é um comando principiológico e concebe o aspecto normativo dos princípios. Atualmente os princípios podem solucionar uma lide, não somente quando atuam em lacunas da lei, mas quando são utilizados como fundamentação ou aplicação. Dessa forma, tornam defasado o dispositivo que preceitua serem os princípios aplicáveis apenas em casos de omissão.

Assim, as diferentes vertentes concluem que ambos integram o sistema jurídico e se completam. O Princípio da Autonomia Patrimonial encontra amparo nas regras de direito societário, segundo as quais o empresariado, para gerenciar seus riscos, busca segurança jurídica e quando não a encontra, desloca

⁴⁶ Id.,Ibid., p -56.

⁴⁷ Id.,Ibid., p. 56.

⁴⁸ Id.,Ibid., p. 71.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 232-238.

esses riscos para a coletividade. Por esta razão, é o momento de fortalecermos este princípio em benefício da sociedade, a fim de que esta não sofra as conseqüências de uma postura equivocada e de sacrifício, tanto de pessoa como de patrimônio, desvirtuando-se a sua utilização.

2.5 Normatização dos princípios

A teoria adotada pelo intérprete indica diferenças entre os postulados normativos e os princípios. Reforça ainda que os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, cientificamente podem ser definidos como “postulados normativos”. Optamos neste estudo pela nomenclatura “princípios”, pois o cerne do problema não reside apenas na sua nomenclatura, mas no seu entendimento. Salienciamos que a fase positivista inseriu os princípios em dispositivos legais, quer nas Constituições, nas leis especiais ou nos códigos, portanto, nos cabe definir o que foi exatamente o positivismo e os problemas que dele decorreram. Sobre o tema, analisa Paulo Bonavides:

Por ora, o importante é deixar registrado que, a rigor, afirmar que princípio constitucional é uma disposição jurídica imperativa significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente, como se passa com os demais comandos jurídicos.

[...]

Segundo o autor, a normatividade dos princípios percorreu três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, os princípios estavam fora do direito, em um campo metafísico, associados à dimensão ético-valorativa inspiradora do direito. Na fase positivista, os princípios ingressam nos códigos e leis como fonte normativa subsidiária com a função de garantir a inteireza e coesão do sistema. Por fim, a fase pós-positivista atual, na qual os princípios constitucionais têm um papel fundamental, consagra os princípios não apenas como direito, mas como “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁵⁰

Ademais, historicamente, os Estados simplesmente positivistas desembocaram em trágicas experiências sociais, como o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália e o comunismo na extinta União das Repúblicas Socialistas

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Soviéticas (U.R.S.S.).⁵¹ Juridicamente havia todo um regramento, inclusive formalmente correto, mas sem qualquer preocupação axiológica com os direitos humanos. O conteúdo das legislações, nesse contexto, foi catastrófico e redundou em gravíssimas violações aos direitos mais proeminentes dos seres humanos.⁵²

Apesar da constatação histórica, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, o positivismo manteve sua força teórica e o que verificamos nas últimas décadas é um movimento que entende ser a Lei mais um aspecto do Direito e não o único, ainda que persista a inserção nas legislações, como se fosse uma garantia formal e técnica. Nesse diapasão, constatamos para exemplificar que, normatizados na esfera pátria, temos:

Na Constituição Federal de 1988:

- a) Princípio da dignidade da pessoa humana: (art. 1.º, inc. III);
- b) Princípio da prevalência dos direitos humanos: (art. 4.º, inc. II);
- c) Princípio da segurança jurídica (art. 5.º, inc. XXXVI);
- d) Princípio do devido processo legal: (art. 5.º, inc. LIV)

No Direito Administrativo:

e) Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Art. 37 da Constituição Federal de 1988)

Contratualmente (Direito Civil):

f) Princípio da boa-fé objetiva: art. 422 do Código Civil de 2002.

Direito Cambiário (Ramo do Direito Empresarial/Comercial):

g) Princípio da literalidade, cartularidade e autonomia dos títulos de crédito: (art. 887 do Código Civil de 2002);

h) Princípio da inoponibilidade das exceções pessoais: O princípio da autonomia das obrigações cambiais desdobra-se em dois: o da abstração e o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.⁵³ Mesmo sem mencionar essa nomenclatura, não é outro o conteúdo do art. 7.º do Anexo II do Decreto (Dec.) nº 57.663/1.966 (Lei Uniforme da Letra de Câmbio e da Nota Promissória) e do art. 13, parágrafo único da Lei do Cheque (Lei nº 7.357/1.985).

Direito Falimentar:

⁵¹ Id., Ibid., p. 84-85.

⁵² Id., Ibid., p. 85.

⁵³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: O Direito comercial e a disciplina da atividade econômica.** v.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p.442.

i) Princípio da preservação da empresa (Lei nº 11.101/05, art. 47)

E especialmente, no Direito Societário, no qual se estrutura a nossa pesquisa:

k) Princípio da autonomia patrimonial;

l) Princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais (art. 1.024, do Código Civil) e

m) Princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais (art. 1.052, do Código Civil).

Esse rol bastante extenso é meramente exemplificativo. A despeito da intensa positivação no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios representam a sociedade como um todo, e também oferecem uma importante direção no momento de elaborar e aplicar a norma jurídica para buscar a integração plena dos valores sociais nos conflitos apresentados para solução.

Daí a iniciativa da elaboração de um Código Comercial, o Projeto de Lei nº 1.572/2011⁵⁴, de autoria do deputado Vicente Candido (PT), que tem como presidente da Comissão Especial de Juristas e autor intelectual do projeto, Fábio Ulhoa Coelho.

2.6 A tarefa dos princípios no direito brasileiro

A fase pós-positivista concebe os princípios de forma bastante acentuada, imprimindo-lhes o caráter de verdadeiros estruturadores do ordenamento jurídico. Esta é uma das principais críticas de Ávila, ou seja, justamente essa macroimportância conferida aos princípios em detrimento das regras.

Nesse ínterim, cabe demonstrarmos a função exercida exatamente pelos princípios no Direito interno. Observamos inicialmente a seguinte situação, tomando como premissa o art. 4.º da Lei de Introdução ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”⁵⁵

⁵⁴ O Princípio da Autonomia Patrimonial encontra-se no Projeto, alicerçado no artigo 113, inciso II.

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2012. (grifos nossos).

Isso se explica doutrinariamente na seguinte sequência, de acordo com Paulo Nader:

primeiramente cabe ao aplicador da Lei verificar a subsunção do fato a alguma regra do ordenamento jurídico e sendo esta inexistente, então, em segundo lugar, deve-se proceder ao exame da analogia, buscando encontrar alguma regra semelhante ao caso em concreto. Inexistindo a tentativa, busca-se localizar um costume jurídico que possa ser aplicado à situação em análise e por fim, ou seja, subsidiariamente, se não existirem nem mesmo costumes jurídicos, então a busca encerra-se nos Princípios Gerais do Direito.⁵⁶

Esse fenômeno é denominado por Maria Helena Diniz como “integração normativa” já que é necessário preencher as lacunas legais e suprimi-las mediante a intersecção de outros institutos ao caso verídico entregue ao Poder Judiciário. Estes institutos nada mais seriam do que a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.⁵⁷

O que nos interessa nesse momento é confrontarmos: de um lado está a supervalorização dos princípios do ponto de vista teórico-científico e jurisprudencial, e de outro, o uso dos mesmos princípios apenas na última valoração da escala normativa, ou seja, apesar de Humberto Ávila⁵⁸ entender que há um “descrédito” em relação às regras, elas são usadas inicialmente e apenas em caráter subsidiário recorre-se aos princípios. As regras estão alicerçadas nos princípios e posteriormente estes voltarão a ser invocados, quando da aplicação daquelas. Essa constatação parece ser um contrassenso, já que é paradoxal construir uma dogmática na qual os princípios estruturam o mundo jurídico e ao mesmo tempo, apenas poderiam incidir se as regras, em tese, deles derivadas não existissem.

Nem sempre, contudo, houve tamanha incongruência entre socorrer-se fortemente dos princípios doutrinariamente e inferiorizá-los legalmente: a Lei da Boa Razão (1769) estabelecia a utilização primordial e preliminar dos princípios e dos princípios gerais do direito, conforme verificamos:⁵⁹

⁵⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**: a dimensão sociológica do direito. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.199.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil – teoria geral do direito civil**: direito civil. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 26.

⁵⁹ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.66.

As verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis que a ética dos romanos havia estabelecido e que os direitos divinos e humanos formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o Cristianismo... de unânime consentimento, estabeleceu o direito das gentes para direção e governo de todas as nações civilizadas.⁶⁰

Interessante e irônico anotarmos que no século XVIII, ao menos em tese, a incidência dos princípios era mais direta e principal e não indireta e subsidiária demonstrando a preocupação incessante com os valores de cada realidade histórico-social. A tarefa dos princípios é externar a própria sociedade, como se comporta e como quer ser dirigida. Por meio dos princípios, os valores sociais, econômicos e políticos se manifestam e norteiam a sobrevivência da própria sociedade.

Tanto é assim que ninguém hesitaria em concluir que uma regra não *principiológica* abrigada na Constituição prevalece sobre qualquer *princípio* editado em lei ordinária; ou que o *princípio* constitucional prepondera sobre o *princípio* enunciado na lei. Em suma, os princípios não são, por si sós, normas jurídicas prevalecentes sobre as demais regras de conduta. Auxiliam a interpretação destas e suprem lacunas, mas não as substituem, nem podem, por si, afastar sua aplicação, porque um deriva do outro.⁶¹

2.7 A integração do princípio da autonomia patrimonial frente às regras de Direito Empresarial

A importância entre regras e princípios está na forma (científica e dentro de uma perspectiva socioeconômica) de integrá-los tanto quanto possível, em especial quanto ao princípio da autonomia patrimonial. Quanto a este, importante é sua interpretação e aplicação frente a outros princípios e regras de outros ramos do Direito que se entrelaçam, o que demonstra o verdadeiro valor advindo das relações socioeconômicas.

Já no movimento pós-positivista, assumem um lugar de destaque considerável, o papel de estruturadores do ordenamento jurídico.⁶²

⁶⁰ Idem, princípios gerais do direito, p. 66

⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial: o novo direito comercial brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012, p.14.

⁶² Id.Ibid., p.71.

Carlos Maximiliano revela que as normas de direito comercial têm um caráter dispositivo ou enunciativo e divergem daquelas que possuem caráter imperativo, pois se aplicam somente na ausência de acordo entre as partes, e podem ser por estas revogadas ou modificadas. Entretanto, afirma que tal regra não é absoluta, pois “se não alteram na prática, ao arbítrio dos interessados, nem interpretam extensivamente, as leis de ordem pública em sendo imperativas; ou proibitivas”.⁶³

Salientamos que isto não significa que os valores não sejam intrínsecos ao direito, pois, conforme assinala Miguel Reale: “Direito é uma integração de fatos segundo valores”⁶⁴. Essa afirmação procede, uma vez que o direito busca regular as relações sociais. Assim, embora os valores não tenham força normativa, influenciam na interpretação e na aplicação das normas, pois se relacionam.

Compreender os princípios e regras como espécies de normas, enseja a necessidade de sua diferenciação, tanto para a sua identificação no ordenamento quanto para a busca de solução para possíveis colisões entre eles.⁶⁵

Necessário, portanto, avaliarmos a peculiar situação dos princípios no Direito Empresarial. Na visão de Fábio Ulhoa Coelho, esse ramo do Direito não é muito normatizado no que tange às regras, o que aumenta a sua necessidade de se apoiar fundamentalmente nos princípios e contrário a qualquer lógica. É o campo do Direito no qual os princípios são menos estudados, debatidos e por consequência, deixam de ser aplicados na realidade social em que incidem.⁶⁶ A iniciativa para aprovar um Código Comercial principiológico, no qual toda essa problemática ficará consagrada em texto legal, tem como objetivo retirar dos céticos a possibilidade de fugirem de situações e reclamarem apenas por clareza do texto legal. Isto é, evidentemente impossível para uma ciência como o Direito e, em especial, aos ramos que estão em constante evolução afastar-se dos princípios.⁶⁷

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.319.

⁶⁴ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.119.

⁶⁵ SOUSA, Marcos Andrey de. **A construção da cota de sociedade empresária limitada**. São Paulo: PUC-SP, 2009, p.52.

⁶⁶ Id.Ibid., p. 14-16.

⁶⁷ SOUSA, Marcos Andrey de. **A construção da cota de sociedade empresária limitada**. São Paulo: PUC-SP, 2009, p. 22.

A explicação de Fábio Ulhoa Coelho refere-se ao fato de que há desgaste dos tradicionais princípios que regem esse ramo do Direito, sem que tenha havido uma reformulação jurídico-social do seu conteúdo⁶⁸.

Como o Direito Comercial envolve-se diretamente mais do que qualquer outro ramo jurídico com a Economia é, portanto, razoável concluirmos que representa a área do Direito mais sujeita a constantes reformulações e mudanças. Ela deve estar preparada para acompanhar satisfatoriamente as vertiginosas transformações operadas na Economia e no mundo dos negócios. Isso porque as mudanças são tão agressivas e rápidas que regras apenas não são suficientes, haja vista o trâmite e os prazos exigidos ao processo legislativo. Em razão do Brasil ter esta postura de apego exagerado ao texto normativo, a construção de um Código Comercial baseado em princípios facilita a tarefa do julgador, incentiva e provoca o interesse dos estudiosos.⁶⁹

O fato de ser o ramo jurídico mais sensível às mudanças econômicas da sociedade não significa que a mutabilidade seja tamanha que inviabilize estabelecer princípios que regerão esse âmbito jurídico específico. Em outras palavras, é justamente a falta de princípios próprios e debatidos que dá margem à insegurança jurídica, uma das determinantes por afastar o pequeno investidor, principalmente o da esfera internacional.⁷⁰

Para Fábio Ulhoa Coelho, não podemos permanecer com um Código Comercial de 1850, ou seja, uma fundamentação principiológica que remonta ao Brasil monárquico, agrário, dominado por uma classe de cafeicultores e que ainda se sustentava sob a exploração da escravidão. A realidade é bastante diferente e coloca a atividade empresarial na qualidade de mola propulsora ao desenvolvimento da sociedade, baseada atualmente na função social da propriedade. Quando editado o Código Civil de 2002 muito foi discutido a respeito da unificação que esse diploma imprimiu forçosamente entre o Direito Civil e o Direito Empresarial, o que acentuou sobremaneira a falta de efetividade de princípios próprios, singulares e específicos

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial: o novo direito comercial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 19.

⁶⁹ Id., Ibid., p. 22-23.

⁷⁰ Id., Ibid., p. 18.

do Direito Empresarial⁷¹. Embora tenha ocorrido a unificação do Direito Privado, consideraremos o pensamento de Fran Martins⁷² a respeito.

O autor indica cinco características do Direito Comercial que o diferencia do Direito Civil. A primeira é a *simplicidade*, vez que, diferente do Direito Civil, formalista e complexo, o Direito Empresarial busca solução jurídica de forma mais simplificada. O Direito Civil é nacional, enquanto o Comercial possui a característica da *internacionalidade*, vez que muitos dos diplomas legislativos brasileiros são produtos de Convenções Internacionais. Trata-se também de disciplina dinâmica, que busca a *rápida* aplicação de suas normas, como na questão da virtualidade dos títulos de crédito, que já vem sendo aplicada na jurisprudência, embora não exista nenhum texto de lei a respeito. A *elasticidade* também caracteriza o Direito Comercial, pois tem grande capacidade de renovação, tornando-o, de certa forma, ilimitado. Por fim, a *onerosidade* baseia-se no fato de a atividade comercial possuir como objetivo essencial o lucro.

Portanto, em que pese existir ou não essa dicotomia, as normas de Direito Comercial conservam características peculiares, que justificam a edição de um Código específico dedicado a elas. Acaso permaneça da forma como está, o que a meu ver é um retrocesso, ainda assim o Direito Comercial conserva a sua autonomia.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, I, separou nitidamente o Direito Civil e o Direito Comercial, elencando os dois ramos como privativos da União: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”⁷³

Entendemos ser urgente a elaboração de um Código Comercial novo, uma codificação atualizada e que se coadune com as necessidades e aspirações contemporâneas. Não podemos duvidar dessas necessidades, pois para Fábio Ulhoa Coelho o futuro do Direito Empresarial reside na reciclagem dos seus princípios e da real aplicabilidade destes, o que irá garantir investimentos.⁷⁴

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. O desafio do direito comercial brasileiro, . São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

⁷² MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37-38.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2012.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **O Futuro do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.8.

Aqueles que defendem a teoria de descodificação se fundamentam nas lições de Natalino Irti, citado por Fábio Ulhoa Coelho. Segundo ele, essa descodificação está apoiada na realidade jurídica italiana e não pode ser simplesmente transferida ou copiada para o Brasil. Isto porque com essa fragmentação advinda dos microssistemas ficam mais porosos e dispersos os já fragilizados princípios de Direito Empresarial.⁷⁵ Importante é buscarmos uma codificação adaptada à realidade brasileira e especialmente a essa massa de pequenos investidores, que em sua maioria são brasileiros com sonhos de se tornarem donos de seu próprio negócio. Quando abordamos questões de Direito Empresarial sempre temos em mente vultosos investimentos, quando na verdade a pretensão e a necessidade legislativa brasileira são bem diferentes e devem ser adaptadas para a nossa realidade com enfoque naqueles que ainda estão na informalidade, pelo custo da regularização ou mais especificamente conforme apontamos neste estudo, na falta de segurança em relação ao seu patrimônio pessoal.

Junto a este contexto, na jurisprudência é bastante comum a desvalorização dos princípios do Direito Empresarial em detrimento dos princípios dos outros ramos jurídicos. É um panorama que precisa ser mudado ⁷⁶ não só em razão de ordem jurídica, mas econômica e social, haja vista que o principal elemento nessa conjectura é o empresário, que tem o lucro como meta diante de qualquer dificuldade e lida com os riscos que a atividade reclama. Se esse for mais um deles, evidentemente, estará inserido no custo que, por sua vez, será repassado à sociedade. E quando não conseguir fazê-lo, a alternativa será desistir, provocando quebra e retração do mercado quando o foco deve ser a valorização.

Assim, é simples observarmos que de nada adianta permanecermos nessa postura ingênua, acreditando que o Direito, ao deixar de lado determinadas situações e, em especial, as de Direito Empresarial, o seu destinatário principal, no caso, o empresário, ficará inerte, esperando a solução dos problemas que lhe são apresentados. Não faz parte de sua natureza e nem do próprio negócio em si, pois o

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial: o novo direito comercial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **O Futuro do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.7.

empresário vive do risco. Assim o Direito, como Tecnologia⁷⁷, terá deixado escapar o seu principal objetivo que é a pacificação social. A atividade empresarial gera fortíssimos impactos sociais e não é possível ignorarmos as mudanças do mercado, que exigem posturas drásticas do legislador para atingirmos o objetivo maior do Direito, que é o de pacificação social.

Como tecnologia, o Direito é uma forma de inovar as relações concretas numa sociedade bastante conturbada e ávida por mecanismos que facilitem sua existência e proporcionem melhores condições para desenvolver a sua economia. Esta, por sua vez, é cada vez mais liberalista e menos intervencionista e necessita, portanto, de um Direito Comercial fortalecido e bem fundamentado em normas, princípios e sustentado por seus postulados.

Mais do que teorias, jargões ou doutrinas escritas, o Direito vem penetrando de forma viva nas relações sociais e concretas; por meio dos seus princípios e atuações determina efetivamente o comportamento das multidões e das atividades empresariais e afins.

Uma possibilidade de imprimirmos um influxo de mudanças é integrarmos seus princípios e regras (notadamente o princípio da autonomia patrimonial) à sistemática de outras esferas jurídicas.

Esta luta pela integração entre princípios e regras está atualmente demonstrada no Projeto do Código Comercial⁷⁸ que disciplina no direito privado, a organização e a exploração da empresa, além de integrar o princípio da autonomia patrimonial e demais atinentes ao Direito Empresarial (artigo 113, inciso II).

2.7.1 Integração do princípio da autonomia patrimonial com o princípio da dignidade da pessoa humana

A abordagem sobre a dignidade da pessoa humana encontra fundamentação no pensamento filosófico de Immanuel Kant, afinal, foi com este filósofo que a ideia de que o ser humano não pode ser considerado “coisa” se consolidou.

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: O Direito comercial e a disciplina da atividade econômica**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁸ Projeto de Lei nº 1572 de 2011 – Institui o Código Comercial. Proposto pelo Deputado Vicente Cândido – PT. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/>, Acesso 13/06/2013.

Para Kant é inadmissível enxergar o ser humano apenas como um “meio” para a consecução dos objetivos de outro ser humano. Ao contrário, ele só pode ser entendido como um fim em si mesmo, até para si próprio. Isto significa que nem mesmo um homem poderia dele se utilizar como um “meio” para outros caminhos.

Outra ideia que depreendemos é a existência de um grande paradoxo entre o que a doutrina produz a respeito do assunto e o que ocorre de fato no plano concreto em relação à dignidade da pessoa humana.

O século XX, por exemplo, foi palco sistemático das mais variadas violações à dignidade. O massacre dos armênios em 1915, o genocídio promovido pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, o sofrimento do povo vietnamita, as ditaduras latino-americanas, as guerras tribais africanas, os graves incidentes da questão palestino-judaica, o morticínio na Bósnia-Hezergovina, entre inúmeros outros exemplos, demonstram que fundamentar um assunto não é salvo-conduto para a sua efetividade.

Os exemplos demonstram que concretamente a situação não mudou, pois do início ao final do século XX, as atrocidades se perpetuaram, a despeito de todo o avanço científico e tecnológico do mesmo período.

O que ainda é bastante difícil de conceituarmos é a definição de dignidade da pessoa humana. Os temas relacionados são vários, mas seu exato significado continua desafiando os estudiosos da área. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷⁹

No art.1º da Constituição Federal de 1988 está estampado o princípio da dignidade da pessoa humana o que demonstra , ainda que teoricamente, uma

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.60.

preocupação bastante proeminente por parte do constituinte em imprimir um significado especial aos princípios jurídicos, e a este princípio em especial como uma forma de sustentáculo para toda a construção jurídica posterior, já que ele fundamenta da atual República brasileira.

O princípio não está apenas elencado em um dispositivo, mas permeia todo o arcabouço legal e não pode ser entendido separadamente do contexto social e jurídico ao qual está inserido.

Além da Constituição brasileira, outras constituições podem ser citadas como diplomas que expressamente elencaram em suas dicções a dignidade da pessoa humana. Entre elas estão a alemã (Art. 1.º, inc. I), a espanhola (preâmbulo e Art. 10.1), a grega (Art. 2.º, inc. I), a portuguesa (Art. 1.º) e as constituições paraguaia, irlandesa e cubana (preâmbulos).⁸⁰

Ainda que indiretamente e utilizando outra terminologia, as constituições italiana e a belga fazem menção à importância de se conferir à dignidade humana um *status* jurídico. A Constituição do Peru não a define como um princípio, mas a reconhece (Art. 4.º), assim como a da Bolívia (art. 6.º, inc. II). Mais adiante geograficamente, a Constituição russa também lhe confere macroimportância⁸¹.

Entretanto, em que se pese o significado jurídico de estar inserido o conceito ou a norma (a depender de como prefira denominar a dignidade da pessoa humana) nas constituições da maior parte dos países do mundo, isto não basta para assegurar aos seus cidadãos uma concreta vida digna. Basta verificarmos a seca nordestina no Brasil, alimentada constantemente por uma indústria que a fortalece.

Todavia, esta triste constatação não pode impedir o intérprete de estudar a natureza jurídica deste princípio. Por isto, sem a ingenuidade de acreditar que a mera inserção no art. 1º da Constituição Federal de 1988 já soluciona a questão da dignidade, passaremos a estudá-la do ponto de vista estritamente técnico.

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁸², uma das primeiras celeumas é diferenciá-la dos direitos fundamentais. Nos parece claro que os pontos de contato entre um

⁸⁰ Id. IBID., p. 60.

⁸¹ Id., Ibid, p.60.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.61.

princípio fundamental e um direito fundamental são bastante acentuados, mas um não pode ser confundido com o outro. Os princípios fundamentam os direitos, e estes fortalecem os princípios.

Nosso pensamento se fundamenta na premissa de que regras são diferentes de princípios, conforme a dicotomia proposta por Robert Alexy⁸³. Entretanto, ainda que separemos normas, princípios e valores, a questão é verificarmos em qual classificação está inserida a dignidade humana.

Se considerada a concepção de Sarlet sobre a distinção incisiva entre princípios e regras, a dignidade seria um princípio, mas ao mesmo tempo não deixaria de ser regra, já que está positivamente em vigência.

Isto é bastante problemático porque em quaisquer conceitos técnicos, a dignidade humana se encaixaria, o que permite amplos estudos mas também implica certo “limbo teórico” e gera insegurança sobre o assunto e a maneira de abordá-lo ou classificá-lo.⁸⁴

A dignidade humana como um princípio significa, em última instância, compreender os direitos humanos e fundamentais, tanto na sua fundamentação teórica, quanto na sua aplicabilidade efetiva.⁸⁵

Historicamente, há quatro grandes marcos significativos para o seu desenvolvimento: o Cristianismo, o Iluminismo, o Kantismo e a Segunda Guerra Mundial,⁸⁶ pois em escalas diferentes, esses “fenômenos” permitiram aprofundar e reformular o que até à época imediatamente anterior existia acerca dos direitos humanos e fundamentais.

De forma classificatória identificamos quatro grandes grupos de direitos:

a) Direitos de 1ª geração, traduzidos pelas abstenções que o Estado deva observar para preservar em última instância a liberdade individual dos cidadãos (liberdade de expressão, econômica, religiosa e os direitos políticos)⁸⁷

⁸³ ALEXY, Robert. *Juristische Begründung*. In: BEHREND, Okko *et alli* (orgs.) **Rechtsdogmatik und praktische Vernunft; Göttingen**. Vandenhoeck u. Ruprecht, 1989.

⁸⁴ SARLET, SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001..

⁸⁵ BARCELLOS DE, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**: a norma jurídica e a constituição. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 132.

⁸⁶ BARCELLOS DE, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**: a norma jurídica e a constituição. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.126.

⁸⁷ Id., *Ibid.*, p. 134.

b) Direitos de 2ª geração, que se referem aos direitos sociais e econômicos, à prestação positiva por parte do Estado para garantir, entre outras coisas, educação, saúde, previdência e trabalho à sociedade ⁸⁸

c) Direitos de 3ª geração ou da solidariedade, que se expressam por meio do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente Equilibrado, de forma a transpassar a ideia do indivíduo. Suas principais características são a difusão, a coletividade ou homogeneidade ainda que de direitos individuais, de acordo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor;

d) Direitos de 4ª geração: classe de direitos ainda não consensualmente aceita por todos os especialistas e voltadas à tecnologia e temas afetos aos transgênicos e à internet, por exemplo.

Para o desenvolvimento e a incidência de todas estas gerações de direitos é fundamental, sua verdadeira pedra angular, qual seja integrar o princípio da autonomia patrimonial ao da dignidade humana. Isto porque, sem ele, é impossível o desenvolvimento econômico, social e cultural que traz em sua aplicabilidade a efetivação destes direitos.

A integração parece se dar da seguinte forma: a limitação e a subsidiariedade da responsabilização dos sócios é fator fundamental para atrair os investimentos econômicos e financeiros do empresariado brasileiro e internacional. Assim, quanto mais segurança jurídica houver no ordenamento de um país, que garanta incisivamente a separação entre os patrimônios da empresa e o patrimônio pessoal dos seus sócios, mais investimentos serão realizados e maior o desenvolvimento socioeconômico do país, pois o que importa é dar tranquilidade ao investidor para gerenciar o binômio custo-benefício. ⁸⁹

Dessa exposição extraímos que não se trata de proteção exclusiva aos empresários mas à sociedade, já que além de lucros e resultados, a empresa exerce uma forte função social, conforme expresso nos princípios constitucionais da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, inc. III ⁱ c/c art. 5.º, inc. XXIII, ⁸⁴ ambos da Constituição Federal de 1988). ⁹⁰

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**: a constituição de Weimar e os direitos sociais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.67-68.

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial**: o novo direito comercial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

⁹⁰ Id., Ibid., p.20-22.

Não havendo proporcionalidade entre o risco da atividade empresarial e os benefícios que poderá proporcionar, a lógica do mercado faz com que haja menos contratações de trabalhadores, menos arrecadação tributária e pior ainda, acaba repassando aos consumidores uma parte significativa desse risco ao aumentar o preço das mercadorias e serviços que circulam no mercado, desestruturando a ordem econômico-financeira e social.⁹¹

A concretização do princípio da dignidade humana não encontra guarida no desemprego, na fome e na miséria. As condições de existência, como a moradia, a educação, a previdência e a saúde estão em consonância com a integração dos princípios. O desenvolvimento ecologicamente equilibrado ocorre a partir do momento em que o empresariado se sente seguro em seus investimentos, devido à aplicabilidade do princípio da autonomia patrimonial. Por fim, temos a dignidade da pessoa humana em consonância com o desenvolvimento tecnológico, que é pautado pela qualidade de vida, o qual garante seguramente os investimentos do empresário.

Tudo parece decorrer de uma necessidade imperativa de garantir o desenvolvimento econômico-social oferecido em quase toda a sua totalidade pela atividade empresarial, já que as estruturas do Estado estão sucateadas e não superam qualquer investimento feito pelo setor privado nas áreas de educação, segurança e saúde. Logo, não atribuir a devida importância ao princípio da autonomia patrimonial significa não efetivar, em maior ou em menor grau, a dignidade humana, sustentáculo imprescindível sobre o qual se fundamenta a maioria dos outros direitos, regras e princípios consagrados pelo mundo.

Isso tudo porque embora o empresário gerencie seus riscos, havendo o desrespeito ao princípio da autonomia patrimonial, o fato acabará desembocando em custos que serão suportados pela sociedade, fazendo disso um círculo vicioso.

⁹¹ Id., Ibid., p.21-22.

2.7.2 Integração do princípio da autonomia patrimonial com o princípio da proteção ao trabalhador e às regras específicas do direito do trabalho

Um dos fundamentais princípios do Direito do Trabalho está no princípio da proteção ao trabalhador, que tem origem na desigualdade de condições econômico-sociais entre este e o empresariado. É o que, de forma geral, gera a presunção de hipossuficiência em relação ao primeiro.⁹² Posição esta, digamos de passagem, dos representantes do Direito do Trabalho, com a qual discordamos porque observamos ultimamente uma crescente conscientização e atualização do trabalhador que em muitas situações, supera até mesmo a da mais sofisticada assessoria jurídica.

Os princípios relacionados ao Direito do Trabalho têm inúmeros desdobramentos, mas é interessante anotarmos que em decorrência da hierarquia das normas, elas acabam sendo flexibilizadas. Isto implica dizer que as regras constitucionais de cunho laboral nem sempre prevalecerão no âmbito fático se outro instrumento como o acordo ou a convenção coletiva dispuserem mais favoravelmente ao trabalhador⁹³. Essa premissa é baseada no fortalecimento dos princípios de ordem social que delinham o Direito do Trabalho e que se apoiam em valores sociais aflorados de maneira avassaladora mas que não se sustentam diante da sua exagerada e desenfreada supremacia.

Tudo isso demonstra o incontestável fortalecimento imposto aos princípios do Direito do Trabalho atualmente, até de forma principal, pela jurisprudência pátria, da Justiça Especializada, desprestigiando outros princípios constitucionais que também representam valores sociais, tudo na ânsia de proteger o hipossuficiente com suposto amparo nos direitos sociais.

Legalmente, em decorrência desse arcabouço principiológico, há três dispositivos bastante significativos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que

⁹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**: teoria geral do direito processual do trabalho. 9. ed. São Paulo: RT, 2011, p.80.

⁹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**: aplicação das normas jurídicas. 35. ed. São Paulo: RT, 2009, p.104.

devem ser interpretados em relação ao princípio da autonomia patrimonial alinhados nos arts. 10º, 448 e 449.⁹⁴

Evidentemente, trata-se de proteção jurídica aos direitos do trabalhador em relação aos riscos advindos da atividade empresarial, que atribui o ônus exclusivamente ao empregador, conforme preceitua claramente o *caput* do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto, a atribuição dos riscos exclusivamente à atividade empresarial traz prejuízos à coletividade visto que ao não suportar o encargo, fatalmente o empresário assumirá dois caminhos: encerrar a atividade – o que comprometerá empregos, a circulação de riquezas e o recolhimento de impostos – ou repassar tudo isso ao preço dos produtos e serviços, conforme assinala Fábio Ulhoa Coelho:

É necessário compatibilizar o princípio da autonomia das sociedades empresárias, de um lado, com o princípio do direito do trabalho que impede a transferência ao empregado dos riscos do negócio, de outro lado. Trata-se de mais um exemplo em que a falta de atualização dos valores do direito comercial tem levado a decisões judiciais catastróficas para as empresas. [...] Pelo proposto, o acionista controlador da sociedade anônima e os sócios com mais de 10% do capital da sociedade limitada poderão ser responsabilizados pelas obrigações trabalhistas da sociedade até o montante dos lucros que tiver recebido da pessoa jurídica, desde o exercício em que teve início o contrato de trabalho.⁹⁵

Contudo, enquanto houver a histórica diferença entre os ramos jurídicos do Trabalho e Empresarial existirão dificuldades nessa integração, justamente pela difícil constatação dos valores sociais que emergem de determinada sociedade. Ultimamente, nas Cortes laborais não se enxerga outra argumentação que não a proteção ampla e irrestrita ao cumprimento de suas decisões, esquecendo-se que assim a real integração fica altamente prejudicada gerando prejuízos a ambas as classes envolvidas, trabalhadores e empresários.

Atualmente, não se pretende apenas proteger o trabalhador – enquanto estiver nesta condição jurídica – mas antecipadamente protegê-lo contra o desemprego ou subempregos, e isso tem que ser observado pelas Cortes Laborais.

⁹⁴ Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **O Futuro do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

Recordemos que à época da Revolução Industrial existiam vagas para todos quantos procurassem empregos. Essa realidade foi mudando em função de desenvolvimento posterior em diferentes segmentos e a partir da exigência de uma qualificação constante aliada à tecnologia da robótica. Assim, antes de pensarmos em proteger o trabalhador, é necessário uma ordem jurídica que permita que existam empregos, que a empresa seja uma atividade viável.

Outro aspecto é o fato do Direito do Trabalho ser classificado simultaneamente aos ramos do Direito Público e Privado, fazendo coexistir princípios próprios da autonomia da vontade entre as partes e ao mesmo tempo, princípios de normas cogentes numa clara intervenção estatal que limita a mencionada autonomia. Embora atualmente a tendência seja a de não mais existir essa dicotomia.⁹⁶

Encontrar o equilíbrio entre princípios de estruturas e fundamentações tão diferentes entre o público e o privado é um dos grandes esforços do intérprete atual que se debruça a estudar o tema⁹⁷.

Muitos são os exemplos que demonstram a antinomia entre o Direito do Trabalho e o Direito Empresarial. Analisaremos apenas quatro deles para demonstrarmos que, em que pesem os conflitos, os mesmos podem ser atenuados e resolvidos. Urgente é pensarmos nas disposições que vigoram no ordenamento jurídico, a fim de coaduná-las com a realidade socioeconômica.

1) Existe um arcabouço jurídico que visa proteger o trabalhador. No entanto, se não houver segurança jurídica que proteja também o empresariado diante do desrespeito ao princípio da autonomia patrimonial, facilmente advirá o desemprego em massa, o que é catastrófico nos diversos níveis sociais e econômicos. Assim o ônus se inverte e é a classe dos trabalhadores quem sofre as consequências por não haver proteção aos empresários, já que é ela que ficará na miserabilidade resultante do desemprego e sem condições mínimas de existência.

O Estado também será onerado porque com mais desempregados, em tese, serão maiores os gastos com a previdência e a assistência sociais.

Assim, longe de contraporem, os princípios da autonomia patrimonial e o da proteção ao trabalhador se complementarão, já que os trabalhadores se

⁹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições do direito do trabalho**: princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2002, p.143.

⁹⁷ Id., *Ibid.*, p.146-147.

resguardariam das alterações societárias que poderiam existir sem, por conta disto, ficarem à mercê do grave mal social que é o desemprego. Isto porque haveria também, em contrapartida, garantias ao empresariado para que se sentisse estimulado a manter seus contratos de trabalho, inclusive aumentando benefícios e investimentos.

2) Há inegavelmente um sério conflito entre o princípio *in dubio pro operario* e o princípio da irrenunciabilidade, ambos com outros princípios do Direito Empresarial, como o da preservação da empresa. Isto acontece porque se vigorar o primeiro pensamento, o funcionamento das empresas será relegado a segundo plano o que indiretamente atingirá o trabalhador.

Assim, por exemplo, o trabalhador deve ter para a preservação da saúde, as suas férias renumeradas. Mas se em alguma situação, o período de férias coincidir com o de aumento de produtividade da empresa? E se esta demanda for tão alta que um terço das férias convertidas em pecúnia não bastar para a produção? Neste contexto, imaginamos que o trabalhador teria um acréscimo financeiro no seu salário decisivo para tirar-lhe de problemas econômicos que ele ou a sua família estiverem enfrentando.

Pelos princípios do Direito do Trabalho, a condição mais benéfica são as férias, a fim de que se dê o descanso devido. Ademais, o direito a gozá-las é irrenunciável. Mas, paradoxalmente, esta configuração em nada beneficia o próprio trabalhador pelos princípios do ramo do Direito que deveriam protegê-lo.

Além desta ótica, com menos mão-de-obra serão revertidos aos outros trabalhadores os ônus desta situação. Eles terão que realizar mais horas-extras, o que também não é, em regra, admitido pelas normas trabalhistas.

Se a empresa necessita especificamente de um trabalhador e por conta de algum direito irrenunciável não pode dele extrair todo o trabalho, fatalmente terá prejuízos. De alguma forma, este prejuízo será transferido aos seus empregados, por exemplo, com o fato de não haver aumento de salário, menos participação nos lucros ou a diminuição de algum outro benefício ou então para a própria sociedade.

Assim, é necessário, até mesmo, em nome do Direito do Trabalho repensar urgentemente a irrenunciabilidade de alguns direitos que geram situações

com efeito exatamente contrário àqueles que laboram e fortalecer a flexibilização dos direitos trabalhistas, o que certamente protegerá o trabalhador.

3) A Constituição Federal de 1988 (art.7.º, VI) flexibiliza a regra da irredutibilidade do salário justamente para proteger o pleno emprego, uma vez que, é mais benéfico, em algumas situações de grandes dificuldades para uma empresa, reduzir salários e manter seus empregados, que não poder reduzi-los ou ter que demiti-los.

É uma conciliação entre o princípio da preservação da empresa e os princípios protetivos dos trabalhadores. Aparentemente parece um conflito, mas podemos concebê-lo como uma solução, ainda que temporária e provisória.

4) O mais emblemático exemplo da dicotomia entre o Direito do Trabalho e o Empresarial está na situação de responsabilidade trabalhista no caso de falência.⁹⁸ Em especial quando da alienação dos bens da massa falida, existe uma tendência em atribuir-se ônus ao adquirente.

Segundo as disposições legais trabalhistas, a falência não pode prejudicar o direito dos trabalhadores. No entanto, a Lei de Falências, visando preservar a empresa, mediante a alienação de ativos, resolveu isentar o adquirente da responsabilidade trabalhista como forma de incentivá-lo à compra.

Não temos dúvidas de que a venda de um ou mais estabelecimentos de uma empresa falida pode ser a solução do seu processo falimentar ao permitir-lhe, com o dinheiro recebido pela venda, pagar seus credores, entre eles, prioritariamente os trabalhadores. O problema ocorre porque na maioria dos casos de falência, o dinheiro recebido pode servir apenas para pagar as custas e despesas do próprio processo falimentar e não chegar aos trabalhadores que não receberiam do falido e nem do adquirente.

⁹⁸ Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§ 1.º O disposto no inciso II do *caput* deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

§ 2.º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.²⁷

Sob um outro prisma entendemos que, para um trabalhador é muito mais vantajoso continuar recebendo seu salário e permanecer empregado, que receber seus direitos trabalhistas e ser assombrado pelo fantasma do desemprego em massa que atinge o país. Normalmente, o adquirente não altera o quadro de funcionários, principalmente se pretender continuar na mesma atividade do alienante falido, pois precisa aproveitar a experiência laboral de quem está lá, mas, na maioria das vezes, representa apenas a aquisição de bens.

Por outro lado, facilita bastante a alienação o fato do adquirente não ter o ônus de arcar com as dívidas trabalhistas, já que esta responsabilidade o impediria de realizar vários negócios. E a não-alienação gera estagnação econômica, retração no mercado consumidor, menos arrecadação fiscal e ainda mais desemprego, pois se o falido não vende o estabelecimento, as dívidas destes, inclusive com os próprios trabalhadores, só aumentam e acarretam mais demora para o pagamento de todos os credores, arrastando-se um processo falimentar para a eternidade.

O que dá alento e demonstra a verdadeira atenção aos princípios norteadores da sociedade brasileira está espelhado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3934-2⁹⁹, em impugnação aos artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Segundo a Ação, os dispositivos estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade humana, do trabalho e do pleno emprego.

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski analisa a primeira questão de ordem formal, a de que a União pode legislar sobre Direito do Trabalho, não existindo qualquer exigência de Lei Complementar, conforme o artigo 22, I da Constituição Federal. Registrou ainda que um dos principais objetivos da Lei de Falências é preservar o maior número de empregos.

Assim, temos que a Lei nº 11.101/05 resultou de amplo debate com setores sociais, de forma que os legisladores optaram por excluir a sucessão para que pudesse existir mais ofertas e garantir o valor a ser pago aos trabalhadores.¹⁰⁰

⁹⁹ ADIn 3934/DF - Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ de 06/11/09, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT.

¹⁰⁰ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. "A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 73. N. 4. out/dez 2007, p.40.

Vale ressaltar o disposto no artigo 47 da Lei Falimentar, segundo o qual o maior objetivo é preservar a fonte produtora.

Assim, concluiu o ministro que os artigos 60, parágrafo único e 141, II são constitucionais porque a opção foi valorar princípios constitucionais como o da livre iniciativa e o da função social da propriedade.

Ao analisar a classificação de créditos trabalhistas acima de 150 salários mínimos como quirografários, alerta que o crédito não desaparece, apenas recebe outra classificação, enfatizando novamente a preservação da empresa.

Destaca, por fim, a Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁰¹, que em caso de insolvência poderá limitar o alcance do privilégio. Diante desta situação busca-se proteger o maior número possível de trabalhadores, ainda que o Brasil não tenha aderido à Convenção. Nesse sentido também é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] impedir que (...) os recursos da massa [sejam consumidos] com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação[...]¹⁰²

Na mesma linha de pensamento, afirma Manoel Pereira Calças:

O Estado deve proteger os trabalhadores que têm como 'único e principal bem sua força de trabalho'. Por isso, tanto na falência, como na recuperação judicial, os trabalhadores devem ter preferência no recebimento de seus créditos, harmonizando-se, no entanto, tal prioridade, com a tentativa da manutenção dos postos de trabalho.

(...)

(...) o credor trabalhista, cujo crédito somar até cento e cinquenta salários mínimos, será classificado pela totalidade do respectivo valor na classe superpreferencial; já o trabalhador que for titular de crédito que supere o teto legal participará do concurso em duas classes distintas, ou seja, pelo valor subsumido no teto integrará a classe dos créditos trabalhistas e pelo valor excedente será incluído na classe dos quirografários.¹⁰³

¹⁰¹ PROTEÇÃO aos Créditos Trabalhistas na Insolvência do Empregador. Organização Internacional do Trabalho.: 1992. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/convention_no>. Acesso em 18 jul. 2013.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.14.

¹⁰³ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 73. N. 4. out/dez 2007, p.41.

Notamos que, ao desprestigiar os argumentos tecidos pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), ficou demonstrado que o legislador acabou por proteger a coletividade, consagrando princípios de ordem social, coletiva e não individual que favorecem um maior número de pessoas.

Assim, a integração entre os princípios que norteiam o Direito do Trabalho em sua busca maior – e não tão cartesiana, conforme têm feito as Cortes laborais – visa proteger o pleno emprego de maneira coletiva e não meramente individual. Na visão de Fábio Ulhoa Coelho, o Brasil “precisa modernizar sua legislação empresarial para tornar-se mais competitivo na disputa pelos investimentos, diariamente travada na economia globalizada.”¹⁰⁴

2.7.3 Integração do princípio da autonomia patrimonial com os princípios e diplomas legais relativos à seguridade social

De acordo com o art. 195 da Constituição Federal de 1988, existe uma diversidade na base de financiamento da Seguridade Social. Entretanto, sem menosprezarmos as contribuições dos outros sujeitos, nos parece evidente que a simples leitura do dispositivo indica uma tríplice incidência, na qual a atividade empresarial representa o seu maior contribuinte.

Logo, ao tomarmos como premissa a ideia desenvolvida por Fábio Ulhoa Coelho, de que a insegurança jurídica quanto à não aplicabilidade do princípio da autonomia patrimonial – que é um dos fatores de desestímulo ao desenvolvimento da atividade empresarial;¹⁰⁵ – quanto mais persistirmos nessa conjectura, menos contribuições serão recolhidas ao sistema de seguridade social brasileiro, pois haverá uma retração dos investimentos.

Os tradicionais princípios que estruturam o tema da seguridade (art. 194 e seus incisos da Constituição Federal de 1988) ⁹⁵ estarão bastante prejudicados. Isto ocorre porque é através das contribuições advindas principalmente das empresas que suas diretrizes poderão ser efetivadas. Os princípios da solidariedade, da universalidade da cobertura e do atendimento, por

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **O Futuro do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.14.

¹⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial**: o novo direito comercial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

exemplo,¹⁰⁶ são extremamente relevantes já que se referem à previdência social, à saúde e à assistência social.

Temos então que, indiretamente, a estrutura jurídica atual está prejudicando a seguridade e trazendo prejuízo à população mais necessitada economicamente, vez que, essa parcela depende deste sistema, muitas vezes para sobreviver. É, no mínimo, uma situação bastante questionável.

Sob o mesmo enfoque, no ramo do Direito Previdenciário há o tema acidente de trabalho. Segundo a Constituição Federal de 1988 (art. 7.º, XVIII cumulado com o art. 201, parágrafo 10) há responsabilidade objetiva maximizada das empresas quando ocorrer fato desta natureza.

Assim, acidente de trabalho muitas vezes é indenizado por questões de força maior,¹⁰⁷ conforme dispõe o art. 21,II, “e” da Lei nº 8.213/1.991 que traz, no mesmo dispositivo, as situações “equiparadas” a acidentes e que igualmente vinculam as empresas às indenizações de seus empregados. Muitas vezes elas acabam arcando também com o risco de outras as quais o trabalhador tenha sido vinculado, mas que não investiram em meios preventivos de segurança do trabalho.

Nesse sentido, a responsabilização da pessoa jurídica é exagerada. Havendo a flexibilização do princípio da autonomia patrimonial, a insegurança que vem à tona é a de que não havendo possibilidade daquela saldar com o crédito acidentário, será invadido o patrimônio pessoal dos sócios. Isto, evidentemente, é um critério fundamental de seleção para quem pretende desenvolver atividade empresarial, pois em tese, diante de uma situação que independe da sua vontade, envolve força maior ou caso fortuito, pode o seu patrimônio pessoal ser comprometido pelo risco do acidente acontecer durante a atividade empresarial. E para dificultar ainda mais, muitas vezes essa responsabilidade despreza, inclusive, o princípio da subsidiariedade.

Essa situação estimula o fechamento e a paralisação da atividade empresarial e representa um sério entrave a que outras abram os seus negócios no mercado financeiro, o que imediatamente reduz o custeio previdenciário aos já

¹⁰⁶ TIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**: princípios do direito da seguridade social. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.64-65.

¹⁰⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**: acidente de trabalho. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 170-171.

acidentados, gerando um círculo vicioso de aumento de custos que é sacrifício para toda a sociedade.

Evidentemente não pretendemos prestigiar a má empresa, mas aplicar a invasão no patrimônio pessoal do titular da atividade apenas se a situação de fraude for real e comprovada, prestigiando portanto o responsável e bom investidor.

2.7.4 Integração do princípio da autonomia patrimonial com o princípio de proteção ao consumidor e à legislação consumeirista

Outro ramo do Direito que maximiza seus princípios, às vezes, de maneira desproporcional à responsabilidade é o Direito Consumeirista. Basta observarmos o Código de Defesa do Consumidor a respeito da matéria:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.¹⁰⁸

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.¹⁰⁹

Fica então evidente a adoção da Teoria da Responsabilidade Objetiva empresarial nos casos que envolvam o mercado consumidor. Isso representa um pesadíssimo ônus e relevante valor econômico-financeiro a ser desembolsado pelas empresas nas mais diversas e corriqueiras situações. Logo, a análise desse custo “consumeirista” também é bastante considerada por quem pretenda abrir ou aumentar uma atividade empresarial.

A amplitude da responsabilização decorre da aplicação do princípio da defesa do consumidor que se solidifica, mediante os direitos destinados a essa classe específica (art. 6º do CDC), dentre os quais, o da inversão do ônus da prova em decorrência da hipossuficiência do consumidor (art. 6.º, VIII do CDC)

¹⁰⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p 8-9.

¹⁰⁹ Id., *Ibid.*, p.10.

Na doutrina consumeirista, é premissa considerar a responsabilidade objetiva, pois encontra amparo nas características peculiares decorrentes da “sociedade do consumo”.¹¹⁰

A mesma lógica demonstrada ao analisarmos o Direito da Seguridade Social aplica-se também nesse contexto. Há um nivelamento inferiorizado do princípio da autonomia patrimonial à diminuição dos investimentos sérios na atividade empresarial, o que gera menos concorrência e prejudica o consumidor, que passa a não ter opção de escolha. Por outro lado, com o aumento significativo do risco da atividade empresarial, a fim de adentrar na esfera patrimonial pessoal do sócio, há um repasse maior desse risco, embutido nos preços dos produtos e serviços colocados à disposição do consumidor.¹¹¹

Assim, quanto menos risco oferecer a atividade empresarial, menor o custo ao consumidor, ou seja, quanto mais fortalecimento do princípio da autonomia patrimonial – que consideravelmente reduz esse custo, pois limita eficazmente a responsabilização pessoal dos sócios – mais benefícios haverá aos consumidores.¹¹²

Não buscamos com isso a ausência total de responsabilização, mas proporcionar meios seguros para que a atividade se desenvolva. Isto porque, com a atividade desempenhada de forma correta, não há que se falar em responsabilidade, pois o seu principal parceiro é o consumidor. Ademais, nenhuma empresa prioriza o seu descontentamento, salvo os que não trabalham com seriedade e a quem a própria legislação comercial tem meios para punir. O que colocamos é que a lei consumeirista não distingue entre aquele que preza pela qualidade de seus produtos e o aventureiro na atividade empresarial, gerando distorções que desprestigiam o investimento feito por quem é responsável e atento aos anseios do consumidor.

Na verdade, o princípio da autonomia patrimonial é inerente à qualquer atividade humana, pois todos os homens buscam segurança ao contratarem, pois querem de antemão conhecer seus direitos e obrigações. Essa invasão indiscriminada no patrimônio pessoal dos sócios traz inúmeros contratemplos e temor

¹¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**: princípios gerais do direito processual. São Paulo: Malheiros, 2008, p.182-188.

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial**: o novo direito comercial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.16-18.

¹¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Deveres e responsabilidade dos sócios**. Curso de direito comercial. v.2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 431-433.

àqueles que pretendem ingressar no ramo empresarial. Assim, ou gera insegurança e afasta os bons investidores, ou atrai aquele que não tem responsabilidade, sem qualquer garantia patrimonial, devolvendo todo o risco à sociedade.

2.7.5 Conclusões parciais

Importante o estudo os princípios e regras que representam os valores de determinada sociedade para integrar e fortalecer o princípio da autonomia patrimonial, especialmente diante da unipessoalidade societária. Lembrar que o fato de positivarem-se os princípios no ordenamento jurídico, despertará para o estudo, a pesquisa e a adaptação à realidade, uma vez que os operadores do Direito serão provocados para darem soluções aos conflitos que surgirem nessa área.

Em especial, dedicar atenção ao princípio da autonomia patrimonial que adaptado à unipessoalidade societária, garantirá ao pequeno investidor sentir-se seguro para investir salvaguardando o seu patrimônio pessoal.

Importante porque o Direito como tecnologia tem que estar em consonância com a realidade social, buscando melhores alternativas a fim de que a qualidade de vida seja cada vez mais presente principalmente na realidade brasileira.

3 A UNIPESSOALIDADE SOCIETÁRIA NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

3.1 Panorama Histórico

A doutrina brasileira demonstra grande resistência para romper com o requisito da pluralidade societária pois isso significava dar alicerce à confusão patrimonial. Outra justificativa era a de que a sociedade nasce de um contrato que exige ao menos dois outros instrumentos. Sobre este aspecto em especial, Waldemar Ferreira argumenta que é da essência da sociedade a pluralidade de sócios:

No Brasil, o assunto não tem merecido maior destaque. Predomina na doutrina e na jurisprudência o preconceito da impossibilidade de existir sociedade de um sócio somente. Entre os casos de dissolução de sociedade, enumerados no art. 335 do Código, não se inclui o de reduzir-se a um número dos sócios. E isso porque, em verdade, era desnecessário, por intuitivo. Se o art. 287 do Código precisamente declara “ser da *essência* das companhias e sociedades comerciais que o objeto e fim a que se propõem seja lícito e que *cada um dos sócios* contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens ou em trabalho ou indústria”, - perde sua *essência* a sociedade em que apenas *um* dos que a formaram entra ou fica a contribuir de maneira oposta à estabelecida pelo Código, confundindo-se o patrimônio social com o do *único sócio*, se é que êle pode, de então em diante, continuar a ser *sócio*. Desde que a sociedade perde sua essência, esvazia-se de conteúdo jurídico. Deixa de existir. É pressuposto de qualquer sociedade a pluralidade de sócios. Dois, no mínimo; ou, sendo anônima, sete, mesmo porque o Código conceitua a sociedade mercantil como contrato e êste só se compreende existindo, no mínimo, dois contratantes.¹¹³

Alguns projetos timidamente iniciaram a possibilidade da unipessoalidade, mas foram severamente criticados. Um deles se refere às atividades não empresárias suportarem a responsabilidade, enquanto o empresário estaria livre com o seu patrimônio pessoal, numa posição privilegiada. Segundo o entendimento de Waldemar Ferreira:

Louco o trabalho dos Professores Martins Filho e Salvador Perotta sobre a empresa individual de responsabilidade limitada; mas divirjo de sua conclusão, parecendo-se que a lei não deve sufragar tal instituto, antes

¹¹³ FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial**. 3.ed. vol.1. São Paulo: Freitas Bastos, 195, p. 349-350.

tomar medidas que tutelem o crédito. Nem compreendo que se limite a responsabilidade do comerciante, sem que também se limite a sua possibilidade de contrair dívidas. E, de outro lado, também não compreendo que se outorgue ao comerciante vantagem de que não gozam os não comerciantes que exercitam atividades econômicas de maiores riscos, como, por exemplo, as agrícolas.¹¹⁴

O autor também não admite limitar a responsabilidade do empresário individual:

A limitação da responsabilidade é uma medida de exceção; a regra geral do direito é – quem se obriga, obriga o que é seu. Os bens do devedor são o penhor, a garantia comum de todos os seus credores.” E acrescentará depois de apontar a limitação da responsabilidade, na então recentíssima lei das sociedades por quotas: “Mas não existe lei alguma, em país nenhum, que nos conste, que admita que os comerciantes singulares, sob firma individual, exerçam o comércio e limitem a sua responsabilidade pelas obrigações que contraírem, até uma determinada importância. Seria tal regime, evidentemente, uma delícia, mas uma delícia excessivamente perigosa.¹¹⁵

Assim, no Brasil, as iniciativas para aprovar a limitação da responsabilidade, face à unipessoalidade, não encontrava adeptos, e Waldemar Ferreira, um forte opositor, pois enfrentou a questão colocando que aquele que se dedica à atividade empresarial não pode ficar imune às intemperes e que não admite possa se restabelecer sem pagar dívidas:

Predomina ainda o preconceito de que deve ser ilimitada a responsabilidade de quem se proponha a exercitar atividade mercantil ou industrial. Pouco importa que se trate de pessoa natural ou de pessoa jurídica. Uma ou outra, qual se dedique ao comércio ou à indústria, responde, por todo o seu patrimônio, pelas obrigações que contrai. De certo, pode-se dizer que todo o mundo responde limitadamente pelas dívidas que assume; e o limite dessa responsabilidade alcança os limites de sua força patrimonial. Quem se obriga vincula todos os seus bens. Eis o princípio geral de direito... Quem, portanto, não queira obrigar todo o seu patrimônio pelas dívidas decorrentes de sua atividade mercantil ou industrial, que seja previdente. Destine e reserve, como chefe desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as provenientes dos impostos relativos ao mesmo prédio. É o bem de família, de que tratam os arts. 70 a 73 do Código Civil. Se isso não se lhe depara bastante, que constitua sociedade em que limite a sua responsabilidade. O que se não compreende, nem se pode admitir, é que alguém se estabeleça como comerciante ou industrial, sob firma individual a fim de gozar do privilégio de não pagar as suas dívidas. Ou bem que se generaliza o princípio, ora pôsto em tela, permitindo a tódia a gente, comerciante ou não limitar sua responsabilidade patrimonial; ou bem que se

¹¹⁴ FERREIRA, Waldemar Martins. Parecer. In: **Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v1.,1951, p. 337.

¹¹⁵ FERREIRA, Waldemar Martins. **Manual do comerciante**. São Paulo, 1919, p. 127-128.

adota o princípio oposto, que é o vigente. Tudo aconselha o prevalecimento dêste.¹¹⁶

Um dos fatos mais incontestáveis da vida social é a discrepância entre o que a Lei estabelece e o que as pessoas fazem. Embora pareça um fenômeno da vida moderna, observamos que esta situação ocorre há tempos.

Sylvio Marcondes Machado¹¹⁷, em obra de 1956, discorre a respeito dos “testas de ferro” que formam as sociedades fictícias, (*fittizia o di comodo*), aquelas que nascem coletivamente apenas do ponto de vista estritamente formal, mas são precedidas de ajustes entre pessoas e na realidade traduzem uma atividade comercial exercida por um único indivíduo.

Diferente é a situação de “sociedades reais”, que em determinado momento são reduzidas a uma só pessoa, a qual a lei brasileira (art. 1033, IV do Código Civil de 2002) permite tal configuração por até 180 dias.

Marcondes Machado analisava sob a ótica do Código Civil de 1916 e com base naquela legislação vigente identificava dois problemas: a intenção de fraudar terceiros ou à sociedade de forma geral e a existência contra a disposição legal.

Sob o primeiro prisma, concluiu Marcondes Machado (1956) que nem sempre o intuito era necessariamente fraudar credores, sonegar impostos ou lesar a sociedade. Por isto a sociedade não deveria ser anulada ou nula. Entretanto, a existência de uma sociedade unipessoal contrariava as disposições legislativas de outrora.

Assim, mesmo que não houvesse qualquer intuito fraudulento, uma sociedade constituída por uma única pessoa seria inconcebível juridicamente; deveria então ser nula ou anulada e responder por implicações cíveis e criminais.

Em relevante artigo científico publicado por Samuel Menezes de Oliveira¹¹⁸, o autor menciona dois importantes colaboradores para o projeto de lei,

¹¹⁶ FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial**. 3.ed. vol.1. São Paulo: Freitas Bastos, 1951, p.34-35.

¹¹⁷ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Samuel Menezes. Considerações sobre a nova empresa individual de responsabilidade limitada e as consequências de sua falência. **Âmbito jurídico**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10288. Acesso em: 05 jun. 2012.

posteriormente concretizadas na Lei ora em estudo (Lei nº 12.441/11). Trata-se de um importante marco histórico.

O primeiro a ser citado é Guilherme Duque Estrada de Moraes, que elaborou um texto sobre a necessidade de uma lei que atribuísse ao empresário individual a responsabilidade limitada a este. Segundo o autor, foi este o embasamento teórico utilizado para a elaboração do projeto de lei nº 4.605/2009. Guilherme Duque foi um dos defensores para modernizar e desburocratizar a administração pública ao demonstrar que o Brasil, em relação a outros países, estava atrasado no tratamento do empresário individual. Segundo ele, o procedimento adotado em países da Europa diante da XII *Diretiva do Conselho da União Europeia de 1989*, regulamentou a sociedade limitada unipessoal.

O segundo colaborador registrado no artigo de Samuel Menezes de Oliveira foi Paulo Vilela Cardoso, que colaborou com o deputado federal Marcos Montes Cordeiro (DEM-MG), de quem partiu a iniciativa da lei, após analisar as legislações estrangeiras que serviram como base para a formatação do instituto.

Atualmente, a atividade empresarial é assim organizada:

a) Empresário individual, com natureza de pessoa natural, com responsabilidade ilimitada ou pessoal sobre as obrigações da atividade;

b) As sociedades empresariais, tratando-se de pessoas jurídicas de pluralidade de titulares, cujas responsabilidades se verificam a cada espécie (sociedade anônima, limitada, em nome coletivo, em comandita simples e em comandita por ações);

c) A empresa individual de responsabilidade limitada, pessoa jurídica com titularidade unipessoal e responsabilidade limitada das obrigações da atividade ao patrimônio constituído.

Houve muitas iniciativas para que essa última modalidade de organização da atividade empresarial fosse inserida no ordenamento jurídico, como por exemplo, por ocasião do Decreto 3.708/19, conforme artigo publicado em memória de Eduardo de Sousa Carmo, quando do seu falecimento:

Sugerimos, então, à congressista, uma emenda ao Dec. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, nos seguintes termos: art. 1º - Além das sociedades a que se referem os arts. 395, 311, 315 e 317 do Código Comercial, poderão constituir-se sociedades por cotas de responsabilidade limitada, integradas por uma ou mais pessoas.

Trata-se de um acréscimo ao art. 1º da lei de sociedades por cotas, porque, a par de ser imprudente abandonar-se a construção doutrinária e jurisprudencial que em torno dela se edificou, todas as normas das sociedades limitadas devem ser, em princípio, aplicadas à sociedade unipessoal; todas as disposições compatíveis que se destinem a regular o Direito Mercantil, à proteção dos credores, à formação e à perenidade do capital social, às demonstrações financeiras, balanços, relatórios, aos usos de natureza negocial, as instruções normativas do Departamento Nacional de Registro do Comércio e, *last but not last*, os riquíssimos julgados das Juntas Comerciais. Enfim, a jurisprudência de nossos Tribunais, a analogia e os princípios gerais de direito.

A sociedade unipessoal, por cotas de responsabilidade limitada, terá como órgão o sócio, gerente, com amplos poderes para outorgar o estatuto (ato institucional), alterá-los, poderes de gestão-controle e, naturalmente, de representação ativa e passiva, seja na esfera do direito processual, seja na esfera do direito substancial.¹¹⁹

Assim, tantas foram as oportunidades nas quais os juristas estiveram preocupados com a inserção dessa estrutura a fim de proporcionar ao pequeno investidor a proteção quanto aos seus investimentos, mas que em razão de inúmeras investidas do Fisco ou de órgãos ligados à proteção de direitos trabalhistas, não conseguiram visto que houve uma distorção do instituto por conta da pseudodefesa da garantia dos seus respectivos credores.

Todavia, em momento algum a intenção do legislador nestas iniciativas foi estruturar qualquer subterfúgio para furtar-se ao cumprimento de obrigações fiscais ou trabalhistas, pois a própria lei dispõe sobre a quebra da autonomia patrimonial, sem a necessidade da interferência das outras áreas.

Daí a Lei 12.441/2011 representar para o ordenamento jurídico brasileiro um grande avanço visto que diante de inúmeras tentativas frustradas já era tempo de inserir a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e garantir maiores investimentos. A unipessoalidade societária não pode ser vista como sinônimo de fraude.

¹¹⁹ CARMO, Eduardo de Sousa (em memória de seu falecimento). Sociedade Unipessoal por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXVIII, nº 75. Julho-Setembro/1989. São Paulo: RT, 1989, p.43.

3.2 Pessoa Jurídica

3.2.1 Conceito

A definição de *pessoa*, para o Direito, difere da concepção comum de pessoa como *ser humano*. Para esta disciplina, pessoa é um sujeito com capacidade de adquirir direitos e deveres, um agente jurídico. A importância de estudarmos a pessoa parte do fato de ser ela o sujeito das relações jurídicas que, por sua vez, geram o objeto de estudo do Direito. A ela são destinadas todas as coisas do campo do Direito¹²⁰.

J. X Carvalho de Mendonça, indica os elementos essenciais da pessoa jurídica:

- 1º a capacidade de determinar-se e agir para defesa e conservação dos seus fins, por meio dos indivíduos, que figuram como seus órgãos;
- 2º o patrimônio autônomo, isto é, não pertencente a nenhum dos indivíduos que a compõem;
- 3º as obrigações activas e passivas a seu cargo exclusivo; e
- 4º a representação em juízo.¹²¹

Assim, antes de adentrarmos efetivamente na definição de pessoa jurídica, cumpre diferenciá-la conceitualmente de pessoa natural. Conforme esclarece Maria Helena Diniz “*Pessoa natural* é o ser humano considerado sujeito de direitos e obrigações¹²²”. Dessa forma, *personalidade jurídica*, que não é o mesmo que *pessoa jurídica*, trata-se da aptidão genérica para adquirir direitos e obrigações¹²³, descrita no artigo 2º do Código Civil¹²⁴. Assim, podemos dizer que toda pessoa é dotada de personalidade.

O Direito também atribui personalidade aos entes formados por um conjunto de pessoas ou patrimônio, aqui tratando das *pessoas jurídicas*. Com a finalidade de atingir objetivos que não conseguiria sozinho, os homens se unem para formar um organismo capaz de alcançar o fim almejado mais facilmente do que se exercesse a atividade em nome de uma pessoa natural apenas.

¹²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil- Parte Geral**. Vol. I, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.125.

¹²¹ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Segundo: Dos comerciantes e seus auxiliares. Vol.III, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.79.

¹²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil – teoria geral do direito civil**: direito civil. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2008, p.33.

¹²³ BEVILACQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: RED Livros, 1999, p. 147.

¹²⁴ CÓDIGO Civil 2012. Art. 2º-Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Com a vinculação do patrimônio dessas pessoas para determinada finalidade, temos a origem da pessoa jurídica que sempre terá como objetivo satisfazer um interesse humano¹²⁵. Nesse sentido, assinala Francisco Amaral:

Sua razão de ser está na necessidade ou conveniência de as pessoas singulares combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades de cada um dos interessados por ultrapassarem o limite moral da sua existência ou exigirem a prática de atividades não exercitáveis por ele.

Portanto há duas espécies de pessoa, a natural ou física (que trata do homem em si) e a jurídica (grupo de pessoas ou conjunto patrimonial dotado de capacidade jurídica)¹²⁶.

Sílvio de Salvo Venosa¹²⁷ divide as pessoas jurídicas em duas grandes categorias: *universitates personarum* e *universitates rerum*. A primeira consiste das associações de pessoas que têm personalidade e patrimônio próprios, ou seja, separado dos seus membros. Já as *universitates rerum* são as fundações, formadas por um conjunto de bens destinados a fins religiosos ou filantrópicos.

J. X. Carvalho de Mendonça cita o autor Ferreira Borges, autor do Código Comercial de 1833, comenta sobre personalidade jurídica das sociedades, atribuindo que trata-se de um indivíduo moral:

A sociedade commercial é um *individuo moral*; pelo orgam de seus membros contracta como um só homem; tem nome seu e assignatura sua; obriga *indefinida* e *solidariamente* todos os seus sócios collectivos; e a sua administração bem como a sua responsabilidade julga-se única. Tanto a sociedade commercial é um individuo, que ella deve verificar a sua existência, o seu *estado civil*, se é dada esta expressão, por publicação e registros. EMquanto existe, tem um somicílio legal, aonde é citada e responde; e póde ser citada na pessoa de um de seus membros.¹²⁸

Continua Carvalho de Mendonça, citando a primeira pessoa jurídica criada no Brasil:

¹²⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.215.

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil- Parte Geral**. Vol. I, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.219.

¹²⁷ Id.,Ibid., 2009.

¹²⁸ BORGES, Ferreira. **Commentarios sobre a legislação portuguesa acerca de seguros marítimos**. Lisboa: 1841, *apud* ¹²⁸ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Segundo: Dos commerciantes e seus auxiliares. Vol.III, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.84.

O Alvará de 12 de Outubro de 1808, que creou o primeiro Banco do Brasil, aprovou os estatutos que, no art. 5º, consideravam este instituto *corpo moral*.¹²⁹

É, portanto, a partir da pessoa jurídica, de sua constituição.

3.2.2 Registro

O início da personalidade jurídica se dá com a inscrição de seus atos constitutivos no órgão competente. No que se refere especificamente às sociedades empresárias, o registro é feito na Junta Comercial, e o início da personalidade jurídica se dá conforme o artigo 32 da Lei nº 8.934/94.

Neste sentido J. X. Carvalho de Mendonça:

Dahi o registro do contracto e a sua publicação pela imprensa, formalidades que attestam a existência da sociedade, denunciam as responsabilidades dos sócios e, desse modo, garantem os terceiros e servem de base ao credito da sociedade.¹³⁰

Assim, os efeitos jurídicos começam a surtir a partir da data deste documento, respeitando o prazo de 30 dias para o protocolo na Junta Comercial. Com o início da personalidade jurídica, adquire-se autonomia patrimonial; por fim, seu atributo mais importante é a separação patrimonial.

Em el artículo 129 LSRL dispone un plazo de seis meses desde La adquisición por La sociedad Del carácter unipersonal para que dicha circunstancia se inscriba em el Registro Mercantil. Transcurrido esse plazo sin que dicha insdripción se haya producido, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de lãs deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Por outro lado, habría que señalar que, em virtud de La Disposición Adicional 5ª LSRL, el artículo 129 LSRL no será aplicable a lãs scoiedades públicas unipersonales. Así, no lês será aplicable La sanción prevista em este precepto, ni em el caso de que La unipersonalidad lês sobrevenga com posterioridad ad 1 de junio de 1995, ni em el caso de que La misma preecistiera a dicha fecha, ya fueste originaria o sobrevinida.¹³¹

¹²⁹ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Segundo: Dos comerciantes e seus auxiliares. Vol.III, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.84.

¹³⁰ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Segundo: Dos comerciantes e seus auxiliares. Vol.III, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.128.

¹³¹ FERNÁNDEZ, María Belén González. **La Sociedad Unipersonal en El Derecho Español**. Las Rozas /Madrid: La Ley, 2004, p. 212.

No caso especificamente da sociedade limitada cujas regras se aplicam à EIRELI (Empresa individual de Responsabilidade Limitada), após o registro, que é o marco para a aquisição de personalidade jurídica, adquire-se a autonomia patrimonial, pois integralizado o valor do capital social não há que se falar em responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade.

Acontece que a sociedade que não possui registro perante o órgão competente faz com que todos os sócios respondam solidariamente e ilimitadamente pelas obrigações, depois de executados os bens da sociedade, excluído desse benefício o sócio que contratou em nome dela.¹³²

O benefício de ordem, disposto no artigo 1.024 do Código Civil, garante que o patrimônio pessoal dos sócios não seja atingido pelas dívidas da sociedade, vez que tratam-se de personalidades jurídicas distintas, com patrimônio e vontade próprios.

Esta disposição apenas sofre interferência no caso de falta de registro, como mencionado acima, e ainda assim o benefício permanece para todos os sócios, excluído o que praticou o ato, e também diante da prática de atos de má fé, má gestão e afronta ao contrato social e à lei, requisitos esses indispensáveis para a configuração da desconsideração da personalidade jurídica.

3.2.3 Desconsideração da personalidade jurídica

O princípio da autonomia patrimonial, segundo o qual o patrimônio dos sócios não se comunica com o patrimônio da sociedade, perde terreno diante do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, quando efetivamente a situação se caracteriza como abuso de direito, afronta à lei e má-fé evidente.

Essa teoria, na verdade, foi criada com o objetivo único de proteger a pessoa jurídica face à prática de atos de má gestão e abuso de direito que são praticados pelas pessoas naturais encarregadas de administrar a sociedade.

¹³² Art. 990 do Código Civil: "Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade."

A pessoa jurídica é fruto do pensamento humano para a consecução de determinados fins. Para José Lamartine Corrêa de Oliveira a entidade jurídica é constituída e criada pelo ser humano, pessoa física, sendo:

Dele dependente, que deve sua existência ao ordenamento jurídico e que é o que o ordenamento deseja que ela seja, pois que não é no âmbito da vida jurídica, fenômeno natural preexistente, mas mera criação do pensamento humano para a consecução de determinados fins.¹³³

Formada por outras pessoas, a pessoa jurídica não se confunde com a de seus membros, conforme dispunha o artigo 20 do Código Civil de 1916. O texto do artigo 50 do Código Civil vigente também dispõe a respeito da desconsideração da personalidade jurídica e não deixa dúvidas de que somente será atingido o patrimônio pessoal em casos de abuso, diante da confusão patrimonial e do desvio de finalidade.

A regra é a de que a pessoa jurídica responda pelos seus atos, o que evidencia que em situações normais não deve, em hipótese alguma, ocorrer qualquer invasão em relação ao patrimônio dos sócios. Embora essa assertiva decorra explicitamente do artigo 50 do Código Civil, vem ocorrendo um desgaste em relação ao princípio. Segundo Maria Helena Diniz, a importância da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a de atingir o verdadeiro culpado e garantir a integridade da pessoa jurídica posteriormente:

Não tem por finalidade retirar a personalidade jurídica, mas tão somente desconsiderá-la, levantando o véu protetor, em determinadas situações, no que atina aos efeitos de garantir a desvinculação da responsabilidade dos sócios da sociedade. Com isso, o sócio passará a ser responsável, não mais respondendo subsidiariamente pelas obrigações sociais com o seu patrimônio particular. O direito do sócio de ver intangíveis os seus bens em face das obrigações da sociedade não é mais absoluto. Havendo fraude ou abuso de direito cometido por meio da personalidade jurídica que a sociedade representa, os sócios não ficarão imunes às sanções, pois permitida estará a desconsideração dessa personalidade, para que seus integrantes sejam responsabilizados pela prática daquele abuso.¹³⁴

Como a existência da pessoa jurídica se efetiva com a realização do registro no órgão competente, surgem daí direitos e obrigações que, segundo Maria

¹³³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p.329.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil – teoria geral do direito civil**: direito civil. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2008, p. 348.

Helena Diniz, conservam um direito relativo, “permitindo ao órgão judicante derrubar a radical separação entre a sociedade e seus membros, para decidir mais adequadamente, coibindo o abuso de direito e condenando fraudes, ordenando, para tanto, a penhora de bens particulares dos sócios.” Dessa forma, poderá o magistrado desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, quando os seus administradores estiverem infringindo a lei, para então atingir o patrimônio pessoal das pessoas que a compõem.¹³⁵

A origem da desconsideração da personalidade jurídica ficou consagrada com o famoso caso *Salomon vs Salomon & CO*, citado por Rubens Requião:

O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma *Company*, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20 mil ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar pagamentos e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantias sustentou que a atividade da *company* era ainda atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da *company*, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários. O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a *company* era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *trustee*, que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio. Nisso ficou a inauguração da doutrina do *disregard*, pois a Casa dos Lordes acolheu o recurso de Salomon, para reformar aquele entendimento das instâncias inferiores, na consideração de que a *company* tinha sido validamente constituída, pois a lei simplesmente requeria a participação de 7 pessoas, que no caso não haviam perseguido nenhum intuito fraudulento. Esses acionistas, segundo os *lords*, haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmo e em última análise não podia julgar-se que a *company* fosse um *agent* de Salomon. Em consequência não existia responsabilidade de Salomon para a *company* seus credores e era, conseqüentemente, válido o seu crédito privilegiado.¹³⁶

A Alemanha destacou-se em abordar o assunto com Rolf Serick, sistematizando-o:

¹³⁵ Id., *Ibid.*, p. 347.

¹³⁶ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica** São Paulo: RT, 1969, p. 12-24.

- a pessoa jurídica quando manipulada, se agir abusivamente, fugindo às obrigações legais ou contratualmente assumidas, lesando terceiros, é simplesmente posta de lado, descartada. Entretanto, se não houver abuso, não há que cogitar de desconsideração;
- o princípio da autonomia da pessoa jurídica deve prevalecer repudiando-se qualquer forma de desvirtuamento ou má utilização. Somente se ocorrer a ilicitude é que pode haver a desconsideração da personalidade jurídica;
- as normas jurídicas aplicáveis aos indivíduos isoladamente considerados são, em tese, também aplicáveis à pessoa jurídica;
- nos negócios em que são partes a pessoa jurídica e seus integrantes, deve haver nítida distinção e plena identidade entre eles.¹³⁷

A teoria da desconsideração rompe com a autonomia patrimonial, porém vem sendo aplicada sem qualquer critério pelo Poder Judiciário Brasileiro, o que desencadeia o enfraquecimento deste princípio. A simples inadimplência da pessoa jurídica autoriza a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, desconfigurando totalmente o instituto.

Não existe respeito à estrutura da pessoa jurídica nem ao patrimônio pessoal dos seus integrantes, pois a todo custo o que interessa é por fim à inadimplência, mesmo que isso desrespeite institutos jurídicos ou elimine a autonomia patrimonial, assim como a atividade empresarial, penalizando-se os bons em detrimento dos maus.

Quanto à unipessoalidade, a desconsideração também é aplicada na hipótese de afronta à lei, conforme a experiência de Portugal. Isto porque, na realidade, a personalidade jurídica na sociedade unipessoal é relativa. Para as sociedades, em geral, são buscados os bens dos sócios; na unipessoalidade existe um círculo ou âmbito de personalidade, restringindo e tornando o patrimônio pessoal vulnerável.¹³⁸ Assim, não existe qualquer razão para que o instituto não prevaleça no Brasil.

A transformação de uma sociedade comercial não implica na sua dissolução. A criação de uma nova sociedade, tratando-se da mesma pessoa jurídica, não cede o gozo da coisa locada a terceiros estranhos ao contrato de arrendamento.¹³⁹

O texto da Lei 12.441/11 evidencia que o patrimônio pessoal será atingido, especialmente face aos motivos do único veto, da presidenta Dilma, em razão do parágrafo 4º do art. 980-A por entender que cingir a responsabilidade pelas

¹³⁷ SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Milano: Giuffrè, 1966, p. 124-131.

¹³⁸ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.52.

¹³⁹ Id., *Ibid.*, p.155.

dívidas da empresa, apenas ao seu patrimônio social poderia dar azo à interpretação de que as EIRELIs não estariam sujeitas às sanções previstas no art. 50.

Na Justiça do Trabalho prevalece o entendimento de que a simples insuficiência de patrimônio para saldar os débitos é causa bastante e suficiente para desconsiderar a personalidade jurídica e atingir o patrimônio dos sócios.

No entanto, será possível atribuir a responsabilidade à pessoa natural titular da EIRELI, dada a sujeição legal às medidas excepcionais de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil ou pelas demais previsões legais em situações especiais.¹⁴⁰

Consagrou-se, portanto, a previsão de limitar a responsabilidade da atividade empresarial desempenhada diante da EIRELI. Se não houver abuso que justifique desconsiderar a personalidade jurídica, ficará restrita à execução de crédito por credor da EIRELI somente ao esgotamento dos bens do patrimônio empresarial, cabendo em caso de insolvência, o pedido de falência, em processo especial de concorrência de credores.

Assim o veto não parece ter razão de existir pois o texto do artigo 50 do Código Civil é suficiente para autorizar a invasão no patrimônio pessoal dos sócios e dos administradores, no caso de abuso e infração à lei ou ao contrato. O que ocorre, na verdade é um desvirtuamento na aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que extrapolou os limites da jurisprudência e chegou ao Poder Legislativo. Neste sentido assinala Armando Rovai que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicada de forma abrupta, sem maiores cuidados:

É evidente que tais exemplos de operacionalidades societárias, ordinariamente adotadas em razão da complexidade negocial não podem ensejar a abrupta desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, como se os antigos sócios tivessem agido de modo promíscuo e irregular – tão somente porque cederam e transferiram suas quotas. Demonstra-se, com isso, um verdadeiro impasse republicano, onde de um lado está a manutenção e preservação da empresa e do instituto da personalidade jurídica e, de outro, a possibilidade de sua desconsideração (art. 50 CC), sem que isso gere injustiças a ex-sócios de sociedades empresariais.¹⁴¹

¹⁴⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 7.

¹⁴¹ ROVAI, Armando Luiz. Impasse Republicano: A manutenção da empresa e do instituto da personalidade jurídica e a possibilidade de sua desconsideração (art. 50 CC), sem que isso gere injustiças a ex-sócios de sociedades empresárias. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em:

Fábio Ulhoa Coelho¹⁴² aborda os quatro princípios de Rolf Serick sobre a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica que discorrem sobre o sentido verdadeiro do instituto.

O primeiro destes princípios se refere à intenção pela qual se cria uma pessoa jurídica e válida. Se for ilícita ou criminosa, é dever dos operadores do Direito desconsiderarem tal personalidade jurídica.

Contudo, o autor ressaltou inúmeras vezes que a fraude desta intenção ilícita deve ser amplamente comprovada pelos meios, em direito admitidos, uma vez que, a pessoa jurídica é um meio legítimo das pessoas naturais participarem da vida econômica e social de seus países e contribuírem para o seu enriquecimento.

Assim, o instituto é válido juridicamente e necessário para a sociedade pois com a responsabilização da pessoa jurídica, as pessoas físicas se sentem mais encorajadas para investirem na movimentação econômica; contudo, este desiderato não pode ser transformado em intenções fraudulentas de alguns empresários.

O segundo princípio não se diferencia substancialmente do primeiro. Desde que a pessoa jurídica concorde com os padrões legais que determinam suas condições de existência e validade, não há porquê não atribuir sobre ela a personalidade distinta das pessoas naturais que a compõe, o que implica sua autonomia patrimonial.

O terceiro princípio é o mais problemático por tentar equiparar elementos próprios das pessoas naturais às pessoas jurídicas, como a honra, a nacionalidade, a classe social ou a raça.

Muitos destes atributos, como a honra, podem ser aplicados às pessoas jurídicas, mas de maneira distinta da tradicional abordagem relativa às pessoas naturais. Já outros, como a raça, são incabíveis e ilógicos se transplantados às pessoas jurídicas.

Assim, a generalização que tenta igualar elementos entre os diferentes tipos de pessoas pode ser perigoso e incorrer em riscos teóricos e práticos

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6139>. Acesso em 05 jul. 2013.

¹⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1985.

bastantes acentuados, já que mesmo os elementos presentes nos dois tipos têm abordagens diferentes.

O quarto princípio se refere à distinção legal que disciplina as relações comerciais entre pessoas naturais e jurídicas. A Lei rege distintamente os negócios quando somente pessoas naturais estão envolvidas em relação às situações nas quais há a presença de, pelo menos, uma pessoa jurídica.

Registramos que os requisitos para desconsiderar a personalidade jurídica variam de acordo com a natureza da relação de direito material na qual o instituto será aplicado. Assim é que, em se tratando de relação de consumo, dano ambiental ou relação trabalhista, aplica-se a teoria menor, pela qual a simples impossibilidade de cumprir a obrigação é fundamento suficiente para amparar a desconsideração. Do contrário, se a relação não estiver inserida em nenhuma das hipóteses mencionadas, incide a teoria maior, cujos requisitos estão no artigo 50 do Código Civil:

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

Alguns julgadores, de forma responsável, observam que o instituto deve ser aplicado com cautela e discernimento. Nesse sentido anotemos a decisão jurisprudencial na qual a apelante alega que ao tentar a penhora online de valores em conta corrente da empresa executada, por meio do sistema BACENJUD¹⁴³, não encontrou nenhum valor para garantir a execução, o que afasta a alegação de que não teve a intenção de lesar ou fraudar terceiros. Não tem razão a apelante ao pretender desconsiderar a personalidade jurídica da empresa executada.¹⁴⁴

¹⁴³ Sistema que interliga a Justiça ao banco Central e às instituições bancárias para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet. Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/bacenjud>. Acesso 12/05/2013.

¹⁴⁴ Apelação cível embargos à execução - penhora sobre bens dos sócios desconsideração da personalidade jurídica "disregard" não localização de bens da empresa necessidade de que exista, além da ausência de patrimônio, confusão patrimonial ou desvio de finalidade ausência de prova de estarem os sócios exercendo atos de gerência ou atos fraudulentos com intuito de prejudicar terceiros insuficiência hipótese que não autoriza a desconsideração. recurso dos embargantes. majoração da verba honorária advocatícia. inviabilidade. fixação adequada. recursos não-providos. (de Apelação Cível nº 914675-4, de Maringá - 2ª Vara Cível, 04 jul.2012).

Neste caso, não se cogita aplicar a teoria menor visto que a situação narrada nos autos não se encaixa dentre aquelas que permitem desconsiderar com amparo tão somente se não existirem bens em nome da sociedade. Logo, o deferimento do pedido está condicionado à prova de que os sócios agiram com desvio de finalidade ou de que houve confusão patrimonial entre os bens destes e os da empresa, tal como rege a lei. Assim deve ser, pois não se deve aplicar a invasão no patrimônio pessoal sem qualquer critério.

A exigência se justifica na medida em que a invasão do patrimônio dos sócios para satisfazer os débitos da empresa é medida de caráter excepcional, admitida apenas quando os requisitos legais forem plenamente atendidos.¹⁴⁵

Interessante mencionarmos a esse respeito Calixto Salomão Filho¹⁴⁶, ao escrever sobre os limites econômicos da desconsideração. Segundo o autor, é necessário sistematizar os limites para não haver insegurança jurídica aos operadores econômicos. Caso um sócio queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio, deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social e não usar da forma societária para benefício próprio.

Acrescenta ainda que existem dois grupos de credores. O primeiro é composto por credores profissionais ou institucionais, geralmente instituições financeiras. Em relação a eles é possível pressupor a existência de livre mercado e presumir a possibilidade de, com emprego da diligência normal do bom comerciante, informar-se sobre o risco envolvido na transação e, ao mesmo tempo, negociá-lo com a sociedade.

¹⁴⁵ AGRADO DE INSTRUMENTO. Desconsideração da personalidade jurídica de associação sem fins lucrativos. Ausência de prova do abuso da personalidade jurídica da associação por seu presidente ou diretores. Inteligência do disposto no artigo 50 do CC/2002. Teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Necessidade de que haja, além da ausência de patrimônio, confusão patrimonial ou desvio de finalidade. requisitos não presentes. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do CC/2002, reclama para sua aplicação a prova da confusão patrimonial (teoria objetiva) ou desvio de finalidade (teoria subjetiva). 2. O fato da associação devedora não ter bens para saldar seus compromissos não é suficiente para justificar a pretendida desconsideração da personalidade jurídica, ainda mais por não se tratar de relação de consumo). (TJPR, AI nº 790827-2, Rel. Março Antônio Antoniassi, 15ª Câmara Cível, 10/08/2011).

¹⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 245-246.

O segundo grupo é representado por credores que não têm condições para informar-se sobre os meios econômicos da sociedade e nem de negociar com ela.¹⁴⁷

Assim, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, preliminarmente tem o principal objetivo de proteger a pessoa jurídica e depois garantir aos credores a segurança em razão da má gestão e fraude à lei.

Especialmente quanto a unipessoalidade, a regra deve ser a mesma, que não dizer, mais ainda rigorosa, a fim de prestigiar a coragem do empresário solitário.

3.3 Sociedades Fictícias Unipessoais

Estatisticamente, o tipo societário mais utilizado é o da sociedade limitada, seguido pela sociedade anônima. Os demais tipos societários apontados no nosso ordenamento estão, praticamente, em desuso.

Todavia, atualmente há um desvirtuamento na utilização da sociedade limitada em função da restrição dos riscos do patrimônio pessoal do empreendedor, que, como empresário individual, vê a totalidade de seus bens responder por dívidas constituídas no desenvolvimento da atividade empresarial e acaba por colaborar com o surgimento das sociedades fictícias, celebradas por dois sócios, mas na qual apenas um deles efetivamente participa das deliberações e no capital social.

Do total de sociedades constituídas no Brasil (8.243.449), entre os anos de 1985 e 2002, 4.059.727 têm formato de sociedade limitada, 18.807 optaram pela sociedade anônima e 4.224 são outros tipos societários sem maior relevância.¹⁴⁸

Isso não impede que a situação perdure e a lei seja ultrapassada pelos fatos. Começaram a surgir empresas com forma jurídica de sociedade limitada, para a fruição de um só indivíduo, mas com os chamados “testas de ferro”. A forma societária limitada ainda persiste, mesmo depois de concentradas, nas mãos de um único sócio as quotas.¹⁴⁹ Em face da lei brasileira exigir o capital mínimo de cem

¹⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.245-246.

¹⁴⁸ Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/?estatísticas/caep0101.html>. Acesso em 10 jun. 2013.

¹⁴⁹ CORREIA, Antônio de Arruda Ferrer. **Sociedades fictícias e unipessoais**. n.2. Coimbra, 1953, p.4-6.

salários mínimos para a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), muitos optam pela sociedade limitada, com a pluralidade fictícia.

Miguel Maria de Serpa Lopes, ao analisar esta situação, observou que não havia qualquer intenção em enganar, mas apenas em se proteger, conforme o patrimônio ia se formando. A limitação da responsabilidade do “sócio único”, pelo expediente da sociedade fictícia, pode não decorrer de intuito preconcebido de lesar terceiros; estes, por outro lado, ao negociarem com a sociedade anônima ou de responsabilidade limitada, não desconhecem o risco que correm em face do patrimônio social; não são induzidos a erro algum quanto à limitação da responsabilidade do sócio único, que para eles, como tal, inexistente. Não havendo intenção de enganar, nem terceiros enganados, poderíamos sustentar que a sociedade fictícia não configura negócio jurídico anulável, pois se equipara à figura da simulação inocente.¹⁵⁰

Sylvio Marcondes esclarece que, embora não exista a intenção de enganar, as sociedades fictícias significam fraude à lei e são, portanto, ato nulo. Esclarece ainda que os próprios empresários buscavam alternativas para driblar o risco do investimento, adotando medidas contrárias à lei. Isso efetivamente não pode perdurar, haja vista que o Direito deve refletir os anseios sociais, econômicos e políticos de determinada sociedade, não se colocando à margem nem deixando a situação à deriva não deve o legislador enrijecer o texto legal tornando quando muito ineficaz ou até mesmo passível de fraude.

Importante a iniciativa legislativa brasileira por meio da Lei 12.441/11, ao inserir a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), que traz a responsabilidade limitada para a unipessoalidade. Ademais, não nos parece correto deixar os próprios particulares, no caso os empresários, procurarem a limitação dos riscos por meio de desvios quando o legislador pode criar uma solução transparente e de acordo com a realidade.

O direito constituído, ao reconhecer sucessivamente formas restritivas do princípio da responsabilidade ilimitada, atendeu à solicitação de fatos da economia, mas não saiu do terreno das atividades realizadas em sociedade. Ora, se a lei, por autorizar limites à responsabilidade, admite a existência de um interesse social na limitação do risco, esse mesmo interesse se manifesta nos

¹⁵⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. v.1, Rio de Janeiro, 1953, p. 351.

empreendimentos individuais e explica o desejo de uma solução adequada para delimitar o risco e a responsabilidade do comerciante singular.¹⁵¹

3.4 Modelo Atual da EIRELI e suas principais características

A Lei entrou em vigor e sua integração no ordenamento jurídico parece já apresentar aspectos controvertidos, tanto que já está no Congresso Nacional projeto para alteração da Lei nº 12.441/11.

Evidentemente mudanças sempre provocam incômodos por retirarem pessoas da zona de conforto, acomodadas com seus próprios conceitos e dogmas, que não podem se transformar em âncoras que impeçam novas adaptações. Salutar lembrarmos Carvalho de Mendonça, quando recebeu com pessimismo a nova Sociedade Limitada, figura já enraizada em nosso ordenamento e que teve absoluta receptividade até hoje, mas à época sofreram fortes críticas.

A admissão dessas sociedades romperia a tradição, perturbaria o nosso sistema e não traria outras vantagens mais positivas, além das que oferecem as sociedades anônimas e as comanditárias. [...] Essas sociedades reúnem as economias particulares com o fim da restituição dos capitais. Mediante o recebimento de contribuições ou entradas periódicas ou de uma só entrada, elas obrigam-se a pagar a cada um dos aderentes certa quantia no fim de determinado tempo. Para conseguir esse resultado empregam, por sua conta, os capitais que aceitam, percebendo rendas ou juros mais ou menos elevados.¹⁵²

Nesse sentido, apenas por essa experiência de alguns anos, verificamos que o Direito se desenvolveu com o debate e aplicação a respeito da sociedade limitada e esse é exatamente o objetivo da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) embora existam opositores enraizados em seus conceitos. E em tão pouco período de vigência da Lei, a Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) registrou, no primeiro trimestre de 2013, 2.087 EIRELIs, o que representa 4,29% do total de 48.605 novas empresas criadas no período.

¹⁵¹ Id., *Ibid.*, p.47.

¹⁵² MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro I: Dos atos do comércio. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.58.

Segundo a notícia, publicada em abril de 2013, em março foram constituídas 2.774 empresas do novo modelo no país¹⁵³.

Mesmo com seus 'tropeços', a lei está em vigor e vem em boa hora. Na Europa, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) existe há muitos anos e também vem sofrendo transformações, especialmente relacionadas à crise financeira que assola o continente europeu neste momento. A cada instante surgem novos desafios que poderão servir como exemplos para que o Brasil não cometa os mesmos erros ali experimentados.

Enfim, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) demonstra um grande avanço na legislação brasileira, ao colocar em evidência o incentivo e a preocupação com a iniciativa privada, otimizando o potencial econômico do país.

O modelo atual brasileiro está descrito no artigo 980-A, segundo o qual a EIRELI será formada por uma única pessoa titular do capital social integralizado, no mínimo de cem vezes o salário mínimo. Sobre a dúvida de poder ou não ser constituída por pessoa jurídica e demais questões omitidas no texto legal, que discutiremos a seguir.

Assim, numa primeira análise preliminar pelo fato do legislador ter sido singelo ao elaborar esta modalidade de organização da atividade empresarial, surgiram muitas dúvidas e controvérsias sobre as quais se pretende oferecer algumas alternativas que devem servir como início de debate para o assentamento desta nova modalidade instituída para desempenho da atividade empresarial.

3.5 A separação patrimonial e o limite da responsabilidade da personalidade jurídica

Ao analisarmos a jurisprudência atual, percebemos que o princípio da autonomia patrimonial e da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade estão sendo aplicados equivocadamente.

A jurisprudência acerca dos direitos do consumidor, sem atender ao artigo 50 do Código Civil, determina a desconsideração da personalidade jurídica,

¹⁵³ Notícia publicada pela Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp). Disponível em: http://www.jucesp.fazenda.sp.gov.br/institucional_noticias_eireli_total.php. Acesso em: 10 jun. 2013.

longe de qualquer pudor e respeito à legislação, na medida em que aplica a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual a simples inadimplência autoriza a invasão no patrimônio pessoal, face à vulnerabilidade do consumidor.¹⁵⁴

Em pior situação estão os julgados de primeira instância na esfera trabalhista, que inadvertidamente invadem sem qualquer cuidado ou pudor os bens particulares dos sócios pelas dívidas sociais, em flagrante desrespeito à lei e aos princípios aos quais abordamos¹⁵⁵, alicerçando-se em outros que afirmam ser de ordem social, mas que na verdade representam privilégio individual, em detrimento dos demais trabalhadores.

Veza ou outra encontramos decisões esparsas que efetivamente respeitam ao disposto no artigo 50 do Código Civil. São aquelas nas quais se forem nomeados bens à penhora por parte da empresa executada, não há que se invadir o patrimônio particular dos sócios¹⁵⁶, justificando esse procedimento apenas em caso de abuso de direito, mas que infelizmente representam minoria.

¹⁵⁴AGRAVO DE INSTRUMENTO.CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.Obstáculo ao ressarcimento de danos ao consumidor. Relação de consumo.Aplicação do art. 28, § 5º, do CDC. Teoria Menor da Desconsideração. Sócio minoritário, detentor de apenas 1% das cotas e sem poder de administração. Responsabilidade pessoal, mas subsidiária em relação ao sócio administrador, que exercia os poderes de gestão da empresa. Interpretação à luz da excepcionalidade da medida e do Enunciado nº 7 do CJF. Conformação da Teoria Menor aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Excesso de execução reconhecido. Afastados dos cálculos a cobrança de valores abrangidos pela gratuidade de justiça. Alegação de impenhorabilidade de bem de família rejeitada, porquanto determinada apenas penhora sobre direitos hereditários. Decisão parcialmente reformada. RECURSO PROVIDO EM PARTE (TJSP, Agravo de Instrumento nº 4012757020108260000 SP, Relator: Paulo Alcides, julgado em 16/12/2010).

¹⁵⁵ “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. CITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO DEVEDOR. 1. Não procede a alegada nulidade da citação, visto que a Corte de origem consignou que esta ocorreu validamente, tanto que a executada indicou bens à penhora, rejeitados pela exequente, sendo certo que não foram encontrados outros bens da pessoa jurídica, razão por que a execução voltou-se contra o patrimônio pessoal dos sócios. 2. A aplicação da teoria da despersonalização advém do descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho e da falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. Correta a constrição dos bens da ora agravante, considerando sua condição de sócia da executada durante a relação de emprego da autora, bem como a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução, conforme salientado na decisão proferida pelo Tribunal Regional. Agravo de Instrumento a que se nega provimento”. (TRT 15 Processo: AIRR - 262840-52.2000.5.02.0076 Data de Julgamento: 18/08/2010, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/08/2010)

¹⁵⁶ Voto do desembargador Eurico Cruz Neto: “(...) A desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa somente se justifica quando há prova incontestável de que os sócios agiram com abuso” (artigo 50 do CC).

Durante toda a instrução processual não restou demonstrado qualquer elemento de prova que pudesse atestar a inidoneidade financeira do primeiro reclamado e nem que os seus sócios estivessem agindo de forma a dilapidar-lhe o patrimônio.

Por óbvio que os créditos trabalhistas devem ser privilegiados. Contudo, a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa deve observar os requisitos legais, sob pena de aniquilarmos o conceito de pessoa jurídica. (...)” (TRT 15ª Região, Recurso Ordinário nº: 0942-2008-097-15-00-1, Relator: Desembargador Enrico Cruz Neto, julgado em: 01/09/2009)

Nas questões tributárias, existe solidariedade entre empresa e sócio-administrador, desde que estes últimos tenham praticado atos com excesso de poder ou em afronta à lei. Merece nosso destaque o fato de que a desconsideração é aplicada corretamente nos termos do artigo 50 do Código Civil.

Enfim, o problema mais sério e evidente parece realmente envolver a esfera trabalhista, que além de se destacar pelas decisões jurisprudenciais vem celebrando convênios para proceder a penhoras *on-line* e com o apoio da Receita Federal para acessar dados pessoais e quebrar o sigilo bancário porque segundo a ótica deste segmento isto melhora a prestação jurisdicional.

Conforme Fábio Ulhoa Coelho, é preciso que o Princípio da Autonomia Patrimonial tenha prestígio:

Se o direito brasileiro não prestigiar o princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias, de um lado, os investigadores tradicionais não se sentirão suficientemente atraídos pelo ambiente negocial em nosso país e, de outro, os produtos ou serviços fornecidos por *risk makers* acabarão contribuindo para a carestia e inflação. Desse modo, interessa não somente aos sócios das sociedades empresárias a aplicação, pelo Poder Judiciário, do princípio da autonomia patrimonial, mas a toda a coletividade.¹⁵⁷

Portanto parece não haver mais o que esperar. A sociedade sente os reflexos deste desequilíbrio, o que merece atenção redobrada dedicada ao assunto por parte dos operadores do Direito, e por atualmente os valores refletirem uma forte preocupação de ordem social, fica evidente que a proteção ao capital particular também reflete na proteção da coletividade.

3.6 Contexto de emergência da limitação da responsabilidade na unipessoalidade societária

Adotar a unipessoalidade societária passou a ser importante diante do enfraquecimento do exercício da atividade empresarial praticada individualmente, não apenas em decorrência da perda da autonomia patrimonial, mas principalmente pelo fortalecimento da empresa como uma fonte indispensável de desenvolvimento econômico e tecnológico.

¹⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial**: o novo direito comercial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.43.

As sociedades fictícias ganharam espaço diante do fato de que pessoas passaram a se associar apenas com o objetivo de garantir a autonomia patrimonial. Fazem-no dessa forma apenas para cumprir o formalismo legal, sem estarem efetivamente unidas com o objetivo de empreenderem.

Diante da permissão do artigo 1033 do Código Civil, o qual prevê a unipessoalidade temporária, muitas sociedades limitadas permanecem além do prazo permissivo previsto no artigo 1033, VI do Código Civil de 180 dias, com um único sócio, numa posição de irregularidade, frágeis quanto à confusão patrimonial e totalmente expostos em relação a isto.

Assim, os institutos da sociedade e do empresário individual não eram adequados àquele que sozinho buscava ativar-se na atividade empresarial, ora porque absorvido pela confusão patrimonial, ora porque celebrava as sociedades fictícias, que mantinham em seu quadro sócios com participação societária mínima apenas para cumprir o requisito formal.

A limitação da responsabilidade para a atividade empresarial explorada de forma individual surgia com naturalidade e era pautada pelas necessidades econômicas e sociais visto que a atividade empresarial exige sempre inovações nas negociações. Segundo Ricardo Alberto Santos Costa, admitir a limitação da responsabilidade na unipessoalidade incitaria lançar novos postos de trabalho nos setores econômicos dominados pela pequena empresa que advêm das regiões mais pobres. Isto proporciona reflexos positivos no volume de negócios e resulta progresso nacional e satisfação social.

O dinamismo da atividade empresarial reclama pelo aumento de investimentos e principalmente o pequeno empresário, que sozinho precisa ter garantias para assegurar-se de sua própria sobrevivência.

A evolução histórica do instituto da responsabilidade demonstra que inicialmente o devedor pagava com a sua vida ou liberdade sua e de seus parentes, depois com o desapossamento de bens sociais e pessoais, a exemplo do que dispõe a Lei das XII Tábuas nº 9 e o Código de Hamurabi art. 117.¹⁵⁸ Mas, com o passar do tempo, importância foi dada para separar os bens utilizados na atividade empresarial daqueles destinados à sua vida familiar e individual. Esta postura

¹⁵⁸ PRADO, Antonio Orlando de Almeida Prado (organizador). **Código de Hamurabi: Lei das XII Tábuas – Manual dos inquisidores – Lei do Talião**. Florianópolis: Conceito, 2007. p.61 e 28.

mereceu mais atenção do legislador porque além de proporcionar segurança ao investidor, tem o objetivo de encorajá-lo para a manutenção dos investimentos.

A limitação da responsabilidade surge como um importante estímulo à atividade empresarial, face ao seu dinamismo, constante desenvolvimento e adequação às necessidades sociais, proporcionando ao pequeno empresário ou àquele que pretende ativar-se sozinho, mais segurança e melhor desempenho em uma atividade de risco.

A ideia de construir um modelo, no qual a única pessoa à frente da atividade pudesse limitar sua responsabilidade, sempre teve resistências e chegou a ser encarado como uma ruptura ética dos negócios. Segundo Duque Dominquéz “inadmissível sob o ponto de vista da correção ética, incompatível com os princípios da Constituição econômico-social e prejudicial para o próprio funcionamento da empresa individual.”¹⁵⁹

Parecia-nos que a vontade e a lisura não eram suficientes para proporcionar meios seguros à prática da atividade empresarial e somente a união entre pessoas poderia garantir tal assertiva.

A maior exigência era por uma estrutura jurídica sólida que proporcionasse segurança ao empresário e aos credores. Isto porque cresce cada vez mais a proliferação de sociedades constituídas com *homens-de-palha*¹⁶⁰, figurantes que tornam possível a pluralidade societária. Ainda hoje essa prática subsiste em razão do elevado patamar do capital social estabelecido pela lei 12.441/11 (EIRELI) – de 100 (cem) salários mínimos – enquanto para a Sociedade Limitada não há qualquer exigência a esse respeito.

Era necessário mudar diante da exigência do patrimônio individual e também útil, face ao interesse público quanto ao lançamento de novos negócios. Estes, pela novidade, volume e risco não se concretizavam, a não ser por uma estrutura escusa e clandestina, como as sociedades fictícias.

Assim, tornou-se indispensável a regulamentação da responsabilidade limitada unipessoal como um meio idôneo, mesmo porque o grande entrave da

¹⁵⁹ Apud COSTA, Ricardo Alberto. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 139.

¹⁶⁰ COSTA, Ricardo Alberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 156.

pluripessoalidade é a utilidade prática em buscar a vontade comum, o que evidentemente, supera a individual.

Enfim, não é o número de pessoas que garante a segurança aos negócios, mas a lisura e o comprometimento no momento em que são celebrados.

3.7 Conveniência do Instituto e sua função social

A conveniência do instituto se reflete na edição da Lei 12.441/2011, que trata da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada). Para atender aos anseios da sociedade empresarial, ela busca uma alternativa para a atividade ser exercida por uma única pessoa, mas com responsabilidade limitada, sem invadir o patrimônio pessoal por dívidas da pessoa jurídica.

A EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) ganha relevância num ambiente econômico propício no qual existe uma crise constante afetando o mundo, diante dos cuidados que a atividade empresarial demanda e em especial face às sociedades fictícias, que com o fim único e exclusivo de atender a um dispositivo legal acerca da pluralidade de sócios, acabaram por concentrar o poder e a administração numa única pessoa para garantir a autonomia patrimonial. Na verdade, esse procedimento acabou sendo uma saída insegura e de fácil constatação para a quebra da inviolabilidade do patrimônio pessoal.

Até o momento o Brasil somente conhecia dois mecanismos: o do Empresário Individual (com a conseqüente confusão patrimonial) e o do Direito Societário na Sociedade Limitada (com a recepção da autonomia patrimonial) ou sociedade anônima. Ambos engessam a oportunidade de pequenos investidores quando pretendem explorar a atividade empresarial, ora porque demandavam altos investimentos, ora por complexas formalidades de ordem administrativa.

Interpretações atribuídas pelos órgãos executores do registro desta nova modalidade já apresentam equívocos primários, o que poderá comprometer o sucesso do instituto, levando-o à sua inutilização e deixando margem para a ineficácia da lei.

Inicialmente a matéria parece ser de simples compreensão, a fim de trazer uma nova opção de estrutura para a atividade empresarial, mas sua interpretação e aplicação está trazendo entraves que afastam o investidor, que

continua optando por constituir sociedades limitadas e correr os riscos já mencionados.

Importante salientarmos que o risco sempre fará parte da atividade empresarial, mas a preocupação nessa nova forma de organização é limitá-lo a uma parcela do patrimônio do único sócio, dando-lhe segurança para embrenhar-se na atividade empresarial.

Verificamos que a vida econômica proporcionou o aparecimento de grupos exploradores da atividade empresarial organizados sob a forma de sociedade, em grandes ou pequenas estruturas, como as sociedades anônimas e as limitadas, ao mesmo tempo em que também disciplinou a exploração da atividade empresarial por um único indivíduo, mas comprometendo todo o seu patrimônio pessoal.

O risco existe e, sendo a organização composta por um único indivíduo, passa a ser integral e envolve todo o patrimônio individual. Porém, diante dessa nova figura, reabre-se uma porta aos pequenos investidores para atrair o capital e incentivar as pequenas atividades, que representam a mola propulsora do desenvolvimento econômico, em especial no Brasil, um país marcado por grandes contrastes econômicos.

Alguns doutrinadores clássicos, como Waldemar Ferreira entendem que a responsabilidade do investidor deve ser integral, pois aquele que se atira para a atividade empresarial deve ter em mente que o negócio depende dele integralmente e o limite da responsabilidade é o limite de sua força patrimonial.

[...] Pouco importa que se trate de pessoa natural ou de pessoa jurídica. De certo modo, pode-se dizer que todo o mundo responde limitadamente pelas dívidas que assume e o limite dessa responsabilidade alcança os limites de sua força patrimonial.¹⁶¹

De forma bastante agressiva, este posicionamento coloca o responsável pela atividade como o único responsável pelo processo produtivo, atingindo toda a sua força patrimonial. No entanto, a atenção deve se voltar para o fato de que a empresa como uma atividade envolve todos os que participam do processo de circulação de riquezas; a fonte produtora é uma só e quem se relaciona

¹⁶¹ FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial**. 3.ed. vol.1. São Paulo: Freitas Bastos, 1951, p.171.

com ela é corresponsável, não podendo ser atribuída a responsabilidade única e exclusivamente ao seu titular.

Para Ferreira, o comerciante deve ser previdente e controlar os riscos, uma vez que o investimento está sob a sua responsabilidade:

Quem se obriga vincula todos os seus bens. Eis o princípio geral de direito... Quem, portanto, não queira obrigar todo o seu patrimônio pelas dívidas recorrentes de sua atividade mercantil ou industrial, que seja previdente. Destine e reserve, como chefe de família, um prédio para domicílio dessa, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as provenientes dos impostos relativos ao mesmo prédio.¹⁶¹

Atualmente a sobrevivência da atividade empresarial depende de investimentos, distancia-se do aspecto pessoal, pois não é mais relevante ter determinada pessoa à frente do investimento, mas possuir investimentos que mantenham a circulação de riquezas. O titular da atividade empresarial não pode ser o único a suportar os percalços, pois ele não é o único também a suportar os louros, já que todos usufruem do benefício da atividade empresarial, direta ou indiretamente. As lições de Asquini ao discorrer sobre o perfil corporativo deixa evidente que a empresa é uma organização de pessoas ligadas entre si por várias relações individuais, mas que formam na verdade um núcleo social organizado para obter melhor resultado econômico¹⁶². Assim, o risco deve ser compartilhado entre todos e não só suportado pelo empresário, que é apenas um dos componentes.

É verdade que Fábio Ulhoa Coelho esclarece que o risco é inerente à atividade econômica, mas não pode servir como um escudo ao empresário para se furtar a cumprir suas obrigações:

A inerência do risco da empresa, esclareça-se, não pode servir de escusa para o empresário furtar-se à suas responsabilidades. [...] Esse princípio embasa, também, o instituto da recuperação judicial. Sempre que um empresário lança mão deste recurso, é inevitável que seus credores e toda a coletividade suportem os respectivos 'custos'. [...] Sendo o risco inerente a qualquer empreendimento, não se pode imputar exclusivamente ao empresário a responsabilidade pelas crises da empresa.¹⁶³

¹⁶² ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 104. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 117.

¹⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial**: o novo direito comercial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.56.

A questão diz respeito, portanto, em respeitar o princípio da autonomia patrimonial, segundo o qual os bens, direitos, obrigações da pessoa jurídica não se confundem com a de seus membros e também que não use o empresário de desculpas para não cumprir com suas obrigações. Até o momento, o Direito Brasileiro dispunha apenas de dois mecanismos: a pluralidade de pessoas no Direito Societário e o Empresário Individual, sendo que, neste último, existe uma evidente confusão patrimonial que decorre do próprio texto legislativo. O que se busca é o equilíbrio nas relações, deixando claro que a atividade empresarial não pode pagar pelas mazelas sociais.

A partir da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) o princípio da autonomia patrimonial se sobrepõe pois representa uma técnica de segregação de riscos, já que o investidor deve ser atraído para permanecer gerando empregos e riquezas. Assim entende Fabio Ulhoa Coelho:

Como técnica de segregação de riscos, a autonomia patrimonial das sociedades empresárias é um dos mais importantes instrumentos de atração de investimentos na economia globalizada. Trata-se de expediente que, em última instância, aproveita toda a coletividade, como proteção do investimento. A segregação dos riscos motiva e atrai novos investimentos por poupar o investidor de perdas elevadas ou totais, em caso de insucesso da empresa. [...] Afinal, se o fato de empresa não prosperar e vir a experimentar perdas que acabem por levá-la à quebra, num determinado país, colocar em risco a totalidade do patrimônio do investidor (e não somente o que investiu no infeliz negócio), é provável que ele opte por direcionar seu capital para outro lugar.¹⁶⁴

Mesmo sendo o risco inerente à atividade empresarial, o princípio da autonomia patrimonial representa a mola propulsora do crédito e da segurança nas relações econômicas, portanto o Direito deve buscar mecanismos para diminuir esse risco. A EIRELI é um deles, pois dá oportunidade ao pequeno investidor, individualmente, mesmo com poucos recursos de se sentir atraído e seguro para se dedicar à atividade empresarial.

A atividade econômica desencadeia a circulação da riqueza e representa o destino de pessoas para atenderem às suas necessidades. A atividade empresarial reflete-se na circulação e produção de bens e serviços, o que além de

¹⁶⁴ **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial:** o novo direito comercial brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80-82.

satisfazer as necessidades básicas das pessoas também abre várias oportunidades de emprego.

Assim, merece a atenção e o respeito do Estado o seu desenvolvimento e o seu aperfeiçoamento especialmente em relação ao heróico ato de quem desempenha a atividade empresarial sozinho. A atividade empresária, afinal, envolve a segregação de riscos, a fim de proporcionar à toda coletividade melhora na condição de vida, além de resgatar a dignidade da pessoa humana e isso não é imoral e muito menos ilegal. Deve ser pautada pelo respeito ao meio ambiente, ao trabalhador e ao consumidor, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal e merece por parte das autoridades atenção para que se ofereçam subsídios e garantias àquele que se pauta por essas diretrizes.

Conforme assinala Rachel Sztajn¹⁶⁵, a empresa é mais que pessoas diretamente ligadas, pois as relações externas das companhias inclui credores involuntários, pessoas e comunidades que sofrem os efeitos da atividade, especialmente em relação aos direitos de solidariedade, de ordem ética e moral (não legal) que têm como contrapartida a responsabilidade social. A expressão é empregada em sentido amplo para abarcar não só as pessoas diretamente ligadas à sociedade ou empresa, no entender de alguns, mas também quem, por qualquer forma, possa ser atingido pelo resultado de atividades econômicas desenvolvidas no e para o mercado.

É certo que não esperamos atos altruístas por parte daquele que desempenha a atividade empresarial, já que a sua tarefa é proteger e desenvolver a empresa. Mas desejamos que atinja resultados macros para também atingir os micros, como o de gerar empregos indiretos, conforme assinala Comparato:

A função social da empresa é representada por um princípio e, portanto, com feições deonticas, impondo um dever-poder e está intimamente ligada à atividade exercida para a exploração do objeto social e a consecução dos seus fins. Trata-se, portanto, de uma norma que está intimamente ligada à finalidade precípua da sociedade.

Já a responsabilidade social da empresa não é obrigatória, decorrendo de uma justiça social, que não estão ligados, necessariamente, ao objeto da sociedade empresária. A prática de atos dessa natureza podem, em certa medida, se contrapor à consecução do objeto social. E como os interesses dos investidores é um dos interesses que necessitam ser harmonizados, a prática de atos altruístas, além de serem facultativos, devem ser

¹⁶⁵ SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. **Revista de Direito Mercantil**. n.114.São Paulo: Malheiros, ano XXXVII, abril/junho de 1999, p.34.

restringidos quando se chocarem com a obrigação de atendimento aos demais interesses inerentes à atividade empresarial explorada, tais como a sua própria sobrevivência.¹⁶⁶

Relevante despertarmos a sociedade para o fato de que a empresa é importante para todos, ou seja, sua função não é particular, é social, porque proporciona a existência de meios tecnológicos sofisticados a gêneros de subsistência. Para Fábio Konder Comparato:

O reconhecimento claro e consequente de que controle empresarial não é propriedade implica uma verdadeira revolução copernicana no estatuto da empresa, que passa de objeto a sujeito de direito. Com essa substituição do centro de gravidade, é o empresário que deve servir à empresa, e não o contrário.¹⁶⁷

Algumas das implicações da empresa mencionadas nesta exposição: a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.¹⁶⁸ Vemos que a atividade empresarial chega a aproximar-se de uma função pública, pois a partir do momento que está inserida no mercado, tem um forte compromisso social a cumprir.

3.8 Princípio da autonomia patrimonial e a EIRELI

Fábio Konder Comparato expõe sobre os graus nos quais se apresenta e como deve ser aplicado o princípio da autonomia patrimonial para evitar distorções:

Essa separação patrimonial comporta graus, ela não é idêntica e uniforme em todos os casos. Mais acusada nas sociedades anônimas, em que o acionista não responde pelos débitos sociais, apresenta-se, ao contrário, mais atenuada naqueles tipos societários em que uma categoria de sócios, ou todos eles, respondem pelas dívidas da sociedade.

¹⁶⁶ SOUSA, Marcos Andrey de. **A construção da cota de sociedade empresária limitada**. São Paulo: PUC-SP, 2009, p. 146.

¹⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.21.

¹⁶⁸ Id., *Ibid.*, p. 34.

Ademais, em qualquer hipótese, essa separação patrimonial – causa do negócio de sociedade – obedece a certos pressupostos formais e substanciais, como o arquivamento dos atos constitutivos no registro público, ou a pluralidade de sócios.¹⁶⁹

Com a EIRELI, através da Lei nº 12.441/2002, a pluralidade de sócios deixou de ser requisito indispensável para a autonomia patrimonial, o que evidentemente demonstra a atenção do legislador aos anseios sociais.

O verdadeiro significado do princípio da autonomia patrimonial bem como o da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais e a maneira de se refletir nas exigências do mercado é importante para garantir a segurança ao investidor.

Até pouco tempo justificou-se a forma como era aplicado pelas regras do neoliberalismo mediante valores estabelecidos. Sua principal função era garantir a independência e a limitação do patrimônio dos investidores e assim o direito de mantê-lo intacto. A invasão no patrimônio dos sócios só é possível diante da afronta à lei, ao contrato ou nos casos envolvendo fraude comprovada. Numa visão individualista e apoiada na proteção do direito da propriedade, até então, a prevalência deste princípio não era tão contestada.

Atualmente o cenário é bem diferente, já que diante dos credores não negociáveis, as decisões dos tribunais vêm trazendo certo desequilíbrio com a invasão desordenada no patrimônio dos sócios, sem qualquer critério. Todavia, os próprios valores sociais é que devem fortalecer o princípio da autonomia patrimonial em detrimento de uma postura individualista. Já esclarecemos que os meios de produção nas mãos do empresário devem ser utilizados em benefício da sociedade e não contra ela. Por esta razão ao empresário responsável coerente com o seu investimento nada mais justo, que não dizer legal, o respeito a seu patrimônio, pois isso representa a garantia a preceitos e valores sociais.

Esses princípios vêm sendo colocados de lado, muitas vezes, desprestigiados ou abandonados, o que por si só afasta a vinda e a manutenção de novos investidores responsáveis e fiéis à atividade empresarial.

¹⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 281-282.

Ocorre que o Direito Comercial como tecnologia¹⁷⁰ somente se justifica desde que seus princípios estejam fortalecidos. Por esta razão, é o momento de buscarmos novos caminhos entre os valores emergentes da sociedade para solidificá-lo como ciência e manter a importância da sua aplicação relacionada e conjugada aos valores já consagrados por outros ramos do Direito.

Importante demonstrarmos que os princípios da autonomia patrimonial e da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais são importantes para manter os investimentos do setor privado, o que garantirá a sobrevivência do empresário em sociedade ou individualmente.

Não podemos esquecer que o homem precisa de normas que garantam sua tranquilidade no convívio social e especialmente lhe proporcione adquirir bens necessários à sua sobrevivência, cada vez mais sofisticados, com os quais a sociedade não só se acostumou mas passou a exigí-los.

Diante da evolução tecnológica que assolou o mundo de maneira assustadora, é importante que o Brasil, ao sair da condição de país emergente, fique atento e garanta o equilíbrio das suas relações sociais e econômicas.

Se por um lado existem fortes investimentos na área tecnológica, por outro vemos a aproximação de um momento de tensão relativo, por exemplo, às mudanças climáticas que geram grandes catástrofes e fortes impactos ambientais, sociais e econômicos. Num curto espaço de tempo, o homem irá disputar água e comida e não mais bens sofisticados tecnologicamente. É preciso termos consciência que a humanidade caminha a passos largos para uma era de escassez e por essa razão, é importante valorizarmos o Direito, especialmente o Direito Comercial que deve fortalecer a adoção de medidas protetivas ao empresário, em especial ao pequeno empresário e mais ainda àquele que sozinho busca na atividade empresarial o seu verdadeiro ofício. Isto porque todos os bens advêm da atividade empresarial, inclusive e especialmente os que garantem a subsistência.

É o empresário quem investe e integra o contexto social; como peça indispensável na busca em realizar o bem comum, proporcionar meios para todos desenvolverem suas habilidades. Nunca é tarde para chamarmos à realidade o fato

¹⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: O Direito comercial e a disciplina da atividade econômica. v.1.São Paulo: Saraiva, 2011.

de que o empresário também tem sua quota-parte, no que se refere à responsabilidade social.

Providências demandam muita pesquisa, capital e trabalho, que se encontram no setor privado, pois o estatal está saturado e estagnado. Assim, as políticas públicas podem refletir incentivos e proteção a esse setor, que já está capacitado para atender às demandas emergenciais, em perfeita consonância com a responsabilidade social.

O mundo parece estar carente de investimentos que representem a mais simples garantia de sobrevivência do ser humano e um dos agentes mais importantes, nesse contexto, é o empresário, responsável pela circulação de riquezas e gerador de vários recursos, os quais o poder público não consegue atender. Todavia, ambos devem ter um objetivo comum, que é o de contribuir para a sustentabilidade ao realizar ações coordenadas e negócios sustentáveis, com foco nas necessidades das áreas de maior vulnerabilidade, melhorando assim a qualidade de vida da população.

Especialmente no Brasil, é necessário o engajamento não só das autoridades públicas, mas um envolvimento social de maior envergadura para suportar essas dificuldades.

O Direito visa equilibrar as relações sociais, uma vez que suas normas representam a proteção de valores consagrados pela sociedade. Assim, importante deve ser a proteção da atividade empresarial, cujo papel é significativo nesse contexto. O Estado não tem como suprir todas as deficiências e necessidades, principalmente em situações de risco acentuado, como no caso de fortes impactos causados pelas mudanças climáticas. Aliamos a isto o fato de que o Brasil, por ter um patrimônio ecológico inigualável e terras disponíveis ao agronegócio poder gerar riqueza com grande facilidade.

O Direito como ponto de equilíbrio às relações sociais está enfraquecido e poderá desembocar no desequilíbrio se não dedicarmos atenção para o fortalecimento dos princípios que norteiam a interpretação dos valores sociais efetivos.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “cada ramo jurídico assenta-se em valores próprios traduzidos pelos seus princípios.”¹⁷¹ Ao chamar a atenção para o fato de que os valores do Direito Comercial estão esgarçados e merecem reflexão e análise, destaca ideias e mecanismos que justificam a aplicação de princípios, diante do novo quadro em constante modificação .

Por fim, pretendemos demonstrar que fortalecidos esses princípios, os agentes estarão motivados a continuar investindo e também a aumentar os investimentos, garantir preços justos e produtos de melhor qualidade proporcionando uma sociedade mais justa e com melhor qualidade de vida. São os empresários os verdadeiros responsáveis não só pelos avanços tecnológicos mas também pela sobrevivência do ser humano ao garantirem os itens de subsistência, especialmente em situações que envolvem perigo e catástrofes.

Em relação ao princípio da autonomia patrimonial, seu papel no panorama brasileiro é proporcionar a certeza de que os investimentos serão mantidos, dando segurança àquele que o faz de forma solitária, sem outro sócio, como é o caso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Não podemos enxergar quem detém o capital como um explorador implacável, uma vez que a função social é que permeia os objetivos do Direito Comercial.

Eunápio Borges oferece seu ponto de vista a respeito da divisão entre o patrimônio do sócio e o da sociedade:

Direitos ou dívidas da sociedade não são dívidas ou direitos dos sócios. Não pode o credor de um sócio compensar com a dívida deste a sua dívida para com a sociedade. Do mesmo modo que um sócio não pode furtar-se ao pagamento de que deve a terceiro porque este, por sua vez, seja devedor da sociedade.

Tão distinta, aos olhos da lei, é a sociedade, de todos e de cada um dos sócios, como distintos são os sócios uns dos outros ou de qualquer pessoa estranha à sociedade: *universitas distat a singulis*.

E', aliás, o que já se afirmava Ulpiano em texto célebre: “Si quid universitati debetur, singulis no debetur, nec quod debet universitas, singuli debent”., isto é, se alguma coisa é devida à *universitas* (à pessoa jurídica), não o é aos sócios, isoladamente, e o que a *universitas* deve, não é devido pelos sócios. ¹⁷²

A autonomia patrimonial representa a perfeita divisão entre o que é do sócio e o que é da sociedade.

¹⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **O Futuro do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.7.

¹⁷² BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.62.

Assim, a atividade empresarial exercida por meio da EIRELI garante a separação e a autonomia patrimonial, mesmo que exercida por uma pessoa apenas, pois trata-se de respeitar a propriedade a serviço da coletividade e não de um indivíduo apenas.

Entendemos que devem ter fim as posturas ingênuas que entendam ser a atividade empresarial egoisticamente direcionada a apenas uma pessoa. Não nos cabe adotar a postura de estudar a questão a partir de premissas individualistas. Isto porque a empresa representa uma atividade, um elo do processo de sobrevivência da sociedade, e portanto, do próprio homem.

4 DIREITO ESTRANGEIRO E A UNIPESSOALIDADE

4.1 Restrospectiva histórica

Segundo Sylvio Marcondes Machado, a primeira noção acerca da limitação da responsabilidade do comerciante individual foi com Jessel, na Inglaterra. De acordo com ele, não havia motivo para as pessoas não negociarem, livres de responsabilidade sobre determinada quantia, chegando a mencionar que não existe qualquer lei natural que possa obrigar um homem a se responsabilizar acima do limite a que se propuser:

Entre os precursores da limitação da responsabilidade em prol do comerciante singular, reiteradamente se aponta Jessel, na Inglaterra, que, em 1877, aduzindo não ver motivo para que as pessoas não possam negociar, livres de toda responsabilidade excedente de determinada soma, mediante prévia notificação dos credores, postulava: “Creio que ampliar a lei de responsabilidade limitada melhora o Direito consuetudinário, que, a meu juízo é bárbaro e inadequado a um país de alta civilização; segundo meu critério, não há nenhuma lei natural que faça responsável um homem, além do limite que tenha estipulado e dentro do qual as outras partes desejam que ele seja responsável”.¹⁷³

O autor acrescenta ainda que na primeira década do século XX, na Suíça, o tema fora colocado para juristas, entre os quais destaca-se Karl Wiland, que criticou o princípio da responsabilidade, demonstrando que a intensificação da atividade profissional e a concentração de capitais, provocaram a necessidade de se reconhecer a limitação vinculada a bens ou a um valor determinado.¹⁷⁴

O berço efetivo do instituto, todavia, se deu na Áustria, no início do século XX, por Oskar Pisko, com o estudo das “one man companies”. Daí surgiu a convicção de que a experiência se inclinava em favor de uma medida legislativa, que concedia a responsabilidade limitada ao comerciante individual.¹⁷⁵

Já segundo Marcondes, importante era que o legislador criasse uma solução adequada e transparente para impedir que o empresário buscasse eliminar os riscos por desvios ao texto normativo, criando situações contrárias à lei.

¹⁷³ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 48-49.

¹⁷⁴ Id., *ibid.*, p.49.

¹⁷⁵ Id., *ibid.*, p.51-52.

Coube, portanto, ao principado Liechtensein consagrar a unipessoalidade com o título *l'entreprise privée à responsabilité limitée*, citada como precursora por todos os manuais sobre o tema¹⁷⁶.

Na verdade, a atividade empresarial é tão arrojada, que aquele que está à frente dos negócios antecipa-se ao texto legal, pois durante toda a evolução histórica do Direito, especialmente do Direito Comercial, foi a atividade empresarial que determinou a mudança da lei.

Assim, o principado de Liechtenstein, em 1926, agregou ao seu ordenamento jurídico a Anstalt, uma espécie de estabelecimento individual com responsabilidade limitada, fruto do projeto de Oskar Pisko.

Nelson Nones, ao citar Paulo Roberto Costa Figueiredo, escreve que a Anstal “é criada por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas que desejam afetar um patrimônio na realização de uma empresa e limitar sua responsabilidade a tal patrimônio.”¹⁷⁷ E conceitua Anstalt como:

um instituto jurídico que adota a forma não societária e que permite à pessoa natural ou jurídica atuar, individualmente, na atividade empresarial com responsabilidade limitada ao patrimônio de afetação, ou seja, a um patrimônio autônomo, especificamente destinado à garantia dos credores da empresa.¹⁷⁸

Esta foi a primeira notícia que tivemos sobre a limitação da responsabilidade em relação à atividade empresarial praticada por uma única pessoa. O panorama histórico geográfico, no qual a primeira noção de unipessoalidade surgiu, demonstra a atividade empresarial do local fortalecida e em expansão.

Segundo Marcondes¹⁷⁹, o principado de Liechtenstein, fronteiro dos cantões suíços de Saint-Gall e Grosos e da província austríaca de Vorarlberg, é uma monarquia constitucional, de língua germânica, fortemente relacionada com a Áustria, no passado Localizado entre o Reno e os Alpes, tem a montanha ocupando

¹⁷⁶ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 65.

¹⁷⁷ NONES, Nelson. **A sociedade unipessoal**: uma abordagem à luz do direito italiano, espanhol e português. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>>. Acesso em: 03 abr. 2012, p.15

¹⁷⁸ Id., *Ibid.*, p.15.

¹⁷⁹ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.60.

4/5 do seu território, de 157 km², ocupado por terras de cultura (22%), pastagens (45%) e florestas (17%); dos seus 13 mil habitantes, 60% são camponeses e 8% se dedicam à indústria de tipo artesanal; na capital, Vaduz, vivem 2 mil pessoas. Embora pareça uma miniatura de Estado, um reino de opereta, nos bastidores a realidade é diferente.

Descreve ainda o autor que a importação nacional representava, em valor, o dobro da exportação; o *déficit* era coberto pelas receitas do turismo, da emissão de selos postais (elevada a verdadeira instituição nacional, no plano da filatelia) e do imposto sobre sociedades *holdings*.¹⁸⁰

O governo de Vaduz tem sempre procurado favorecer o estabelecimento da sede social de importantes sociedade em seu território, pela atração dos baixos impostos. Essas sociedades possuem um escritório ou mesmo uma simples placa à porta de uma residência particular e são consideradas como sociedades nacionais. Numerosos capitalistas alemães utilizavam essas facilidades, mas o evento do nazismo obrigou muitas sociedades à repartição de suas sedes para a Alemanha, pelo receio de terríveis sanções.¹⁸¹

Importante destacarmos que o panorama, o berço desta modalidade, pode dar margem àqueles que argumentam ser a unipessoalidade societária um artifício para fraudes. Segundo demonstra Marcondes, parece tratar-se de fato de um ambiente propício:

Por tudo isso e por ter-se constituído em organizado abrigo de refugiados do Fisco, não é difícil imaginar a significação do papel do Liechtenstein no plano econômico e comercial, a fim de admitir a importância de sua experiência jurídica, ao instituir a empresa individual com responsabilidade limitada, e compreender o exato valor do conceito, já mencionado, expresso por seu legislador:¹⁸²

“Nosso país tem, por diferentes razões, todos os motivos para justificar a criação de leis que estejam em harmonia com o desenvolvimento econômico.”¹⁸³

Aliás, a tal propósito, cabe observar com Ripert, lembrando o Grão Ducado do Luxemburgo, que “alguns Estados se mostraram particularmente acolhedores para oferecer um pouso de refúgio aos que quisessem viver sem serem devorados pelo Fisco.”¹⁸⁴

¹⁸⁰ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 60-61.

¹⁸¹ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.60.

¹⁸² MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 61-62.

¹⁸³ RIPERT, George. **Aspectos Jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Red Livros, 1947. p. 97.

¹⁸⁴ Id., *Ibid.* p.97..

A experiência histórica ressalta que a atividade não poderia parar e o cenário estava aliado ao nazismo, o que justificou a busca por novos mecanismos e ambientes para a manutenção e a solidificação dos investimentos. Mais uma vez verificamos que a atividade empresarial tem força para mudar a realidade, judicial ou social. Naturalmente buscamos novas fronteiras e mecanismos para que continue nesse caminho.

4.2 Desafios e perspectivas mundiais frente à Diretiva Europeia

A sociedade unipessoal de responsabilidade limitada já era uma realidade na França e na Alemanha. Foi então que os Estados da União Europeia decidiram elaborar algumas diretrizes para que todos os países membros ajustassem seus ordenamentos jurídicos à nova figura societária.

A *XII Diretiva* ocorreu em 21 de dezembro de 1989 e tinha como objeto orientações sobre as sociedades unipessoais, sua formação, registro e alteração. Ela retrata um meio de apaziguar as opiniões divergentes em solo europeu no que diz respeito à sociedade unipessoal:

Considerando que as reformas introduzidas em algumas legislações nacionais, no decurso dos últimos anos, com o objetivo de permitir a existência de sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, deram origem a disparidades entre as legislações dos Estados-membros; Considerando que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estados membros que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa.¹⁸⁵

Quanto à natureza dessa *Diretiva*, importante observarmos a opinião de Duque Dominguez:

A finalidade formal da Directiva é coordenar as legislações dos Estados membros, impondo um quadro mínimo de normas que eliminem, em benefício de terceiros (e de eventuais sócios futuros), as disparidades que

¹⁸⁵ DÉCIMA SEGUNDA DIRECTIVA DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS 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:31989L0667:PT:HTML>>. Acesso em 01 jul. 2012.

tenham surgido ou que puderam produzir-se no regime da sociedade de responsabilidade limitada com um único sócio.¹⁸⁶

Por fim, esclarecemos que antes dela alguns países da Europa já prescreviam em seus ordenamentos jurídicos a existência da sociedade unipessoal. Entre eles, Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Dinamarca. Após a *Diretiva*, passaram também a prescrever normas sobre esse tipo societário: a Itália, a Espanha e Portugal.

É importante distinguirmos duas ordens de ideias, pois inicialmente podemos conceber que antes da Diretiva não eram discutidas as sociedades unipessoais ou simplesmente repudiadas em Conselhos deste gênero.

Na verdade, havia em Diretivas anteriores dispositivos sobre sociedades unipessoais, mas que visavam dar a chance dela serem regularizadas como pluripessoais. Havia um consenso de que não deveria se extinguir as eventuais sociedades unipessoais, mas regularizá-las.

O que mudou com a XII Diretiva Europeia foi a reformulação de que poderiam as sociedades unipessoais existirem juridicamente sem estarem inválidas ou irregulares do ponto de vista jurídico.

Esta reformulação, entretanto, não aconteceu repentinamente nem estava na redação original da XII Diretiva. Ela é fruto de modificações posteriores, como as de 2 de julho de 1988.¹⁸⁷

O objetivo principal era unificar as legislações díspares dos países europeus para regular igualmente a situação daquele que pode movimentar ainda mais a economia, mesmo sozinho e sofrendo limitações quanto à responsabilização de seu patrimônio pessoal.

Um outro motivo subjacente à reformulação foi a desburocratização, que facilitou juridicamente a possibilidade de mais pessoas ingressarem neste tipo de sociedade.

Na verdade, a causa sempre residiu na questão econômica, pois a União Europeia seguiu uma reestruturação coadunada com a modernidade e a

¹⁸⁶ DOMINGUEZ, Justino F. Duque *apud* COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 106-128.

¹⁸⁷ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p.220.

tendência atual, considerando melhor adaptar o Direito para dinamizar a economia a estagná-la por questões jurídicas.

Em resumo, podemos afirmar que alguns dispositivos da Diretiva tentam unificar nos países-membros, a responsabilização do ponto de vista jurídico e administrativo, tanto no caso das sociedades limitadas, como nas anônimas.

Uma outra disposição da Diretiva foi permitir que originalmente nascesse a sociedade individual, assim como, no decorrer da existência de quaisquer sociedades, ela pudesse se transformar em uma.

Todavia, por mais incentivo e disposição legal que Diretiva Europeia tenha trazido e mesmo sendo considerada um símbolo, um marco no tratamento jurídico do nosso debate, a Diretiva recebeu diversas críticas e não está isenta de falhas.

Uma das mais severas refere-se à simplicidade do conceito de sociedade unipessoal, como a “sociedade de um sócio só” sem aprofundar o conceito, sem indicar se pode existir pessoa natural ou jurídica, e nem abordar a natureza jurídica do instituto, cabendo indagar se uma situação assim configura uma sociedade ou um novo modelo de pessoa jurídica.

Cada legislação nacional poderia definir o conceito mais especificamente. O art.2 da Diretiva implicitamente remete a solução aos países, mas não parece ter sido esta a mais acertada. Se o objetivo inicial era unificar as legislações para evitar conflitos na União Europeia, relegar a cada nação a possibilidade de definir legalmente o que entende sobre sociedade unipessoal parece um verdadeiro contrassenso.

Outro aspecto complexo está na omissão sobre as possíveis contradições entre as negociações do único sócio com a sua sociedade. Estas questões foram propostas originalmente, mas não apareceram na redação final do art. 4. A solução antes oferecida era que as contradições seriam aparentes e que a vontade da tradicional Assembleia Geral deveria ser substituída pela do único sócio.

188

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ, María Belén González. **La Sociedad Unipersonal en El Derecho Español**. Las Rozas /Madrid: La Ley, 2004, p. 348.

Enfim, em que pesem estas considerações, a Diretiva Europeia representa a unificação da legislação acerca da unipessoalidade societária e o fortalecimento da legislação dos Estados a ela vinculados.

4.3 Atual quadro normativo português e sua influência no Brasil

Em Portugal, a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada foi introduzida pelo Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996, que assim dispõe:

As sociedades de responsabilidade limitada são a forma por excelência escolhida pelas pequenas e médias empresas. É clara entre nós a propensão dos empresários para a utilização desse tipo de sociedades como forma de enquadramento jurídico das suas empresas. As sociedades unipessoais por quotas existem em quase todos os Estados membros da Comunidade Europeia, já por razões jurídicas, já por razões económicas. Importa introduzi-las no nosso direito das sociedades.¹⁸⁹

Por ser um tipo societário distinto dos tradicionais, a sociedade unipessoal gerou discussões, tema este também abordado pelo Decreto-Lei:

É certo que a instituição das sociedades unipessoais por quotas levantou inicialmente delicados problemas doutrinários. Não faltou quem considerasse um «absurdo» a existência legal de sociedades unipessoais. Essa dificuldade recebeu uma resposta teórica, em que a sociedade unipessoal constituiria a exceção à regra das sociedades pluripessoais. Mas importa, sobretudo, facultar às pessoas uma forma de limitação da sua responsabilidade que não passe pela constituição de sociedades fictícias, com «sócios de favor», dando azo a situações pouco claras no tecido empresarial.¹⁹⁰

E concluiu o legislador português pela criação de um novo tipo societário:¹

É ainda o reconhecimento dessa realidade que serve de primordial fundamento à presente institucionalização. Impõe-se, pois, sem abjurar, de momento, nenhuma das figuras legalmente estabelecidas, criar um novo tipo de sociedade, em que a responsabilidade do sócio único seja limitada. Sobretudo, em relação às pequenas e médias empresas, espera-se que esse novo tipo de sociedade constitua mais uma escolha que facilite a sua

¹⁸⁹ BRASIL. Legislação. Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=2545>. Acesso em 10 jun. 2013.

¹⁹⁰ Id., *Ibid.*, 1996.

legalização e uma adaptação maior ao importante papel que desempenham no tecido económico nacional.¹⁹¹

O Código das Sociedades Comerciais passou a ter em seu texto disposições sobre a sociedade unipessoal. O art. 270-a assim dispõe: “A sociedade unipessoal por quotas é constituída por um sócio único, pessoa singular ou colectiva, que é titular da totalidade do capital sócia¹⁹²”.

Quanto à firma dessa sociedade, prescreve o texto que “A firma dessas sociedades deve ser formada pela expressão 'sociedade unipessoal' ou pela palavra 'unipessoal' antes da palavra 'Limitada' ou da abreviatura 'Lda.'¹⁹³

Sobre os negócios realizados entre o sócio e a sociedade, há também uma disposição:

Artigo 270.º-F

Contrato do sócio com a sociedade unipessoal

1 - Os negócios jurídicos celebrados entre o sócio único e a sociedade devem servir a prossecução do objecto da sociedade e a respectiva autorização tem de constar da escritura de constituição da sociedade ou da escritura de alteração do contrato de sociedade ou da de aumento do capital social.

2 - Os negócios jurídicos entre o sócio único e a sociedade obedecem à forma legalmente prescrita e, em todos os casos, devem observar a forma escrita.

3 - Os documentos de que constam os negócios jurídicos celebrados pelo sócio único e a sociedade, devem ser patenteados conjuntamente com o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas; qualquer interessado pode, a todo o tempo, consultá-los na sede da sociedade.

4 - A violação do disposto nos números anteriores implica a nulidade dos negócios jurídicos celebrados e responsabiliza ilimitadamente o sócio.¹⁹⁴

Em seu trabalho, Nelson Nones concluiu que

em Portugal, existe um sistema jurídico misto, que adota tanto o estabelecimento individual de responsabilidade limitada e a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada para atender ao empresário

¹⁹¹ BRASIL. Legislação. Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=2545>. Acesso em 10 jun. 2013.

¹⁹² BRASIL. Legislação. Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=2545>. Acesso em 10 jun. 2013.

¹⁹³ BRASIL. Legislação. Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=2545>. Acesso em 10 jun. 2013.

¹⁹⁴ BRASIL. Legislação. Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=2545>. Acesso em 10 jun. 2013.

individual, quanto à sociedade unipessoal para atender a grupos empresariais¹⁹⁵

Filipe Cassiano dos Santos comenta as questões práticas no direito lusitano a respeito das “sociedades unipessoais por quotas”. Segundo ele, os comerciantes e empresários individuais respondem ilimitadamente, enquanto a limitação da responsabilização clássica acontecia apenas em sociedades pluripessoais, constituídas necessariamente por mais de uma pessoa.

Assim, aquele indivíduo que, por qualquer motivo não quisesse ou não pudesse ser sócio em uma sociedade tradicional, mas não queria enfrentar os riscos inerentes de ser empresário individual, deixava de exercer a atividade econômica e portanto, tinha menos impostos recolhidos, menos movimentação no mercado e menos postos de trabalho.

Com as alterações legislativas propostas em Portugal, na atualidade é válido juridicamente que alguém seja o único sócio numa sociedade por quotas e mesmo assim, não responda, em regra, com o seu próprio patrimônio pelas obrigações e dívidas contraídas pela sociedade.

Esta configuração nos parece bastante positiva, mas o referido Autor em contrapartida, coloca que os credores, que também são comerciantes e empresários individuais e que assumiram os riscos da responsabilidade ilimitada, se sentem muito mais desprotegidos para executar seus créditos.

Para os sócios de sociedades unipessoais que têm muitas dívidas pessoais, este tipo de sociedade pode ser muito vantajoso, mas para aquelas pessoas naturais que têm considerável patrimônio não, se costumam honrar com o pagamento de referidas dívidas.

Para ele, a limitação da responsabilidade que seria uma forma de incrementar e movimentar a economia, pode se transformar em um meio fraudulento de empresários de má-fé.

Assim, o incremento da economia com a regulamentação jurídica das sociedades unipessoais também traz prejuízos ao expor uma parte considerável de agentes que a movimentam (no caso os empresários individuais), ao risco de não

¹⁹⁵ NONES, Nelson. **A sociedade unipessoal**: uma abordagem à luz do direito italiano, espanhol e português. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>>. Acesso em: 03 abr. 2012, p.25.

receberem seus créditos, pois dependem do pagamento e isso poderia levá-los à falência.

Este motivo não nos parece suficiente para criticarmos a existência das sociedades unipessoais, mas é uma interessante reflexão sobre como uma situação jurídica pode ser paradoxal, uma vez que, simultaneamente impulsiona a economia, favorece uns e a prejudica, desfavorecendo outros.¹⁹⁶

Mas são argumentos apenas, vez que o mercado se movimenta por si só e se realmente existem os que já estejam propensos a não honrar com suas obrigações, não será qualquer legislação que impedirá tal façanha. Lembrando o Direito procura amenizar os conflitos e solucioná-los, mas não impedi-los.

O autor português Ricardo Alberto Santos Costa¹⁹⁷ traz uma explanação sobre algumas situações e questionamentos envolvendo o que no Direito lusitano é chamado de “sociedade por quotas unipessoais” (SQU). O autor considera “perplexidades” algumas situações trazidas à baila em relação à temática societária.

Alguns dizem respeito à importância econômica que a SQU assume na modernidade, outros abordam as discussões jurídicas que a unipessoalidade pode ocasionar em um meio, no qual tradicionalmente as sociedades, dentro da ótica contratualista, pressupõem a pluralidade de sócios.

Um destes debates se refere à visão, às vezes preconceituosa, de que a unipessoalidade ensejaria mais fraude a credores, algo que, precisa ser melhor redimensionado.

A abordagem começa necessariamente na constatação que o aumento da complexidade no mundo dos negócios os riscos levaram os empresários não mais desejarem desenvolver a tradicional atividade do “comerciante”, que respondia com seu próprio patrimônio pelas dívidas sociais, ilimitadamente.

Assim, o desenvolvimento de uma economia globalizada ensejou o surgimento de que muitos empresários se reuniam com mais algumas pessoas apenas sob o ponto de vista formal, como verdadeiros empresários individuais, mas cuja responsabilização estava limitada ao capital social inicialmente investido.

¹⁹⁶ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009.

¹⁹⁷ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 106-128.

Logo, em que pese toda a proibição jurídica, há uma constatação fática e inegável da existência das sociedades de “um só sócio”. Inicialmente, o que percebemos foi um abrandamento legislativo, que permitiu em alguns casos e por determinado período a unipessoalidade legalizada. Entretanto, lógico que, este fenômeno não se verificou em todas as legislações e nem teve a mesma intensidade entre elas, o que levou na década de 70 à classificação efetuada por Ferrer Correia¹⁹⁸:

- a) sistemas que se posicionavam fortemente contrários à unipessoalidade;
- b) sistemas que dissolviam de pleno direito as sociedades de pessoas e não as de capital;
- c) sistema próprio da Itália de dissolução *ipso iure*;
- d) sistema próprio da França de dissolver todas as sociedades judicialmente.

Ela centralizava o pensamento conservadorista, a ponto de dissolver de pleno direito e de forma imediata a sociedade cujas participações se concentrassem em um único sócio.

A aceitação da unipessoalidade em alguns casos e por algum momento representava um avanço em relação à sua total inaceitabilidade. Ainda assim, refletia um conservadorismo na concepção societária de uma economia de mercado, pois apenas concedia um prazo para a regularização. Entendia-se, portanto, que a unipessoalidade era um problema, uma irregularidade, um vício a ser sanado.

A concessão de prazo para regularização gerava inúmeros problemas, pois como era para ser algo apenas temporário, não trazia nenhuma normatização dos atos que poderiam ou não serem praticados na sua vigência.

Exemplo típico se refere à impossibilidade da reunião de assembleia, o que acabava conduzindo à dissolução pelo não-atendimento dos fins estatutários pela paralisação dos órgãos societários.

A ideia de que a unipessoalidade poderia ser uma situação societária começou a se fortalecer mais recentemente e ainda hoje, não está totalmente amadurecida. Em alguns países não existe ainda a possibilidade legal de sua previsão, mesmo com a sua existência fática.

¹⁹⁸ CORREIA, A. A. Ferrer. **Sociedades unipessoais de responsabilidade limitada**. Coimbra: Almedina, 2000 *apud* COSTA, Ricardo Alberto Santos.

É necessário desvincular a ideia de que ao limitar a responsabilidade, haverá necessariamente fraudes e prejuízo aos credores; a responsabilização não pode ter como escopo fraudes e crimes mas possibilitar um incremento à economia, mediante incentivo àquelas pessoas que podem muito bem desenvolvê-la, mas o fazem sozinhas.

O fortalecimento da concepção de unipessoalidade está diretamente vinculada à diminuição do risco pessoal da pessoa física do então empresário individual, o que possibilita um efetivo fomento na economia. As grandes empresas movimentam imenso capital no mundo dos negócios, mas são as micro, pequenas e médias empresas que constituem o cerne da economia. Logo, saber incentivá-las é em última instância, possibilitar um desenvolvimento econômico ímpar no contexto globalizado.

Historicamente, se referindo em tempos pretéritos, a pessoa respondia com a própria vida (ou com partes mutiladas do seu corpo) pelas suas dívidas¹⁹⁹. Posteriormente começou a responder com a privação da liberdade e atualmente responde com a parte correspondente ao capital integralizado referente às atividades econômicas que desenvolve.

Contudo, este panorama evolutivo não se aplicava (até recentemente e em muitos ordenamentos jurídicos, continua não sendo aplicado) ao empresário individual, que continuava respondendo com todo seu patrimônio pelas dívidas, ainda que exclusivamente de caráter societário.

É necessário separar os bens pessoais e familiares dos bens societários pois da mesma forma que, nesta separação jurídica de responsabilidade, a economia se desenvolve pelo estímulo conferido ao tal empresário individual, a família, fortemente protegida pelo Direito, por normas de ordem cogente, também não fica à mercê das flutuações do mercado financeiro.

Podemos considerar que a possibilidade jurídica da sociedade unipessoal culmina com a maturidade da aplicação do conceito de Responsabilidade, instituto do Direito Civil que começou com abrangência total, mas chegou à limitação coadunada com os preceitos do Direito Societário e do Direito de

¹⁹⁹ PRADO, Antonio Orlando de Almeida Prado (organizador). **Código de Hamurabi: Lei das XII Tábuas – Manual dos inquisidores – Lei do Talião**. Florianópolis: Conceito, 2007. p.61 e 28.

Família, abrangendo neste novo patamar o empresário individual que continuava à margem da limitação citada.

A base portuguesa para o Brasil foi especificamente em relação ao modelo de sociedade unipessoal por quotas, embora muito do que é adotado em Portugal não o tenha sido no Brasil, conforme trataremos adiante.

4.4 Referências do direito estrangeiro

4.4.1 Alemanha

A Alemanha foi vanguardista na inserção das sociedades com participação única cuja criação legal ocorreu pela Lei de 4 de julho de 1980. Quanto à classificação legal, nos cabe a lição de Fábio Tokars:

Boa parte da doutrina, porém, reclamava uma ampliação do sistema, para que se passasse a aceitar juridicamente as sociedades unipessoais originárias. Tal entendimento, entre outras razões, levou à edição da Lei de 4 de julho de 1980, cujo § 1º reza que “ as sociedades de responsabilidade limitada podem ser estabelecidas na conformidade das provisões desta lei, para qualquer finalidade legítima, por uma ou mais pessoas”.²⁰⁰

A legislação alemã admite duas formas de unipessoalidade: a *originária* e a *derivada*. Esta última, por sua vez, advém das seguintes situações: a) a concentração das quotas nas mãos de um único associado ou mediante transferência parcial para a própria sociedade de modo a possibilitar a constituição da *einmann-Gesellschaft* somente poderá ocorrer após três anos a contar do registro da sociedade no registro comercial (art. 19, GmbHG); b) o sócio residual deverá, dentro de três meses a contar do momento em que concentrou todas as quotas em seu poder, integralizar o que faltar do capital social ou prestar garantias do seu pagamento (art. 19, IV, GmbHG); c) os gerentes devem, imediatamente, levar a registro, para publicar um relatório denunciando a concentração das quotas nas mãos do sócio único e/ou da sociedade (art. 19, IV, GmbHG).²⁰¹

²⁰⁰ TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr, 2007, p.485.

²⁰¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. A reforma de sociedades por quotas de responsabilidade Limitada no Direito Alemão. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 71. São Paulo: RT, 1988, p. 90.

Quanto à formação original, exige-se a quota única e o capital social mínimo, mas na Alemanha é possível integralizar parcialmente, o que transforma a separação patrimonial em uma ficção, haja vista a continuidade da responsabilidade pessoal.

Na GmbH, como é conhecida na Alemanha, não é possível celebrar contratos entre o único sócio e a sociedade, pois o administrador da sociedade só tem permissão para contratar consigo mesmo se houver disposição expressa no contrato social, lavrando-se para tanto a respectiva ata.

Aplica-se à sociedade unipessoal o regime da proibição do negócio consigo mesmo, que vale para os representantes, a não ser que exista permissão em contrário. Então, neste caso, haverá nulidade do negócio em causa. Assim, o legislador informou a jurisprudência, que tradicionalmente não aplicava a estatuição do § 181 às situações de *Einmann GmbH*²⁰², por ausência de conflito de interesses possível entre representado e representante, numa notória estratégia para ampliar a proteção aos credores da sociedade unipessoal.²⁰³

Segundo Vera Helena de Mello Franco²⁰⁴, a regulamentação das sociedades unipessoais tem vantagens e desvantagens. De um modo geral, a *Einmann-GmbH*, na lei de 1980, foi bem aceita. Entre os aspectos positivos está a limitação patrimonial, a supervisão direta do proprietário e a flexibilidade da organização. Em contrapartida, a regulamentação desestimula o expediente do recurso ao que a autora denomina de “homem de palha” (*Strohmann*). Entendemos que esta forma de burla tenderá a desaparecer com o tempo. Não apenas pela sua desnecessidade, como pelo fato das medidas trazidas pela reforma terem sido desestimulantes.

Dentre as garantias necessárias para criar a sociedade unipessoal alemã estão acrescentar o capital faltante e que o administrador nomeado pode ou não ser sócio.

²⁰³ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 311.

²⁰⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. A reforma de sociedades por quotas de responsabilidade Limitada no Direito Alemão. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 71. São Paulo: RT, 1988, p.71.

Outra situação prevista pela legislação alemã sobre a sociedade unipessoal é a da sociedade plural que se torna unipessoal; nela, um dos sócios adquire todas as quotas da sociedade:

Se, no prazo de três anos após a inscrição da sociedade no registro comercial, todas as participações sociais passarem para o poder de um só sócio ou, ademais, da sociedade, o sócio terá o prazo de três meses a partir da concentração numa mão do capital social para realizar integralmente todas as entradas em dinheiro, oferecer à sociedade uma garantia suficiente para o pagamento dos montantes pendentes ou transmitir uma parte das participações sociais a um terceiro.²⁰⁵

Assim, na Alemanha, os pontos marcantes do modelo adotado são: a adoção do sistema de quota única além do único sócio e também estar impedido de celebrar negócios com a própria sociedade, salvo autorização expressa no ato constitutivo.

4.4.2 França

Na França, a *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL)* foi agregada ao direito francês com a Lei n. 85-697, de 11 de julho de 1985. Atualmente a matéria é regida pelo Code de Commerce, art. L223-1, que tem a seguinte redação: “La société a responsabilité limitée est instituée par UNE ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports”.²⁰⁶ No mesmo artigo estão descritos os requisitos para a existência da sociedade unipessoal:

Lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre. Un décret fixe un modèle de statuts types de société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance et les conditions dans lesquelles ces statuts sont portés à la connaissance de l'intéressé. Ces statuts types s'appliquent à moins que

²⁰⁵ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p.312.

²⁰⁶ CODE de Commerce. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>. Acesso em: 10 jul.2012. “A sociedade limitada é estabelecido por uma ou mais pessoas que tenham perdas apenas na medida de suas contribuições”

l'intéressé ne produise des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation de la société.²⁰⁷

O legislador francês, assim como os de outros países europeus, também colocou como requisito a publicidade sobre a unicidade da sociedade:

La société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance est soumise à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret prévoit les conditions de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.²⁰⁸

No Direito Francês, inicialmente com base na legislação de 1985, somente pode existir a participação societária em uma única sociedade. Além disto, este sócio não pode ser pessoa jurídica.

Caso estes requisitos não fossem respeitados, qualquer interessado poderá requerer sua dissolução judicialmente. Todavia, a decisão judicial apenas surtirá efeitos se tiver sido concedido prazo para a sociedade regularizar a situação.

Desde 1994, a experiência francesa cedeu e, por meio da Lei 94-106, tanto as pessoas naturais quanto as jurídicas podem instituir, sem qualquer limite, sociedades unipessoais²⁰⁹.

Não cabe no Direito Francês delegar poderes ao sócio único e todas as suas decisões são anotadas e registradas em livro próprio.

O artigo 42-2 do Decreto nº 67-236, alterado em algumas disposições pelo Decreto nº 88-909/88, dedicou particular atenção a algumas precauções quanto às sociedades formadas por uma única pessoa. Ele confirma a obrigatoriedade de apontar no livro de registro as deliberações do sócio único, prescreve que ele deve ser guardado na sede social, ser numerado e assinado por um juiz do tribunal de

²⁰⁷ Id. "Quando a empresa tem apenas uma pessoa, ele é chamado de "único". O sócio único exerce as competências da assembleia de acionistas pelas disposições deste capítulo. Um decreto estabelece um modelo de estatutos tipos de sociedade de responsabilidade limitada, cujo único accionista, pessoa singular, assumiu a gestão direta e as condições em que estes artigos são trazidos à atenção da pessoa. Estes estatutos modelo aplicável se a pessoa não produz um status diferente no seu pedido de registro de companhia"

²⁰⁸ Idem. "A sociedade de responsabilidade limitada, cujo único acionista, pessoa natural, assumiu a gestão direta está sujeita às formalidades de publicidade leves determinados por decreto em Conselho de Estado. Este decreto estabelece as condições para a inserção isenção no Boletim Oficial de anúncios civil e comercial."

²⁰⁹ CODE de Commerce. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>. Acesso 10/07/2012. "A sociedade limitada é estabelecido por uma ou mais pessoas que tenham perdas apenas na medida de suas contribuições"

comércio, do tribunal de instância ou até pela entidade autárquica que corresponda à sede social.

Segundo o art. 44, esta documentação deve ficar à disposição do comissário de contas pelo menos um mês antes da data prevista para o seu envio ao associado único pelo artigo 42-1. Finalmente, notemos o artigo 44-1, pelo qual é prescrita a obrigação de depositar em duplicado na secretaria judicial – para serem anexados ao registro comercial e das sociedades, no mês a seguir à sua aprovação pelo associado único – a documentação legalmente exigida à sociedade de responsabilidade limitada, a proposta e a resolução de afetação de resultados submetida e decidida pelo associado único. Se o caso for a recusa de aprovação ou de aceitação desses documentos, a norma manda depositar no mesmo prazo uma cópia da decisão do sócio único. A infração a estas disposições, de acordo com o art. 53, estará sujeita ao pagamento de multa.²¹⁰

Enfim, a legislação francesa é cuidadosa com as decisões do sócio único para que o mesmo não utilize o instituto em benefício próprio, situação ocorrida com certa frequência. O registro dos seus atos e decisões pode servir ainda para detectar negócios contrários à atividade empresarial.

4.4.3 Itália

A presença da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada no ordenamento italiano aconteceu por meio do Decreto Legislativo 88, de 03 de março de 1993, que alterou diversas disposições no Código Civil Italiano.

Nelson Nones²¹¹ informa que a sociedade unipessoal já era estudada em 1930 por Cesare Vivante:

Cumprir registrar a iniciativa de Vivante, que já na década de 30 propôs projeto de lei por meio do qual não só se reconheceria a sociedade unipessoal depois de sua fundação pluralista, isto é, ocorrida a concentração de todas as ações nas mãos de um só sócio, como também o estabelecimento de normas para a criação de sociedade de tal tipo.

²¹⁰ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p.317.

²¹¹ NONES, Nelson. **A sociedade unipessoal: uma abordagem à luz do direito italiano, espanhol e português**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>>. Acesso em: 03 abr. 2012, p.15.

Ricardo Alberto Santos Costa elenca as alterações pelas quais passou o Código Civil Italiano para que a sociedade unipessoal passasse a existir²¹². Dentre elas, destacamos:

- a) Publicidade nos atos e correspondências da sociedade constituída por um único sócio.²¹³
- b) Depósito, no ato da inscrição, de declaração emitida pelo gerente, contendo os dados pessoais e gerais do sócio único, no prazo de 15 dias após a inscrição.
- c) O capital deve ser totalmente integralizado no ato da formalização pública da sociedade, e se a sociedade se torna unipessoal a integralização poderá ser efetivada no período de três meses.
- d) Nos casos de contratos firmados entre o sócio e a sociedade, estes devem ser descritos no livro de deliberações da administração.
- e) Quando a sociedade unipessoal for formada por pessoa coletiva, ou seja, pessoa jurídica e sócia única, ou quando não for respeitada a publicidade da unicidade na sociedade, a responsabilidade tornar-se-á ilimitada.

Portanto, na Itália, a modificação legislativa ocorreu também em virtude das diretrizes da CEE (Comunidade Económica Europeia), com o Decreto-Lei nº 88/1993, para criar a *società a responsabilità limitata com um solo socio*, que modificou alguns artigos do Código Civil. A unipessoalidade pode ser originária ou superveniente, de forma que na primeira hipótese irá se constituir por ato unilateral. Em qualquer caso deve haver publicidade do ato, por meio do registro da sociedade e da expressa menção da unipessoalidade no contrato.

No caso de sociedade unipessoal, o capital deve ser totalmente integralizado na sua constituição; na unipessoalidade derivada deve ocorrer em até três meses. É permitida a contratação entre o sócio único e a sociedade, mas em alguns casos exige-se a publicidade. Todavia, o registro em livro próprio deve ocorrer sempre.

4.4.4 Espanha

A inserção da sociedade unipessoal de responsabilidade no Direito Espanhol se deu com a Lei nº2, de 23 de março de 1995, que trata das Sociedades de Responsabilidade Limitada.

²¹² COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 319.

²¹³ CÓDIGO Civil Italiano. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36501>. Acesso em: 10 jul. 2012. "Art. 2250, 4º. "Negli atti e nella corrispondenza delle società per azioni ed a responsabilità limitata deve essere indicato se queste hanno un unico sócio."

Sylvio Marcondes Machado²¹⁴ pondera ao relatar que em 1930 já havia na Espanha a ideia de se inserir na legislação espanhola a figura sociedade ou empresa unipessoal de responsabilidade limitada nos mesmos moldes daquelas que já existem na Áustria, Suíça e Liechtenstein, mas a ideia não seguiu adiante.

A Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada Espanhola trata da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada no capítulo XI, arts. 125 a 129, cujo texto reproduzimos abaixo:

Artículo 125. Clases de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada.

Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada:

- a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.
- b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal.²¹⁵

Os artigos posteriores tratam da publicidade que os atos constitutivos e modificativos devem ter (art. 126) e das decisões e sua execução (art. 127), contratações entre o sócio e a sociedade (art. 128) e os efeitos da sociedade unipessoal (art. 129)²¹⁶.

²¹⁴ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 72-73.

²¹⁵ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7240>. Acesso em: 10 jun. 2013.

²¹⁶ Artículo 126. Publicidad de la unipersonalidad.

1. La constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único.

2. En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.

Artículo 127. Decisiones del socio único.

En la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

Artículo 128. Contratación del socio único con la sociedad unipersonal.

1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones.

2. En caso de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la Ley.

3. Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos a que se refiere el apartado 1, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos.

A legislação espanhola não faz qualquer distinção para que o único sócio seja pessoa natural ou jurídica.

María Belén González Fernández²¹⁷, ao refletir sobre a responsabilização do empresário individual no desenvolvimento de sua atividade critica o fato da sua responsabilidade ainda ser ilimitada e o fato dele responder com seus bens pessoais se houver endividamento da atividade desenvolvida.

Assim, a ideia de haver uma sociedade unipessoal seria uma solução desejável, pois permitiria que as atividades comerciais fossem desenvolvidas por apenas uma única pessoa, quando esta não pudesse ou não quisesse trabalhar em conjunto, sem que com isto o seu patrimônio pessoal fosse atingido.

Trata-se de um incentivo real para a economia, pois em que pese a Era do neoliberalismo neste momento de neoliberalismo o setor econômico ser desenvolvido fundamentalmente na esfera privada e não estatal, cada dia mais há uma interferência do Estados na regulação econômica. Logo, a elaboração de legislações coadunadas com o mundo empresarial é um processo que deve acontecer em âmbito internacional.

Assim, se a sociedade traz em seu conceito histórico (pela Teoria Contratualista) a pluralidade de sócios relativos à sua formação e desenvolvimento, as pessoas não devem constituir sociedades sozinhas e apenas inserirem diversos nomes na documentação formal.

Entretanto, os conceitos de “certo” e “errado” mudam com o transcorrer do tempo e por motivos de ordem econômica, política e cultural. Logo, no panorama clássico é incorreto ter sociedades “com testas de ferro” ou “laranjas”. Mas ao admitirmos a possibilidade de existir juridicamente uma sociedade unipessoal, não haveria necessidade de burlar a legislação clássica e tradicional. Elas poderiam atuar legalmente a partir de um novo conceito de sociedade que não mais entende como condição imprescindível a pluralidade de sócios.

Artículo 129. Efectos de la unipersonalidad sobrevenida.

Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

²¹⁷ FERNÁNDEZ, María Belén González. La sociedad unipersonal em del derecho español – sociedade anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad limitada nueva empresa). ed. Madrid: La Ley, 2004. 78 p.

Por outro lado, superada todas estas ideias, ainda assim a sociedade unipessoal pode estar irregular, sem obedecer aos critérios legais das legislações que as aceitam e regularizam.

No caso da legislação espanhola, o sócio tem até um ano para registrar a sua sociedade unipessoal no Registro Mercantil, sob pena de irregularidade. São aplicadas as disposições concernentes às sociedades coletivas ou civis, o que tecnicamente seria inviável visto que inexistente pluralidade da sociedade unipessoal.

Assim, a despeito das disposições legais, a doutrina espanhola entende que na verdade deve ser aplicado ao único sócio o disposto aos sócios de uma sociedade pluripessoal, ou seja, a responsabilização ilimitada do seu patrimônio pessoal pela não-inscrição no prazo legal.

Isto significa dizer que não é porque o sócio é único que deverá ter privilégios em relação aos vários sócios de uma sociedade tradicional. Há também regras na Lei e seus limites devem ser rigorosamente cumpridos, sob pena de irregularidade.

A legislação espanhola também prevê o que chamamos no Brasil de “benefício de ordem” Assim, ainda que exista a responsabilização ilimitada dos bens do sócio (ou sócios), inicialmente se executa o patrimônio específico da pessoa jurídica e, sendo insuficiente, os bens pessoais.

Diferente é a situação quando uma sociedade pluripessoal resolve tornar-se unipessoal. Neste caso, em até seis meses é necessário inscrevê-la no Registro Comercial, sob pena de novamente haver a responsabilização ilimitada e pessoal dos bens do sócio.

A doutrina espanhola critica a penalização por entendê-la excessiva, mesmo diante da necessidade de se dar ciência aos credores pessoais do sócio a respeito desta mudança, pois expor seu patrimônio à responsabilização total seria desproporcional.

Em tese, se o único sócio desta sociedade fizer uma espécie de publicação comercial (em documentos, anúncios, notas fiscais) sobre a situação de unipessoalidade, não sofreria as consequências da responsabilização ilimitada visto que já teria dado ciência sobre a condição de unipessoalidade aos credores e a terceiros.

Entretanto, a “publicação comercial” não basta, pois não substituiria a inscrição no Registro Mercantil, o que faz desta publicação um requisito meramente formal e burocrático.

4.4.5 Chile

A lei nº 19.587, de 11 de fevereiro de 2003, criou a figura das empresas individuais de responsabilidade limitada no Chile. Dentre as principais características da EIRELI chilena está a de que só pode ser constituída por pessoa física, impedindo assim pessoas jurídicas de constituírem empresas individuais.

Para formar uma empresa individual é necessário o registro público e a publicidade dos atos constitutivos, que deve ocorrer em até 60 dias após o registro. O art. 4º da lei chilena traz requisitos para a validade da empresa, conforme descritos por Luis Morand Valdivieso as cláusulas indispensáveis:

- a) El nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad y domicilio del constituyente;
- b) El nombre de la empresa que contendrá, al menos, el nombre y apellido del constituyente. Puede agregarse un nombre fantasía sumado a las actividades económicas que constituirán el objeto o el giro de la empresa. Debe concluir con las palabras “empresa individual de responsabilidad limitada” o la abreviatura “E.I.R.L.”.
- c) El monto del capital que se transfiere a la empresa, la indicación de si se aporta en dinero o en especies y, en este último caso, el valor que les asigna.
- d) La actividad económica que constituirá el objeto o giro de la empresa y el ramo o rubro específico en que dentro de ella se desempeñará.
- e) El domicilio de la empresa.
- f) El plazo de duración, sin perjuicio de su prórroga. Si nada se dice, será su duración indefinida.²¹⁸

Quanto aos atos praticados entre o sócio unitário e a empresa individual, leciona:

Cuando contrata el titular con su patrimonio y la empresa con el suyo, sólo tiene valor el acto o contrato so consta por escrito u se protocoliza ante notario. Además, debe anotarse al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días. Hay sanción penal si así no se hace y es

²¹⁸ VALDIVIESO, Luis Morand. **Sociedades. Cuarta edición actualizada con la normativa sobre empresa individual de responsabilidad limitada (ley nº 19.857) y sociedades por acciones (ley nº 20.190)**. Santiago-Chile: Juridica de Chile, 2008, p.170.

la que el artículo 471 nº 2 del Código Penal aplica al contrato simulado, aumentada en un grado.²¹⁹

Por fim, discorre sobre a aceitação da empresa individual limitada superveniente, aquela na qual um dos sócios adquire todas as quotas e se transforma no único proprietário:

El artículo 14 se pone en el caso de que en una sociedad se reúna en manos de una sola persona sus derechos, acciones o participaciones, lo que le permite transformarse en empresa individual de responsabilidad limitada.²²⁰

Citamos também a necessidade de haver escritura pública para constituir legalmente uma E.I.R.L. que contenha certos elementos em sua elaboração. Entre eles, citamos o nome do constituinte, a atividade econômica e o capital da empresa. É imprescindível especificar que se trata de uma E.I.R.L., por disposição legal, conforme o artigo 3º da lei.

Além disto, um resumo das informações desta escritura deve ser publicado em até 60 dias. Qualquer alteração deve também ser precedida de escritura pública e respectiva publicação.

Citar estes requisitos é um assunto que vai muito além da informação didática tendo em vista que, o não cumprimento das exigências importa nulidade absoluta, cuja consequência é a responsabilização ilimitada do constituinte em relação às obrigações da E.I.R.L.

Em princípio, a responsabilidade do titular-constituinte é limitada ao que se comprometeu a arcar conforme estipulado na escritura pública, enquanto a pessoa jurídica responde ilimitadamente com o seu capital pelas obrigações contraídas.

Em alguns casos, a Lei nº19.857/03 elenca que a responsabilidade do titular será ilimitada, como naquelas que envolvem fraude ou ilegalidade das partes.

Mas, fora os casos elencados no art. 12 da Lei, a separação entre o titular e a pessoa jurídica é bem definida. Segundo o art. 13, os credores pessoais do titular não podem executar o patrimônio da sociedade unipessoal, senão única e exclusivamente em relação aos bens correspondentes à parte do citado constituinte.

²¹⁹ Id., *Ibid.*, p.171.

²²⁰ Id., *Ibid.*, p.172.

A administração, com a responsabilidade judicial e extrajudicial pelos atos realizados em nome da pessoa jurídica, deve ser também do titular que poderá delegá-la a mandatários, desde que a situação esteja averbada na escritura pública da E.I.R.L.

A Lei prevê ainda que a negociação, atos e contratos, entre o patrimônio pessoal do titular (não-vinculado à sociedade) e o patrimônio da pessoa jurídica só terá eficácia, validade e legalidade se realizado por escritura pública e autorizado pelo Estatuto.

Esta foi a solução encontrada no Chile para negociar entre patrimônios. Em verdade, esta peculiar situação na qual o titular negocia com a sociedade é um dos pontos mais problemáticos a serem enfrentados pelos juristas em relação às sociedades unipessoais, pois ele pode ser utilizado para provocar o esvaziamento do patrimônio em benefício do particular.

Existe uma inegável flexibilidade na legislação chilena que permite a transformação de um tipo societário qualquer em E.I.R.L. e desta naquele, bastando a adequação ao que dispõe cada Lei especial. É uma visão bastante coadunada à realidade social, por meio da qual constatamos que as situações fáticas mudam e ensejam alterações jurídicas correspondentes.

Em relação às causas de término da E.I.R.L., não há diferenças significativas em relação quanto aos outros tipos societários. Elas são extintas pelas razões previsíveis ao término de uma sociedade, como a morte do titular, a expiração do prazo de vigência ou a dissolução, por exemplo.

4.4.6 Uruguai

Consideramos que distintamente do que ocorre no Brasil e em outros países, não há no ordenamento jurídico uruguaio nenhuma legislação que admita ou regularize a existência ou o funcionamento das sociedades unipessoais²²¹.

À semelhança do que era permitido no Brasil, até a entrada da Lei nº 12.441/11, as únicas possibilidades de haver atualmente no Uruguai uma sociedade

²²¹ AZOFRA, Adriana. **Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales** – a los 20 años de su promulgación: sociedad anónima unipersonal de origen. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 2009.

limitada unipessoal são nos casos de morte, incapacidade, inabilitação, exclusão ou recesso de algum dos sócios, ou seja, apenas em caráter extraordinário.

Assim, legalmente na atual sistemática uruguaia é que ocorrendo os fatos mencionados ou o recesso em até um ano, o sócio remanescente deve encontrar outro sócio para dar pluralidade à sociedade, sob pena desta unipessoalidade causar dissolução.

Em outras palavras, uma cisão entre sociedades e portanto, a criação de outra, decorre da vontade unilateral da empresa original, mais especificamente dos seus órgãos sociais que deliberaram neste sentido. Assim, a criação da sociedade cindida decorre da vontade de apenas uma pessoa jurídica.

Pode também haver um único sócio quando o adquirente das quotas cindidas for um sócio remanescente ou a própria sociedade limitada ter sido a adquirente das quotas.

Entretanto, não ocorre tecnicamente a criação de uma sociedade cindida, mas apenas a cisão entre quotas. Este procedimento, por sua vez, não tem limitações legais quanto à necessidade de pluralidade de pessoas para a aquisição de quotas.

Embora esta hipótese demonstre a possibilidade de haver uma sociedade unipessoal, há uma omissão legal do legislador uruguaio, que não limitou numericamente à titularidade para a obtenção de quotas, mas uma norma permissiva para criar as sociedades limitadas unipessoais.

Há “lacuna” na Lei que permite se ter um negócio unipessoal, gozar das limitações patrimoniais na forma limitada de uma sociedade. É uma situação que não tem qualquer regulamentação mas é necessária para afirmar que há sociedades unipessoais no Uruguai.

Eva Holz²²² critica a problemática e entende ser um “erro” a falta de previsão legal no Uruguai a respeito das sociedades unipessoais. Conclui ainda que, apenas indiretamente é possível, e por um tempo determinado, existirem tais sociedades e ainda assim, em um panorama jurídico bastante questionável.

²²² HOLZ, Eva. **Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales** – a los 20 años de su promulgación: sociedad anónima unipersonal de origen. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.

Salientamos também que a legislação, ao não permitir o desenvolvimento econômico dá margem à utilização fraudulenta de sócios, meras figuras que existem apenas formalmente no contrato social.

Ignacio Domingo Imas Innella²²³ analisa a atual legislação societária-comercial, promulgada em setembro de 1989, (Lei nº 16.060/89) que define em seu art. 1.º a sociedade comercial como uma forma de organização fundamentalmente pluripessoal de interesses superpostos e convergentes com a finalidade de constituir uma atividade econômica. Trata-se doutrinariamente do *affectio societatis*.

Assim, a sociedade é, antes de mais nada, um contrato que precisa de contratantes com o objetivo de criar uma nova pessoa jurídica, com direitos e deveres inerentes a esta última, os quais, salvo em casos excepcionais, não poderiam atingir os patrimônios pessoais de seus constituintes.

Ainda que o autor faça críticas contundentes à concepção contratualista acima (consagrada legalmente no Uruguai), entendendo-a ultrapassada, por outro lado compreende que a possibilidade surgida com o Decreto nº 355/90 (das ações de uma sociedade anônima se concentrar em único sócio) é contraditória à base legal, ou seja, à Lei das Sociedades Comerciais.

Diante disto o autor propõe mudar esta base legal e imprimir juridicamente uma nova definição de sociedade permitindo sua existência em caráter unipessoal para harmonizar a hipótese da concentração de ações nas sociedades anônimas com o restante do ordenamento jurídico.

Portanto, apesar de entender que é possível (e viável economicamente) concentrar ações, o autor conclui que inicialmente é necessário mudar a base da legislação comercial que dispõe sobre a temática societária.

A sugestão de que é necessário mudar advém da constatação prática de que, as pessoas apenas registram a pluralidade de sócios nos papéis e documentos constitutivos, mas na realidade geram sociedades que operam pela vontade unilateral de uma pessoa.

Há, portanto, uma contradição entre o que a Lei dispõe e o que a vida socioeconômica demonstra. Logo, nada mais coerente que o Direito acompanhar a

²²³ HOLZ, Eva. **Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales** – a los 20 años de su promulgación: sociedad anónima unipersonal de origen. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.

evolução empresarial e se adequar, prevendo e regulando a existência e o funcionamento das sociedades unipessoais, conforme aborda a doutrina uruguaia.

5 DESAFIOS A SEREM CONSIDERADOS PARA O FORTALECIMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA FRENTE À UNIPESSOALIDADE

5.1 Natureza jurídica

No que diz respeito à unipessoalidade são duas as modalidades de separação patrimonial: afetação patrimonial e personalização de um novo ente. A primeira consiste em separar uma parte dos bens do empresário e afetá-la com um fim específico, qual seja a atividade empresarial. Assim, o empresário passa a ter dois patrimônios distintos, um destinado às suas atividades civis e o outro às comerciais, perfeitamente garantida a autonomia dos agrupamentos de bens e a garantia para terceiros, ressaltando que o patrimônio de afetação é desprovido de personalidade.²²⁴ Esta modalidade também aparece em Portugal.

Caio Mário da Silva Pereira²²⁵, ao tratar sobre o patrimônio de afetação esclarece: “A doutrina tradicional sustenta que o patrimônio é *uno e indivisível* no sentido de que não é possível conceber a sua pluralidade na mesma pessoa”. O patrimônio é uma expressão da personalidade, de forma que todo indivíduo tem apenas um patrimônio, pois não é possível a pluralidade de personalidades, e sendo um patrimônio especial cujo objetivo é a garantia dos credores.

Calixto Salomão²²⁶, por sua vez, defende que o patrimônio só pode ser detido por pessoas, naturais ou jurídicas, de forma que cada pessoa teria um patrimônio inseparável dela. Assim não permite a criação de patrimônios especiais não personalizados. Apesar disso, continua o referido autor dizendo que “o princípio da unidade do patrimônio implica confundir as noções de patrimônio e a de personalidade”.

O ordenamento jurídico brasileiro incorporou a Teoria da Afetação Patrimonial para os casos, por exemplo, de incorporação imobiliária, previstos na Lei nº 4.591/64, modificada pela Lei nº 10.931/2004, em que admite-se a separação de parte do patrimônio para determinado fim.

²²⁴ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 169.

²²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.1. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 399.

²²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.28 (nota de rodapé nº 74).

A dupla finalidade do patrimônio de afetação ocorre da seguinte forma: de um lado, protege-se o patrimônio pessoal do instituidor, pois o mesmo não poderia ser atingido para satisfazer dívidas decorrentes da atividade empresarial; e de outro protegem-se os credores, pois o instituidor não pode desviar a atividade dos bens. A personalidade jurídica neste caso é em relação aos bens e não à pessoa.

A outra modalidade de proteção patrimonial, citada inicialmente, trata-se da personalização de um novo ente. Este assemelha-se à afetação patrimonial por separar o patrimônio civil do empresarial, entretanto, neste caso, o patrimônio afetado seria dotado de personalidade jurídica própria. Assim, tem-se uma nova pessoa jurídica, que no caso do Brasil é denominada de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

O autor estrangeiro Roger Isher, em oposição a Oscar Pisko, salienta o próprio conceito de limitação da responsabilidade do empresário estaria tradicionalmente vinculado ao instituto da personalidade jurídica.²²⁷ Importante salientar que isto traria todos os efeitos da criação de uma nova pessoa jurídica, como a capacidade processual e negocial.

Antônio Martins Filho assinala que a empresa individual dotada de personalidade jurídica, trata-se de uma forma direta de limitação de responsabilidade do comerciante individual, sendo um meio indireto e anormal de se atingir tal objetivo. Entretanto o próprio autor ressalta que “não existem razões jurídicas decisivas contra o reconhecimento da chamada sociedade unipessoal”.²²⁸

Ricardo Alberto Costa²²⁹ informa sobre uma derivação da teoria da personalização, que consiste em aproveitar o instituto das fundações para evitar a criação de uma figura anômala, hipótese esta que não veria obstáculos para que a fundação ganhasse uma função alternativa e desprovida de altruísmo. O mesmo ocorre, por exemplo, com as associações, que não possuem destinação comercial nem visam lucro como as sociedades empresárias.

²²⁷ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p.173-174.

²²⁸ MARTINS FILHO, Antônio. Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual. **Tese apresentada ao Congresso Jurídico comemorativo do cinquentenário de fundação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. Publicação da Faculdade de Direito do Ceará**. Mai.1950, p.61.

²²⁹ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p.179.

As duas modalidades de proteção do empresário individual através da separação patrimonial possuem a mesma dificuldade quanto à possibilidade de entrada de novos sócios no empreendimento e de circulação do mesmo.

A transferência do patrimônio de afetação tem como consequência a necessidade de transferência de todos os ativos que constituem o patrimônio afetado. Na transferência *causa mortis*, por exemplo, implica na necessidade de uma operação de reestruturação do negócio e de constituição de uma sociedade, caso contrário haveria a liquidação da empresa ou do patrimônio, impossibilitando a sua continuidade. Da mesma forma, a admissão de novos sócios implicaria a criação de um novo ente, o que conseqüentemente levaria às mesmas dificuldades da transferência do empreendimento.²³⁰

Esses empecilhos representam barreiras para a expansão do negócio, e prejudicam a versatilidade desses modelos, diminuindo a sua capacidade de crescimento e de circulação, vez que limitam as formas de capitalização da atividade empresária.

Além disso, Edson Isfer²³¹ mostra que os referidos modelos não solucionam o problema das chamadas sociedades fictícias, que são aquelas em que existe um sócio atuante e majoritário e outro que é peça meramente figurativa, denominado de “testa de ferro” ou “homem de palha”, pois por sua própria natureza não são substitutos para o modelo societário.

Dessa forma, a unipessoalidade societária, quando comparada com as técnicas de separação patrimonial, apresenta-se muito mais vantajosa, visto que permite simplificar as situações acima descritas. A sua transferência pode ocorrer da mesma forma que a sociedade limitada, e a admissão de novos sócios torna-se possível com a alteração do instrumento constitutivo da sociedade. O que também ocorre com a transformação da sociedade pluripessoal em unipessoal.

Por esses motivos, a unipessoalidade demonstra-se como a melhor opção de modalidade societária para regular a limitação da responsabilidade do empresário individual. No Brasil, a forma adotada foi a de criação de uma pessoa

²³⁰ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 209-213.

²³¹ ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais**. Responsabilidade limitada. Curitiba: Juruá, 1996, p.142.

jurídica com um único sócio apenas, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

É importante colocar-se que a atividade empresarial desempenhada por uma única pessoa já na Teoria de Pisko, citada por Sílvio Marcondes, poderia ser realizada de duas maneiras diferentes: a primeira consiste em personalizar o *patrimônio destinado ao fim da empresa (Zweckvermögen)*, fundando sobre ele uma pessoa jurídica, de que o empresário é gerente, não na qualidade de proprietário, mas na de órgão; a segunda, ao contrário, procura atingir o mesmo resultado, sem recorrer à criação de uma pessoa jurídica pelo reconhecimento, em Direito, do *Zweckvermögen*.²³²

Quanto ao significado da expressão *Zweckvermögen*: “designa um patrimônio destinado a um fim”, o que o torna distinto ou “separado” em relação ao patrimônio puro e simples, de onde também o nome de “*Sondervermögen*” ou “patrimônio separado”.²³³

Inicia-se uma discussão para fixar o entendimento se a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada caracteriza-se como nova espécie de pessoa jurídica ou de sociedade Limitada. Para Fabio Ulhoa Coelho refere-se a espécie de sociedade limitada unipessoal.

[...] Ao examinar-se a classificação das sociedades segundo a quantidade de ex-sócios, criticou-se a opção do legislador e demonstrou-se que a interpretação sistemática do direito positivo conduz à conclusão de que não se trata de nova espécie de pessoa jurídica, mas no *nomem júrís* dado à sociedade limitada unipessoal.²³⁴

Gladston Mamede, tem a firme convicção de que as pessoas jurídicas de Direito Privado podem ter três naturezas jurídicas essenciais: associações, sociedades e fundações.

Daí as organizações religiosas e partidos políticos terem a natureza jurídica de associações, embora com particularidades que justificam sejam elencadas, em apartado, nos incisos IV e V do citado artigo 44. Continua o mencionado autor que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada)

²³² MACHADO, Sílvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 129.

²³³ Id., *Ibid*, p.129.

²³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2: sociedades. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409.

é uma sociedade unipessoal (sociedade de um só sócio), particularidade que justificou seu tratamento em separado, por meio do inciso VI, deixando claro que a ele se submetem os princípios que são próprios das pessoas jurídicas: personalidade jurídica distinta da pessoa de seu sócio (o empresário), patrimônio distinto da pessoa do empresário e portanto existência distinta da pessoa do sócio.²³⁵

Para o autor lusitano Filipe Cassiano Santos, a forma de Portugal sugere logo que estamos em face de uma sociedade por quotas, que se apresenta com a característica adicional de ser unipessoal, mas que é uma sociedade por quotas.²³⁶

A natureza jurídica, portanto, assume duas vertentes, ou a EIRELI é uma espécie nova de sociedade limitada ou uma espécie de pessoa jurídica, por conta de que embora tenha sido inserida no rol do artigo 44 do Código Civil, mas a lei determina que serão aplicadas as regras da Sociedade Limitada, subsidiariamente.

Portanto, o primeiro desafio é o de fixar se é uma nova pessoa jurídica ou espécie de sociedade limitada, pois isso determinará quais as regras deverão ser aplicadas.

Em Portugal se trata de uma espécie de sociedade limitada, pois a legislação portuguesa não alterou o rol de pessoas jurídicas, mantendo-o intacto, daí porque a única solução seria inserir o novo modelo como espécie da sociedade limitada, conforme segue:

Por fim, assinale-se que o preceito em que se enumeram os tipos comerciais não foi alterado, nem quando da introdução da sociedade unipessoal por quotas nem nas reformas subsequentes do Código. O resultado é que continuam a ser enumerados como tipos societários mercantis disponíveis (e de adoção obrigatória sempre que se pretenda constituir uma sociedade cujo objetivo seja total ou parcialmente comercial) as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e por ações, as anônimas e as por quotas - mas não também as sociedades unipessoais por quotas, que não foram aditadas ao n.º 2 do art. 1º, decerto por não serem propriamente um novo tipo.

Ora, se não há um novo tipo, a mudança de uma sociedade por quotas pluripessoal para unipessoal ou desta para aquela não consiste numa real transformação, a qual supõe justamente a mudança de tipo.²³⁶

²³⁵ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.22.

²³⁶ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.47-49.

A última orientação da V Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 8, 9 e 10 de novembro de 2011, pelo Conselho Federal de Justiça, todavia, é de se reconhecer como uma nova espécie de pessoa jurídica, pois o texto do artigo 44 do Código Civil incluiu o inciso IV, conforme o Enunciado 469²³⁷.

Ficou consolidado o entendimento nesta Jornada como espécie de pessoa jurídica e não de sociedade limitada, mas importante destacar que os partidos políticos também estão inseridos no rol do artigo 44 do Código Civil, e não são considerados como nova espécie de pessoa jurídica, mas sim como associação.

Nesse particular, Diniz esclarece que aos partidos políticos será dado o tratamento das associações, mesmo eles estando no rol de pessoas jurídicas como forma distinta:

As associações políticas ou partidos políticos (CC, art. 44, V), que são entidades integradas PR pessoas com ideias comuns, tendo por finalidade conquistar o poder para a consecução de um programa. São associações civis, que visam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. Adquirem personalidade jurídica com o registro de seus estatutos mediante requerimento ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas da capital federal e ao Tribunal Superior Eleitoral.²³⁸

Ainda sobre o tema, Venosa:

A Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003, a qual, como já referimos, acrescentou dois incisos ao art. 44. Assim, além das associações, das sociedades e das fundações, o ordenamento conclui pela existência de duas outras pessoas jurídicas de direito privado: as organizações religiosas e os partidos políticos.²³⁹

Já Carlos Roberto Gonçalves classifica os partidos políticos como uma das espécies de pessoa jurídica distinta de todas as demais mencionadas no artigo 44 do Código Civil:

Quanto aos partidos políticos, têm eles natureza própria. Seus fins são políticos, não se caracterizando pelo fim econômico ou não. Assim, não podem ser associações ou sociedades, nem fundações, porque não têm fim

²³⁷ Art. 980-A. O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

²³⁸ DINIZ, Maria Helena. Direito convivencial. **Curso de direito civil brasileiro – direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011, p 286.

²³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil- Parte Geral**. Vol. I, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.270.

cultural, assistencial, moral ou religioso. Não obstante, o Enunciado 142 da III Jornada de Direito Civil retromencionada proclama: 'Os partidos políticos, sindicatos e associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil.'²⁴⁰

Assim, o rol do artigo 44 do Código Civil, já provocava distorções na doutrina em relação aos entes ali disciplinados, com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, não poderia ser diferente.

Fábio Ulhoa Coelho²⁴¹ discorda, e a considera como uma espécie de sociedade limitada e não uma nova espécie de pessoa jurídica, demonstrando que a tarefa do cientista do Direito, tecnologicamente é a de buscar uma interpretação sistemática, e principalmente em razão da lei determinar a aplicação subsidiária da lei a respeito da sociedade limitada.

Vê-se, portanto, que o simples fato do legislador ter inserido a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) dentre o rol do artigo 44 do Código Civil, não a coloca como uma nova espécie de Pessoa Jurídica, pois a análise do texto legal não pode ser fria e objetiva, uma vez que a estrutura a qual foi montada o texto legal contém impropriedades técnicas, e o simples fato de resolver sua natureza jurídica colocará o intérprete com tranquilidade na resolução dos conflitos que surgirão.

Como visto, para a doutrina portuguesa, considera-se como uma espécie de sociedade limitada, pois a designação sugere logo que estamos em face de uma sociedade por quotas, que se apresenta com a característica adicional de ser unipessoal, mas que é uma sociedade por quotas.²⁴²

Há na lei portuguesa uma indicação muito nítida no sentido de que a sociedade unipessoal é uma espécie do gênero sociedade por quotas; na verdade, o legislador regulou apenas as especialidades de regime nas sociedades unipessoais e estabeleceu expressamente, no art. 270º –G, que, no mais vale o regime das sociedades por quotas.²⁴³ Também na lei portuguesa existe a espécie como patrimônio de afetação, que não foi a forma adotada pelo Brasil.

²⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1.,10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248-249.

²⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: sociedades**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012p. 409.

²⁴² SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.47.

²⁴³ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 47.

Como visto, Filipe Cassiano dos Santos²⁴⁴, para quem a Sociedade por Quotas unipessoal (SQU) em Portugal, nada mais é do que um sub-tipo das Sociedades por Quotas, tradicionalmente existentes naquele país, e as fundamentações trazidas por este doutrinador para sustentar sua tese são:

a-) A nomenclatura continua sendo “Sociedade por Quotas”, mas acrescida da peculiaridade de ser unipessoal;

b-) A regulamentação jurídica (no Código Comercial português) das Sociedades por Quotas Unipessoais é feita logo após a abordagem das sociedades por quotas em geral e antes da regulagem das Sociedades Anônimas;

c-) O Art. 270-G (também do Código Comercial Português) estipula que se aplica o disposto para as Sociedades por Quotas às Sociedades por Quotas Unipessoais, naquilo que a regulamentação específica destas não colidirem com as disposições gerais daquela.

Suas colocações, porém, merecem algumas críticas. Quanto à questão da nomenclatura, por si só, não se sustenta, pois nem sempre a terminologia utilizada realmente representa a idéia ou o conteúdo que o legislador visa regular, se transpassar-se esta questão terminológica para o solo brasileiro, a situação se torna mais calamitosa, tendo em vista, a total falta de técnica por parte dos legisladores, que a denominaram de Empresa, que, nos precisos termos do artigo 966 do Código Civil²⁴⁵, significa atividade.

Entretanto, logicamente que a princípio, a simples adição de um termo a um nome pré-existente transmite de fato, a idéia de que se trata de uma espécie do gênero anterior, mas não pode ser considerado único argumento.

Quanto à organização sistemática do Código Comercial português, é complexo afirmar se realmente há técnica o suficiente nele a ponto da seqüência de assuntos sugerir uma organização de temas do ponto de vista estrutural-jurídico.

No Brasil, em que se pese, algumas Leis serem bem elaboradas neste sentido, existem muitas impropriedades que tanto a doutrina quanto a jurisprudência procuram suprir. Além do mais, o simples fato da regulamentação das Sociedades por Quotas Unipessoais ser feita logo após a das Sociedades por Quotas gerais e

²⁴⁴ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009.

²⁴⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

antes das Sociedades Anônimas, tanto pode indicar uma sub-espécie do tipo de “sociedade por quotas” como um tipo autônomo.

No Brasil, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) encontra-se regulada em Título anterior ao das sociedades, “Título I: Do Empresário”, no Subtítulo I-A “Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”, portanto, pela localização do instituto no Diploma Legal também não é possível se determinar sua natureza jurídica, sendo qualquer iniciativa neste sentido desprovida de qualquer subsídio técnico.

Já o disposto no Art. 270-G do Diploma Jurídico Português, embora possa levar à conclusão inicial de que efetivamente um tipo é espécie do outro, pois as disposições gerais são as mesmas, não conduz só a este pensamento, por exemplo, o parágrafo único do Art. 1.053 do CC/02 (Código Civil Brasileiro), dispõe que é possível por estipulação contratual, a regência supletiva das normas das Sociedades Anônimas para com a Sociedade Limitada e nem por isto, se define na doutrina brasileira, que as sociedades anônimas são sub-espécie das limitadas ou vice-versa.

Já para Ricardo Alberto Santos Costa²⁴⁶ a abordagem a respeito da natureza jurídica das Sociedades por Quotas Unipessoais é bastante escassa no direito lusitano, razão pela qual, ele recorre ao método do “direito comparado”.

O autor cita os ordenamentos jurídicos alemão, francês, italiano e espanhol, mas ao invés de explicar como cada um deles concebe a natureza jurídica das Sociedades Unipessoais, descreve sucintamente como cada país regulamenta este tipo de sociedade.

De forma bastante indireta, pode-se conceber que o autor entende que, os ordenamentos jurídicos citados definem a natureza jurídica da Sociedade Unipessoal como uma sub-espécie das sociedades comuns e tradicionais, apenas tendo como peculiaridade a unipessoalidade.

Do ponto de vista da doutrina espanhola²⁴⁷, há também algumas análises sobre a natureza jurídica das Sociedades Unipessoais, começando-se pela constatação que inicialmente (década de 1.940), a idéia era não nomear de “sociedade” a situação em que apenas uma única pessoa desenvolvia a atividade

²⁴⁶ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009..

²⁴⁷ FERNÁNDEZ, María Belén González. **La Sociedad Unipersonal en El Derecho Español**. Las Rozas /Madrid: La Ley, 2004.

comercial, para se criar um conceito jurídico novo e diferente. Como se a simples troca de nomes, realmente iria resolver a problemática, que desde aquela época, despontava.

Logo, a doutrina espanhola entende, ao menos, nos dizeres de María Belén González Fernández, que a natureza jurídica das sociedades unipessoais representa sub- tipo das sociedades.

A princípio, seguindo-se a linha de raciocínio de Filipe Cassiano dos Santos, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) no Brasil é sub-espécie da sociedade limitada, já que o § 6.º do Art. 980-A do CC/02 estabelece que, genericamente se aplicam as disposições destas em relação às unipessoais, tal como, faz o Art. 270-G do Código Comercial português, o que é compartilhado por Fábio Ulhoa Coelho²⁴⁸ e Gladston Mamede²⁴⁹.

Entretanto, e ainda sob o mesmo ponto de vista do autor lusitano, se utilizando do parâmetro da sistemática dos conteúdos do Código, verificar-se-á que as disposições referentes à EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada). estão na parte das disposições gerais, entre “empresários” e “sociedades”, sendo criado um sub-título dentro da parte de “empresários” para inserir a temática, que por ora, se estuda.

Enquanto isto, as disposições referentes à tradicional Sociedade Limitada está em local completamente diferente, logo, verificar-se somente a questão da organização seqüencial do Código Civil brasileiro, as EIRELI's (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) não teriam nada com as sociedades limitadas, o que não se afigura completamente verdadeiro, mas conforme já foi dito, a técnica de montagem legislativa é bem sucateada no ordenamento pátrio.

Para Marlon Tomazette²⁵⁰, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) é uma pessoa jurídica distinta, neste sentido:

O teor dos dispositivos introduzidos deixa claro que a opção legislativa brasileira não foi a das sociedades unipessoais, uma vez que a EIRELI é expressamente colocada como uma nova pessoa jurídica. Do mesmo não se optou pelo sistema do patrimônio de afetação, pois nenhum dos dispositivos introduzidos faz referência à segregação patrimonial. Portanto,

²⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: sociedades**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

²⁴⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.54.

²⁵⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.54.

o sistema adotado No Brasil foi o sistema da personificação da empresa que, apesar das acertadas críticas, é um sistema legítimo de limitação da responsabilidade no exercício individual da empresa.²⁵¹

Mamede²⁵², todavia, defende tratar-se de uma sociedade de um sócio, pois o Código Civil elenca, através de uma interpretação sistemática, três formas de organização de pessoa jurídica: associações, sociedades e fundações, posicionamento este acompanhado por Campinho²⁵³, que apenas a trata de sociedade unipessoal.

Fábio Ulhoa Coelho,²⁵⁴ vai além e reconhece ainda a imprecisão legal, pois o termo “empresa” diz respeito à atividade e não à forma de organizar-se pessoa jurídica, quando trata da teoria poliédrica de Asquini:

Ele divisa, por conseguinte, quatro perfis na empresa: subjetivo, funcional, patrimonial (ou objetivo) e corporativo. Pelo primeiro, a empresa é vista como empresário, isto é, o exercente de atividade autônoma, de caráter organizativo e com assunção de risco. Pelo perfil funcional, identifica-se a empresa à própria atividade. Pelo terceiro perfil, corresponde ao patrimônio azidental ou estabelecimento. E, por fim, pelo perfil corporativo, ela é considerada uma instituição, na medida em que reúne pessoas – empresário e seus empregados – com propósitos comuns.²⁵⁵

Dessa forma, a empresa é um objeto de direito e não sujeito de direito, sendo este os seus sócios – perfil subjetivo. Em consonância com o artigo 966 do Código Civil, a empresa propriamente dita seria a atividade – perfil funcional, enquanto que o estabelecimento é o conjunto de bens, corpóreos ou incorpóreos, materiais ou imateriais, destinados ao exercício da empresa – perfil patrimonial.

Assim, sendo o sujeito de direitos o empresário e a sociedade, e não a empresa, o termo “empresa individual” é inapropriado, pois o termo empresa designa a atividade exercida pelo empresário individual ou pela sociedade empresária.

Realmente a interpretação literal do artigo 44 do Código Civil a coloca como uma forma de pessoa jurídica, mas reconheço tratar-se de espécie de sociedade limitada, já que essa situação pode ser comparada analogicamente a dos

²⁵¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.54.

²⁵² MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.22.

²⁵³ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa à Luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.64.

²⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p.47.

²⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

partidos políticos, que são organizados sob a forma de associações, conforme exposto.

Dessa forma, a melhor alternativa, com a qual comungo, é colocar-se a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) como modalidade de sociedade com responsabilidade limitada, pois toda a organização do instituto remete para as regras a ela pertinentes, além de que o artigo 44 do Código Civil sugerir a organização da pessoa jurídica sob três figuras, quais sejam as associações, sociedades e fundações, estando nas sociedades o foco deste estudo.

Evidentemente que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) é pessoa jurídica, o que não acontece com o empresário individual, que é pessoa natural, evidenciando a confusão patrimonial, conforme se extrai da jurisprudência²⁵⁶.

A jurisprudência timidamente vem discutindo a questão a respeito da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) em casos onde a confusão patrimonial do empresário individual foi discutida, sendo que para este evidentemente que há a confusão patrimonial, mas para a EIRELI não, pois efetivamente a consideram como pessoa jurídica.²⁵⁷ Merece informar que a experiência européia traz de forma unânime como espécie de sociedade limitada.

5.2 Prós e contras do instituto

O autor uruguaio Alejandro Miler²⁵⁸ traz as proposições contrárias à existência e ao funcionamento das sociedades unipessoais, pois para que haja um debate efetivo é fundamental que exponha-se tanto os argumentos prós, como os contras. Em sua obra são enumeradas as teses contrárias, citando o doutrinador argentino Cabanellas, doutrinador este, totalmente contrário à legalidade das sociedades unipessoais.

O primeiro argumento trata-se de admitir que uma sociedade com um só sócio não tem coerência até mesmo etimologicamente, pois o próprio conceito de

²⁵⁶ Voto nº 22.353 Apelação com Revisão 0004377-41.2010.8.26.0009 2ª Vara Cível do Foro Regional da Vila Prudente Apelante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A Apelado: Osorina de Souza Santos ME 28ª Câmara da Seção de Direito Privado.

²⁵⁷ Voto nº 22.353 Apelação com Revisão 0004377-41.2010.8.26.0009 2ª Vara Cível do Foro Regional da Vila Prudente Apelante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A Apelado: Osorina de Souza Santos ME 28ª Câmara da Seção de Direito Privado

²⁵⁸ MILLER, Alejandro. **Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales** – a los 20 años de su promulgación: sociedad anónima unipersonal de origen. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.

sociedade irremediavelmente pressupõe a pluralidade de pessoas para sua constituição, além de todo o arcabouço histórico e dogmático da teoria contratualista, fundamentada em argumentos legais e teóricos que a justificam. Assim, aceitar a sociedade unipessoal seria, no seu entender, acabar com toda a história do Direito Societário.

Aliás, neste sentido Vivante, quando explica o Contrato Social, estabelecendo que o número mínimo de dois é essencial, já trazia à tona toda a questão sob o enfoque etimológico e contratual:

Nel contratto costitutivo di una società possono concorrere due o più soci: Il numero minimo è due, Il numero massimo è illimitato. La nostra legge non prescrive un minimo superiore a due, come pur è sta scritto in molte leggi forestiere PE Le forme più complesse di società, quali Le anonime. Anche queste possono essere costituite fra due persone, salvo poi a rendere possibile l'esercizio della società, p. es., La costituzione de un'assemblea, mediante La cessione delle azioni.²⁵⁹

O segundo argumento, na sua visão, é que a unipessoalidade em uma sociedade favorece a evasão fiscal, a sonegação e os delitos correlatos. Absurda esta afirmação, pois em hipótese alguma deve o legislador presumir a má-fé, esta merece prova robusta, enquanto a boa-fé é presumida, no mínimo ingênua esta afirmação, que não merece qualquer atenção.

A terceira proposição se refere à diminuição de investimentos e à diminuição da livre concorrência pela existência de um único sócio dentro da sociedade. Também sem qualquer fundamento, pois não é o número de pessoas que garante ser o investimento maior ou menor.

A quarta proposição, no seu raciocínio, é sobre a facilidade de se fraudar credores que proporciona a sociedade unipessoal, já que o patrimônio do único sócio não pode ser atingido para quitar obrigações da sociedade. Ora, esse patrimônio será sim atingido em caso de fraude, argumento este evidentemente sem qualquer propósito, pois o instituto da desconsideração da personalidade jurídica também presente naquele, autoriza a invasão no patrimônio particular em caso de fraude.

²⁵⁹ VIVANTE, **Cesare**. **Diritto Commerciale**. La Società Commerciali. v.II. Bologna: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1935, p.26.

E continuando, em relação ao primeiro argumento contrário tem-se que considerar que, a importância do conhecimento histórico e tradicional de como e o porquê as teorias surgiram, não se pode em nome disto negar que os acontecimentos mudam e exigem para tal, uma reformulação conectada com a nova realidade.

Ressalta Calixto Salomão Filho que a fraude pode ocorrer tanto na sociedade pluripessoal quanto na unipessoal, de forma que não representaria maiores riscos aos credores, sendo o meio de combater tais fraudes, encontrado na teoria da desconsideração da personalidade jurídica e na busca da satisfação dos credores no patrimônio pessoal dos sócios.²⁶⁰

A falta de patrimônio ou de valores em caixa para saldar seus compromissos pode acontecer em sociedades unipessoais e pluripessoais, pois os motivos que levam-nas ao endividamento ou em alguns casos, até mesmo à falência independe da quantidade de sócios.

É fato que se, for caso de fraude à lei, atos de má-administração e situações semelhantes, desconsiderar-se-á a personalidade jurídica e o patrimônio pessoal dos sócios será atingido, sendo que, em alguns casos, patrimônio algum, pois a intenção sempre foi a fraude. Por esta razão, não é a unipessoalidade que provoca isso, e sim a falta de patrimônio e lisura.

Logo, é inegável que se houver apenas um único sócio e este nada tiver em seu nome pessoal, o credor não terá um outro alguém em quem procurar bens, portanto, do ponto de vista numérico-estatístico, há uma possibilidade do credor ser lesionado, mas isso não tem a ver com a unipessoalidade de forma alguma e sim com a intenção já determinada de lesionar não só terceiro, mas também a própria atividade empresarial.

O importante é que esta situação pode ocorrer e não necessariamente com todas as sociedades unipessoais existentes, até porque o único sócio pode ter patrimônio avantajado e em muitos outros casos, os diversos sócios de uma sociedade típica, nada possuírem.

Ademais, nem sempre é possível desconsiderar a pessoa jurídica, porque nem sempre os pressupostos legais para tal se configuram na realidade

²⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.87.

fática e sendo assim, independente da quantidade de sócios, o credor nada receberá; ou independente desta quantidade receberá.

Da mesma forma, que a maioria das legislações prevêem a desconsideração em caso de má-administração, abuso, fraude por parte dos sócios nas sociedades pluripessoais, é perfeitamente possível que estas mesmas hipóteses sejam as causas para a desconsideração da sociedade unipessoal. Evidentemente que o objetivo destas não é facilitar a fraude a credores, mas fomentar a economia, gerando a princípio, uma limitação na responsabilização do patrimônio pessoal dos bens do sócio, quando este a despeito de querer movimentar a economia não pode ou não quer se associar a outras pessoas para constituir a tradicional sociedade pluripessoal.

Os aspectos positivos acerca da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) residem basicamente na questão de restringir a responsabilidade daquele que individualmente se dedica à atividade empresarial.

Isso porque os pequenos empresários fogem da atividade empresarial praticada individualmente, acabando por ocasionar a proliferação das chamadas sociedades fictícias, com o objetivo de limitar a responsabilidade ao valor investido, tendo sócios meramente figurativos.

Por esse motivo, a recepção dessa modalidade, para o Direito Comercial, acaba por atender aos interesses da família que preserva o patrimônio particular, além de demonstrar grande avanço para a economia, de forma que encoraja novos investimentos e mantém os já efetuados.

Por fim, os prós se resumem em dois: o primeiro deles trata-se da promoção de criar frentes empresariais com apenas uma pessoa, e o segundo a forte tendência em limitar os riscos da exploração da atividade empresarial, contribuindo-se para a criação e manutenção principalmente de empregos gerados pelo pequeno investidor, gerando benefícios para a sociedade como um todo.

A adoção deste mecanismo de organização para a atividade empresarial, representa a forte possibilidade de investimentos serem feitos de forma solitária, garantindo-se a preservação do patrimônio pessoal, caso o insucesso do negócio ocorra.

5.3. Objeto

A EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) pode ter como objeto atividade empresarial e atividade civil, pois não há qualquer entrave na lei a respeito. Os Cartórios de Registro Civil já estão operando normalmente o registro dessa modalidade, sem qualquer problema de ordem prática, aliás, em aplicação bem mais salutar e simplificada que a própria Junta Comercial, que apoiada nas Instruções Normativas nº 117 e 118 do DNRC, não permite a inclusão de sócio pessoa jurídica.

Assim, pode ter como objeto o exercício de atividades econômicas não comerciais, como por exemplo a agricultura tradicional, o artesanato e as profissões liberais, segundo exemplo da legislação portuguesa:

Mas, ao abrigo do art. 1º, nº 4, são também possíveis sociedades unipessoais por quotas com objecto não comercial -quer dizer: em que as actividades que o sócio quer prosseguir são não comerciais (à luz do dito antes, as hipóteses são as de se pretender exercer a agricultura não empresarial, o artesanato ou profissões liberais puras. Neste caso, teremos uma sociedade civil sob forma comercial que adoptou a forma unipessoal por quotas e que fica sujeita ao regime do Código das Sociedades Comerciais.²⁶¹

No Brasil, a dúvida foi resolvida recentemente por nota da Coordenação Geral de Tributação (Cosit) da Receita Federal²⁶², esclarecendo que sociedades consideradas simples pelo Código Civil, que na prática são as formadas por autônomos ou profissionais liberais - como cabeleireiros, dentistas e contadores, também podem ser registradas em cartório, sendo que as demais continuam a ser abertas pelas Juntas Comerciais, quando a atividade for empresarial, de acordo com os ditames do artigo 966 do Código Civil.

A Coordenação Geral de Tributação emitiu a nota em razão de um pedido de esclarecimentos do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil (IRTDPJ Brasil) e da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg Brasil)²⁶³, apoiando-se em parecer emitido por Armando Luiz Rovai, Fabiano Del Masso e Jorge Lobo.

²⁶¹ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 44-46.

²⁶² MINISTÉRIO da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Coordenação Geral de Tributação. Nota Cosit nº 446, de 16 de dezembro de 2011.

²⁶³ IGNÁCIO, Laura. **Valor Econômico**. São Paulo. 10 jan.2012, p.E3.

Posição de Jorge Lobo, entendendo que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) pode ter objeto civil.

Para adquirir personalidade jurídica, o estatuto deve ser registrado e arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis, se a EIRELI se enquadrar na categoria de sociedade empresária, ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, se se enquadrar na categoria de sociedade simples.²⁶⁴

A referida Nota da Cosit, pronunciou-se da seguinte forma, em seus itens 19 e 20:

19. Portanto, tem-se que a Lei nº 12.441/11, não informa qual é o órgão competente para o registro de EIRELI, sendo que, pela legislação vigente, entende-se que a classificação é importante para essa definição, pois o empreendedor poderá optar pela modalidade que melhor atenda a seus critérios de atuação, observada a legislação pertinente.

20. Destarte, embora não se trate de matéria de competência da RFB se manifestar acerca da competência de registro de nova figura jurídica, responde-se à consultante que, pelo exposto - em especial em função da indefinição da lei, pela referencia feita às regras previstas para sociedades limitadas e pela analogia ao que se tem hoje positivado relativamente ao registro de sociedade empresária e simples, ambas podendo ser de responsabilidade limitada -, infere-se que o registro de EIRELI poderá ser feito tanto no Registro das Empresas Mercantis pelas Juntas Comerciais, como no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.²⁶⁵

Essa observação é importante, na medida em que os Cartórios de Registro de Títulos e Documentos de Pessoas Jurídicas também estão oferecendo a abertura de EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), para as chamadas atividades econômicas civis.

Portanto, as pessoas jurídicas com atividade não empresarial terão a possibilidade de constituir EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) e efetivar o registro perante os cartórios. Além das atividades profissionais em geral, aquelas pessoas jurídicas que atuam na participação e administração de outras pessoas jurídicas (conhecidas como *holdings*) poderão adotar essa nova modalidade de pessoa jurídica, uma vez que os Cartórios não vêm oferecendo qualquer entrave quanto à pessoa jurídica como única integrante da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada). Há que se fazer um registro de

²⁶⁴ LOBO, Jorge. Finalmente as Empresas individuais. **Valor Econômico**. São Paulo: 18 out. 2011..

²⁶⁵ MINISTÉRIO da Fazenda. Nota Cosit nº 446, de 16 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.irtdpjbrasil.com.br/EIRELI.COSIT.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

ordem prática, que a tarefa de execução do registro ficou mais simplificada junto aos Cartórios que nas Juntas Comerciais.

Sobre esse assunto, importante colocar em dúvida de como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) vai proceder com relação à possível adoção de EIRELI/Simples por parte dos advogados. É que a lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB) somente fala em sociedade de advogados, porém a princípio, não há nenhum impedimento legal para que os advogados adotem tal modalidade para exercerem suas atividades profissionais, embora até o presente momento não há nenhuma posição.²⁶⁶

Esta possibilidade é bastante coadunada com a realidade social, pois estas atividades civis são típicas de serem empreendidas por pessoas de forma individual mesmo. Constituiria um verdadeiro contra-senso não permitir a inclusão de objetos costumeiramente civis na sociedade unipessoal por quotas.

Isto significa que, empresarial ou civil, o que realmente interessa é atividade econômica, aquele que exerce uma ou algumas dessas, independentemente de sua modalidade ou classificação, pode tê-la como objeto social de sua sociedade unipessoal.

Marlon Tomazete²⁶⁷ também conclui que a Empresa Individual com responsabilidade limitada pode ser configurada, por sua forma, como instituto jurídico mercantil, e ter por objeto fins civis, desde que econômicos.

Assim sendo, esta questão encontra-se superada, tendo a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) se adaptado, tanto como atividade econômica civil, quanto na empresarial.

5.4. Titularidade

Para discutir-se a titularidade, pontos importantes a serem abordados dizem respeito ao fato da pessoa jurídica, incapazes e servidores públicos, serem os únicos sócios da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

²⁶⁶ PORTAL da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Acesso em: 20 abr. 2013.

²⁶⁷ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 294.

Outra questão de relevante importância, refere-se a constituição de penhora, usufruto, penhor, sendo que tais institutos podem comprometer a unipessoalidade ao longo da vida desta modalidade.

O Direito de Família também poderá interferir em razão das disposições acerca do regime de bens adotado pelos cônjuges, que, em caso de dissolução da sociedade conjugal, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) poderá correr o risco de transformar-se em outro tipo societário ou até mesmo extinguir-se quando da partilha.

A EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) poderá também ser abalada em face de transmissão “causa mortis”, cabendo analisar a pertinência ou não da constituição de condomínio, a fim de manter-se a atividade empresarial.

Situações como essas passam a ser analisadas nos tópicos a seguir, com o objetivo de apontar caminhos para a sobrevivência da unipessoalidade e principalmente da atividade empresarial.

5.4.1 Pessoa Natural e Jurídica

Marcondes²⁶⁸ cita que o legislador de Liechtenstein, desejoso de “introduzir no país todas as formas conhecidas de empresa”, não vacilou em autorizar sua criação pelas pessoas jurídicas. E como naquele modelo a empresa era constituída com patrimônio separado do remanescente do titular, não importando, fosse esse pessoa física ou pessoa jurídica, desde que o sujeito tivesse capacidade para constituir a empresa e para manter as relações dela decorrentes, nada impediria que a pessoa do empresário pertencesse a uma ou outra daquelas categorias impediria.

Atualmente, o legislador deixou o texto a esse respeito completamente confuso, sendo que o caput do artigo 980-A, do Código Civil, menciona “qualquer pessoa”, enquanto que o §2º contém a menção “pessoa natural”.

Na redação do Projeto de Lei nº 4.605/2009 que ensejou na publicação da Lei nº 12.441/11, constava expressamente que a Empresa Individual de

²⁶⁸ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.287-288.

Responsabilidade Limitada seria constituída por um único sócio, pessoa natural, titular da totalidade do capital social e que somente poderia figurar numa única empresa dessa modalidade.

Ocorre que o projeto sofreu algumas alterações em sua redação, e a constituição de EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) por pessoa jurídica, não foi proibida, portanto é permitida.²⁶⁹

De acordo com o disposto na Lei nº 12.441/11, a qual deu nova redação ao artigo 980-A do Código Civil²⁷⁰, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada será constituída por pessoa e, portanto, não faz qualquer distinção entre pessoa natural ou jurídica. O § 2º dispõe apenas que a pessoa natural só pode ser sócia de uma EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), e isso acabou por levar à interpretação equivocada de que somente pode ser constituída por pessoa natural.

A Instrução Normativa nº 117, do DNRC, de 22 de novembro de 2011, regulamentando a lei estabelece que seja constituída apenas por pessoas naturais²⁷¹ e esta distorção fez com que o texto original da lei perdesse o seu verdadeiro objetivo, qual seja, a de fomentar investimento, que evidentemente, tanto a pessoa jurídica, quando a natural têm direito. Não se vê qualquer entrave para isso, aliás, as que são registradas em cartório com objeto civil podem, o que afeta o princípio da isonomia em relação às empresariais. Inconstitucional, portanto, a Instrução normativa 117 nesse particular.

Também no mesmo sentido da Instrução Normativa 117, a V Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 8 e 10 de novembro de 2011, cujos Enunciados já se tornaram referência no meio jurídico nacional, pronunciou-se no sentido de que só pessoa natural pode constituir EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada)²⁷².

²⁶⁹ PORTAL da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Eireli Consituída por Titular Pessoa Jurídica. Disponível em: <http://www.eireli.com/index.php/legislacao/15-geral/83-eireli-constituída-por-titular-pessoa-jurídica>. Acesso em: 20 abr. 2012.

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ “Pode ser titular de EIRELI a pessoa natural, desde que não haja impedimento legal.” Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso: 20/04/2013. Item 1.2.10

²⁷² “Enunciado 468 - Art. 980-A. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.”

Ocorre que, apesar dessas interpretações, não existe qualquer empecilho para a constituição de EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) por pessoa jurídica, aliás, Ricardo Alberto Santos Costa, interpretando a XII Diretiva Européia, deixou claro que ter como sócio pessoa jurídica ou não foi delegado à legislação de cada país, constituindo-se assim uma espécie de norma em branco:

A redação final optou por uma espécie de 'norma em branco', através da qual se delegou nos estados-membros a faculdade genérica de introduzir nas suas legislações 'disposições especiais ou sanções aplicáveis' nas situações de constituição de uma sociedade unipessoal por uma pessoa singular, relativamente à possibilidade de a mesma pessoa ser sócia única de várias sociedades e de outra sociedade unipessoal ou qualquer outra pessoa coletiva ser sócio único de uma sociedade. Foi uma óbvia mudança de política legislativa. Afastou-se o legislador comunitário da órbita de condicionamento dos critérios 'desconfiados' de introdução da unipessoalidade, e qualquer das suas manifestações e aproximou-se do modelo germânico, como uma forma de organização da empresa que se abstrai do seu substrato associativo-pessoal, bem como, da sua fundamentação jurídico-conceptual de base, aproveitável em toda a plenitude no âmbito dos grupos de empresa.²⁷³

Nesse sentido, Calixto Salomão Filho²⁷⁴ defende pela possibilidade de pessoa jurídica ser titular da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), afirmando que quando constituída por pessoa natural, representa a forma societária de limitação da responsabilidade do comerciante, e, quando constituída por pessoa jurídica, representa uma forma de organização administrativa de grupos econômicos. Assim, não há justificativa técnica, jurídica ou econômica para a não permissão da constituição por pessoa jurídica.

Marlon Tomazete²⁷⁵, sendo a favor da constituição por pessoas jurídicas, traz a análise de argumentos dos que são contra tal permissão, sendo o primeiro referente ao nome e o outro em relação aos fins da criação da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada). O nome empresa individual não estaria de acordo em relação às pessoas jurídicas, pois essas têm a pluralidade implícita e a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) visa a

²⁷³ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p.36.

²⁷⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.13-14.

²⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55-56.

proteção da limitação de responsabilidade, o que para as pessoas jurídicas não existe, as obrigações por ela assumidas devem ser integralmente cumpridas.

Na verdade, a questão da personificação traz segurança para o seu titular e também para os credores, pois os riscos são separados da pessoa natural. Desta sorte, em que pese ser constituída sob uma forma ou outra, o que interessa é o objetivo da organização empresarial, qual seja o de reduzir os custos de transação e permitindo-se a sua constituição tanto por uma pessoa jurídica, quanto pessoa natural.

Sendo o objetivo cumprido, o que interessa na verdade é a organização na forma societária e não individual.

Nesse sentido, Erasmo Valladão Azevedo coloca que a forma societária de organização garante o cumprimento da autonomia patrimonial:

A visão contemporânea da perspectiva da Análise Econômica do Direito, parte da constatação da estreita inter-relação entre essas duas áreas, que exercem entre si influências recíprocas, sustentado que a função precípua do Direito, a par da solução de litígios, é induzir o comportamento dos agentes econômicos, criando um ambiente institucional propício à maior eficiência do mercado.

E, no caso em foco, a possibilidade de estabelecer a autonomia patrimonial da empresa pela forma societária, organizando-a nos moldes de uma sociedade unipessoal, incentivaria a pequena e média, bastando que instituisse uma disciplina jurídica moldada por regras estáveis e confiáveis, adequadas à realidade econômica de modo a induzir seu bom funcionamento.²⁷⁶

A intenção maior é o de aumentar investimentos, buscando o crescimento da atividade empresarial e respeitando as mesmas oportunidades para todos, em respeito ao princípio da autonomia.

Em hipótese alguma, leva-se ao entendimento de que somente à pessoa natural seria dado direito de constituir EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) sendo que o limite previsto no §2º, refere-se à situação de constituição por pessoa natural, para que esta só possa figurar em uma EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).²⁷⁷

Na Espanha, por exemplo, essa figura é permitida, inclusive, com patrimônio público, pois garante uma redução de custos de funcionamento no

²⁷⁶ AZEVEDO, Erasmo Valladão. **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 504.

²⁷⁷ Art. 980-A § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

mercado, abrindo assim mais uma vertente para melhorar a atividade econômica que agora encontra-se sob a responsabilidade do Estado. A esse respeito, Maria Belém Gonzalez Fernandes:

Sin embargo, esse tratamiento especial genera para lãs sociedades unipersonales de titularidad pública una reducción de costes de funcionamiento que lãs situa em El mercado, sin más motivación que la ofrecida por razones de mera oportunidad, en una posición privilegiada frene a las sociedades unipersonales que se encuentran en manos privadas.²⁷⁸

E interessante é que, assumir esse tipo de organização, a legislação Espanhola dispõe acerca de inúmeras facilidades e dispensa de formalidades exigidas para os outros tipos societários, barateando os custos ainda mais.

Esta Disposición dispensa a lãs sociedades cuyo capital pertenece al Estado, lãs Comunidades Autónomas, lãs Corporaciones Locales o a organismos o entidades dependientes ed lós anteriores, de determinadas cargas y sanciones prevista en lós artículos 126.2, 128.2 y 3, y 129 LSRL (indicación de La condición de unipersonal en documentos, facturas, anuncios, etc.; inoponibilidad, en detrmidados casos, de lós contratos celebrados entre El sócio único y La sociedad; responsabilidad personal Del socio único respecto a las deudas sociales por falta de publicación de La unipersonalidad sobrevenida; etc.) y que si resultarán exigibles a las sociedades unipersonales constituidas por particulares²⁷⁹

Tal expediente não é permitido na legislação brasileira, mas vê-se que até mesmo o patrimônio público pode ser objeto de EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) dispensando-se publicações de atas e demais formalidades, como na legislação espanhola. Percebe-se, porém, que o Direito Estrangeiro, além de não trazer qualquer empecilho para a constituição por parte de pessoa natural ou jurídica, vai além, em estabelecer que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada pode ser constituída por patrimônio público e ainda sem qualquer formalidade exagerada, diminuindo os custos.

No caso poderia ser utilizada essa modalidade por conta das empresas públicas, comumente constituídas com a integralidade do capital titularizado por um

²⁷⁸ FERNÁNDEZ, María Belén González. **La Sociedad Unipersonal en El Derecho Español**. Las Rozas /Madrid: La Ley, 2004, p.129.

²⁷⁹ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p.38.

único Ente Público²⁸⁰, mas aplicando-se a simplicidade deste instituto, proporcionando a diminuição dos custos administrativos para tal finalidade.

Sobre a possibilidade de constituir-se a EIRELI por sócio estrangeiro, Wilges Ariana Bruscatto ressalta que, embora o país necessite de investimentos, especialmente, se oriundos de recursos estrangeiros, porque injetam capital novo no país, aquecendo a economia, não se pode deixar que empresas estrangeiras se estabeleçam sem observar regras específicas para tanto, fazendo-se necessária uma ampla discussão sobre a flexibilização de tais regras.²⁸¹

Armando Rovai²⁸² vai mais além colocando que não existe empecilho algum tanto para o sócio pessoa jurídica quanto para a possibilidade de ser sócio estrangeiro:

No que toca à regularidade da participação de sócio estrangeiro (pessoa física ou jurídica) em empresa individual de responsabilidade limitada, algumas considerações se fazem necessárias. A primeira delas, com respeito às opiniões contrárias, refere-se a inexistir qualquer dúvida quanto a pertinência e regularidade de pessoa jurídica figurar como titular de empresa individual de responsabilidade limitada, especificamente, porque não tem em nosso ordenamento jurídico qualquer vedação legislativa sobre esta temática.²⁸³

O fato de existir investimento de pessoas jurídicas estrangeiras não encontra qualquer óbice na Constituição Federal, salvo o disposto no artigo 222 para brasileiros natos e naturalizados no que se refere ao objeto de empresa jornalística e de radiodifusão. Assim, não é o caso de sacrificar a constituição da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) com discussões políticas e econômicas. O investimento e o crescimento do Brasil não merecem mais espera.

Outra questão abordada por Marlon Tomazete²⁸⁴ diz respeito a incapazes serem sócios como um investimento que seria feito em uma sociedade, exigindo-se as mesmas condições de tal participação societária²⁸⁵, que o capital social esteja totalmente integralizado e o administrador terceiro estranho ao quadro

²⁸⁰ BRASIL. Legislação. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Art 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 20 abr. 2012.

²⁸¹ BRUSCATTO, Wilges Ariana. Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. A saga continua. *Revista Index Jur.* Ano I, vol. I, set.2011, p.20. Disponível em: <http://indexjur.com.br/zero/eireli.pdf>. Acesso: 25 abr. 2013.

²⁸² ROVAI, Armando Luiz. Aspectos da Empresa Individual. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, Brasil, 24 nov. 2011.

²⁸³ Idem, ibidem.

²⁸⁴ CRISTIANO, Romano. *Personificação da empresa*. São Paulo: RT, 1982, p. 178-179.

²⁸⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

societário, tendo em vista a falta de capacidade, diante da aplicação subsidiária das regras acerca da sociedade limitada.²⁸⁶

Todavia, a Instrução Normativa nº 117 do DNRC informa quem pode ser titular da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), o que leva ao entendimento de que o menor e os proibidos de empresariar não podem.²⁸⁷

O referido autor vai mais além, colocando servidores públicos, magistrados, membros do Ministério Público e militares da ativa podem constituir EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), desde que não exerçam as funções administrativas inerentes ao exercício da empresa.²⁸⁸

Não obstante, Wilges Ariana Bruscatto²⁸⁹ entende que os servidores públicos não poderão instituir a EIRELI, acompanhando a orientação do DNRC.

A Instrução Normativa nº 117/2011, ao seu turno, não pode ir além do que conta no texto legal, face à hierarquia das normas, não pode inovar. Assim, pactuo do entendimento de que os incapazes e servidores públicos podem constituir EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), estando proibida apenas a administração por eles²⁹⁰, assim como não há qualquer problema para a pessoa jurídica constituir EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), seja ela nacional ou estrangeira.

Evidente que existem várias contradições entre a Lei 12.441/2011 e a Instrução Normativa nº 117 do DNRC, que, na visão Kelseniana²⁹¹ para superar-se as antinomias, o cientista do direito deve mostrar que o conflito não existe.

²⁸⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.55.

²⁸⁷ 1.2.10: Pode ser titular de EIRELI a pessoa natural, desde que não haja impedimento legal. Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>. Acesso em: 22.jan.2013.

²⁸⁸ Id., *Ibid.*, p.55.

²⁸⁹ BRUSCATTO, Wilges Ariana. Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. A saga continua. **Revista Índex Jur**. Ano I, vol. I, set.2011, p.20. Disponível em: <http://indexjur.com.br/zero/eireli.pdf>. Acesso: 25 abr. 2013.

²⁹⁰ Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>. Acesso em 25 abr. 2013. Item 1.2.10 - CAPACIDADE PARA SER TITULAR

Pode ser titular de EIRELI a pessoa natural, desde que não haja impedimento legal:

a) maior de 18 anos, brasileiro(a) ou estrangeiro(a), que se achar na livre administração de sua pessoa e bens;

b) menor emancipado.

Item 1.2.11 - IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR

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

²⁹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Para Entender Kelsen** –Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p.45.

Assim, sendo hierarquicamente inferior a Instrução Normativa confronta o disposto na Lei Federal, mas, por sua vez, não contraria o poder legiferante porque emanada de autoridade competente. A Lei pode ter sido desobedecida, sob o ponto de vista da teoria estática, mas sob o foi sob o ponto de vista da teoria dinâmica não foi.²⁹²

Na teoria Kelsiana, a Instrução Normativa nº 117, em desconformidade à Lei 12.441/2011, integra a ordem jurídica, porque o DNRC (Departamento Nacional de Registro do Comércio) é órgão competente para tanto e são válidas até que seja revogada por norma jurídica superior, sendo outra lei, ou mesmo uma decisão judicial.²⁹³

Mesmo considerando-se a visão Kelseniana para que se possa continuar respeitando os ditames da Instrução Normativa 117, há que se considerar o disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que espelha o princípio da legalidade, onde ninguém está obrigado o fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, e a provocação do Poder Judiciário a fim de que seja restabelecido o mesmo, permitirá, por exemplo, seja a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) constituída por pessoa jurídica, estrangeira, por incapazes e por impedidos. Tanto que já há foram proferidas decisões a esses respeito:

(...) o *fumus boni iuris*, por sua vez, também encontra-se evidenciado nos autos. Isto porque, da simples leitura das normas sob comento, verifica-se que há clara violação ao princípios segundo o qual 'onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir'. Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade máxima de que 'ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei', não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei, que lhe é hierarquicamente superior, a qual se propôs a regulamentar. Tendo havido a supressão do termo 'natural' do texto final da lei, pode-se concluir que o legislador pretendeu com tal ato, permitir/não proibir a constituição de EIRELI por qualquer pessoa, seja ela da espécie natural, seja ela da espécie jurídica.(...)²⁹⁴

Por esta visão através da norma jurídica, no caso a sentença, poder-se-á desconsiderar a Instrução Normativa do DNRC, tendo em vista seu confronto

²⁹² COELHO, Fabio Ulhoa. **Para Entender Kelsen** –Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p 46.

²⁹³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Para Entender Kelsen** –Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p 44-45.

²⁹⁴ 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, MS nº 0054566-71.2012.8.19.0001, Rio de Janeiro, 07 mar.2012.

com a Lei 12.441/11 e autorizar-se a inclusão de pessoa jurídica como única sócia, assim como os demais.

5.4.2 Penhora, usufruto e penhor

Podem existir na EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), situações de constituição de usufruto ou de penhor sobre as quotas da sociedade, mas que a lei brasileira nada mencionou, de tal forma que o exercício dos direitos correspondentes às participações que foram objeto desses negócios reais levam à emergência de uma situação em que os proprietários das participações não coincidam com os sujeitos legitimados para recolher os benefícios e participar em assembleias de sócios. Poderá constituir-se sobre elas um direito de usufruto ou de penhor em favor de uma só pessoa, passando esta a dominar por si só a vida da sociedade.

Os titulares de raiz, da nua propriedade, ou os titulares constituintes da garantia, é que ostentam a qualidade de sócio, tanto mais que foram só eles que realizaram o valor das entradas.²⁹⁵

O usufruto ou o penhor são direitos reais sobre coisa da propriedade de outrem e, por esse motivo, são partes do domínio que compete ao proprietário. Assim, dois são os envolvidos: o usufrutuário e o nu proprietário, o credor e titular da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), respectivamente, e isso pode abalar a unipessoalidade estabelecida, podendo surgir conflitos.

O usufruto é direito real na coisa alheia, e a coisa de que se tem o usufruto é propriedade de outrem. Dessa forma, sobre subsistem dois direitos, o direito do usufrutuário, qual seja o gozo; e o direito do proprietário, reduzido ao poder de disposição e a eventual hipótese de reintegrar o seu domínio, em toda a sua plenitude, no momento em que o usufruto se vem a extinguir por qualquer uma das causas de extinção que lhe são pertinentes.

O penhor é um dos direitos reais de garantia. Ocorre quando a coisa móvel fica sujeita ao pagamento de uma dívida, neste caso, a posse pertence ao credor, por tratar-se de coisa móvel.

²⁹⁵ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 423.

Poderá ocorrer, no penhor, a possibilidade da entrega dos rendimentos da quota à medida em que vão ocorrendo. Conserva-se o seu direito de propriedade limitado, por esse motivo sobre as coisas incide um *ius in re aliena*, entretanto muitas das suas faculdades de proprietário estão íntegras assegurando o seu pleno exercício.

Quanto ao direito de dispor, o proprietário não sofre nenhuma restrição, quer esteja em seu poder, quer esteja em poder de credor pignoratício. Deve-se observar que alienada a coisa, já se sabe que o ônus pignoratício a acompanha.

O penhor pode extinguir-se nas seguintes hipóteses: pelo fato de ter sido executado, pela remissão, quando alguém exonera a coisa do vínculo pignoratício, pela renúncia do credor e quando o credor pignoratício se torna proprietário da coisa.

Se a propriedade das participações corresponder a uma só pessoa, mas esta tiver constituído sobre elas, ou sobre uma ou várias frações da quota dividida, um ou vários direitos de gozo ou de garantia poderão exercer as posições societárias a elas associadas e mesmo assim a sociedade continuará a ser tratada como unipessoal.²⁹⁶

Com relação à penhora da participação do único sócio, o instituto de remissão do bem penhorado, hoje revogado pela Lei nº 11.382/2006 (artigo 787, do Código de Processo Civil), estabelecia-se *pietatis causa*, de modo a possibilitar que o mesmo não desfalcasse o patrimônio da família do devedor.

A jurisprudência elastecia seu conceito para permitir que pudesse o sócio remir o bem penhorado pertencente à sociedade. Daí porque se afiguraria legítimo permitir que a sociedade também desfrutasse do direito de remir as quotas levadas à execução, a fim de impedir o ingresso de um terceiro em seu convívio.²⁹⁷

Existe um conflito entre a satisfação do credor e a possibilidade de ingresso de pessoa estranha na sociedade. Conforme já mencionado, tal situação somente tem reflexo em relação aos sócios, mas no caso da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), o que pode causar reflexo é a troca de titularidade.

²⁹⁶ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 424-425.

²⁹⁷ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa à Luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 191.

A jurisprudência tem fixado o entendimento de que é possível a penhora, porém antes devem ser observados os preceitos de direito societário, garantindo-se a preferência para os demais sócios.²⁹⁸

Nesse sentido assinala Carvalho de Mendonça²⁹⁹ que o credor tem o direito de penhorar os fundos líquidos, estes conceituados da seguinte forma:

Por *fundos líquidos*, cuja penhora a lei permite, entendem-se:

- a) os saldos à disposição do sócio, sendo considerado dinheiro do executado em mão de terceiro (a sociedade). A penhora, nesse caso, só se affectua se a sociedade, por seu sócio gerente, confessar no acto da diligencia judicial que realmente existem esses saldos.
- b) A parte ou quota apurada na liquidação da sociedade e partilhada ao sócio devedor.

Entretanto, continua o referido autor, dizendo que os credores da sociedade somente possuem a faculdade de penhorar os bens particulares dos sócios após executados todos os bens sociais, ressaltando que tal princípio prevalece ainda que a sociedade esteja em liquidação.³⁰⁰

Com o advento da Lei 11.382/2006, que reformou o CPC, passa a ser expressamente admitida a penhora de quotas (CPC, art. 655, VI), resguardando apenas a preferência dos sócios na aquisição dessas quotas (art. 685-A, § 4º).³⁰¹

Entende-se que não se pode impedir a cessão de quotas ou penhora delas, pois a entrada de terceiro no quadro societário poderá incomodar os demais sócios, no caso da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) não há tal distorção. A penhora, neste caso, refletirá em transferência da titularidade, em razão de alienação forçada, pois não há razão de ser a discussão sobre a relação entre credor e devedor ser motivo de prejuízo da atividade empresarial.³⁰² O credor passará a ser titular do investimento se o mesmo garantir a totalidade da dívida, caso seja parcial, apuram-se os haveres e paga-se o credor, mas não se deve desfaltar a garantia dos demais, repondo-se posteriormente o capital original.

Neste sentido, Carvalho de Mendonça coloca que os sócios não possuem direito de propriedade ou de co-propriedade sobre o fundo social, mas

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma – Resp 221.625/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, DJ 07/05/2001.

²⁹⁹ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro I: Dos atos do comércio. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p. 106.

³⁰⁰ Id., Ibid., p.107.

³⁰¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 347.

³⁰² SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 133.

apenas direito de crédito, este condicionado à liquidação social. Continua o referido autor, que, uma vez conferidas as quotas, as mesmas desintegram-se do patrimônio dos sócios para constituírem fundo autônomo da sociedade.³⁰³

Para Marlon Tomazette³⁰⁴, por sucessão ou por negócios entre vivos poderá haver a mudança do titular da EIRELI, preservando a empresa em funcionamento, mesmo que com outro titular, absolutamente viável para a continuidade do negócio.

Sérgio Campinho, esclarecendo que a quota é um bem alienável, ela pode ser objeto de caução, de cessão e de penhora. No caso desta última, ocorrendo os atos de expropriação, o adquirente substitui o sócio único devedor, porém para o autor, existe apenas uma restrição de que este adquirente seja pessoa natural.³⁰⁵

E de fato é o que melhor se adequa, pois o credor necessita ser satisfeito e por outro lado o negócio mantido, mudando-se a titularidade da EIRELI ambos os problemas se resolvem.

5.4.3 Comunicabilidade

O divórcio pode interferir no destino da participação da EIRELI (Empresa Individual De Responsabilidade Limitada), pois, como dito, essa discussão é pertinente entre os sócios, em diversas situações, o patrimônio da empresa poderia constituir meação que deveria ser obrigatoriamente compartilhada com o outro cônjuge.

Em situações tais, muitas vezes, a sociedade foi constituída durante o casamento, cujo regime adotado foi o da comunhão parcial de bens, ou de comunhão universal (salvo nas hipóteses do art. 1.668 do CC/02) ou eventualmente no regime de participação final nos aquestos e até mesmo no regime de separação obrigatória de bens.³⁰⁶ Todos eles geram reflexos para a vida societária.

³⁰³ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro I: Dos atos do comércio. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.108.

³⁰⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.62.

³⁰⁵ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa à Luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.291.

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 377 - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p.1277. Regime de Separação Legal de Bens - Comunicação - Constância do Casamento. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Logo, é facilmente perceptível que, são freqüentes os casos em que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) integrará o patrimônio comum dos cônjuges.

A solução tradicional de acordo com o clássico Direito de Família seria transformar a sociedade unipessoal em pluripessoal, havendo como sócios, os ex-cônjuges, mas esta situação é completamente incompatível com a peculiar e *sine qua non* unipessoalidade da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) e principalmente com a vontade dos cônjuges.

O casamento, pela teoria institucionalista, nada mais é que um uma instituição, tal como uma empresa, logo, indiretamente o Direito Empresarial deveria se sobrepor ao Direito de Família e neste caso, a despeito das regras civis sobre o casamento, não deveria partilhar-se a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), ainda que em caso de divórcio.

O Direito de Família a despeito de ser um ramo do Direito Civil, é um ramo de normas eminentemente cogentes, de ordem pública, com forte interferência estatal. Assim, ainda que, o casamento seja uma instituição (que em alguns momentos se assemelhe a uma empresa) é uma instituição *sui generis*.

Portanto, impossível simplesmente afastar as disposições que versam sobre os diferentes regimes de bens do Direito de Família para se valer das regras do Direito Societário.

Assim, pode-se cogitar de pensar como possível solução, a hipótese de que aquele que era sócio da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) continuar a sê-lo e compensar mediante pagamento (em dinheiro, em móveis, em imóveis, etc) o outro cônjuge, caso o patrimônio para constituição da empresa seja da meação.

Assim, se satisfaz as típicas regras do Direito de Família com a satisfação da meação e ao mesmo tempo, respeitam-se as particularidades do Direito Societário (unipessoalidade EIRELI), ou então, opta-se pela transformação em limitada (LTDA), com a conseqüente pluralidade societária, desde que haja intenção dos cônjuges.

Mais uma vez a contribuição de Portugal é no sentido de que cônjuge de sócio não é sócio, pois o seu direito é exclusivamente de ordem patrimonial.³⁰⁷ Pode-se incluir a cláusula no ato constitutivo, proibindo-se a comunicabilidade e ainda proibindo o ingresso de terceiro estranho, obrigando-se pois a efetuar-se a liquidação da quota para pagamento do cônjuge meeiro.

5.4.4 Condomínio

Diante de existir apenas um sócio na EIRELI (Empresa Individual De Responsabilidade Limitada), não resolve a legislação brasileira se é possível a existência de condomínio, gerado, por exemplo, em razão de sucessão “*causa mortis*”.

Ricardo Negrão³⁰⁸ dá-nos a referência quando há a instalação do condomínio, no caso de sucessão, e adverte que se o autor da herança possui uma quota apenas e vários herdeiros, cada um deles se torna proprietário de uma fração ideal. E os direitos decorrentes desta propriedade serão exercidos pelo representante do condomínio, eleito pelos cossócios ou pelo inventariante, antes da expedição do formal de partilha.

Há quem considere que a unipessoalidade foi afastada aqui, pois entende que cada um dos co-titulares de participação, ou das participações, ostenta a condição de sócio, independentemente do modo de exercício dos direitos sociais. Entretanto, de outro lado, colocam-se aqueles que defendem que quando várias pessoas têm *pro indiviso* todas as participações de uma sociedade, devem ser consideradas como único sócio dessa mesma sociedade, de forma que há uma só relação de propriedade entre os cotitulares de participações.³⁰⁹

Entendo que não pertine a condição de co-propriedade na EIRELI (Empresa Individual De Responsabilidade Limitada), vez que indiretamente ter-se-á a pluralidade de pessoas, acarretando divergências até mesmo na nomeação de representante do condomínio, possivelmente abrindo-se precedente para

³⁰⁷ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 430.

³⁰⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e Empresa**. 8.ed.v.1, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 399.

³⁰⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e Empresa**. 8.ed.v.1, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 427-428.

divergências e falta de previsão legal em como resolvê-las comprometendo-se a atividade empresarial.

O instituto da unipessoalidade não está em consonância com a participação de várias pessoas na propriedade, e concordo com o entendimento da doutrina portuguesa a seguir detalhada:³¹⁰

Em Portugal há a adaptação da lei para as sociedades pluripessoais, adotando-se três possibilidades para a sucessão na unipessoalidade³¹¹:

a) Cláusula proibindo a transmissão a herdeiros e venda a terceiros - nesta situação, o problema estaria em quem faria a liquidação, sendo esta atribuída ao administrador, caso exista. Caso contrário, a figura do inventariante faria as vezes para efetuar o pagamento aos herdeiros;

b) Cláusula de não transmissão apenas para alienação a terceiros, surgindo para os herdeiros a possibilidade de liquidação e pagamento ou de integrar a atividade empresarial, aqui desde que seja único, pois não sendo possível a co-propriedade em caso de vários herdeiros;

c) Por fim, a possibilidade de pagamento das quotas e possibilidade de transmissão a terceiros, comprometendo-se a unipessoalidade.

Em todos os casos, enquanto pendente a decisão dos sucessores, a sociedade fica sem sócio, situação no mínimo interessante, diante das dificuldades a serem superadas no dia-a-dia, como sugestão seria a aplicação do disposto no artigo 974 do Código Civil, nomeando-se um administrador até que a situação se resolva, a fim de que a atividade empresarial não seja afetada.

Importante a formação dos herdeiros para receber esse patrimônio. Que poderá ainda transformar-se em sociedade pluripessoal para a continuidade da atividade empresarial ou extinguir-se.

³¹⁰ COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 428.

³¹¹ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.135.

5.5 Constituição

5.5.1 Instrumento, forma e natureza jurídica do ato constitutivo

Admitindo-se a EIRELI (Empresa Individual De Responsabilidade Limitada) como espécie de sociedade limitada, o ato que a constitui deve ser diferenciado apenas quanto à unipessoalidade.

Embora seja unipessoal, a organização desta modalidade envolve regras a serem cumpridas internamente, quanto à relação entre o sócio e a administração e também regras de relacionamento com terceiros.

Por esses motivos é que Tulio Ascarelli³¹² classificou o contrato social como plurilateral e no caso específico da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) a regra também se aplica, sendo o documento que a constitui denominado de contrato³¹³, já que em Direito Societário não é o acordo de vontades que se estabelece, mas sim regras para a manutenção da atividade.

Para Marlon Tomazette³¹⁴, a melhor forma seria denominá-lo de estatuto, já que não há acordo de vontades, posição com a qual discordamos.

A Instrução Normativa nº 117 do DNRC³¹⁵, denomina apenas de ato constitutivo e o dividiu em quatro partes: preâmbulo, cláusulas obrigatórias, cláusulas facultativas e fecho.

Do preâmbulo deverão constar: a) qualificação do titular da empresa - e, se for o caso, de seu procurador -, com o nome completo da pessoa natural, residente e domiciliado no país ou no exterior, nacionalidade, estado civil, data de nascimento, se solteiro, profissão, documento de identidade, número e órgão expedidor/UF, CPF e endereço residencial (tipo e nome do logradouro, nº, complemento, bairro/distrito, município, unidade federativa e CEP, se no País); b) tipo jurídico (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

As cláusulas obrigatórias, combinando-se os artigos 980-A e 1.054 da lei civil, deverão conter: a) o nome empresarial, b) o capital, expresso em moeda corrente, equivalente a, pelo menos, 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente

³¹² ASCARELLI, Túlio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookselles, 1999, p. 372-752.

³¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409-410.

³¹⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.57.

³¹⁵ Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso em: 25 abr. 2013.

no País (art. 980-A, CC/2002), c) a declaração de integralização de todo o capital (art. 980-A, CC/2002), d) o endereço completo da sede, bem como de eventuais filiais, e) a declaração precisa e detalhada do objeto da empresa, f) o prazo de duração da empresa, g) a data de encerramento do exercício social, quando não coincidente com o ano civil, h) a(s) pessoa(s) natural(is) incumbida(s) da administração da empresa, e seus poderes e atribuições, i) a qualificação do administrador, caso não seja o titular da empresa e j) a declaração de que o seu titular, não participa de nenhuma outra empresa dessa modalidade.

As cláusulas facultativas podem indicar, por exemplo: a) os atos que dependam de aprovação prévia do titular da empresa para que possam ser adotados pela administração, caso esse não seja o administrador da EIRELI (por exemplo, assinatura de contratos acima de determinado valor, alienação de ativos etc.), b) A declaração, sob as penas da lei, de que o administrador não está impedido, por lei especial, e nem condenado ou encontrar-se sob os efeitos de condenação, que o proíba de exercer a administração de empresa individual de responsabilidade limitada e c) outras, de interesse do titular da empresa, como por exemplo a questão de incomunicabilidade e impenhorabilidade.

O fecho do ato é destinado a conter a localidade, a data e o nome e assinatura do titular.

O ato deverá ser instruído com documentos comprobatórios e levado a registro na Junta Comercial, o que lhe confere publicidade, fato que cumpre as necessárias formalidades para aperfeiçoar a instituição.

O efeito do registro é a publicidade a toda pessoa distinta da causa da inscrição a quem ela pode favorecer ou prejudicar.³¹⁶

Fábio Ulhoa Coelho a considera como sociedade institucional, pois a diferença entre estas e as contratuais, é que às últimas se aplicam a teoria dos contratos para tratar das questões sobre a constituição e dissolução da sociedade. Para as institucionais não aplicam-se regras contratuais dada a natureza não contratual entre os sócios.³¹⁷

E no caso da EIRELI (Empresa Individual De Responsabilidade Limitada), este vínculo não existe, porque há somente uma pessoa, nas

³¹⁶ DUBOIS, Eduardo M. Favier. **El registro Público de Comercia y lãs inscripciones societárias** – Teoria y Pratica. Buenos Aires: Adhoc, 1998, p.110.

³¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 416.

institucionais não há qualquer natureza contratual. O vínculo estabelecido na EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) também não é contratual e isso apenas interessa quando do desfazimento dele. Ora, até pode-se dizer que não há vínculo porque só uma pessoa manifesta interesse.³¹⁸

Calixto Salomão Filho³¹⁹ ao escrever sobre o institucionalismo defende que é admissível a existência de sociedade unipessoais, pois a pluralidade social não é elemento fundamental para atingir os interesses da sociedade, ou seja, a ausência de pluralidade de sócios não resultaria na confusão de interesses entre sócio e sociedade e :

A definição de interesse social como algo diverso dos interesses contrapostos dos sócios e a pressuposição de sua persecução pelos órgãos sociais não eliminam o conflito de interesses da dialética societária. Ao contrário, reforçam, porque introduz no interior dos órgãos societários representações de interesses efetivamente contrapostos.

Assim, a ausência de pluralidade não significa confusão entre o interesse do sócio e da sociedade, pois vista a empresa como uma organização, daí a relação é associativa e segundo o referido autor, perde-se todo o caráter subjetivo, sendo então a pluralidade irrelevante.

O ato de constituição é o contrato social, mesmo diante da unipessoalidade. Enfim, ultrapassada esta questão, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) poderá constituir através de três maneiras, a saber:³²⁰

a) Quando o sócio único assina o ato constitutivo, com as cláusulas indispensáveis;

b) Quando há a concentração da participação societária sob a titularidade de uma única pessoa, seja ela natural ou jurídica, em razão de sucessão, por aquisição ou ainda pela chamada dissolução parcial.

Neste caso, a sociedade limitada pode sobreviver pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, conforme temos do artigo 1.033, parágrafo único, do Código Civil, trata-se, no caso da unipessoalidade temporária. O instrumento neste caso refere-se a uma alteração contratual deliberando-se pela transformação em EIRELI

³¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 410.

³¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58-59.

³²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409-410.

(Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), seguindo-se os procedimentos da Instrução Normativa 117 e 118 do DNRC.³²¹

c) Quando o sócio único é uma sociedade anônima ou limitada diante da incorporação de quotas, ou seja, todas as quotas passam a ser de titularidade da chamada sociedade incorporadora, que terá aumento de seu capital social.

Assim, a constituição da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) pode se dar de forma originária ou derivada, e em quaisquer das hipóteses há uma declaração unilateral de vontade que será submetida ao registro, a fim de produzir efeitos perante terceiros.

Sendo a constituição originária, se dá com o início da atividade empresarial, enquanto que na derivada, há continuação de uma atividade, a qual poderia estar organizada sob a forma de empresário individual ou sociedade. Nas duas hipóteses, os requisitos da nova modalidade devem estar preenchidos.³²²

Frise-se que a jurisprudência já vem traçando algumas linhas sobre a unipessoalidade, demonstrando que é a única maneira de garantir que se preserve o patrimônio pessoal. Aliás, a jurisprudência embora tenha abordado caso de empresário individual, esclarece que a EIRELI é uma nova forma para respeitar a autonomia patrimonial.³²³

Assim, de forma tímida a questão da unipessoalidade societária encontra na jurisprudência a aplicação do instituto da Autonomia Patrimonial.

5.5.2 Capital Social

5.5.2.1 Capital mínimo

O capital social representa a contribuição do único sócio para o início da atividade empresarial, e ao estabelecer-se o capital mínimo para a constituição da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), provavelmente a

³²¹ Instrução Normativa Nº 117 Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Instrução Normativa nº 118 Dispõe sobre o processo de transformação de registro de empresário individual em sociedade empresária, contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa, e dá outras providências, de 22 de novembro de 2011.

³²² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

³²³ Voto nº: 4307 Agravo de Instrumento n.: 0070723-30.2012.8.26.0000 Comarca: Araçatuba - 5ª Vara Cível (Proc. n. 032.01.2012.004953-4) Agravante: Thiago Bossada Ltda Agravado: Ultravox Indústria e Comércio de Equipamentos de Áudio Ltda ME

intenção do legislador foi a de transmitir solidez, a fim de que a unipessoalidade não fosse, em hipótese alguma, aliada à idéia de falta de garantias ou sinônimo de fraudes.

Estabelece a Lei o valor mínimo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. A apuração do valor mínimo deve ser feita no momento da constituição, não havendo necessidade de aumento do capital, quando houver alteração do salário mínimo.

Marcondes já apontava que a preocupação inicial dos projetos já elaborados, no tocante ao capital, concerne a seu valor, pois já se exigia valor mínimo: Pisko, 20.000 coroas austríacas; Ischer, 10.000 francos suíços; Sola Cañizares, na França, e a Conferência de Santa Fé, na Argentina, aconselham a exigência, sem fixar o valor, mas o Instituto Argentino e o Senado recomendam, respectivamente, 10.000 e 500.000 cruzeiros. E para o autor: “Realmente, o que interessa aos credores é que os valores passivos da sociedade não excedam os seus valores ativos por quantia superior ao capital social; o que lhes importa não é o valor absoluto do capital, e sim o valor *daquele excesso em relação ao capital*.³²⁴

Em Portugal, Ricardo Candeias, quando escreve sobre as sociedades anônimas desportivas, justifica dois motivos para a fixação do capital mínimo: o primeiro procura fomentar (*rectius*, facilitar) a constituição de SADs à custa de uma sub-capitalização material originária; o segundo procura dar relevo à diferente capacidade económico-financeira existente entre participantes de idêntica competição.³²⁵

Talvez, poderia ser debatido que o limite de faturamento da Micro Empresa e da Empresa de Pequeno Porte, conforme disposto na Lei 9841/99, pode ser utilizado como justificativa analógica para essa exigência. Todavia, verifica-se que o limite diz respeito ao faturamento e aqui o limite diz respeito à constituição, sendo que do ponto de vista constitucional, merece lembrar o disposto no artigo 5º Inciso XVII,³²⁶ que não traz nenhuma condição para o direito da livre associação. Sendo assim, não pode existir qualquer empecilho para a constituição de

³²⁴ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 300-301.

³²⁵ CANDEIAS, Ricardo. **Personalização de Equipa e Transformação de Clube em Sociedade Anónima Desportiva**. Coimbra: Coimbra, 2000, p.73-74.

³²⁶ BRASIL. Constituição Federal. (1988): Art. 5º, XVII: “É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.”

sociedades, sendo que a fixação de um valor mínimo e principalmente um valor como esse, coloca apenas nas mãos de poucos a possibilidade de organizar-se sob tal forma.

Todavia, algumas investidas já foram feitas junto ao Poder Judiciário para que esta condição não fosse cumprida, mas não obteve-se sucesso, já que o magistrado justificou que existem outras formas a disposição do interessado:

A Justiça Federal paulista negou pedido de liminar formulado por uma empresa de Consultoria Empresarial para que não lhe fosse exigido o capital mínimo de R\$62,2 mil para a abertura de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). A decisão é do juiz José Carlos Motta, da 19ª Vara Cível. Ao decidir, o juiz declarou que o capital mínimo não impede a empresa de iniciar suas atividades, uma vez que a constituição na forma de empresa individual de responsabilidade limitada não é a única colocada à sua disposição. 'A vinculação do capital social da empresa ao salário mínimo não afronta o ordenamento jurídico em vigor, porquanto a vedação constitucional busca tão somente impedir a sua utilização como indexador de prestações periódicas.

Esse é o primeiro questionamento judicial sobre a EIRELI recebido pela Jucesp. Segundo José Constantino de Bastos Júnior, presidente da Jucesp, a exigência de capital mínimo não é novidade na legislação brasileira. 'A Lei nº 6.019, de 1974, sobre trabalho temporário, por exemplo, exigem um capital mínimo de 550 salários mínimos da empresa que quiser explorar essa atividade' Afirma Constantino.³²⁷

Também foi questionado limite vinculado ao salário mínimo por meio de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN 4637) no Supremo Tribunal Federal. O PPS (Partido Popular Socialista) ajuizou a Ação no STF contra a parte final do *caput* do art. 980-A do Código Civil, que exige o capital mínimo. A referida ação questiona a vinculação do capital ao salário mínimo, bem como, a liberdade de iniciativa.³²⁸

Embora ainda não haja decisão final a esse respeito, A Justiça Federal do Estado de São Paulo proferiu, recentemente, decisão em sentido contrário:

(...) existem precedentes plenamente integrados ao ordenamento jurídico brasileiro há décadas sobre a imposição de capital mínimo, situação que demonstra plenamente a sua razoabilidade e bom senso. São os casos de empresas que pretendem atuar na atividade econômica de 'mão de obra temporária' (Lei nº 6.019/74) e na atividade econômica de 'segurança ou vigilância' (Lei nº 7.102/83, alterada pelas Leis nº 9.017/95 e nº 11.718/08). Por outro lado, a impetrante não se encontra impedida de iniciar suas

³²⁷ IGNACIO, Laura. Juiz Exige Capital Mínimo para Eireli. **Valor Econômico**, Ano 12, nº2977, São Paulo: 30 mar.2012.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4637. Relator Min. Gilmar Mendes, STF, Distrito Federal, distribuição 12/08/2011.

atividades, uma vez que a constituição na forma de empresa individual de responsabilidade limitada não é a única possibilidade colocada à sua disposição. De seu turno, importa salientar que a violação do capital social da empresa ao salário mínimo não afronta o ordenamento jurídico em vigor, porquanto a vedação constitucional busca tão somente impedir a sua utilização como indexador de prestações periódicas”.³²⁹

O Estado pode limitar a liberdade empresarial, respeitando os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade, ponderando os valores da livre iniciativa e da livre concorrência.

Na verdade os argumentos, em sua maioria, restringem-se ao fato de que a utilização do salário mínimo não deve ser feita quando para prestações periódicas e por conta de vencimentos percebidos e que de certa maneira não está impedida a constituição da sociedade, em razão de que existem outros modelos disponíveis para o investidor.

O que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.³³⁰

Lembra ainda que a Súmula Vinculante 4, do STF³³¹, impede a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado ou sua substituição por decisão judicial, salvo nos casos previstos na Constituição.

Ao que tudo indica, a vinculação ao salário não afetará a constitucionalidade da lei, mesmo porque se considerarmos a realidade brasileira, o valor limite é alto e afastará o pequeno investidor dessa modalidade, com certeza.

Isso porque a responsabilidade declinada no artigo 980-A do Código Civil que prevê o mínimo de cem salários mínimos, diz respeito a uma garantia perante terceiros, sendo essa a intenção do legislador.

³²⁹ 19ª Vara Cível da Justiça Federal do Estado de São Paulo, MS nº 0002421-54.4.03.6100, São Paulo, 22 de março de 2012.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3934, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2009, DJe-208 divulgação 05-1102009, publicação 06-11-2009, ementa vol-02381-02-PP-00374.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 4 - Sessão Plenária de 30/04/2008 - DJe nº 83/2008, p. 1, em 9/5/2008 - DO de 9/5/2008, p. 1. Salário Mínimo - Indexador de Base de Cálculo de Vantagem de Servidor Público ou de Empregado. “Salvo nos casos previstos na constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

A questão jurídica foi debatida pelas juntas comerciais e os procuradores possuem entendimento destoantes, no que se refere a preservação do capital mínimo durante a vida da sociedade.

Em recente reunião dos procuradores de juntas comerciais, foi-se decidido que o piso mínimo é apenas para constituição, não sendo necessário para os reajustes, qual discordo apesar do respeito pela decisão tomada, pois assim sendo, em determinado momento essa EIRELI não estará cumprindo formalidade legal do capital exigido.³³²

Mais uma vez, a intenção do legislador foi dar garantia mínima aos credores e daí a integralização total apenas do valor estabelecido na lei. Não há qualquer problema em relação à fixação em salário mínimo.³³³

Para Sérgio Campinho, a limitação de responsabilidade do sócio único apenas vai ceder diante da prática de atos irregulares, caracterizada por violação da lei (artigo 1.080) ou por abuso da personalidade jurídica (artigo 50). Nesse caso, o sócio responde pessoal e ilimitadamente pela irregularidade que cometer, o que independe do valor mínimo fixado.³³⁴

Desse modo, Campinho deixa bem evidente que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) só será admitida a registro na Junta Comercial se o seu capital social declarado, nunca inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente, encontrar-se totalmente integralizado.

Não se admite, pois, a integralização a prazo, tendo ela que ser, desse modo, à vista. Não se permite, destarte, a subscrição, por exemplo, de um capital equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, com a integralização no ato de 100 (cem), porquanto estaria observada a integralização do capital mínimo. A lei, efetivamente, não deixa dúvida, afirmando que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) “será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital, devidamente integralizado”, isto é, todo o capital subscrito,

³³² VELASCO, Fernando. Advogado e Procurados Chefe da Junta Comercial do Estado do Pará (Jucepa).

³³³ RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO FIXADA COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. SÚMULA 283 DO STF. I - A Constituição Federal, em seu art. 7º, iv, apenas proíbe a utilização do salário-mínimo como forma de indenização. A sentença que fixa a condenação em salários-mínimos, mas prevê posterior atualização de acordo com índices oficiais de correção monetária, é consentânea com a jurisprudência da Corte. Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo improvido. AI nº 643.578/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 29/8/08

³³⁴ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa à Luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.288.

nunca inferior a 100 (cem) salários mínimos, deverá estar devidamente integralizado no ato da sua constituição.³³⁵

Em condições legais devem ser observadas tanto na hipótese de unipessoalidade inicial (verificada no momento da constituição da EIRELI), como na hipótese de unipessoalidade superveniente (decorrente da concentração de quotas de outra modalidade societária em um único sócio). Se no caso concreto, nessa última situação, o capital social for inferior ao mínimo legal, a transformação do registro de sociedade pluripessoal par EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) dependerá de seu aumento para atender àquele parâmetro mínimo, com a integralização correspondente realizada à vista. Do mesmo modo, se o capital for superior, mas não se encontrar totalmente integralizado no momento da concentração das quotas em um só sócio, o sócio único que desejar a transformação registral em apreço deverá promover a imediata integralização.³³⁶

Wilges Ariana Bruscato entende que o tratamento desigual dado à EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) viola o princípio constitucional da isonomia bem como o princípio da livre iniciativa, gerando ineficácia ao novo instituto.³³⁷

De fato a exigência de capital mínimo em valor tão alto, e ainda a necessidade de sua total integralização no momento da constituição ou do aumento posterior, impede alguns comerciantes informais e empresários individuais de valerem-se desta modalidade, persistindo a constituição de sociedades fictícias.

Entretanto, de outro lado, Marlon Tomazette³³⁸ esclarece que a livre iniciativa não significa liberdade econômica absoluta, de forma que o Estado, baseado nos demais princípios constitucionais, pode limitar a liberdade empresarial, sendo necessário realizar a ponderação dos princípios, e não a aplicação absoluta de um princípio apenas.

³³⁵ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa à Luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 288.

³³⁶ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa à Luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 289.

³³⁷ BRUSCATTO, Wilges Ariana. Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. A saga continua. **Revista Índex Jur**. Ano I, vol. I, set.2011, p.20. Disponível em: <http://indexjur.com.br/zero/eireli.pdf>. Acesso: 25 abr. 2013.

³³⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1.São Paulo: Atlas, 2012.

Não se observa, portanto, qualquer irregularidade jurídica quanto à fixação em salários mínimos, mas apenas de que o valor é alto para a realidade econômica brasileira.

5.5.2.2 Integralização e avaliação

As funções do capital social são a produtividade, garantia e de determinação da posição do sócio³³⁹. A contribuição para o capital social só pode ser em dinheiro e bens, sendo vedada para a sociedade empresária a contribuição em serviços, conforme art. 1055, § 2º do Código Civil, e a Instrução Normativa nº 117 do DNRC.³⁴⁰

Não há necessidade de dividir-se o capital social em cotas, tendo em vista a participação única.

Marcondes³⁴¹ também coloca a importância do capital social na unipessoalidade, que nada mais é que a garantia de terceiros, objetivando o fortalecimento da empresa, bem como a fiscalização da atividade. Esclarece que para a unipessoalidade, a limitação da responsabilidade decorre efetivamente da separação do patrimônio, sendo que não há responsabilidade limitada ao total de um patrimônio separado por parcelas. Então não se admite a integralização seja feita em parcelas para que efetivamente não se desprestige o instituto da unipessoalidade aliado ao da separação patrimonial.³⁴²

Quando a integralização for feita em bens, o único sócio responderá pela exata estimação dos bens conferidos, pelo prazo de 5 anos (CC – art. 1.055, § 1º c.c. art. 980-A, § 6º) se houve uma superavaliação de bens em prejuízo da efetividade do capital social, o titular responderá pela diferença. A superavaliação do bem para a integralização equipara-se à não integralização, acarretando a responsabilidade no patrimônio pessoal.³⁴³

³³⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

³⁴⁰ “O capital da EIRELI deve estar inteiramente integralizado na constituição ou em aumentos futuros.” Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso: 25/04/2013. Item 1.2.16.2.

³⁴¹ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 311-312.

³⁴² MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 301-302.

³⁴³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.58.

Especificamente no que se refere aos bens imóveis, a Lei nº 8.934/94, em seu artigo 35, inciso VII, alíneas “a” e “b”, coloca que sejam cumpridas determinadas exigências, quais sejam, a descrição do imóvel no ato constitutivo, como sua identificação, área e número de matrícula; a anuência do cônjuge no caso de titular casado.

No Brasil, a Lei nº 6.404/76, que dispõe a respeito das sociedades anônimas estabelece que, uma das formas de integralização do capital social para a constituição das mesmas pode ser feita em bens, sejam eles móveis ou imóveis, exigindo-se para tanto laudo de avaliação firmado por três peritos.

Este tipo específico de integralização tem que se perfazer mediante uma avaliação e nas condições do Art. 8.º e seus parágrafos da Lei nº 6.404/76. O dispositivo traz uma noção bastante acentuada da complexidade e da burocracia exigidas para que a integralização ocorra ³⁴⁴, especialmente pelo fato de ser sociedade de capital e este a única garantia dos credores.

Logicamente que esta exigência trazida pela Lei das S/A representa custos na contratação dos peritos e no cumprimento de formalidades, o que nas sociedades limitadas é recomendado apenas para que os sócios não sejam solidários, mas traduzem numa preocupação com os credores da sociedade e de terceiros de forma geral, pois é uma forma de garantir que, em casos de dívida, aquele patrimônio realmente equivalha ao valor declinado.³⁴⁵

³⁴⁴ Art. 8.º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

§ 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembléia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão.

§ 3º Se a assembléia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

§ 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor.

§ 5º Aplica-se à assembléia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 115.

§ 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária. (BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1.976**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 27 abr.2013).

³⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial – direito de empresa**: o direito comercial e a disciplina da atividade econômica. v.1.São Paulo: Saraiva, 2011, p.181-182.

No caso, da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) haveria ainda mais uma consideração a ser feita: como há apenas um único sócio, conforme já comentado é evidente que, numericamente as garantias dos credores diminuem, sendo assim, esta estipulação não iria permitir abusos de fraudes a credores e imprimiriam ainda mais credibilidade à EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), podendo, inclusive, atribuir-se a responsabilidade ao avaliador solidariamente, quando a avaliação não corresponder a verdade. Todavia, não há qualquer exigência para tanto, sendo que a Instrução Normativa 117 do DNRC³⁴⁶ libera de tal formalidade, justamente visando a simplicidade e eliminação de custos para esta modalidade societária.

Sendo o capital social totalmente integralizado na constituição, não poderão os credores, em caso de falência da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), demandar o patrimônio pessoal do único sócio³⁴⁷, haja vista o limite de responsabilidade, consagrando-se a autonomia patrimonial.

E encontrando-se a subscrição e integralização de acordo com o estabelecido na lei, possíveis alterações do salário não demandará qualquer alteração, conforme V Jornada de Direito Civil.³⁴⁸

No caso, porém, do capital sofrer diminuição, em caso de perdas irreparáveis, e se for excessivo em relação ao objeto da empresa,³⁴⁹ algumas formalidades devem ser respeitadas, a fim de que sejam resguardados os interesses dos credores, tais como decisão específica publicada, na qual se concede o prazo de 90 (noventa) dias para eventual impugnação de credores. Acaso não haja a impugnação ou se for provado o pagamento da dívida, eventualmente impugnada a redução é eficaz e será registrada pela Junta Comercial, preservando-se sempre o limite mínimo legal estabelecido.³⁵⁰

³⁴⁶ “Não é exigível a apresentação de laudo de avaliação para comprovação dos valores dos bens declarados na integralização de capital de EIRELI.” Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso: 27/04/2013. Item 1.2.16.3.

³⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.204.

³⁴⁸ “ Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações no salário mínimo.” 1ª Jornada de Direito Comercial, enunciado nº 4. Disponível em: <http://www.if.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/outras-publicacoes>, acesso 27/04/2013.

³⁴⁹ 2.2.3 - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso em 27 abr. 2013.

³⁵⁰ Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso em 27 abr.2013.

Embora tenha se fixado a figura do capital social mínimo, e que não haja alteração quando do aumento do salário mínimo, para o fortalecimento da empresa e das garantias dos credores, faz-se nesse momento uma sugestão de reter parte anual de lucros líquidos, para formação de fundo de reserva, como objetivo de que o valor mínimo seja observado, caso contrário, depois de alguns anos e com as alterações do salário mínimo, tal exigência configurará letra morta da lei.

Com a constituição de um fundo de reserva, posteriormente ocorreria a capitalização, mantendo-se sempre um patamar significativo e afastando assim qualquer investida no patrimônio pessoal do sócio único, alegando-se subcapitalização.³⁵¹

5.5.2.3 Fundo de reserva

A criação de fundos de reserva reflete numa opção empresarial de segurança, que visa à preservação da empresa, retendo valores do patrimônio para fazer frente a prováveis impactos negativos. Demonstra-se como importante estratégia, visto que a preocupação dos sócios com a distribuição dos lucros da empresa é um ponto delicado da gestão financeira da sociedade que costuma levar os sócios a conflitos entre si.

A intenção do legislador em estabelecer o capital mínimo de cem salários mínimos foi a de proporcionar garantia aos credores da liquidez da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), o que reforça, portanto, a autonomia patrimonial.

Assim, a exemplo do que ocorre com a sociedade por ações, esta eminentemente de capital, cuja garantia dos credores centraliza-se no patrimônio ali existente, o legislador entendeu por bem estabelecer fundos de reserva, conforme previsto no artigo 193 da Lei nº 6.404/76.³⁵² Essa reserva visa assegurar a

³⁵¹ “O capital da EIRELI deve estar inteiramente integralizado na constituição ou em aumentos futuros.” (1.2.16.2) “É vedada a contribuição ao capital que consista em prestação de serviços.” (1.2.16.6.5). Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso em 27 abr. 2013.

³⁵² “Art. 193. Do lucro líquido do exercício, 5% (cinco por cento) serão aplicados, antes de qualquer outra destinação, na constituição da reserva legal, que não excederá de 20% (vinte por cento) do capital social.” Lei nº 6.404 de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

integridade do capital social, de forma que somente poderá ser utilizada para compensar prejuízos ou aumentar o capital.

Oportuno se faz distinguir as três formas de se reterem valores no patrimônio empresarial, elucidadas por Gladston Mamede³⁵³: provisões, fundos e reservas.

As provisões são formas de retenção com um objetivo específico, sobre gastos previsíveis, como por exemplo pagamento de tributos a serem realizados no exercício seguinte e despesas trabalhistas, dessa forma permitem prevenir impactos negativos, qual seja o da inadimplência, de eventos futuros certos.

Diferente das provisões, a constituição de fundos possui finalidade genérica. “São retenções que se constituem, voluntária ou obrigatoriamente, para fortalecer a capacidade azienda de enfrentar certos eventos negativos”³⁵⁴, ou seja, a separação de recursos para despesas em determinadas áreas, preparando-se para enfrentá-las, como por exemplo para aquisição de maquinário ou ferramentas, assim como fundos para investimentos.

Por fim, as reservas tratam-se da forma mais genérica de retenção de valores, pois não possuem um fim específico nem sequer genérico, apenas visam fortalecer o patrimônio da empresa.

Além dessas, o estatuto poderá criar outras reservas, observados os requisitos trazidos por Gladston Mamede³⁵⁵: 1) indicação da finalidade; 2) fixação dos critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos que serão destinados e; 3) estabelecimento de um limite máximo de reserva.

Nesse sentido, as reservas têm como finalidade fazer com que o capital social seja mantido, que não dizer, reforçado, vez que ele é a única garantia dos credores, não havendo a possibilidade de responsabilizar o patrimônio da pessoa do acionista, com exceção do controlador, quando decidir contrariamente aos interesses da sociedade.

Por esta razão, fica aqui a sugestão de que, para manter-se a tranqüilidade dos credores diante da unipessoalidade, poder-se-ia estabelecer, no ato constitutivo da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), que

³⁵³ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196-197.

³⁵⁴ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.197.

³⁵⁵ MAMEDE, Gladston. **Empresas Familiares**. São Paulo: Atlas, 2012, p.198.

fosse reservado parte dos resultados, a fim de se garantir a integralidade do capital social, reforçando-se a separação patrimonial.

Embora, é de se esclarecer, que o capital social não representa o patrimônio da sociedade e que, por esta razão, a intenção é de preservar as garantias nas negociações futuras da EIRELI, proporcionando tranqüilidade para o mercado.

Além disso, sabe-se que a EIRELI está direcionada ao pequeno investidor, e isso poderia afastá-lo, face à possível interpretação de complexidade, mas discordo, pois a provisão de um fundo de reserva estabelecido em lei, proporcionará benefício ao único sócio, também que ficará focado no investimento, pois a concentração de poder pode levar à destruição. O único objetivo é a empresa como função social, pois a atividade representa maior importância social, sobrepondo-se inclusive aos interesses particulares de seu titular.

Ocorre que tal providência daria segurança diante dos argumentos absurdos de que a unipessoalidade facilita a fraude, ou que é sinônimo de falta de garantia. Pelo contrário, as formas de retenção de valores tratam-se de interessante estratégia econômica, preservando o patrimônio da empresa fortalecendo a separação patrimonial.

5.6 Nome

Segundo J. X. Carvalho de Mendonça, o nome é uma das conseqüências da personalidade das sociedades, sendo através dele que se exerce a atividade, individualizando-se e determinando o patrimônio, bem como responsabilidades.³⁵⁶ Trata-se de um atributo da personalidade jurídica, sendo através dele que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) celebra seus negócios e passa a ser identificada.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXIX, dá privilégio aos nomes de empresas e a outros sinais distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.³⁵⁷

³⁵⁶ MENDONÇA, J.X. Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol III, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p.98.

³⁵⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p.225.

Antigamente o nome da pessoa natural era muito importante para identificar o comerciante perante fornecedores e consumidores, e daí a sua inserção no mesmo. Porém, conforme observa Fábio Ulhoa Coelho³⁵⁸, atualmente o nome empresarial não cumpre mais essa função, tendo sido substituído, neste sentido, pela marca:

Se antes, os consumidores formulavam o conceito acerca da qualidade dos produtos, pelo prestígio do nome do comerciante que os vendia, na economia de massa opera-se uma inversão: conhecesse a marca, e é através dela que, indiretamente, se identifica o empresário.

Portanto o nome não tem mais essa importância mercadológica, mas ainda tem proteção jurídica, conforme verifica-se no disposto na Lei 8.934/94³⁵⁹, artigos 33 e 34, que exige o arquivamento dos atos constitutivos para tal fim.

Em relação ao nome empresarial, dois princípios devem ser observados, quais sejam o da veracidade e o da novidade³⁶⁰.

O princípio da veracidade diz respeito à boa fé do empresário, e advém da citada época em que o nome representava a reputação e confiabilidade do comerciante. Dispõe que o nome empresarial deve corresponder à situação real do comerciante a quem pertence, sendo vedada a utilização de elementos suscetíveis a falsear, de gerar confusão ou concorrência desleal.³⁶¹ Assim, tanto o nome quanto objeto, e mais a sigla EIRELI, devem representar efetivamente o que se passa nesta modalidade societária, qual seja, a mudança de titularidade em caso da adoção de firma representa necessariamente a mudança do nome adotado, o que também se aplica a alteração do objeto.

O princípio da novidade dispõe que não podem existir duas empresas com o mesmo nome comercial em uma mesma Unidade de Federação, e portanto não se pode registrar nome que já conste no Registro de Empresas, sendo automática esta proteção diante do disposto na Lei 8.934/94.

³⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v.1, p.117.

³⁵⁹ Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências.

³⁶⁰ Art. 34 da Lei nº 8.934/94.

³⁶¹ LEONARDOS, Gabriel F. A proteção jurídica ao nome comercial, ao título do estabelecimento e à insígnia no Brasil – regime jurídico e novos desenvolvimentos na jurisprudência. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: RT, ano XXXIII, n. 95, p. 46.

Ambos os princípios citados decorrem da proteção conferida ao nome empresarial, demonstrando a preocupação de individualização e identificação satisfatórios, atenção esta que ultrapassa o mercado, alcançado toda a sociedade.

Também estão ligados os referidos princípios, a outro, qual seja o da livre concorrência, previsto no artigo 170, IV, da Constituição Federal. Nesse sentido Francisco Campos³⁶² dispõe que o nome empresarial incorpora um valor econômico, fruto da significação secundária que ele adquire no uso ou na função comercial, designando bens ou serviços, ao qual o autor refere-se como um *agir econômico*.

O nome da EIRELI pode assumir duas feições, firma ou razão social e também denominação social, sempre acompanhada da sigla EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), optando-se por firma ou razão social, será composta a partir do nome de seu titular. Caso adote a denominação social, será utilizado elemento de fantasia e a indicação do objeto social. A expressão EIRELI sempre deverá estar inserida, face ao princípio da veracidade, para demonstrar a responsabilidade do seu titula³⁶³. Lembrando que, em caso de firma, será inalienável diante do direito de personalidade envolvido.

O simples fato do termo EIRELI não constar no nome, seja ele por extenso ou abreviadamente, desconfigura-se o tipo societário. Aliás, decisão jurisprudencial acerca de empresário individual que queria valer-se do benefício da unipessoalidade, discutindo a confusão patrimonial, apontou que a falta do termo EIRELI no nome empresarial já desconfigura o tipo societário, acarretando assim a responsabilidade do único sócio pelas dívidas da sociedade.³⁶⁴

Assim, o nome empresarial compreende não só o nome do empresário, como também a denominação do estabelecimento, o nome dos produtos e dos lugares de produção e quaisquer outros elementos ligados ao complexo do estabelecimento, que individualizem o empresário ou as suas atividades.³⁶⁵

No caso da EIRELI, por concentrar-se num único investidor, é muito importante o cuidado na escolha bem como a proteção do nome, o qual integra o

³⁶² CAMPOS, Francisco. Nome Comercial (parecer). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXVIII, ano XXXIII, 1936, p. 63-73.

³⁶³ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. v.1 4.ed., São Paulo:Atlas, 2012, p.59.

³⁶⁴ VOTO Nº: 21336 APEL.Nº: 0034788-57.2010.8.26.0562 Comarca: Santos Giovanna Genoveva Bru Carella Padaria ME APDO. : CPFL Companhia Piratininga de Força e Luz

³⁶⁵ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2.ed., vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.1165.

estabelecimento empresarial, cujo valor econômico pode superar os demais elementos corpóreos ou incorpóreos.

5.7 Assembleia

5.7.1 Convocação e Conteúdo

Os atos de deliberação das sociedades unipessoais devem ser documentados, já que as assembléias ou reuniões de sócios se constituem obviamente por uma pluralidade de pessoas, que na unipessoalidade poderia ser dispensada.

No caso das sociedades unipessoais, é óbvio que este órgão não tem como existir, por razões lógicas, mas o que não pode ser suplantado são as atribuições conferidas a ele, que deverão ser tomadas e executadas, apenas pelo único sócio. Inúmeras situações ocorrem em empresas, independentemente do número de sócios das mesmas e estas sugerem a necessidade de resolução para a preservação e proteção da própria atividade.

Alguns pontos podem ser questionados, tais como, a convocação de um sócio único, algo perfeitamente possível quando os administradores sentirem a necessidade de que o tal sócio formalize suas decisões, no que tange por exemplo: gestão empresarial, aprovação sobre as contas do exercício social anterior e destinação dos resultados.

Salienta-se ainda que, se os administradores não procederem à convocatória, respondem solidariamente com o sócio único pelas dívidas da sociedade que porventura possam surgir.

Por outro lado, existem alguns assuntos que são pela lógica, impossíveis de serem decididos quando há apenas um único sócio, tais como estabelecer-se quorum mínimo ou qualificado para determinados assuntos.

Instituído o sócio em órgão da sociedade, exerce ele as competências que caberiam à assembléia numa sociedade pluripessoal, mediante decisões as quais devem ser registradas em ata por ele assinada.³⁶⁶

³⁶⁶ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p.101.

Assim, o sócio atua como órgão da sociedade unipessoal e não tendo a EIRELI assembleia, pode-se dizer que o sócio é o próprio órgão da sociedade. Por esse motivo quando atua sobre as matérias que competiriam à assembleia nas sociedades pluripessoais, deve tomar suas decisões de modo social, ou seja, em prol da sociedade como atividade e não de seus interesses pessoais.³⁶⁷

Apesar de não haver deliberações da assembleia, o órgão de fiscalização, se existir, ou o administrador, se for não-sócio, irá atuar, podendo inclusive expor a nulidade da decisão, requerendo-a judicialmente caso se faça necessário. Trata-se de um necessário mecanismo de defesa do administrador e também do sócio. No Direito Português, Filipe Cassiano dos Santos ressalta que a legislação portuguesa não contém disposição específica para as sociedades unipessoais.³⁶⁸

Outros preceitos, entretanto, não são aplicáveis às sociedades unipessoais, como a convocação da assembleia. Sendo necessária a convocação, no caso de o administrador não sócio. Nesta hipótese, a legislação portuguesa dispõe que deve ocorrer de maneira menos formal que na assembleia, visto que não há uma sessão.³⁶⁹

Logicamente, não há necessidade de convocação para a deliberação no caso do sócio ser ele mesmo o administrador, mas quando distintos é necessária até mesmo em nome da preservação da atividade, a fim de que o mesmo se manifeste sobre situações que comprometem a preservação da empresa.

Especialmente, no que se refere à aprovação das contas, melhor seja feita a convocação pelos administradores para que o sócio decida, a respeito. A iniciativa de interpor a competente ação de prestação de contas, é inviável porque demandará custo e tempo.

Outra situação em que é viável a convocação do sócio único, diz respeito a dissolução da sociedade, evitando-se assim responsabilidade dos administradores pelas dívidas da mesma.

Tais convocações poderiam ser publicadas com antecedência para instalação que em razão da omissão da lei, deverá existir disposição expressa no

³⁶⁷ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.102.

³⁶⁸ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.103.

³⁶⁹ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 103.

ato constitutivo. Na verdade, este mecanismo, embora possa representar excesso de formalidade, diminui os riscos de que divergências entre administradores e sócio possam comprometer o negócio.

Na Espanha, Maria Belén Gonzáles Fernandez assevera que em determinadas oportunidades, os administradores podem convocar a assembléia para que o sócio único se manifeste sobre determinados assuntos, a fim de se prevenir acerca de suas responsabilidades, pois eles têm responsabilidade pessoal pelos atos que praticam.³⁷⁰

A exigência do registro das decisões do sócio único em ata, justifica-se pelo interesse geral no correto funcionamento da sociedade, e ainda pelo interesse específico de terceiros que com ela se relacionam.³⁷¹

A ata, além da assinatura, deve conter os elementos referidos no preceito legal, com as devidas adaptações pela inexistência de procedimento coletivo, sendo, dessa forma, o registro da decisão e a assinatura do sócio, requisitos essenciais da decisão.³⁷²

Quanto à publicidade das decisões do sócio único, inquestionável a sua relevância visto o interesse dos credores em terem fácil acesso às decisões que podem lhes afetar.

A exemplo da Espanha, as transcrições devem ser necessariamente completas e devem ser anexados todos os documentos correlatos ao ato contratado, a fim de transmitir a terceiros, o maior conhecimento possível a respeito da transação em tela; não porque estes possam ter acesso ao “livro-registro”, mas sim porque todas estas contratações devem ser arquivadas no Registro Mercantil.³⁷³

O objetivo maior é a formalização e execução das decisões para que se fixe em primeiro lugar a proteção ao investimento, à atividade, e em segundo a preservação de eventuais responsabilidades.

Poder-se-ia estabelecer no ato constitutivo determinação para que, em um determinado prazo, após o encerramento do exercício social, seja feita a convocação para aprovação em assembléia das contas prestadas pelo administrador, a exemplo do que dispõe o artigo 132 da Lei 6.404/76.

³⁷⁰ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.105

³⁷¹ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.105

³⁷² SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.105.

³⁷³ FERNÁNDEZ, María Belén González. **La sociedad unipersonal em el derecho español**: (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad limitada nueva empresa). ed. Madrid: La Ley, 2004. 348 p.

Enfim, a unipessoalidade não é motivo para que as decisões não sejam documentadas e registradas, aliás, tal providência é ainda mais forte nessa circunstância, a fim de que o sócio único não se utilize da estrutura em benefício próprio. Por esta razão, a transcrição e registro representam a garantia para o sócio de que a separação patrimonial seja garantida, em face da transparência em que se pautam suas decisões.

5.7.2 Transcrição e Registro

Elaborado o ato, deverá ser transcrito e registrado perante a Junta Comercial, exigências que também permanecem, no caso de o sócio ser também administrador.

Nas suas decisões, o sócio único pode ser representado, como por exemplo se ele for analfabeto³⁷⁴, devendo logicamente constar a identificação e qualificação pormenorizada do representante. Talvez esta situação poderia ser considerada como delegação de administração diante da unipessoalidade, mas existe na Instrução Normativa disposição específica a respeito permitindo-se a representação.

As decisões tomadas pelo sócio único podem ser impugnadas quando o mesmo colocar seus interesses pessoais frente aos interesses da sociedade. Há quem possa imaginar que isso não seja possível, pois os interesses estariam sempre em perfeita consonância, mas efetivamente não é o que ocorre. Em muitas situações, pela irresponsabilidade de seu titular, a atividade empresarial acaba por ser sacrificada, porque esquece-se de sua verdadeira função social.

Neste sentido, importante a defesa de que trata-se de sociedade institucional, justamente para banir qualquer tipo de interesse ou benefício pessoal, porque, embora unipessoal, a empresa representa valores econômicos e sociais, e sua importância para a coletividade deve se sobrepôr a qualquer interesse egoisticamente colocado.

³⁷⁴ 1.2.13.3 - Representação de titular - Quando o titular for representado, a condição do representante e sua qualificação deverão ser indicadas, em seguida à qualificação do titular. Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>,

Na doutrina espanhola³⁷⁵, discute-se, inclusive, a possibilidade de suspensão do direito do sócio único, mas admite a dificuldade de se operacionalizar tal situação se ele também for o único administrador.

Uma sugestão que se faz é no sentido de não comprometer-se a atividade empresarial, buscando-se a intervenção judicial, através de nomeação de administrador judicial, que pode ser provocada por qualquer interessado, como por exemplo os administradores ou credores. Tal pedido deve ser precedido de impugnação à decisão do sócio, sendo que as decisões contrárias à lei são nulas, como, por exemplo, atos simulados e os atos contrários aos interesses da atividade são considerados anuláveis.

Assim, a intervenção judicial poderá ocorrer diante da não aprovação da gestão social, bem como da ausência de decisão acerca da aprovação das contas do exercício anterior e sobre a aplicação do resultado.

Por fim, em que pese ter uma pessoa só a frente da atividade empresarial, nem por isso está dispensada do cumprimento das formalidades sobre suas decisões, pois importante dar conhecimento a terceiros sobre as alterações feitas.

5.8 Administração

Como a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) conta com sócio único, surge a indagação de que se não se concentrarem na mesma pessoa os poderes de deliberação e de gestão, como se estabelecerá a relação, a fim de evitar-se contratempos, no que tange à responsabilidade pelos atos praticados? Primeiramente, não existe qualquer problema em delegar-se a administração da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) para terceiro estranho ao quadro de sócio. Porém, a exemplo da Espanha, o ato constitutivo pode vedar o ingresso de terceiro não sócio na administração:

Al no ser necesario, salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario que se trate de una limitada nueva empresa (art. 139.3 LSRL), ostentar La condición de sócio para ser nombrado administrador [...].³⁷⁶

³⁷⁵ FERNANDÉZ, Maria Belén Gonzáles. **La sociedad unipersonal em el Derecho Español**. Espanha: LA LEY, 2004, p.255.

Marlon Tomazette admite a nomeação de administradores estranhos ao quadro social, facilitando a profissionalização da gestão, mas quanto à pessoa jurídica, diante da aplicação subsidiária das regras da sociedade limitada, entende ser discutível.

No Brasil somente pessoas naturais podem ser nomeadas como administradores e muitas críticas já foram feitas a esse respeito, pois não há qualquer justificativa para tanto. Em razão da aplicação subsidiária da legislação sobre a sociedade limitada, para a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) também não é permitida a administração por pessoa jurídica.

Neste sentido assinala J. X. Carvalho de Mendonça, que a pessoa jurídica adquire a capacidade para atingir seus fins através de pessoas naturais e é a vontade dessas pessoas que direcionam a vontade da sociedade.³⁷⁷

Para a atividade se desenvolver, coloca-se a pessoa natural à frente. A Instrução Normativa 117 do DNRC³⁷⁸, no que se refere a administração, coloca a possibilidade dela ser delegada a pessoa estranha ao quadro societário, não podendo ser jurídica e se estrangeiro deve ter visto permanente. E por fim, os administradores não podem ter sido condenados pela prática de crime.

Em relação ao administrador nomeado, exigem-se todos os requisitos, como o dever de diligência e de informação e que o mesmo não incorra em nenhum impedimento, conforme disposto na Lei 8934/94, art. 35, inciso II. Pode-se cogitar, inclusive, da possibilidade da administração ser atribuída a um órgão colegiado, conforme dispõe o artigo 1060 e seguintes do Código Civil, quando dispõe a respeito das sociedades Limitadas.

Enfim, é bom destacar que o fim social da empresa deve prevalecer como principal objetivo, tanto na hipótese de um único sócio administrá-la, quanto no caso de vários administradores. Isso porque a deliberação é única, podendo levar ao autoritarismo em relação à administração e, esta, por sua vez, poderá fugir das

³⁷⁶ FERNANDÉZ, Maria Belén Gonzáles. **La sociedad unipersonal em el Derecho Español**. Espanha: LA LEY, 2004, p.255, p.267.

³⁷⁷ ³⁷⁷ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Segundo: Dos comerciantes e seus auxiliares. Vol. III, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.86-87.

³⁷⁸ Item 1.2.23.2 A EIRELI poderá ser administrada pelo titular e/ou por não titular. Item 1.2.23.4 A pessoa jurídica não pode ser administradora. Item 1.2.23.5 A pessoa jurídica não pode ser administradora. (IN 117, 1.2.23.4). Administrador estrangeiro deverá ter visto permanente e não estar enquadrado em caso de impedimento para o exercício da administração.

decisões do único sócio, buscando soluções individualistas, quando o objetivo principal é a manutenção da fonte produtora. Assim, o foco deve ser sempre a manutenção da fonte produtora.

Uma sugestão aqui proposta é a adoção da governança corporativa, como ditame a ser consagrado no ato constitutivo, a fim de se evitar dissabores com interpretações equivocadas em possível embate jurídico, para discutir-se a responsabilidade dos envolvidos.

Waldo Fazzio Júnior admite o administrador pessoa jurídica, pela ausência de obstáculo legal.³⁷⁹ No meu modo de ver, deve ser nomeada pessoa natural, tendo em vista a possível dificuldade na atribuição de responsabilidades e também diante do fato de que sempre teremos uma pessoa natural para exercer a atividade.

A competência dos administradores compreende as atividades de gestão e representação da sociedade perante terceiros, atos de execução das decisões do único sócio.

Por esta razão, sendo ato de execução, estão os administradores vinculados aos atos deliberativos e o sócio poderá a qualquer momento intervir diante de seu direito de fiscalização. Os administradores não podem, ser considerados meros executores de decisões perante terceiros, pois são os seus atos que garantem a preservação da empresa e daí devem estar atentos para a preservação da atividade empresarial, afastando qualquer interferência individualista.

Por esta razão é que o administrador, terceiro estranho ao quadro societário, deve diligenciar no sentido de que todas as decisões do sócio único sejam documentadas e registradas na Junta Comercial para sua completa eficácia.

5.9 Governança Corporativa

Diante da possibilidade de confronto entre o sócio único e o administrador terceiro estranho, a fim de não se comprometer a atividade empresarial uma sugestão é a adoção do instituto da governança corporativa.

³⁷⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Sociedades limitadas**. São Paulo: Atlas, 2003, p.191.

As organizações empresariais precisam ser cada vez mais adaptativas e inovadoras para se adequarem as grandes transformações e inovações socioeconômicas, culturais e tecnológicas do mundo atual.

Assim, os instrumentos de gestão precisam ser eficazes para representar um suporte à ação da administração da empresa. Desenvolver uma base operacional consistente demanda o conhecimento efetivo de sua constituição, organização e funcionamento. Paralelo a tudo isso, busca-se também a construção de um modelo de gestão que possibilite a atração de investimentos e aumente o valor de mercado da empresa. É nesse contexto que vem sendo abordada a governança corporativa como um modelo de gestão empresarial com foco estratégico.

Governança corporativa pode ser definida como o “conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia, protegendo investidores, empregados e credores, facilitando, assim, o acesso ao capital”³⁸⁰. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa define como “o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.”³⁸¹

Os objetivos e princípios básicos da governança corporativa, de acordo com os ensinamentos do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa são: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Transparência é mais do que a obrigação de informar, é o desejo de transmitir para todas as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não somente aquelas determinadas pela legislação. Essa transparência gera um clima de confiança interna externa, e, não deve se restringir aos aspectos

³⁸⁰ SILVA, Edson Cordeiro da. **Governança Corporativa nas Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

³⁸¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. São Paulo. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=17>. Acesso em 27/04/2013.

econômico-financeiros, mas outros fatores que balizam a gestão empresarial e criam valor para a sociedade³⁸².

Equidade representa o tratamento justo e igualitário dos sócios e demais agentes interessados (*stakeholders*). Não são aceitas políticas discriminatórias.³⁸³

Em relação à prestação de contas (*accountability*), o IBGC preceitua que os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação, assumindo as responsabilidades de seus atos e omissões.³⁸⁴

Sobre a responsabilidade corporativa, os conselheiros e executivos devem primar pela sustentabilidade das organizações e incorporar assuntos de ordem social e ambiental na definição de negócios e operações.³⁸⁵

Todos esses princípios devem estar permeados pela ética empresarial e estão perfeitamente alinhados com os objetivos da recuperação de empresas, de preservar a empresa tendo em vista sua capacidade de satisfazer as necessidades econômicas, sociais e ambientais de forma permanente.

Assim, diante da possibilidade de divergências entre sócio único e administradores, e, principalmente, em razão do titular da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), com absoluto abuso de poder, fugir das principais metas da atividade empresarial, se estas estiverem dispostas no ato constitutivo, ficará bem mais fácil atribuir-se a responsabilidade no patrimônio pessoal.

5.10 Mecanismos de Reorganização

Os mecanismos de reorganização podem ser utilizados por todos os tipos de sociedade, inclusive a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), em razão da aplicação subsidiária das regras atinentes à sociedade limitada.

A incorporação consiste na hipótese de a EIRELI absorver outra empresa, seja ela unipessoal ou pluripessoal. Nesta hipótese, o patrimônio da

³⁸² LANCELOTTI, Renata Weingrill. **Governança Corporativa na Recuperação Judicial**: Lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 45.

³⁸³ Id. Ibid.

³⁸⁴ Id. Ibid..

³⁸⁵ SILVA, Edson Cordeiro da. **Governança Corporativa nas Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18.

EIRELI incorporadora será acrescido e a empresa incorporada será extinta. Do mesmo modo, pode a EIRELI ser incorporada por outra empresa e extinguir-se. Dessa forma, faz-se necessária a alteração da inscrição da incorporadora para o aumento do capital, com a declaração dos bens e a prova da incorporação.

A incorporada sucede em todos os direitos e deveres a incorporada, não há uma sociedade nova. Ambas as sociedades celebrarão atos para a aprovação do mecanismo, mediante parecer dos administradores, bem como elaboração de laudos envolvendo os patrimônios envolvidos.

Quando ocorre a junção de EIRELI com outra sociedade, há o que denomina-se de fusão. Ambos os registros são encerrados para promover a inscrição, com os patrimônios das sociedades fundidas.

Na fusão, portanto, se unem duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova que sucederá as obrigações e direitos das anteriores, portanto ocorrendo a extinção das anteriores. Também envolverá a elaboração de ato e laudo de avaliação para aprovação do mecanismo, a fim de que não ocorra prejuízo aos credores.

A cisão consiste na operação onde uma sociedade transfere parcela do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para este ato ou já existente.

Se a transferência de patrimônio é total ocorre a extinção da sociedade cindida, ou então, ela pode ser parcial e nesse caso a sociedade a ser formada ou já existente sucede nos direitos e obrigações relacionados ao ato de cisão.

Na cisão por destacamento e criação de nova sociedade e na cisão por dissolução e criação de novas sociedades, as participações sociais da nova ou novas sociedades passam a pertencer aos sócios da sociedade cindida, na medida em que eles acordarem entre si ou, na falta de acordo, na medida das participações que detinham na sociedade inicial.

Quando uma sociedade pluripessoal ou unipessoal se cinde em duas ou mais, extinguindo-se, pelo menos uma das novas sociedades pode ser unipessoal, com a ressalva de que o resultado não pode ser o de ficarem duas sociedades unipessoais detidas pelo mesmo sujeito. Assim, pode constituir-se uma unipessoal por quotas como consequência de operação de cisão.

Se a transferência de patrimônio é total, ocorre a extinção de sociedade cindida, ou então, ela pode ser parcial, e nesse caso a sociedade, a ser formada ou já existente, sucede nos direitos e obrigações relacionadas ao ato da cisão.

O artigo 1.033, inciso IV do Código Civil, prevê a possibilidade de transformação da sociedade unipessoal temporária em EIRELI. Nos termos do parágrafo 3º do artigo 968, será também possível transformar a EIRELI em sociedade, bem como de empresário individual para EIRELI. Em hipótese mais remota, existe a possibilidade de transformar uma EIRELI em empresário individual, caso haja necessidade de diminuir-se o capital social, de forma que o mesmo não alcance o mínimo legal exigido. Ressalte-se que as hipóteses de transformação não resultam na dissolução dos entes envolvidos.

Importante trazer a experiência de Portugal quando de estudo a respeito de uma ação judicial, onde discute-se a transformação de uma sociedade pluripessoal em uma unipessoal: Basicamente, havia um contrato de arrendamento celebrado desde os idos de 1.952 entre autor e ré (ré esta que era a sociedade limitada). Em determinado momento, mas precisamente em 2.006 e com todas as exigências legais cumpridas, a sociedade se transformou em unipessoal por quotas, mas continuou operando com todos os seus cadastros e números, tão apenas comunicando ao autor, a mudança para efeitos de recibo de quitação.

Entendeu o autor³⁸⁶ que esta transformação não surtiria efeito perante ele, que a mesma deveria ser declarada ineficaz.

Acertadamente decidiu os julgadores no Acórdão da Relação do Porto, proc. nº 9441128³⁸⁷, que nenhuma razão assistia ao autor, pois a transformação não opera cedência, nem transferência das obrigações assumidas de uma sociedade a outra, importa apenas e como o próprio nome diz, em “transformação”, via de regra de um tipo societário em outro.

Se transplantar-se à legislação pátria, o Art. 220 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), define a transformação, como uma

³⁸⁶ SANTOS DOS, Filipe Cassiano. **A sociedade unipessoal por quotas** – comentários e anotações – aos artigos 270.º - A a 270.º - G do Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Coimbra, 2009. p.150.

³⁸⁷ Acórdão de Relação do porto de 27.09.1995, citado em SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas** – comentários e anotações – aos artigos 270.º - A a 270.º - G do Código das Sociedades Comerciais. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p.150.

operação, onde se muda os tipos societários, apenas alertando-se para que o direito dos credores não seja afetado.

Outro processo também de Portugal, bastante semelhante é o da Relação de Évora, nº 291/06³⁸⁸, sendo que, ao invés da sociedade pluripessoal se transformar em unipessoal, o comerciante se transformou em sociedade unipessoal por quotas, o que originou a propositura da ação sob a alegação de que não houve autorização/comunicação ao senhorio do arrendamento para mudança operada, o que contrariaria as alíneas “f” e “g” do Art. 1.038 do Código Civil Português.

O mais interessante neste julgado não são necessariamente os fatos em si, mas as extrações teóricas que os julgadores dele fizeram, diferentemente do primeiro caso, os julgadores apreciaram-no sob um enfoque social e prático.

A questão é perguntar se mudança de arrendamento verificada no caso concreto é efetivamente uma mudança de titularidade ou simplesmente de tipos societários e após indagar – qual a real separação entre pessoa jurídica e natural? Assim, se estas são entidades realmente diferentes, porque a transformação de empresário individual em sociedade unipessoal por quotas é considerada apenas mudança de tipo e não transferência de titularidade?

Foi considerada como simples transformação, pois apesar de teoricamente as mudanças serem efetivas na titularidade, na essência de um contrato de arrendamento nada muda, não havendo motivos jurídicos para invalidar este pela existência da referida transformação.

Contudo, a forma pela qual uma eventual e futura execução, em caso de frustração de pagamento, se dará, aí sim pode revelar conseqüências práticas com diferenças bastante acentuadas, se observando que o mecanismo pelo qual passou a EIRELI acabou por prejudicar a garantia de determinado credor.³⁸⁹

No Brasil, a doutrina aponta ser possível a constituição derivada pela transformação do exercício da atividade do empresário individual (pessoa física sem limitação de riscos) em EIRELI, conforme Instrução Normativa nº 118/2011

³⁸⁸ Acórdão da Relação de Évora de 24.05.2007, citado em SANTOS, Filipe Cassiano dos. A sociedade unipessoal por quotas – comentários e anotações – aos artigos 270.º - A a 270.º - G do Código das Sociedades Comerciais. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 87.

³⁸⁹ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas** – comentários e anotações – aos artigos 270.º - A a 270.º - G do Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Coimbra, 2009. 216 p.

DNRC³⁹⁰. Atualmente, se admite a transformação de empresário individual em sociedade limitada com a admissão de sócios, nos termos do artigo 968, § 3º do CC, portanto, deve-se admitir também a transformação em EIRELI.³⁹¹

Para os doutrinadores portugueses, a passagem de uma sociedade pluripessoal para uma unipessoal trata-se de mera transformação e em nenhum caso se faz necessário sem que, haja a extinção ou a dissolução da empresa em sua forma original.

Já para a doutrina espanhola esta possibilidade de simples transformação não seria possível, pois não se trata de mera redução numérica da quantidade de sócios e sim de algo estrutural, que demanda procedimentos complexos como a exigência de publicidade para a referida operação. Além disso, descreve que a transmissão das quotas para uma única pessoa deverá obedecer duas etapas distintas: a) o terceiro primeiramente adquire apenas uma parte, mediante autorização em assembleia, da qual não participa o sócio alienante e; b) estando o terceiro na qualidade de sócio, aí então poderá adquirir o restante e isso se não existir qualquer restrição no ato constitutivo.³⁹²

Na Espanha, diante da possibilidade do único sócio constituir várias espécies desta, os mecanismos de reorganização são utilizados por ele a fim de realmente melhor se adaptar a sua atividade às exigências do mercado. No caso de incorporação, quando há a unipessoalidade de todas as sociedades envolvidas, assim como a identidade do sócio único, não se entende que há uma sociedade nova, pois mantém-se a mesma personalidade jurídica. Na cisão, seja ela total ou parcial, pode nascer uma ou várias sociedades unipessoais novas.³⁹³

Maria Belén defende que a sociedade cindida deveria ser unipessoal para que o mesmo sócio passasse a ser também o das sociedades beneficiárias da cisão.

Enfim, por ser a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) uma nova espécie de sociedade, aplicam-se todos os mecanismos de

³⁹⁰ Instrução Normativa Nº 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/>, Acesso: 20/04/2013.

³⁹¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Vol. I: Teoria Geral do Direito Societário, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.p.56.

³⁹² FERNÁNDEZ, María Belén González. **La Sociedad Unipersonal en El Derecho Español**. Las Rozas /Madrid: La Ley, 2004, p. 204.

³⁹³ FERNÁNDEZ, María Belén González. **La sociedad unipersonal em el Derecho Español**. Espanha:LA LEY, 2004, p.147.

reorganização, mas sempre lembrando que os direitos dos credores jamais serão atingidos, pois a regra é a de que a época da constituição do crédito será a que regerá as respectivas responsabilidades.

5.11 Trespasse

Antes de tratar-se do contrato de trespasse, é importante destacar que para o desempenho da atividade empresarial, o empresário se vale de um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, sendo que a esses é agregado um valor, a que Fábio Ulhoa Coelho denomina de fundo de empresa,³⁹⁴ mostrando que a clientela não é um dos elementos do estabelecimento. Para Carvalho de Mendonça:

Os créditos e os débitos do vendedor, proprietário do estabelecimento commercial, não podem, entretanto, passar para o comprador sem clausula expressa a este respeito. Tal é o nosso direito. Se, no contracto não há referencia a elles, ficam excluídos da venda. Convém observar que se o comprador adquire todo o activo, adquire os créditos, visto se acharem nelle comprehendidos.³⁹⁵

Para Maria Antonieta³⁹⁶, o aviamento e a clientela são elementos importantíssimos na tutela do estabelecimento empresarial, pois neles é que se fundamenta a proteção ao estabelecimento empresarial.

Neste sentido é o entendimento de J. X. Carvalho de Mendonça:

O commerciante compra um complexo destinado a escopo commercial. Abrange assim seu aviamento, ou, particularizando, a clientela, seu elemento essencial, o material, os utensílios, machinas e mercadorias, sem que haja necessidade de balanço especial (comquanto de ordinário seja levantado para boa orientação), e ainda outros elementos que garantem a sua reputação, imprimem a sua individualidade, ou distinguem dos outros similares, como as marcas de commercio, as patentes de invenção, a insígnia, os segredos da fabricação, etc. , e a correspondência e os livros de

³⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2.5. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159.

³⁹⁵ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Quatro: Das obrigações, dos contractos e da prescrição em matéria commercial. Parte II: Dos contractos em matéria commercial, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.155.

³⁹⁶ MORAES, Maria Antonieta Lynch de. **O Trespasse**: A alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento. RT/Fasc. Civ.,Ano 90, v. 792, out. 2001, p. 116-128.

escripturação, se o comprador fica com os créditos e assume a responsabilidade do passivo.³⁹⁷

Enfim, ao deparar-se com o estabelecimento empresarial, o mesmo é objeto do negócio jurídico, qual seja o trespasse. É através deste contrato que ocorre a transferência da titularidade “inter vivos”.

Sobre o conceito de trespasse, J. X. Carvalho de Mendonça:

Elle é a resultante da reunião de elementos mais ou menos relacionados ou conexos entre si, visando escopos commerciaes ou industriaes. Dahi se dizer que este conjunto de bens é uma universalidade de facto. Como tal, representando um centro unitário para o exercício organizado do commercio, póde ser objecto de compra e venda ou de *trespasso*, conforme vulgarmente se denomina a operação.³⁹⁸

Todo o disposto no Título III do livro II do Código Civil, a respeito do trespasse, aplica-se à EIRELI. A alienação do estabelecimento ocorre nos termos do artigo 1.044 do Código Civil, e do artigo 1.146, de forma que haverá a transferência das dívidas da EIRELI. Isso porque se os bens serão alienados em conjunto, o passivo deverá integrar o acervo, nos termos do disposto no artigo 1.146 do Código Civil, qual seja, o adquirente só responde por dívidas anteriores, desde que devidamente contabilizadas e sendo o devedor anterior responsável solidariamente pelo período de um ano.

Em caso de dívidas não confessadas ou científicas pelo devedor, haverá o direito de regresso. Há ainda de se observar o artigo 1.145 do Código Civil, quanto à necessidade de notificar-se os credores sobre a alienação, sob pena da mesma ser ineficaz e ainda motivo para pedido de falência, conforme artigo 94, inciso II, da Lei nº 11.101/05.

Para Marcondes, que entende ser a empresa uma universalidade de direito, a transferência representa a passagem do passivo também, pois diz respeito a transferência global e unitária da universalidade de direito, envolvendo os bens e as relações ativas e passivas nela existentes. Qualquer dúvida, que acaso surja quanto à transmissão dos bens e à cessão dos créditos, se derime, normalmente,

³⁹⁷ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Quatro: Das obrigações, dos contractos e da prescrição em matéria commercial. Parte II: Dos contractos em matéria commercial, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.154-155.

³⁹⁸ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Quatro: Das obrigações, dos contractos e da prescrição em matéria commercial. Parte II: Dos contractos em matéria commercial, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.154.

segundo os preceitos vigentes no direito comum e, em conseqüência, o problema, aqui, se resume em regular a transferência das dívidas para assegurar o indispensável resguardo dos direitos dos credores.

J. X. Carvalho de Mendonça ressalta que o contrato de venda do estabelecimento empresarial, uma vez que trata de operação mercantil, não pode deixar de observar a forma escrita.³⁹⁹

A tradição ocorre efetivamente com a verificação do inventário e mediante a entrega das chaves do estabelecimento, realizando-se assim a transferência de todos os elementos corpóreos que nele se encontram. Caso haja bens imóveis, deve haver a devida transcrição da escritura pública para a transferência da propriedade.⁴⁰⁰

Observa o referido autor que o trespasse apresenta um certo perigo ou insegurança ao comprador, especialmente por não haver como garantir-se a clientela, visto que a mesma pode dispersar-se. Sobre isso, assinala que não significa que a clientela seja efetivamente transferida ao comprador, mas sim a aptidão do estabelecimento para atrair clientes. Neste sentido, traz Carvalho de Mendonça o conceito de clientela:

A clientela constitui-se, conforme se sabe, pelas relações do estabelecimento commercial com o publico, ou com determinadas pessoas, tem um valor real, próprio, consistente na esperança de que lhe proporcionará negócios jurídicos.⁴⁰¹

Uma das garantias devidas pelo vendedor é não inquietar o comprador na sua posse ou domínio do estabelecimento, bem como é ilícito que crie novo estabelecimento que possa desviar a clientela. De outro lado, o comprador deve garantir a clientela, ainda que tal responsabilidade não esteja expressa no contrato, sendo tal garantia decorrida tacitamente do contrato.

³⁹⁹ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Quatro: Das obrigações, dos contractos e da prescrição em matéria commercial. Parte II: Dos contractos em matéria commercial, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.157.

⁴⁰⁰ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Quatro: Das obrigações, dos contractos e da prescrição em matéria commercial. Parte II: Dos contractos em matéria commercial, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.157.

⁴⁰¹ MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Quatro: Das obrigações, dos contractos e da prescrição em matéria commercial. Parte II: Dos contractos em matéria commercial, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p. 157.

Continua o referido autor afirmando que a clientela incorpora-se ao estabelecimento, trata-se de um vínculo de confiança estabelecido com pessoas, devido ao êxito do empreendimento. Por “garantir a clientela” entende Carvalho de Mendonça:

Garantir a freguezia é assegurar o caracter unitário do estabelecimento commercial, é, na expressão de HERMANCE, pôr á disposição do comprador as relações do negocio no estado em que se achavam no momento da venda, afim de permitir ao adquirente dar a este estabelecimento a sua destinação normal.⁴⁰²

Isso se justifica pela pretensão do comprador em adquirir o estabelecimento exatamente pelo seu bom funcionamento e prosperidade. Assim, a clientela demonstra-se como principal elemento do estabelecimento, nas palavras de Carvalho de Mendonça “elemento essencial, preponderante e único, característico a sua alma”. Dessa forma alienar o estabelecimento empresarial sem a sua clientela seria absurdo.

O que fica claro, embora discordem os autores se a clientela é um dos elementos do estabelecimento e se é considerado universalidade de fato ou de direito, importante é que logicamente a EIRELI pode ser titular deste complexo de bens, desde que não comprometa a garantia dos credores, poderá aliená-lo.

Apenas deve-se registrar que o contrato de trespasse deve ser averbado no Registro Mercantil para valer perante terceiros, e que a cláusula de não restabelecimento hoje está disposta em lei, cabendo apenas ao adquirente garantir-se quanto à questão territorial.

5.12 Extinção da EIRELI

A dissolução trata-se de um processo de encerramento da sociedade que visa extinguir a sua personalidade jurídica. Dessa forma, a partir da dissolução a empresa não é mais titular de direitos e obrigações. Em sentido estrito (*stricto sensu*), a dissolução refere-se ao procedimento específico que deve ser observado a fim de resguardar os direitos dos sócios e de terceiros, especialmente

⁴⁰² BEHREND, Hermance. *Lehrbuch des Handelsrechts* apud MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro Quatro: Das obrigações, dos contractos e da prescripção em matéria commercial. Parte II: Dos contractos em matéria commercial, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p.158.

os credores. Deste objetivo é que surge a sua importância e necessidade, de forma que, uma vez não seguidas as regras estabelecidas para a dissolução, os sócios incorrem em ilícito e respondem pessoal e ilimitadamente pelas dívidas da sociedade. Nesta hipótese, ressalte-se para o fato de que o sócio que não tenha participado da dissolução irregular deve requerer a dissolução judicial da sociedade a fim de que não seja responsabilizado injustamente.⁴⁰³

O processo consiste em três fases: dissolução (*stricto sensu*), liquidação e partilha, divisão esta adotada por autores como Bulgarelli⁴⁰⁴ e Fábio Ulhoa Coelho⁴⁰⁵, entretanto não é unânime, na medida em que alguns autores incluem a extinção como uma fase à parte.⁴⁰⁶ De maneira sucinta, a fase da dissolução corresponde à decisão acerca de sua extinção, a liquidação consiste na apuração do patrimônio e das pendências obrigacionais da sociedade, e a partilha trata-se repartição do patrimônio entre os sócios.⁴⁰⁷

O princípio da preservação da empresa tem recebido reconhecimento da sua relevância atualmente, de forma que em meio aos múltiplos interesses que circundam a empresa, a sua existência como atividade deixa de ser assunto de exclusivo interesse dos sócios.

O ordenamento jurídico pátrio contempla dois diferentes regimes de dissolução das sociedades. O regime previsto na Lei das Sociedades por Ações⁴⁰⁸ aplica-se às sociedades institucionais, enquanto que o Código Civil⁴⁰⁹ é aplicável para as contratuais. Ambos tratam-se de um ato formal, dos sócios ou do juiz, que marca o início do procedimento de extinção (dissolução, liquidação e partilha), a diferença está na natureza dos vínculos societários, de forma que as contratuais seguem, em parte, as normas dos contratos.

A dissolução é o ato pelo qual decide-se pela extinção da sociedade, podendo ocorrer pela vontade dos sócios, ou pelas causas previstas na lei ou no contrato social da empresa. Findada esta fase, a sociedade não encontra-se extinta, mas dissolvida, de forma que ainda permanece a sua personalidade jurídica, a fim

⁴⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades. 16.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 486-487.

⁴⁰⁴ BULGARELLI, Waldirio **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1978, p.87.

⁴⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades, 16.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.486.

⁴⁰⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.374.

⁴⁰⁷ DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.303.

⁴⁰⁸ Lei nº 6.404 de 1976, art. 206 e ss.

⁴⁰⁹ Artigos 1.033 a 1.038.

de que conclua as negociações iniciadas e liquide as ultimadas, não podendo, entretanto, realizar novas operações. Este é o estado ao qual denomina-se de “período agônico”.⁴¹⁰

São causas de dissolução das sociedades empresárias:

a) Vontade dos sócios – Lei das Sociedades por Ações, art. 206, I, “c”; Código Civil, art. 1.033, II e III;

b) Decurso do prazo determinado de duração - Lei das Sociedades por Ações, art. 206, I, “c”; Código Civil, art. 1.033, I;

c) Falência - Lei das Sociedades por Ações, art. 206, II, “c”; Código Civil, art. 1.044;

d) Unipessoalidade - Lei das Sociedades por Ações, art. 206, I, “d”; Código Civil, art. 1.033, IV;

e) Irrealizabilidade do objeto social - Lei das Sociedades por Ações, art. 206, II, “b”; Código Civil, art. 1.034, II, *in fine*;

f) Extinção da autorização de funcionamento - Lei das Sociedades por Ações, art. 206, I, “e”; Código Civil, art. 1.033, V.

A fase de dissolução divide-se, ainda, em três espécies. A dissolução de pleno direito é aquela que se verifica independentemente da vontade dos sócios ou mesmo da intervenção judicial, como por exemplo a morte de um dos sócios. A dissolução consensual ocorre por mútuo consenso entre os sócios. E, por fim, a dissolução judicial é a que se realiza mediante sentença judicial, a pedido de qualquer dos sócios ou de terceiros.⁴¹¹

Findada a fase de dissolução, conforme já mencionado, a sociedade mantém sua personalidade jurídica a fim de liquidar as pendências obrigacionais existentes. Tendo em vista a proteção aos interesses de terceiros, formalidades são trazidas pela legislação, como a publicidade do ato dissolutório através do seu arquivamento na Junta Comercial⁴¹²; e a agregação obrigatória da expressão “em liquidação” ao nome empresarial da sociedade.⁴¹³

A fase de liquidação possui dois objetivos, a realização do ativo, que consiste na venda dos bens da sociedade e a cobrança de seus devedores; e a

⁴¹⁰ DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 1º Volume, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.304.

⁴¹¹ DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 1º Volume, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.305-306.

⁴¹² Lei das Sociedades por Ações, art. 210, I; Código Civil, art. 51 § 1º.

⁴¹³ Lei das Sociedades por Ações, art. 212; Código Civil, art. 1.103, parágrafo único.

satisfação do passivo, que nada mais é do que o pagamento aos devedores. Em outras palavras, visa transformar o ativo em dinheiro.

A partir desse momento a representação da sociedade não cabe mais aos administradores da empresa, devendo ser nomeado representante legal ao qual denomina-se de “liquidante”, sendo este o órgão responsável pela manifestação da vontade da pessoa jurídica durante a fase de liquidação até a sua extinção. Possível e bastante freqüente coincidir de o próprio administrador ser nomeado liquidante, entretanto suas atribuições são diferentes, enquanto o administrador possui amplos poderes para obrigar a pessoa jurídica por quaisquer atos, o liquidante somente a pode vincular nos atos próprios à liquidação.⁴¹⁴

Após a liquidação, o processo de extinção da empresa alcança sua fase final, a partilha dos lucros líquidos entre os sócios. Como regra geral, será observada a proporção da participação de cada sócio no capital social, entretanto possuem os sócios a faculdade de negociar livremente, uma vez que tratam-se de direitos disponíveis.

Na hipótese de o patrimônio social não ser suficiente para sanar as dívidas da sociedade, o liquidante pode tomar duas providências: requerer a falência desde já⁴¹⁵, ou realizar os pagamentos possíveis, com a observância das preferências de cada credor, somente após confessando a falência.⁴¹⁶

Para a unipessoalidade, a questão da extinção deve ater-se para o fato de que o patrimônio separado, constitutivo da empresa, deve conter em si a garantia dos credores relacionados com a atividade empreendedora do empresário e, assim, enquanto esse patrimônio estiver em estado de solvência, nada há que temer. Todavia, se ocorrer a insolvência deste patrimônio, deve o titular da EIRELI pedir sua autofalência ou então qualquer credor.⁴¹⁷

A jurisprudência brasileira entende que no caso da unipessoalidade não há fase de dissolução, pois face à existência de um sócio apenas, parte-se para a liquidação e partilha de bens.⁴¹⁸

⁴¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial** volume 2: sociedades, 16.ed.São Paulo: Saraiva, 2012, p. 494-495.

⁴¹⁵ Lei das Sociedades por Ações, art. 210, VII; Código Civil, art. 1.103, VII.

⁴¹⁶ Lei das Sociedades por Ações, art. 214; Código Civil, art. 1.106.

⁴¹⁷ MARCONDES, p. 316-317.

⁴¹⁸ Oitava Câmara Cível Agravo De Instrumento Nº 0051384-80.2012.8.19.0000 agravante 1: Nivaldo Lopes de Oliveira Neto Agravante 2: J N Materiais Cirúrgicos LTDA. ME Agravado: João Luiz dos Santos Relator: Des. Ana Maria Pereira de Oliveira

A Instrução Normativa nº 117, do DNRC, acerca da EIRELI, também fixou os casos de alteração do ato constitutivo e de dissolução da EIRELI, de modo que o ato de alteração foi chamado de “Decisão do Titular” e o de dissolução foi chamado de “Desconstituição”.

Enfim, a extinção da EIRELI decidida extrajudicialmente deve ater-se apenas à fase de liquidação, a fim de atingir-se o patrimônio separado para saldar as obrigações junto aos credores.

Quando for judicialmente, a qual poderá se dar através da falência ou por iniciativa dos administradores, quando o sócio único decidir contrariamente ao investimento, proceder-se-á a apuração de haveres para pagamento das dívidas, inclusive o próprio sócio. Nessa última situação, poder-se-á admitir que a discussão acerca da dissolução seja travada no que se refere a ser ou não a decisão do sócio em benefício da atividade empresarial.

5.13 Projeto de Lei nº 96/2012

Ao longo do trabalho foram apontados inúmeros desafios a serem superados quanto à Lei 12.441/11, e que com muito apreço pode-se verificar a iniciativa do Projeto de Lei nº 96 de 2012 que vem com o intuito de aperfeiçoar a regulamentação acerca da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), alterando o disposto no artigo 980-A e inserindo nova figura, a Sociedade Limitada Unipessoal (SLU), no artigo 1.087-A a 1.087-F.

O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) pronunciou-se sobre a questão, impedindo a pessoa jurídica de ser titular de EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), através da Instrução normativa nº 117/2011 e o Projeto dá nova redação ao caput do artigo 980-A, limitando a constituição de EIRELI à pessoa natural apenas, mas, por outro lado, introduz a figura da Sociedade Limitada Unipessoal (SLU), permitindo-se como sócio tanto pessoa jurídica quanto natural.

Importante inovação é que não há qualquer limite para que a pessoa natural constitua EIRELI, pois a proibição torna o instituto ineficaz, levando o empreendedor a continuar constituindo sociedades limitadas com “sócio laranja”,

tendo em vista esse modelo societário não possuir qualquer limitação. Portanto no Projeto essa exigência perdeu espaço.

Algumas impropriedades materiais buscam ser sanadas através do Projeto de Lei, segundo a exposição de motivos, como a incorreta utilização dos termos “capital social” e “denominação social” pelo legislador, inapropriados tendo em vista que não há constituição de sociedade, e a sugestão é a retirada do termo “social”, já que a EIRELI trata-se de empresa individual. Nota-se que a impropriedade técnica, atribuindo-se ao termo empresarial personalidade jurídica, continua, além de preocupar-se com o termo “social” absolutamente sem nexos e sem qualquer repercussão.

Quanto ao capital mínimo exigido pela Lei, a exposição de motivos do Projeto justifica tratar-se de valor elevado para a realidade brasileira e retira esta exigência podendo, portanto, a EIRELI ser constituída por qualquer valor. Essa mudança é louvável, porque verdadeiramente é o que ocorre.

Ressalte-se que a principal diferença entre a SLU e a EIRELI, é que a forma societária permite a sua instituição por pessoa jurídica, enquanto que somente uma pessoa natural pode ser titular de empresa individual.

Enfim, o projeto envolvendo a unipessoalidade no Brasil, traz pormenores sobre a constituição e formalização das assembleias ou reuniões, acabando por corrigir impropriedades e sanando omissões.

O projeto, ao dispor acerca de duas formas para a unipessoalidade, traz para a sociedade proposta melhor elaborada e detalhada e opção de escolha pela classe do empresariado.

CONCLUSÃO

Ficou demonstrado no presente estudo, que o Princípio da Autonomia Patrimonial não está mais vinculado à pluralidade societária, vez que, através da EIRELI (lei nº 12.441/11), pode-se, através de uma única pessoa, desempenhar-se a atividade empresarial, garantindo-se a separação patrimonial.

Assim, os empresários não precisam mais valerem-se das chamadas “sociedades fictícias”, quando com a ajuda dos denominados “testas de ferro” buscavam a sociedade limitada como estrutura, a fim de garantir a segregação do patrimônio pessoal. Porém, a estatística demonstra que o número de EIRELIs (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) constituídas ainda é pequeno em razão da estipulação de um capital social mínimo, qual seja o de cem salários mínimos, o qual encontra-se em patamar elevado para o nível econômico em que se encontra o Brasil.

A atividade empresarial foi prestigiada com o instituto previsto na Lei nº 12.441/11, que representou um grande avanço, face às inúmeras tentativas ocorridas ao longo da história, as quais se frustraram em virtude de pareceres sem base acerca da responsabilidade por dívidas contraídas especialmente provocadas pelos representantes do Fisco.

Ficou demonstrado o rompimento com a chamada unipessoalidade temporária e derivada, sendo possível a constituição da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) de forma originária com patrimônio próprio e ao mesmo tempo possível a preservação do patrimônio pessoal, sendo este atingido apenas em caso de fraude.

O objetivo alcançado foi o de demonstrar que a unipessoalidade não é sinônimo de fraude, e não representa a diminuição de garantias.

As normas jurídicas dividem-se em regras e princípios, sendo que estes representam os valores advindos de uma sociedade num determinado momento histórico, e ficou evidente a necessidade dos princípios estarem positivados, já que o Brasil tem uma tradição positivista. Lembrando-se também que o fato de positivar-se os princípios no ordenamento jurídico, proporcionará melhor adaptação do texto legislativo ao longo do tempo.

O conflito entre regras e princípios é sanado pela ponderação, determinará a prevalência em última instância, e especialmente o princípio da autonomia patrimonial que, sendo adaptado à questão da unipessoalidade societária, garantirá que o pequeno investidor sinta-se seguro em efetuar investimentos salvaguardando seu patrimônio pessoal.

No Brasil sempre existiu muita resistência em relação à unipessoalidade que foi superada pela edição da Lei 12.441/11, a qual trouxe a disposição de forma tímida e com imprecisão técnica, mas que representou forte avanço no tema.

As resistências, sempre desprovidas de fundamentação, vez que alicerçadas no fato de que a unipessoalidade era sinônimo de fraude. Foi ultrapassada, já que demonstrado que a fraude se manifesta em qualquer situação, não sendo privilégio de uma estrutura societária unipessoal.

A experiência do Direito Estrangeiro trouxe pontos interessantes, especialmente face à XII Diretiva Europeia, que traça diretrizes básicas para a constituição da sociedade unipessoal de responsabilidade naquele continente.

Assim, por exemplo, verificou-se que a doutrina espanhola entende que na verdade deve-se aplicar ao único sócio, o relativo ao disposto aos sócios de uma sociedade pluripessoal, ou seja, a responsabilização ilimitada do seu patrimônio pessoal pela não-inscrição dentro do prazo legal.

A base portuguesa para o Brasil foi especificamente em relação ao modelo de sociedade unipessoal por quotas, embora muito do que é adotado em Portugal não foi seguido aqui.

A França acabou por mudar o texto normativo admitindo que tanto as pessoas naturais quanto as jurídicas podem instituir, sem qualquer limite, sociedades unipessoais, o que no Brasil já existe a iniciativa pelo projeto de Lei nº 96/2012 para a alteração dessa questão.

Na América do Sul, o Chile criou a figura das empresas individuais de responsabilidade limitada através da lei nº 19.587, de 11 de fevereiro de 2003. Dentre as principais características da EIRELI chilena está a de que só pode ser constituída por pessoa física, impedindo assim que pessoas jurídicas possam constituir tais empresas individuais.

Enquanto o Uruguai ainda não há nenhuma legislação que admita ou regularize a existência e o funcionamento das citadas sociedades unipessoais, o que é muito criticado pela doutrina naquele país.

No Brasil, porém, ficou demonstrado, através das Jornadas de Direito Civil e de Direito Comercial, preocupação com este instituto da unipessoalidade.

Alguns pontos interessantes da legislação brasileira estão despertando interpretações diferentes por parte da doutrina, em face da simplicidade do texto normativo, como sua natureza jurídica, objeto e questão da fixação de capital social mínimo.

Por fim, foi observado que efetivamente o que vem afastando o pequeno investidor desta modalidade é a exigência do capital social mínimo, que foi fixado em patamar elevado para a realidade brasileira.

Importante é a luta pelo fortalecimento do Princípio da Autonomia Patrimonial, pois é relevante para a preservação da função econômica do postulado fundamental do Direito Societário, e que as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais vêm levando para esse lado.⁴¹⁹

Assim sendo, os profissionais do Direito devem aplicar corretamente a invasão no patrimônio pessoal dos sócios pelas dívidas da sociedade, ou seja, somente nos casos de fraude à lei e má administração. O Direito como tecnologia deve preservar a boa fé do investidor para que a atividade empresarial, antes de cumprir com sua finalidade social, também possa refletir do sócio de muitos brasileiros. Aliás, brasileiros esses que foram empregados e sonharam com seu próprio negócio, e portanto não deve o Direito ser o responsável pela transformação do sonho em pesadelo, mas o de garantir o mínimo de segurança jurídica nas relações pessoais.

⁴¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2, 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Juristische Begründung. In: BEHRENDTS, Okko *et alli* (orgs.) **Rechtsdogmatik und praktische Vernunft; Göttingen**. Vandenhoeck u. Ruprecht, 1989.

ASCARELLI, Túlio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookselles, 1999.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n.104. São Paulo: Malheiros, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**: normas de primeiro grau: princípios e regras. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Erasmo Valladão. **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZOFRA, Adriana. **Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales – a los 20 años de su promulgación: sociedad anónima unipersonal de origen**. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 2009.

BARCELLOS DE, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**: a norma jurídica e a constituição. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BEVILACQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: RED Livros, 1999,

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**: acidente de trabalho. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3934, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. julgado em 27/05/2009, DJe-208 divulgação 05-1102009, publicação 06-11-2009, ementa vol-02381-02-PP-00374.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4637, Relator Min. Gilmar Mendes, STF, Distrito Federal, distribuição 12/08/2011.

BRASIL. Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=2545>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Processo: AIRR - 262840-52.2000.5.02.0076 Data de Julgamento: 18/08/2010, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27 ago.2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Recurso Ordinário nº: 0942-2008-097-15-00-1. Relator: Desembargador Enrico Cruz Neto, julgado em: 01 set. 2009.

BRASIL. Legislação. Art. do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Art 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>, Acesso em: 20 jun. 2012.

BRASIL. Constituição Federal. (1988)

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 10 out. 2012

BRASIL. **Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Código Comercial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TF Súmula Vinculante nº 4 - Sessão Plenária de 30/04/2008 - DJe nº 83/2008, p. 1, em 9 mai. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 4012757020108260000 SP, Relator: Paulo Alcides, julgado em 16 dez.2010.

BRUSCATTO, Wilges Ariana. Apontamentos à empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. A saga continua. **Revista Índice Jur.** Ano I, vol. I, set.2011, p.20. Disponível em: <http://indexjur.com.br/zero/eireli.pdf>. Acesso: 25 abr. 2013.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** Ano 73. N. 4. out/dez 2007.

CANDEIAS, Ricardo. **Personalização de Equipa e Transformação de Clube em Sociedade Anónima Desportiva.** Coimbra: Coimbra, 2000.

CRISTIANO, Romano. **Personificação da empresa.** São Paulo: RT, 1982.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa à Luz do Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CARMO, Eduardo de Sousa. Sociedade Unipessoal por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro.** Ano XXVIII, nº 75. Julho-Setembro/1989. São Paulo: RT, 1989.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo:** princípios gerais do direito processual. São Paulo: Malheiros, 2008.

CODE de Commerce. Disponível em:<
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>>
Acesso em: 10 jul. 2012.

CÓDIGO Civil Italiano. Disponível em:
<<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36501>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

CÓDIGO de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.246/88, DE 08.01.88, D.O.U
26.01.88

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Comentários à Nova Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Comercial: O Direito comercial e a disciplina da atividade econômica**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Deveres e responsabilidade dos sócios**. Curso de direito comercial. v.2. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **O Futuro do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Princípios do direito comercial – com anotações ao projeto de código comercial: o novo direito comercial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito comercial – direito de empresa: o direito comercial e a disciplina da atividade econômica**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo, Saraiva, 1990.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1985.

_____. **Para Entender Kelsen** –Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2011..

_____. **Manual de Direito Comercial**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORREIA, Antônio de Arruda Ferrer. **Sociedades fictícias e unipessoais**. n.2. Coimbra, 1953.

COSTA, Ricardo Aberto Santos. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia – história e grandes temas: consciência crítica e filosofia**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DÉCIMA segunda directiva do conselho das comunidades europeias 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:31989L0667:PT:HTML>>. Acesso em: 01 de jul. 2012.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Direito ambiental e urbanístico: panorama jurídico sobre as mudanças climáticas e o aquecimento global**. Algumas Considerações.

DIMOULIS, D. (Dir.) et al. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil – teoria geral do direito civil: direito civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito convivencial. Curso de direito civil brasileiro – direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOMÍNQUEZ, *apud* COSTA, Ricardo Alberto. **A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Ronald. The modelo frules. **University of Chicago Law Review**
FERNÁNDEZ, María Belén González. **La Sociedad Unipersonal en El Derecho Español**. Las Rozas /Madrid: La Ley, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais: a constituição de Weimar e os direitos sociais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Manual do comerciante**. São Paulo, 1919.

_____. Parecer. In: **Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v1.,1951,

_____. **Instituições de Direito Comercial**. 3.ed. vol.1. São Paulo: Freitas Bastos, 1951.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A reforma de sociedades por quotas de responsabilidade Limitada no Direito Alemão. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 71. São Paulo: RT,1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1,.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Procedimento ordinário (fase decisória). **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pelegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor – comentados pelos autores do anteprojeto**: da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. 9. ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2007.

HOLZ, Eva. **Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales – a los 20 años de su promulgación**: sociedad anónima unipersonal de origen. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 2009.

IGNÁCIO, Laura. **Valor Econômico**. São Paulo. 10 jan.2012, p. E3.

_____. Juiz Exige Capital Mínimo para Eireli. **Valor Econômico**, Ano 12, nº2977, São Paulo: 30 mar.2012.

INSTRUÇÃO Normativa nº 117, do DNRC, de 22 nov.2011.

ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais**. Responsabilidade limitada. Curitiba: Juruá, 1996.

JUNTA Comercial do Estado de São Paulo. (Jucesp). Disponível em: http://www.jucesp.fazenda.sp.gov.br/institucional_noticias_eireli_total.php. Acesso em: 13 ago. 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**: teoria geral do direito processual do trabalho. 9. ed. São Paulo: RT, 2011.

LEY 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7240>. Acesso em: XXXXXXXX

LOBO, Jorge. Finalmente as Empresas individuais. **Valor Econômico**. São Paulo: 18 out. 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. v.1, Rio de Janeiro, 1953.

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

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Empresas Familiares**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS FILHO, Antônio. Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual. **Tese apresentada ao Congresso Jurídico comemorativo do cinquentenário de fundação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. Publicação da Faculdade de Direito do Ceará**. Mai.1950.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDONÇA, J.X Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Livro I: Dos atos do comércio. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

MILLER, Alejandro. **Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales** – a los 20 años de su promulgación: sociedad anónima unipersonal de origen. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 2009.

MINISTÉRIO da Fazenda, Nota Cosit nº 446. 16 dez.2011. Disponível em: <http://www.irtdpjbrasil.com.br/EIRELI.COSIT.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**: a dimensão sociológica do direito. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**: aplicação das normas jurídicas. 35. ed. São Paulo: RT, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e Empresa**. 8.ed.v.1, São Paulo: Saraiva, 2011.

NONES, Nelson. **A sociedade unipessoal**: uma abordagem à luz do direito italiano, espanhol e português. Disponível em:
<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Samuel Menezes. Considerações sobre a nova empresa individual de responsabilidade limitada e as consequências de sua falência. **Âmbito jurídico**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10288. Acesso em: 05 jun. 2012.

PARGA, José. **Derecho comercial integral práctica forense**: personas jurídicas comerciales anômalas. Santiago de Chile: Editorial Parlamento Ltda, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.1. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1969.

RIPERT, George. **Aspectos Jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: 1947.

ROVAI, Armando Luiz. Impasse Republicano: A manutenção da empresa e do instituto da personalidade jurídica e a possibilidade de sua desconsideração (art. 50 CC), sem que isso gere injustiças a ex-sócios de sociedades empresárias. **Revista**

Âmbito Jurídico. Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6139>. Acesso em 05 jul. 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A Sociedade Unipessoal por Quotas**. Coimbra: Coimbra, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERICK, Rolf. **Forma e realtà della persona giuridica**. Milano: Giuffré, 1966.

SOUSA, Marcos Andrey de. **A constrição da cota de sociedade empresária limitada**. São Paulo: PUC-SP, 2009.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. **Revista de Direito Mercantil**. n.114.São Paulo: Malheiros,

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições do direito do trabalho: princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 4 ed. v.1.São Paulo: Atlas, 2012.

TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr, 2007

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social: princípios do direito da seguridade social**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALDIVIESO, Luis Morand. **Sociedades**. Cuarta edición actualizada con la normativa sobre empresa individual de responsabilidad limitada (ley nº 19.857) y sociedades por acciones (ley nº 20.190). Santiago-Chile: Juridica de Chile, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil- Parte Geral**. Vol. I, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Responsabilidade civil**. Reapresentação do tema. Princípios gerais. v.4. São Paulo: Atlas, 2010.

VIVANTE, Cesare. Diritto Commerciale. La Società Commerciali. v.II. Bologna: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1935. .