

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

ERIC FONSECA SANTOS TEIXEIRA

A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL:
A Sociedade Unipessoal

Belo Horizonte
2012

ERIC FONSECA SANTOS TEIXEIRA

A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL:
A Sociedade Unipessoal

Dissertação apresentada pelo aluno Eric Fonseca Santos Teixeira ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Moema Augusta Soares de Castro.

Belo Horizonte

2012

T266I

Teixeira, Eric Fonseca Santos

A limitação da responsabilidade do empresário individual :
a sociedade unipessoal / Eric Fonseca Santos Teixeira, 2012.
150 p.

Orientadora: Moema Augusta Soares de Castro
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito comercial – Teses 2. Sociedades comerciais
3. Empresas individuais – Brasil 4. Responsabilidade limitada
5. Sociedades limitadas – Brasil 6. Direito comparado
I. Título.

CDU: 347.72(81)

ERIC FONSECA SANTOS TEIXEIRA

A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL:
A Sociedade Unipessoal

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2012.

Componentes da banca examinadora:

PROFESSORA DOUTORA MOEMA AUGUSTA SOARES DE CASTRO

Aos meus pais, Lauro
José dos Santos Teixeira e Mônica
Glauce da Fonseca (*in memoriam*),
pelo incentivo e apoio nos estudos.

AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho, ficam expressos meus agradecimentos, especialmente:

À Professora Doutora Moema Augusta Soares de Castro, pela orientação e por acreditar, desde os tempos de graduação, na minha pesquisa sobre a limitação da responsabilidade do empresário individual.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pelos calorosos debates em sala de aula, que contribuíram para esta pesquisa.

RESUMO

A pesquisa trata da limitação da responsabilidade do empresário individual. A existência de preceito constitucional que determina um tratamento favorecido à empresa de pequeno porte nacional, aliada à proliferação de sociedades fictícias, torna necessária uma política valorizadora do microempresário e do empresário de pequeno porte quanto à limitação de sua responsabilidade pessoal, sobretudo quando a forma mais utilizada para o exercício da microempresa e da empresa de pequeno porte não é a societária, mas a firma individual.

Nessa conjuntura, o estudo abordou as técnicas existentes no Direito comparado para limitar a responsabilidade do empresário individual com o escopo de contrastar estas técnicas com a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, que foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Apurou-se que o Direito Comunitário Europeu reconhece duas formas de limitação da responsabilidade do empresário individual: pela teoria do patrimônio separado e pela sociedade unipessoal. Verificou-se, ainda, que a constituição do patrimônio de afetação tornou-se viável com o rompimento da teoria clássica subjetivista, que considera o patrimônio uma unidade indivisível. Ademais, observou-se que a sociedade unipessoal é vista como uma contradição, uma vez que o conceito de sociedade está intrinsecamente relacionado ao instituto do contrato, o qual pressupõe, no mínimo, duas pessoas para sua celebração. Contudo, constatou-se que essa contradição pode ser superada pela teoria institucionalista e pela teoria do contrato organização.

Concluiu-se que a empresa individual de responsabilidade limitada prevista no Direito brasileiro apresenta uma natureza jurídica peculiar em relação às técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual existentes no Direito Comunitário Europeu, visto que a legislação brasileira atribui personalidade jurídica ao patrimônio afetado à exploração da empresa. Contudo, dada a semelhança deste instituto com a sociedade unipessoal, verificou-se que a empresa individual de responsabilidade limitada brasileira pode ser reconhecida como a sociedade unipessoal, o que demonstra ser uma questão de nomenclatura.

Palavras-chaves: Limitação. Responsabilidade. Empresário Individual.

RÉSUMÉ

La recherche aborde la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel. L'existence d'une disposition constitutionnelle qui prévoit un traitement préférentiel aux petites entreprises domestiques, combiné à la prolifération des sociétés fictives, fait nécessaire d'une politique valorisant du petit entrepreneur à limiter leur responsabilité personnelle, surtout quand la ressource la plus utilisée pour l'exercice des microentreprises et des petites entreprises n'est pas la société, mais l'entreprise individuelle.

À ce stade, l'étude a abordé les techniques existantes en Droit comparé à limiter la responsabilité de l'entrepreneur individuel afin de contraster ces techniques avec la figure de la entreprise individuelle à responsabilité limitée, qui a été récemment introduite dans le système juridique brésilien.

Il a été constaté que le Droit Communautaire Européen reconnaît deux formes de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel: par la théorie du patrimoine d'affectation et par la société unipersonnelle. Il a été constaté aussi que la formation du patrimoine d'affectation est devenue possible avec la rupture de la théorie classique subjectiviste qui considère le patrimoine une unité indivisible. En outre, il a été noté que la société unipersonnelle est considérée une contradiction, parce que le concept de la société est intrinsèquement liée à l'institution du contrat, ce qui nécessite au moins deux personnes à sa conclusion. Cependant, il a été constaté que cette contradiction peut être dépassé par la théorie institutionnaliste et la théorie du contrat organisation.

Il est conclu que la entreprise individuelle à responsabilité limitée prévoit dans le Droit brésilienne présente un caractère juridique particulier en ce qui concerne les techniques de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel existantes en Droit Communautaire Européen, parce que la législation brésilienne attribue personnalité juridique au patrimoine affecté à l'exercice de l'entreprise. Cependant, compte tenu de la similitude de cet institut avec la société unipersonnelle, il est conclu que l'entreprise individuelle à responsabilité limitée brésilienne peut être reconnue comme la société unipersonnelle, qui se révèle être une question de nomenclature.

Mots-clés: Limitation. Responsabilité. Entrepreneur Individuel.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	13
2.1 O Princípio da Responsabilidade Ilimitada.....	16
2.2 A Mitigação do Princípio da Responsabilidade Ilimitada nas Sociedades Empresárias.....	19
2.3 A Responsabilidade do Empresário Individual.....	24
2.3.1 A Pretensa Dupla Personalidade do Empresário Individual.....	26
3 AS JUSTIFICATIVAS PARA A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INVIDIDUAL.....	29
3.1 A Constituição de Sociedades Fictícias.....	31
3.1.1 Negócio Jurídico Simulado.....	32
3.1.2 Negócio Jurídico Indireto.....	35
3.1.3 Sociedade Irregular.....	38
3.2 O Estado e a Ordem Econômica.....	40
3.2.1 O Tratamento Favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.....	42
3.2.2 Importância da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.....	44
4 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU.....	49
4.1 As Diretivas do Conselho da União Europeia.....	50
4.2 A Teoria do Patrimônio Separado.....	53
4.2.1 Críticas à Implementação da Teoria do Patrimônio Separado.....	56
4.3 Sociedade Unipessoal.....	59
4.3.1 Teorias Anticontratualistas.....	62
4.3.2 Teoria Contratualista.....	64
4.3.2.1 Crise da Teoria Contratualista.....	66
4.3.3 Teoria Institucionalista.....	68
4.3.4 Teoria do Contrato Organização.....	71

5 INTERNALIZAÇÃO DA DÉCIMA SEGUNDA DIRETIVA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS E DA DIRETIVA 2009/102/CE.....	74
5.1 França.....	75
5.1.1 Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée - EURL.....	78
5.1.2 Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée - EIRL.....	81
5.2 Portugal.....	87
5.2.1 Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada - EIRL.....	89
5.2.2 Sociedade Unipessoal por Quotas - SQU.....	92
6 AS TÉCNICAS DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	98
6.1 Sociedade unipessoal.....	99
6.1.2 Sociedade unipessoal permanente: subsidiária integral.....	100
6.1.3 Sociedade unipessoal temporária.....	102
6.2 Empresário incapaz.....	106
6.3 Tentativas de Limitar a Responsabilidade do Empresário Individual.....	108
7 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.....	116
7.1 Natureza Jurídica.....	124
7.2 Nome Empresarial.....	130
7.3 Capital Social.....	131
7.4 Titular da empresa individual de responsabilidade limitada.....	133
7.5 Regência Supletiva.....	135
8 CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	142

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a comunidade jurídica brasileira tem pesquisado as técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual com o intuito de propor um recurso apto para eximir o patrimônio pessoal daquele dos riscos do empreendimento.

Embora a promulgação do Código Civil de 2002 tenha promovido grandes modificações na área do Direito Empresarial, quer pela unificação do regime das obrigações comerciais e civis num único código, quer pela introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da empresa, esse Código não inovou no que tange à introdução de limites à responsabilidade pessoal do empresário individual pelos riscos da atividade explorada.

Com efeito, o empresário individual, conceituado como a pessoa natural que explora uma atividade econômica organizada, voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966 do Código Civil), responde pelo insucesso do empreendimento com todo seu patrimônio pessoal.

Com o escopo de incentivar a exploração da microempresa e da empresa de pequeno porte e de evitar a proliferação de sociedades fictícias ou de favor, o Direito comparado, notadamente a Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias e a Diretiva 2009/102/CE, apresenta duas alternativas viáveis para limitar a responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa: a constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada – por meio da teoria do patrimônio separado – ou a instituição de uma sociedade unipessoal – mediante o reconhecimento da possibilidade de uma única pessoa natural constituir originariamente uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.

O presente estudo tem por objeto a análise das mencionadas formas de limitação da responsabilidade do empresário individual, sobretudo a técnica da sociedade unipessoal, que, a princípio, pode ser interpretada como uma incoerência terminológica, eis que o conceito de sociedade está intrinsecamente relacionado à noção do contrato, o qual pressupõe a união de duas ou mais pessoas para a consecução de um fim econômico. Essa concepção é fruto da hegemonia da teoria

contratualista, que atribui ao ato constitutivo de uma sociedade a natureza jurídica de um contrato associativo ou plurilateral.

Para abordar esse problema, a pesquisa adota como marco teórico a teoria institucionalista (1925) desenvolvida por MAURICE HAURIOU que, mediante o estudo da estrutura das instituições de Direito Público, buscou explicar a natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades anônimas.

Aliada à teoria institucionalista de MAURICE HAURIOU, também se adota como marco teórico complementar as contribuições em torno da teoria institucionalista de WALTHER RATHENAU, que desenvolveu, no fim da primeira guerra (1917), a doutrina do *Unternehmen an sich* (empresa em si), por meio da constatação, na Alemanha, de que cada empresa de grande porte poderia ser um importante instrumento de desenvolvimento econômico.

A aplicação de ambas as vertentes da teoria institucionalista ao direito societário tem como efeito identificar que o interesse social não se restringe apenas ao interesse dos sócios, mas abrange, também, o interesse das pessoas que interagem com a sociedade (trabalhadores, consumidores, fornecedores e Fisco). Logo, a partir da releitura da concepção privatista e individualista de interesse social da teoria contratualista, tem-se que a sociedade deixa de afetar tão somente a esfera jurídica dos seus sócios fundadores. Esta repercute, também, na esfera jurídica dessas outras pessoas que com ela se relacionam.

Desse modo, a adoção da teoria institucionalista seria capaz de explicar o ato constitutivo de uma sociedade unipessoal, uma vez que, ao afastar o ato constitutivo de uma sociedade dos contratos associativos, possibilitaria a criação de sociedades unipessoais como um mecanismo de organização e estruturação da empresa.

É a partir dessa premissa que se propõe a (re)construção do conceito jurídico de sociedade com o intuito de viabilizar a constituição da sociedade unipessoal para a exploração da microempresa e da empresa de pequeno porte pelo empresário individual.

Para alcançar o objetivo proposto, analisou-se, inicialmente, o risco empresarial com o escopo de estudar o conteúdo da norma jurídica que impõe, ao empresário individual, uma responsabilidade pessoal ilimitada pelo insucesso do empreendimento. Além disso, abordou-se o processo de mitigação do princípio da responsabilidade ilimitada como instrumento de incentivo da atividade econômica.

Em um segundo momento, foram examinados os fundamentos apresentados para justificar a instituição das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, quais sejam, a redução da prática empresarial de constituição de sociedades fictícias ou de favor e o incentivo ao desenvolvimento de novas microempresas e empresas de pequeno porte.

Posteriormente, tratou-se dos diferentes institutos criados, no Direito comparado, notadamente na União Europeia, para limitar a responsabilidade do empresário individual. Concomitantemente, foi analisada a teoria que justifica a constituição de um patrimônio separado ou de afetação, bem como as diversas teorias que explicam a natureza jurídica do ato constitutivo de uma sociedade, com o escopo de apontar qual teoria seria capaz de esclarecer a constituição originária de uma sociedade unipessoal.

Em seguida, foi realizado um estudo no Direito comparado, a fim de se identificar como foi a introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual (patrimônio separado e sociedade unipessoal) nos Estados-membros da União Europeia, especificamente na França e em Portugal, a fim de contrastar, posteriormente, a experiência europeia com a figura da empresa individual de responsabilidade limitada que foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Em quinto lugar, abordaram-se as tentativas de introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, no ordenamento jurídico brasileiro, analisando as duas situações excepcionais em que a legislação admite a existência de uma sociedade unipessoal, quais sejam, a subsidiária integral e a sociedade unipessoal temporária.

Por fim, examinou-se a Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, a qual permite ao seu titular explorar individualmente uma atividade econômica com responsabilidade limitada ao capital investido neste novo tipo de pessoa jurídica.

2 O RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O comércio e o risco sempre estiveram atrelados. Em verdade, a prática do comércio, desde os primórdios, sempre esteve ligada aos riscos internos e externos da atividade mercantil, sendo constante a criação de institutos econômicos e jurídicos a fim de reduzir ou até eliminar esses riscos.

De fato, a história do Direito Comercial está interligada a essa busca por normas e meios aptos a diminuir os riscos inerentes à prática do comércio. Com efeito, durante o período da Idade Média, o fortalecimento da classe dos comerciantes, com a criação das Corporações de Ofício, esteve relacionado com a tentativa daqueles de mitigar os obstáculos impostos pelo cenário medieval europeu, que se mostrava desfavorável ao comércio. Tanto é assim que, a fim de superar essas dificuldades, os comerciantes se agrupavam e viajavam, em conjunto, em direção às feiras com o escopo de evitar saques e pilhagens. (VIANA RODRIGUES, 2004, p. 16).

No mesmo sentido, o surgimento do Direito Comercial, nas Corporações de Ofício, como um direito novo, costumeiro, classista, profissional, universal e autônomo (VIANA RODRIGUES, 2004, p. 16), também teve, como um de seus objetivos, a atenuação do risco da aplicação do direito comum à solução de controvérsias entre os comerciantes, já que aquele direito, com fortes influências romanas e canônicas, repudiava o lucro, que é o objetivo do exercício de qualquer atividade comercial.

Durante este período medieval de grandes dificuldades aos comerciantes foram criados vários institutos jurídicos a fim de facilitar a troca e minorar os riscos da atividade mercantil. A título de exemplificação, enumeram-se dois institutos mercantis criados, naquela época, que tiveram papel fundamental na atenuação dos obstáculos externos do comércio: i) a letra de câmbio, que visava superar a dificuldade imposta pela ausência de uma moeda única, bem como evitar o transporte, pelos comerciantes, de um montante considerável de moeda em um período de grande insegurança pública; ii) e o contrato de seguro, cujo objetivo era reduzir os riscos naturais que repercutiam na atividade mercantil.

A contemporaneidade veio exigir a criação de novos institutos pelo Direito Comercial a fim de mitigar os constantes riscos econômicos que circundam o comércio e o novo mercado competitivo.

Nesse contexto, a adoção da teoria da empresa, pelo Código Civil italiano, de 16 de março de 1942, apresenta-se como um marco importante na história do Direito Comercial, porquanto rompeu com a figura do comerciante, que, muitas vezes, praticava o comércio de forma acidental ou improvisada, a fim de tutelar a empresa, isto é, a atividade econômica especializada, organizada e explorada profissionalmente pelo empresário para satisfazer as exigências do mercado. Ao comentar a noção econômica da empresa, RUY DE SOUZA (1959, p. 208), observa as mudanças impostas ao Direito Comercial pela adoção da referida teoria, explicando que:

[...] o objeto da disciplina jurídica revista passa a ser a empresa, organização jurídica permanente, instituição jurídica, em torno da qual girarão os negócios jurídicos do atual Direito Comercial, já agora concebido como disciplina das empresas não só de intermediação, mas também, e principalmente, de produção.

Com a adoção da teoria da empresa, o Direito Comercial desvincula-se do comerciante e passa a se preocupar com o empresário¹, isto é, a pessoa (natural ou jurídica) que explora profissionalmente a atividade econômica organizada, voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Ao esboçar seu conceito de empresário, ROCHA FILHO (1994, p. 87) aponta que:

[...] no exercício de sua atividade, essa pessoa [empresário] é caracterizada por dois elementos fundamentais: a iniciativa e o risco, porque cabe-lhe, sem dúvida, a decisão. A ela compete determinar o destino da empresa, o ritmo de sua atividade, a escolha do melhor caminho para atingir seu objetivo. Por outro lado, ela, somente ela, corre todos os riscos, suporta, se for o caso, as consequências do insucesso.

O empresário (individual ou coletivo), portanto, é a pessoa que assume todos os riscos da empresa, haja vista que lhe compete determinar o ritmo de sua atividade, recebendo, por um lado, os ganhos, mas respondendo, por outro lado, pelas eventuais perdas verificadas em seu empreendimento.

Diante dessa responsabilidade do empresário pelo insucesso do empreendimento, é imprescindível que este, antes de decidir pela realização de investimentos na exploração de uma nova empresa, realize um estudo dos riscos

¹ O Código Civil de 2002, ao instituir a teoria da empresa no Brasil, conceitua o empresário como a pessoa que explora atividade econômica organizada voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços. (art. 966 do Código Civil) (BRASIL, 2002).

inerentes à atividade perquirida, sob pena de ser surpreendido com perdas não previstas. Sobre a importância da realização do cálculo do risco empresarial previamente, ao início de qualquer atividade econômica, ANDRADE FÉRES (2003, p. 174) afirma que:

[...] para que um sujeito ingresse numa atividade econômica ou mesmo para nela se manter é imprescindível que ele goze de mecanismos que lhe permitam sopesar de antemão suas eventuais perdas. É o chamado cálculo do risco empresarial, que deve permear toda e qualquer atividade seriamente desempenhada.

O cálculo desse risco empresarial é objeto de estudo do curso da Administração de Empresas, que busca conceituar o risco mediante sua divisão em quatro grupos: o risco de mercado, o risco operacional, o risco de crédito e o risco legal.

No ordenamento jurídico brasileiro, esses quatro tipos de risco encontram-se definidos e regulamentados por meio de resoluções do Conselho Monetário Nacional², as quais visam pôr em execução, no campo das instituições financeiras³, as práticas de gerenciamento de risco.

De acordo com a Resolução 3.464/2007 do Conselho Monetário Nacional, o risco de mercado pode ser compreendido como a possibilidade da ocorrência de perdas em razão da flutuação do valor de um ativo devido a mudanças nas condições de mercado. (BRASIL, 2007). Nas palavras de ANDREA RESTI e ANDREA SIRONI (2010, p. 27):

[...] o risco de mercado significa o risco de alterações no valor de mercado de um instrumento ou *portfólio* de instrumentos financeiros, conectado a mudanças inesperadas nas condições do mercado (preços de ações, taxas de juros, taxas de câmbio e volatilidade dessas variáveis); ele, portanto, incluiu os riscos em moeda corrente, em posições de títulos e ações, bem como outros ativos e passivos financeiros transacionados por um banco.

² Atualmente, encontram-se em vigor as seguintes resoluções do Conselho Monetário Nacional: i) a Resolução 3.380/2006 (Risco Operacional e Legal); ii) a Resolução 3.464/2007 (Risco de Mercado); iii) e a Resolução 3.721/2009 (Risco de Crédito).

³ Embora as referidas resoluções tenham sido criadas para tutelar o risco em instituições financeiras, haja vista a importância da atividade bancária no fomento da economia e os nefastos efeitos sistêmicos decorrentes da quebra dessas instituições, os conceitos adotados pelo Conselho Monetário Nacional podem servir de parâmetro no cálculo do risco empresarial de qualquer atividade econômica, eis que se mostram bem abrangentes.

Em outro norte, o risco operacional constitui um contratempo decorrente de falhas na organização dos meios de produção e de trabalho pelo empresário, já que aquele é conceituado, pela Resolução 3.380/2006 do Conselho Monetário Nacional, como “a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos”. (BRASIL, 2006).

O risco legal, por sua vez, decorre: i) das falhas resultantes dos contratos celebrados pelo empresário; ii) das eventuais sanções aplicadas ao empresário pelo descumprimento da legislação; iii) e das indenizações por danos causados a terceiros, pelo empresário, em razão do exercício de sua atividade econômica. (BRASIL, 2006). Em outras palavras, o referido risco está atrelado aos defeitos e vícios decorrentes dos produtos ou serviços disponibilizados ao mercado pelo empresário.

Por fim, o risco de crédito está relacionado ao inadimplemento das pessoas (fornecedores e consumidores) que, porventura, venham a contratar com o empresário. Um exemplo típico de medida adotada, pelo empresário, com o fito de minorar esse risco é a consulta aos cadastros restritivos de crédito, os quais apontam as pessoas que, em uma determinada ocasião, deixaram de cumprir alguma obrigação contratual.

A abordagem, mesmo que breve, do cálculo do risco empresarial mostra-se relevante, no atual mercado competitivo, na medida em que o Direito Comercial, em razão do princípio da responsabilidade ilimitada, atribui ao empresário todas as consequências do insucesso da atividade econômica, de modo que este responde, em princípio, com todo seu patrimônio⁴ pelo fracasso do empreendimento.

2.1 O Princípio da Responsabilidade Ilimitada

A concepção moderna do princípio da responsabilidade patrimonial remonta à Roma antiga, notadamente ao ano de 428 a.C, época em que foi elaborada a *Lex Poetelia Papiria*.

⁴ Entende-se por patrimônio o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa (natural ou jurídica), que possui conotação econômica. (SILVA PEREIRA, 2006, p. 396).

Essa norma foi responsável pela abolição da execução das obrigações civis⁵ sobre a pessoa do devedor, ao projetar a responsabilidade pelo inadimplemento de obrigações sobre todo seu patrimônio.

A partir da edição da *Lex Poetelia Papiria*, o patrimônio do devedor passou a servir como uma garantia universal e genérica do pagamento de obrigações. Tanto é assim que qualquer ato praticado, conscientemente, pelo devedor, a fim de reduzir ou ocultar seus bens, diminuindo, por conseguinte, a garantia de seus credores, isto é, seu patrimônio, passou a ser passível de configurar fraude contra credores. Sobre o tema, SILVA PEREIRA (2006, p. 538) explica que:

em razão do princípio da responsabilidade, todo indivíduo oferece aos credores, como garantia genérica, os valores que compõem o seu lado ativo, de sorte que, a todo tempo, possam eles pagar-se mediante a excussão de um bem que dali retira, por intermédio da justiça. Constitui fraude contra credores toda *diminuição maliciosa* levada a efeito pelo devedor, com o propósito de desfaltar aquela garantia, em detrimento dos direitos creditórios alheios. Não constitui fraude, portanto, o fato em si de reduzir o devedor o seu ativo patrimonial, seja pela alienação de um bem, seja pela constituição de garantia em benefício de certo credor, seja pela solução de débito preexistente. O devedor, pelo fato de o ser, não perde a liberdade de disposição de seus bens. O que se caracteriza como defeito, e sofre a repressão da ordem legal, é a *diminuição maliciosa do patrimônio*, empreendida pelo devedor com *ânimo de prejudicar* os demais credores, ou com a consciência de causar dano.

Desse modo, pode-se dizer que o conteúdo jurídico do princípio da responsabilidade ilimitada é encontrado na norma geral, consagrada em diversos ordenamentos jurídicos, segundo a qual o devedor deve responder com todo seu patrimônio pelas obrigações contraídas.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa norma geral encontra-se disciplinada no art. 591 do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), o qual estabelece que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. (BRASIL, 1973).

⁵ Faz-se referência à obrigação civil, e não à obrigação comercial propriamente dita, uma vez que o Direito Comercial, não obstante a existência de grande divergência na literatura, não tem sua origem na Roma Antiga, mas, sim, na Idade Média, com o surgimento das Corporações de Ofício. Em verdade, durante o período da ascensão da civilização e do direito romano, não houve a criação de um Direito Comercial, como um ramo autônomo do Direito Privado, com regras e princípios próprios, porquanto o *ius civile* era capaz de resolver a maioria dos problemas criados pela prática do comércio.

No que concerne à exploração de atividades empresariais, o princípio da responsabilidade ilimitada, segundo MARCONDES MACHADO (1956, p.19), constitui o eixo de um sistema organizado, no plano jurídico, para trazer segurança às relações jurídicas obrigacionais, o qual apresenta duas finalidades: i) conferir garantia aos credores pelo inadimplemento do devedor; ii) e impor a este uma conduta de prudência na administração de seus próprios negócios. Em verdade, o referido princípio é fruto da ideia de que a pessoa que administra uma sociedade, ou a pessoa natural que explora a empresa individualmente, deve responder ilimitadamente pelo insucesso da atividade econômica.

Com efeito, o princípio da responsabilidade ilimitada visa trazer, acima de tudo, segurança aos credores que negociam diretamente com o administrador da sociedade empresária ou com o empresário individual, visto que aqueles terão certeza de que estas pessoas responderão pessoal e ilimitadamente pelo inadimplemento das obrigações pactuadas. Essa concepção é perfeitamente compatível com a sociedade em nome coletivo⁶ e com o empresário individual, eis que tanto este quanto os sócios daquela respondem ilimitadamente pelo inadimplemento das obrigações contraídas no exercício da empresa.

Contudo, a responsabilização ilimitada das pessoas (sócios, administradores ou empresários individuais) que desejam explorar alguma atividade nem sempre se coaduna com os interesses econômicos e produtivos de um país. Isso porque, além de atenuar ou até afastar a iniciativa privada, o princípio da responsabilidade ilimitada desestimula o investimento em novas empresas, uma vez que, nas circunstâncias impostas pelo mencionado princípio, a exploração de qualquer atividade econômica implicaria, indiretamente, o comprometimento de todo o patrimônio do empresário ou do empreendedor⁷.

Nesse contexto, a fim de facilitar e incentivar o investimento em novos empreendimentos, o Direito Comercial passou, paulatinamente, a mitigar a aplicação do princípio da responsabilidade ilimitada na exploração de atividades econômicas.

⁶ Os sócios da sociedade em nome coletivo respondem de forma ilimitada e solidária pelas obrigações sociais. Contudo, estes possuem o benefício de ordem, de modo que somente responderão pelo insucesso da atividade econômica após o exaurimento do patrimônio social. Isso é o que se infere do art. 1.024 do Código Civil, o qual estabelece que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. (BRASIL, 2006).

⁷ Compreende-se por empreendedor o sócio de uma sociedade que, além de contribuir para a formação do capital social, possui poderes de administração e condução da atividade empresária. (ULHOA COELHO, 2008, p.06 e 274).

Esta tendência moderna é sintetizada por CUNHA PEIXOTO (1956, p. 42), ao explicar que “a limitação da responsabilidade representa, ao contrário, uma evolução do direito no sentido de amenizar a obrigação do devedor. É um imperativo econômico da época em que vivemos”.

Com efeito, ANDRADE FÉRES (2003, p. 176), promovendo uma análise econômica das vantagens da limitação da responsabilidade do empresário, explica que:

[...] quando o empresário tem sua responsabilidade limitada, ou seja, quando ele tem controle dos seus riscos, o produto de sua atividade torna-se menos oneroso ao mercado. Atividades de alto grau de risco demandam maior remuneração, o que repercute no elevado preço de produtos e serviços. Ademais, a limitação da responsabilidade concorre para que haja constantes investimentos em atividades econômicas, isto é, coopera para o progresso.

A limitação da responsabilidade dos sujeitos que exercem atividades econômicas de risco atua no sentido da distribuição social desses mesmos riscos. Ao se esquivar juridicamente da responsabilidade ilimitada sobre seus débitos, o sujeito tem como demandar menor remuneração de seu capital, revertendo-se o fato em benefício de toda a coletividade.

Um dos meios encontrados, pelo Direito Comercial, para atenuar a aplicação do princípio da responsabilidade foi o desenvolvimento de três novos tipos societários, que aprimoraram a característica da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, permitindo a criação de uma barreira entre as obrigações da sociedade e a responsabilidade de seus sócios.

2.2 A Mitigação do Princípio da Responsabilidade Ilimitada nas Sociedades Empresárias

A mitigação do princípio da responsabilidade ilimitada por meio da constituição de sociedades empresárias se deu mediante um processo lento⁸, caracterizado pelo desenvolvimento gradual de três novas modalidades societárias: i) a sociedade em comandita simples; ii) a sociedade por ações; iii) e, por fim, a sociedade limitada.

⁸ É importante esclarecer que o processo de mitigação do princípio da responsabilidade ilimitada mediante o desenvolvimento de sociedades empresárias apenas promoveu a limitação da responsabilidade dos sócios destas sociedades. Com efeito, a sociedade empresária continuou ilimitadamente responsável pelas obrigações contraídas. Apenas os sócios daquela tiveram sua responsabilidade limitada à sua participação no capital social ou ao preço da ação subscrita ou adquirida (dependendo do tipo societário adotado).

O surgimento da sociedade em comandita simples remonta ao período do desenvolvimento do comércio marítimo na Idade Média, época em que a prática do comércio e o lucro eram considerados infamantes e imorais. Naquele tempo, os nobres, que não desejavam exercer o comércio individualmente, e as pessoas que eram impedidas de serem comerciantes (titulares de cargos públicos e religiosos), utilizavam-se do contrato de comenda para burlar as regras éticas e canônicas e investir no lucrativo comércio marítimo.

Por meio do contrato de comenda, os prestadores de capital (investidores) entregavam recursos aos capitães de navios para que estes praticassem o comércio marítimo, convencionando o rateio posterior dos resultados da atividade. Em caso de prejuízo, os capitães de navios, por exercerem a atividade em seu próprio nome, responderiam com todo seu patrimônio pela insucesso do empreendimento, enquanto os prestadores de capital perderiam apenas os recursos dados em comenda. (FRAN MARTINS, 1981, p. 274).

O sucesso do contrato de comenda deu origem à sociedade em comandita simples, dotada de personalidade jurídica, que se caracterizou pela existência de dois tipos de sócios: i) o sócio comanditado, que utiliza a razão social composta por seu nome, exerce a administração da sociedade e possui responsabilidade ilimitada, solidária e subsidiária pelo insucesso da atividade explorada; ii) e o sócio comanditário, que possui responsabilidade limitada ao montante que contribuiu para a formação do capital social da sociedade.

À luz das características da sociedade em comandita simples, verifica-se que esse novo tipo societário não rompeu totalmente com o princípio da responsabilidade ilimitada. É que, embora a referida sociedade tenha permitido a limitação da responsabilidade de uma classe de seus sócios (comanditários), os sócios comanditados, que negociavam diretamente com terceiros, continuaram a responder ilimitadamente pelo inadimplemento das obrigações sociais.

De toda forma, esse tipo societário constituiu um marco no processo de limitação da responsabilidade, seja porque possibilitou o desenvolvimento de atividades comerciais mediante a captação de recursos de pessoas que não poderiam ser comerciantes, seja porque permitiu a limitação da responsabilidade desses prestadores de capital (investidores) apenas ao montante investido no empreendimento.

O segundo marco histórico na evolução do processo de atenuação do princípio da responsabilidade ilimitada teve destaque com o surgimento das sociedades por ações. Embora a literatura seja divergente quanto à origem do instituto, ora apontando a Casa de São Jorge⁹ como a precursora desse novo tipo societário, ora indicando a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais como o antecedente histórico da sociedade por ações, RUBENS REQUIÃO (2000, p. 02-06) e FRAN MARTINS (1981, p. 317-320) são concordes em afirmar que a sociedade anônima teve seu berço na Holanda, descrevendo a história desse tipo societário em três fases: privilégio, autorização e liberdade.

A fase do privilégio remonta ao tempo das grandes navegações, notadamente ao século XVII, época em que foram organizadas, em diversos Estados europeus, sociedades por ações, mediante a conjugação do capital estatal e de particulares para a exploração das terras descobertas em outros continentes. (FRAN MARTINS, 1981, p. 319).

O aspecto fundamental dessa fase consistiu no fato de que as sociedades por ações sofriam forte influência estatal, já que a constituição dessas pessoas jurídicas dependia da concessão de uma licença pelo Governo, a qual era considerada um privilégio. Deve-se destacar que as sociedades anônimas, na fase do privilégio, não exerciam apenas atividades comerciais. Na realidade, as sociedades por ações constituíam verdadeira hipótese de descentralização política, econômica e social do Estado, eis que possuíam poderes para explorar o comércio, armar exércitos, nomear governantes e garantir a segurança pública nas colônias. (RUBENS REQUIÃO, 2000, p. 03).

Com efeito, a recém-criada sociedade anônima se configurou como o tipo ideal de sociedade colonizadora do século XVII, uma vez que: i) possibilitou a captação de recursos particulares para a exploração de novas terras; ii) limitou a

⁹ A Casa de São Jorge foi uma associação constituída, no século XV, em Gênova, por particulares que concederam empréstimos ao Estado e receberam, em contrapartida, o direito de cobrar impostos com o fito de pagar os juros do capital dado em mútuo. A principal característica daquela associação foi a divisão da participação de seus associados com base no valor do empréstimo concedido por cada um ao Estado. A responsabilidade dos associados era limitada ao valor de sua participação no capital social, sendo que essas participações poderiam ser livremente negociadas por seus possuidores. FRAN MARTINS (1981, p. 318-319) aponta que esta associação não tinha caráter comercial, porquanto a parte que cabia a cada associado era apenas os juros do seu empréstimo, e não uma distribuição de lucros decorrentes do exercício efetivo de uma atividade econômica. Contudo, posteriormente, a referida associação foi transformada no Banco de São Jorge, passando a ter fins especulativos, o que lhe atribuiu nítidas características de uma sociedade comercial.

responsabilidade dos particulares ao montante investido; iii) e permitiu a livre cessão das participações sociais.

A promulgação do *Code de Commerce* de 1807 pôs fim à fase do privilégio, pois deu às sociedades anônimas um tratamento semelhante aos dados às demais sociedades comerciais, ao restringir sua constituição apenas à autorização do Estado. Este período em que o funcionamento e a constituição das sociedades por ações ficou restrito à permissão do Estado ficou conhecido como a fase de autorização.

Essa fase vigorou até a promulgação da Lei Francesa de 24 de junho de 1867, que revogou parcialmente o Código de Napoleão, permitindo a livre constituição e o funcionamento das sociedades comerciais, inclusive das sociedades anônimas. A mencionada lei serviu de marco para o início da atual fase de liberdade¹⁰ na constituição das sociedades por ações.

Atualmente, a sociedade anônima apresenta as seguintes características peculiares: i) uso da denominação social no lugar da firma ou da razão social; ii) divisão do capital social em ações; iii) responsabilidade dos sócios limitada ao preço de emissão das ações que estes subscreveram ou adquiriram; iv) livre cessibilidade das ações, sem afetar a estrutura da sociedade; v) e possibilidade da subscrição do capital social mediante apelo ao público.

As características da sociedade anônima, notadamente a responsabilidade limitada de seus sócios e a livre cessibilidade das participações sociais, permitiram que esse tipo societário se transformasse em verdadeiro instrumento do capitalismo, possibilitando o investimento popular em diversos negócios. Sobre a importância das sociedades anônimas no desenvolvimento econômico, RUBENS REQUIÃO (2000, p. 06) aponta que:

a sociedade anônima, com efeito, tornou-se eficaz instrumento do capitalismo precisamente porque permite à poupança popular participar dos grandes empreendimentos, sem que o investidor, modesto ou poderoso, se vincule à responsabilidade além da soma investida, e pela possibilidade de, a qualquer momento, sem dar conta de seu ato a ninguém, negociar livremente os títulos, obtendo novamente a liquidez monetária desejada. Graças a tão simples mecanismo, a poupança privada pôde ingressar comodamente no mundo dos negócios, tornando-se a sociedade anônima o

¹⁰ Contudo, deve-se esclarecer que, mesmo no regime de liberdade, a exploração de algumas atividades de forte interesse público ainda se encontra restrita à autorização estatal, por exemplo, a atividade bancária e de seguros.

instrumento popular do capitalismo, fundamental para o seu predomínio, sem o qual não se poderia conceber sua expansão.

Embora a sociedade por ações tenha possibilitado a captação da poupança popular, viabilizando a constituição de novos empreendimentos, esta não chegou a ser utilizada como um instrumento para a exploração das atividades de pequeno e médio porte, em razão das grandes formalidades exigidas para a sua constituição e funcionamento.

Nesse contexto, visto que não havia um tipo societário compatível com a constituição de empreendimentos de pequeno e médio porte, seja porque a sociedade em nome coletivo impunha aos seus sócios uma responsabilidade ilimitada, seja porque a constituição das sociedades anônimas era destinada apenas aos grandes empreendimentos, surgiu, no direito alemão, a demanda por um novo tipo societário, menos formalista e com responsabilidade limitada de seus sócios, a fim de proporcionar aos empreendimentos de pequeno e médio porte uma nova forma de organização da empresa.

Dessa forma, em 20 de abril de 1892, o legislador alemão¹¹ criou a sociedade de responsabilidade limitada com o escopo de viabilizar e incentivar a exploração desses empreendimentos de pequeno e médio porte, que poderiam impulsionar o crescimento econômico do país. Em estudo realizado acerca do contexto econômico e jurídico que levou o legislador alemão a criar este novo tipo societário, COSTA MARSHALL (2002, p. 09) explica que:

na verdade, a legislação referente às sociedades anônimas, não era compatível com as pequenas empresas que então se organizavam sob a modalidade em nome coletivo, onde a responsabilidade dos sócios era ilimitada. Daí, a total ausência de alternativas, pois, ou se submetiam à organização em nome coletivo e tinham sua responsabilidade ilimitada, ou se submetiam às imensas e desgastantes formalidades da sociedade anônima.

O Governo alemão mostrou-se preocupado com tal situação, tendo em vista a rápida industrialização no período subsequente à guerra de 1870, uma vez que ambas as modalidades societárias, então existentes, não correspondiam às evidentes necessidades de expansionismo do comércio, daí a busca de alternativas com o intuito de reverter este quadro.

¹¹ Embora parte da literatura atribua à Inglaterra a origem da sociedade limitada, em razão das *private companies* inglesas, entende-se que aquele país não foi o berço da sociedade limitada, eis que “aquelas *private companies* não passam de sociedades anônimas simplificadas e dotadas de características especiais, como a limitação do número de acionistas, restrição ao direito de transmitir as ações, proibição de recurso à subscrição pública, menor rigor legal. São, porém, inconfundíveis com o novo tipo de sociedade que é criação originária da Alemanha”. (EUNÁPIO BORGES, 1971, p. 338).

A criação da sociedade limitada, pelo legislador alemão, marcou a terceira etapa do processo de mitigação do princípio da responsabilidade ilimitada, pois permitiu que qualquer pessoa se associasse a outras, sem grandes formalidades, para explorar alguma atividade econômica com responsabilidade limitada à sua participação no capital social.

Esse novo tipo societário apresentou as seguintes características: i) divisão do capital social em quotas; ii) uso da firma ou da denominação social seguida da expressão limitada; iii) e responsabilidade do sócio limitada ao valor de sua quota cumulada com a eventual responsabilidade solidária de todos os sócios pela integralização do capital social.

Embora o desenvolvimento das sociedades limitadas tenha contribuído para a criação de empreendimentos de pequeno e médio porte, esse tipo societário, em razão da obrigatoriedade da existência de dois sócios para sua constituição¹², não conseguiu abarcar todas as demandas das microempresas e das empresas de pequeno porte que ainda continuam, sobretudo no Brasil¹³, a serem exploradas individualmente pelo empresário.

Nesse contexto, a última etapa do processo de atenuação do princípio da responsabilidade ilimitada constitui a criação de institutos aptos à limitação da responsabilidade do empresário individual, o qual responde integralmente pelos riscos da empresa. Essa etapa já foi implementada na maioria dos Estados-membros da União Europeia, em razão da Décima Segunda Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia¹⁴, e foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que instituiu a empresa individual de responsabilidade limitada¹⁵.

2.3 A Responsabilidade do Empresário Individual

A promulgação do Código Civil de 2002 foi responsável por promover grandes modificações no campo do Direito Privado, sobretudo na área do Direito

¹² A obrigatoriedade da existência de dois sócios para a constituição de uma sociedade limitada decorre da hegemonia da teoria contratualista que atribui à sociedade a natureza jurídica de um contrato plurilateral ou associativo.

¹³ O quadro comparativo da abertura de microempresas e empresas de pequeno porte por empresários individuais será analisado no item 3.2.1 do próximo capítulo.

¹⁴ Vide capítulo específico sobre a Décima Segunda Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia.

¹⁵ A abordagem desse instituto jurídico será realizada no último capítulo desta Dissertação.

Comercial. Com efeito, o novo Código Civil, além de unificar o regime das obrigações comerciais e civis em um único diploma legislativo, introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da empresa, a qual mudou o foco do Direito Comercial do comerciante – pessoa que pratica profissionalmente atos de comércio – para a empresa – atividade econômica organizada, voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Embora o novo Código Civil tenha promovido grandes modificações na área do Direito Comercial, este não inovou no que tange à introdução de limites à responsabilidade do empresário individual. É que, não obstante o empresário individual separe, informalmente, parte de seu patrimônio pessoal para explorar alguma atividade econômica, tal separação é desconhecida pelo Código Civil, de modo que aquele, em razão do princípio da responsabilidade ilimitada, responde como todo seu patrimônio (o pessoal e o destinado à exploração da empresa) pelo insucesso do empreendimento. Nas palavras de SOARES DE CASTRO (1989, p. 109):

o empresário individual é a própria pessoa natural ou pessoa física que assume a titularidade plena do negócio, sem limite de responsabilidade. A pessoa do titular e a empresa confundem-se, respondendo o titular plenamente pelas obrigações que assumir, sejam estas civis ou mercantis, estando, inclusive, sujeito à falência. A pessoa física ou natural torna-se, então, ilimitadamente responsável pelas obrigações assumidas, sujeitando-se ao risco natural do negócio todo o seu patrimônio pessoal.

Em verdade, a introdução de limites à responsabilidade do empresário individual somente foi adotada, no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que instituiu a figura da empresa individual de responsabilidade limitada. O referido instituto permite ao seu titular explorar individualmente uma atividade econômica com responsabilidade limitada ao capital social dessa nova modalidade de pessoa jurídica.

De toda forma, é importante enfatizar que a promulgação da Lei 12.441/2011 não revogou, tampouco extinguiu do mundo jurídico a figura do empresário individual. Isso porque a mencionada lei apenas criou um novo tipo de pessoa jurídica: a empresa individual de responsabilidade limitada, sem eliminar, contudo, a figura do empresário individual.

Portanto, com a promulgação da Lei 12.441/2011, a pessoa natural que quiser explorar, individualmente, um empreendimento terá, dentro da moldura legal,

duas opções para organizar sua empresa: i) o empresário individual, que explora a empresa sob a firma empresarial e com responsabilidade ilimitada; ii) e a empresa individual de responsabilidade limitada, que limita a responsabilidade de seu titular ao capital social da pessoa jurídica.

Tendo em vista que a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada não eliminou a figura do empresário individual, mostra-se relevante, ainda, perquirir se este, consoante é propagado pelo senso comum, apresenta dupla personalidade jurídica.

2.3.1 A Pretensa Dupla Personalidade do Empresário Individual

À primeira vista, um leigo poderia ser levado ao equívoco de pensar que o empresário individual apresenta uma dupla personalidade jurídica.

É que, munido por um juízo de senso comum de que as pessoas naturais seriam inscritas no Cadastro de Pessoa Física (CPF) e que as pessoas jurídicas seriam cadastradas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), esse leigo, possivelmente, chegaria à conclusão de que o empresário individual, por ser inscrito, tanto no Cadastro de Pessoa Física (CPF) quanto no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), apresentaria uma dupla personalidade.

Com efeito, a legislação tributária, especificamente o art. 150, § 1º, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000, 26 de março de 1999), equipara os empresários individuais às pessoas jurídicas para fins de tributação pelo Imposto de Renda, de modo que aqueles são obrigados, pelo art. 160, I, do citado Regulamento, a requerer sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Eis a redação das citadas normas:

Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas.

§ 1º São empresas individuais:

I - as firmas individuais;

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços;

III - as pessoas físicas que promoverem a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos, nos termos da Seção II deste Capítulo (BRASIL, 1999).

Art. 160. As pessoas físicas consideradas empresas individuais são obrigadas a:

I - inscrever-se no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ no prazo de noventa dias contados da data da equiparação. [...] (BRASIL, 1999).

Contudo, o tratamento dado pela legislação tributária ao empresário individual, bem como a inscrição deste no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), não tem o condão de lhe outorgar nova personalidade jurídica, tampouco limitar sua responsabilidade pelo insucesso da empresa.

Isso porque a equiparação do empresário individual à pessoa jurídica, para fins de Imposto de Renda, constitui uma medida de conveniência tributária constituída pela legislação brasileira.

De fato, em vez de recolher imposto de renda da pessoa física sobre o lucro de sua atividade a uma alíquota progressiva, o empresário individual deverá recolher o referido imposto da mesma forma que as pessoas jurídicas, seja pelo lucro real com a dedução das despesas operacionais, seja pelo lucro presumido com a utilização de um coeficiente sobre a receita bruta para encontrar a base de cálculo do tributo.

CORRÊA-LIMA (2007), ao examinar a questão da inexistência de dupla personalidade jurídica do empresário individual, no ordenamento jurídico brasileiro, define como uma conveniência tributária a equiparação realizada pela legislação entre o empresário individual e as pessoas jurídicas. Confira-se:

É certo que, segundo a legislação específica do imposto de renda, o empresário individual deve prestar duas declarações anualmente: uma como pessoa física e outra como pessoa jurídica; isto ocorre por mera conveniência tributária; mas essa circunstância não autoriza a conclusão de que o empresário individual possui duas personalidades diferentes. Pondere-se que o próprio Fisco, ao executar um empresário individual, pode penhorar todo o patrimônio dele. O fenômeno da dupla personalidade inexistente no Direito Comercial. Fica limitado à Psicopatologia e, eventualmente, pode ser considerado na aplicação do Direito Penal.

Além disso, observa-se que nem mesmo o fato de o empresário individual possuir dois nomes: i) o nome civil, que o identifica civilmente como uma pessoa natural; ii) e o nome empresarial, que designa a pessoa que explora profissionalmente a empresa; é capaz de lhe atribuir dupla personalidade jurídica. Isso porque ambos os nomes identificam a mesma individualidade, isto é, o mesmo sujeito de direito, embora no exercício de atividades distintas.

Sobre o tema, CARVALHO DE MENDONÇA (1957, p. 166-167), ao abordar a distinção entre o nome civil e a firma comercial, explica que:

Usando uma firma para exercer o comércio e mantendo o seu nome civil para os atos civis, o comerciante, pessoa natural, não se investe de dupla personalidade; por outra, não há duas personalidades, uma civil e outra comercial.

As obrigações contraídas sob a firma comercial ligam a pessoa civil do comerciante e vice-versa. Se ele incide em falência, não se formam duas massas: uma comercial, compreensiva dos atos praticados sob o nome civil, mas uma só massa, à qual concorrem todos os credores.

A firma do comerciante singular gira em círculo mais estreito que o nome civil, pois designa simplesmente o sujeito que exerce a profissão mercantil. Existe essa separação abstrata, embora os dois nomes se apliquem à mesma individualidade. Se, em sentido particular, uma é o desenvolvimento da outra, é, porém, o mesmo homem que vive ao mesmo tempo a vida civil e a vida comercial.

Sob a firma ou razão comercial, quando não é por extenso o mesmo nome civil, o comerciante não deve adquirir, vender ou hipotecar imóveis, atos essencialmente civis, pela mesma razão por que não seria lícito sob essa firma exercer direitos políticos.

Assim, não obstante o empresário individual seja inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e possua dois nomes para identificar a mesma individualidade, este não possui dupla personalidade jurídica.

Destarte, devido ao princípio da responsabilidade patrimonial, o empresário individual é ilimitadamente responsável pelos riscos da atividade econômica explorada, não existindo qualquer separação patrimonial entre seus bens particulares e os bens destinados ao exercício da empresa.

3 AS JUSTIFICATIVAS PARA A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

Não é de hoje que a doutrina brasileira, notadamente MARCONDES MACHADO (1956) e SALOMÃO FILHO (1995), reclama medidas legislativas no sentido de permitir a limitação da responsabilidade do empresário individual.

Os argumentos favoráveis à adoção de uma política valorizadora do empresário individual, por meio da adoção de técnicas de limitação de sua responsabilidade, buscam, acima de tudo, tornar isonômico o tratamento oferecido às sociedades empresárias e aos empresários que, sob a firma individual, exploram a empresa individualmente.

É que, enquanto aos sócios daquelas é concedida a limitação da responsabilidade pelos riscos do empreendimento, mediante a constituição dos três tipos societários mencionados no capítulo anterior (sociedade em comandita simples, sociedade anônima e sociedade limitada), a estes, antes da promulgação da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, não era reconhecido, formalmente, qualquer meio de limitação de responsabilidade, de modo que os empresários individuais respondiam ilimitadamente, isto é, com todo o seu patrimônio (o pessoal e o destinado à exploração da empresa), pelo insucesso da atividade econômica explorada.

Tendo em vista que a forma mais utilizada para o exercício da microempresa¹⁶ e da empresa de pequeno porte¹⁷ não é a societária, mas, sim, a individual¹⁸, a fim de incentivar a constituição de novos empreendimentos de pequeno porte, mostra-se necessária a implementação de técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, em harmonia com o ditame constitucional

¹⁶ O presente estudo seguiu tanto o critério de receita bruta utilizado pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 (atualizada pela Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011), quanto o critério de número de pessoas ocupadas adotado pelo Sistema Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas para classificar o porte da empresa. Deste modo, considera-se microempresa: i) o empresário ou sociedade empresária que aufera, em um ano calendário, receita bruta até R\$ 360.000,00 (BRASIL, 2006); ii) ou o empresário ou sociedade empresária que ocupe até 19 pessoas no setor industrial ou empregue até 9 pessoas no setor de comércio e serviços. (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2010, p. 25).

¹⁷ Seguindo os mesmos critérios utilizados para a classificação da microempresa, considera-se empresa de pequeno porte: i) o empresário ou sociedade empresária que aufera, em um ano calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e inferior a R\$ 3.600.000,00 (BRASIL, 2006); ii) ou o empresário ou sociedade empresária que ocupe de 20 a 99 pessoas no setor industrial ou empregue de 10 a 49 pessoas no setor de comércio e serviços. (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2010, p. 25).

¹⁸ Vide item 3.2.2 deste Capítulo.

norteador da ordem econômica (art. 170, IX, da Constituição da República de 1988¹⁹) que impõe tratamento favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte brasileira.

O objetivo do mencionado princípio norteador da ordem jurídico-econômica é favorecer e incentivar as microempresas e as empresas de pequeno porte constituídas e exploradas sob as leis brasileiras. Tal favorecimento seria posto em execução, por exemplo, mediante a eliminação dos entraves burocráticos ao exercício e à constituição de novos empreendimentos, o que se mostra compatível com a instituição, pela legislação infraconstitucional, de técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual.

Além disso, a limitação da responsabilidade do empresário individual tem como objetivo secundário mitigar a proliferação de sociedades fictícias²⁰, vastamente adotadas na prática empresarial, como artifício para eximir o patrimônio pessoal do empresário individual dos riscos da atividade econômica.

Com efeito, a propagação da prática empresarial de constituição de sociedade fictícias, amplamente criticada pelos autores portugueses²¹ e brasileiros²², chamou a atenção da comunidade jurídica, a qual passou a demandar uma medida legislativa, a fim de promover a limitação da responsabilidade do empresário individual, mormente porque a ausência de uma política valorizadora daquele seria a

¹⁹ Dispõe o art. 170 da Constituição da República de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988).

²⁰ Esta terminologia é utilizada por FERRER CORREIA (1948, p. 03-04), em sua obra *Sociedades fictícias e unipessoais*, para descrever um duplo fenômeno referente à exploração de uma sociedade empresária por uma única pessoa. Esse fenômeno é constatado em dois tipos de sociedades: i) as sociedades que se reduziram a um único sócio, embora tenham sido constituídas inicialmente por uma pluralidade de indivíduos; ii) e as sociedades de responsabilidade limitada, constituídas mediante o concurso de “homens de palha”, para a fruição de uma única pessoa: o empresário individual.

²¹ Dentre os vários autores portugueses que criticam a constituição de sociedades fictícias, pode-se citar FERRER CORREIA (1948, p. 06-07) e SANTOS COSTA (2002, p. 42-43).

²² No Brasil, a prática de constituição de sociedades fictícias também é muito criticada pela doutrina, com destaque para os trabalhos de MARCONDES MACHADO (1956, p. 26) e SOUZA CARMO (1988, p. 26).

principal causa do apelo do empresariado à constituição de sociedades limitadas unipessoais *ex facto*²³ para reduzir os riscos do empreendimento explorado.

Portanto, as justificativas da adoção de medidas legislativas no sentido de promover a limitação da responsabilidade do empresário individual apresentam dois motivos preponderantes: i) reduzir e/ou eliminar a prática empresarial de constituição de sociedades fictícias com o escopo de limitar a responsabilidade do empresário individual; ii) e incentivar o fenômeno econômico mediante a constituição de novas microempresas e empresas de pequeno porte brasileiras, as quais são, via de regra, exploradas individualmente pelo empresário.

3.1 A Constituição de Sociedades Fictícias

A constituição de sociedades fictícias ou de sociedades limitadas unipessoais *ex facto*, embora não seja fruto de uma política legislativa de limitação da responsabilidade do empresário individual, foi a primeira prática criada pelos empresários para eximir seu patrimônio pessoal das consequências do insucesso da empresa.

De fato, identificando no princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias a possibilidade de limitar sua responsabilidade pelos riscos do empreendimento e, por conseguinte, proteger seu patrimônio pessoal, o empresário individual, que não possuía sócios para constituir uma sociedade limitada, passou a recorrer a amigos e/ou familiares, conhecidos como “homens de palha”, para conseguir a pluralidade aparente necessária à constituição de uma sociedade.

Nesse contexto, considera-se fictícia a sociedade limitada constituída pelo empresário individual com “homens de palha”, com o intuito único de limitar sua responsabilidade pelos riscos da empresa. Na aludida sociedade, o empresário individual, camuflado sob a figura do empreendedor, deteria a maioria das quotas sociais, enquanto os sócios “homens de palha”, utilizados apenas para cumprir o

²³ Esta expressão é adotada por SOUZA CARMO (1988, p. 25-26) para identificar a sociedade limitada que apresenta aparentemente uma pluralidade ou dualidade de sócios, mas, na verdade, é controlada e administrada por um único sócio: o empresário individual.

requisito formal²⁴ de duas ou mais pessoas para se criar uma sociedade, ficariam à mercê de sua vontade.

Portanto, as sociedades fictícias são caracterizadas pela existência de dois tipos de sócios: i) o sócio “homem de palha”, que apenas empresta seu nome ao empresário individual para atender a pluralidade exigida em lei para a constituição de uma sociedade; ii) e o empresário individual, camuflado sob a figura do empreendedor, que efetivamente controla e conduz a atividade econômica explorada pela sociedade empresária.

O grande problema enfrentado pelo Direito Comercial, no que toca às sociedades fictícias, é a classificação do ato constitutivo destas sociedades em negócio jurídico simulado, no qual haveria uma diferença entre a intenção das partes e a ordem legal quanto ao resultado produzido ou ao meio utilizado para se obter este resultado; ou de um negócio jurídico indireto, no qual as partes querem efetivamente o negócio que realizam e os efeitos práticos dele decorrentes. (TULLIO ASCARELLI, 1969, p. 110-112).

A matéria encontra-se longe de consenso na literatura jurídica, existindo, de um lado, adeptos do entendimento de que a sociedade fictícia constituiria verdadeira hipótese de sociedade simulada e, do outro lado, autores que defendem que o ato constitutivo dessas sociedades seria classificado como um negócio jurídico indireto, o qual não está sujeito ao regime da invalidade dos negócios jurídicos simulados. Passa-se a analisar, portanto, os argumentos expostos pelos adeptos de cada uma dessas correntes.

3.1.1 Negócio Jurídico Simulado

Os adeptos da corrente do negócio jurídico simulado²⁵ buscam explicar a natureza jurídica das sociedades fictícias nas normas de direito civil, especificamente na simulação.

²⁴ Conforme será abordado no próximo capítulo desta Dissertação, o Código Civil adota a teoria contratualista para explicar a natureza jurídica do ato constitutivo de uma sociedade. Dessa forma, considerando-se o teor do art. 981 do Código Civil, a criação de uma sociedade está necessariamente vinculada à celebração de um contrato entre duas ou mais pessoas para a consecução de um determinado fim econômico.

²⁵ São adeptos desta corrente FERRER CORREIA (1948, p. 158-164) e MARCONDES MACHADO (1956, p. 44-47).

A simulação consiste em um defeito do negócio jurídico, caracterizado, pela doutrina, como um vício social em razão da insubordinação existente entre a vontade do agente e o ordenamento jurídico. Com efeito, não há na simulação uma discrepância entre a intenção do agente e a vontade exteriorizada ou declarada, como acontece com os vícios de consentimento, seja porque não há nada a macular a vontade da parte, seja porque o negócio jurídico simulado reflete exatamente a vontade do agente. Na realidade, a simulação revela uma insubordinação entre a vontade do agente e a ordem legal, em relação ao resultado produzido externamente. Nas palavras de SILVA PEREIRA (2006, p. 636), “consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir”.

A simulação pode ser classificada como absoluta ou relativa. Será absoluta, quando o negócio jurídico traduzir cláusula inverídica e for realizado para não ter eficácia. (SILVA PEREIRA, 2006, p. 637). Exemplo deste tipo de simulação é a confissão de dívida inexistente. Será, por outro lado, relativa a simulação cujo negócio jurídico aparente ter o objetivo de camuflar, isto é, encobrir o negócio real. Nesta hipótese, o fim buscado pelo negócio jurídico simulado é diverso do declarado. Um exemplo de simulação relativa é a celebração de uma compra e venda por preço vil a fim de encobrir uma doação.

A classificação da simulação em absoluta ou relativa apresenta considerável relevância prática na medida em que a legislação apenas considera nulo o negócio jurídico que decorrer de simulação absoluta. Com efeito, o art. 167, *caput*, do Código Civil²⁶ dispõe que, na hipótese de simulação relativa, o negócio jurídico dissimulado subsistirá, caso seja válido tanto na forma quanto na substância.

A simulação também pode ser classificada em maliciosa ou inocente em razão da boa-fé ou da má-fé do agente. Será, por um lado, maliciosa, quando visar

²⁶ Estabelece o art. 167 do Código Civil:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. (BRASIL, 2002).

prejudicar terceiros ou fraudar disposição de lei, e será, por outro lado, inocente, quando não causar prejuízo a terceiros.

Aplicando as mencionadas normas de direito civil ao direito societário, os adeptos da corrente do negócio jurídico simulado entendem que as sociedades fictícias constituem verdadeira hipótese de sociedade simulada. A simulação, nesse caso, estaria presente na tentativa de se criar uma pessoa jurídica com o intuito único de limitar a responsabilidade do empresário individual enquanto a legislação não reconhece qualquer técnica de limitação da responsabilidade daquele. Implica dizer que haveria uma divergência entre a vontade dos sócios (constituir uma sociedade a fim de limitar a responsabilidade do empresário individual) e a ordem jurídica, que atribui ao empresário individual responsabilidade ilimitada pelos riscos do empreendimento.

Além disso, pode-se dizer que outro fato também contribuiria para a conclusão de que a sociedade fictícia seria simulada. É que, embora o “homem de palha” declare aparentemente que pretende constituir uma sociedade com o empresário individual, aquele, na realidade, não deseja tornar-se sócio desta sociedade. Implica dizer: o sócio “homem de palha” não possui efetivamente o *affectio societatis* para constituir uma sociedade, seja porque não deseja responder eventualmente pelas perdas sociais, seja porque não lhe interessa fiscalizar as operações sociais ou votar nas deliberações da sociedade.

Portanto, em contradição com a vontade declarada externamente, o “homem de palha” não tem a intenção de assumir o *status* de sócio, que implica o exercício de direitos e a assunção de obrigações inerentes ao sócio de uma sociedade empresária. Nesse sentido, FERRER CORREIA (1948, p. 144) esclarece que a ausência de interesse do sócio “homem de palha” na sociedade constituída seria o principal motivo a justificar a caracterização da sociedade fictícia como simulada. Veja-se:

Com efeito, a circunstância mais frisante e característica que se observa na constituição da sociedade fictícia, reside em todos os outorgantes da escritura social à exceção de um – o único verdadeiro interessado – se limitarem a emprestar a este último seu nome, a fim de lhe tornarem possível desse modo a criação de uma anônima para sua exclusiva fruição pessoal e obtenção das vantagens correspondentes.

Nenhuma participação efectiva pretendem eles tomar em tal <<sociedade>>. Não concorrem por qualquer forma para a constituição do fundo social, não aspiram conseqüentemente a haver parte no dividendo dos lucros da empresa, não desejam cooperar para a gestão dela. Carecem

de todo o interesse pessoal na sociedade, que no entanto vão ajudar a constituir. Anima-os o único propósito de proporcionar ao verdadeiro interessado a colocação e a gerência do seu negócio sob um regime social, com vista principalmente ao benefício da limitação da responsabilidade.

Para MARCONDES MACHADO (1956, p. 46), nem mesmo a ausência da intenção de prejudicar terceiros, por meio da constituição de sociedades fictícias, seria elemento suficiente para afastar a nulidade decorrente de uma eventual simulação inocente. É que, nesta hipótese, a sociedade fictícia envolveria nítida intenção de fraudar a lei, notadamente o princípio da responsabilidade ilimitada, que impõe o risco integral do empreendimento ao empresário individual. Confira-se:

Contra a assertiva [simulação inocente], porém, é de objetar-se que, embora sem intenção específica de prejudicar credores, a limitação da responsabilidade do 'sócio único' envolve necessariamente o objetivo latente de restringir-lhes o poder de ação e, ainda, que, à vista do disposto no mesmo texto, não basta, para caracterizar simulação inocente, a ausência de intenção de prejudicar terceiros. É mister, também, não haja intenção de violar disposição de lei. Permite esta, é certo, a limitação da responsabilidade dos sócios, na sociedade de responsabilidade limitada e na anônima, pela formação de uma pessoa jurídica que, obviamente, não se confunde com as pessoas de seus componentes, mas exige, como requisitos ou pressupostos essenciais, a concorrência mínima de duas pessoas, na primeira, e de sete, na segunda. A sociedade fictícia violaria disposição de lei, de ordem pública, que define os requisitos essenciais das referidas sociedades.

Assim, para os adeptos do negócio jurídico simulado, a sociedade fictícia constituiria hipótese de sociedade simulada, portanto nula, em razão da discrepância entre a vontade declarada pelos sócios "homens de palha" de constituir uma sociedade e a vontade real destes de não se vincular ao resultado do negócio jurídico, ou seja, a própria sociedade criada.

3.1.2 Negócio Jurídico Indireto

Em contrapartida à corrente que classifica as sociedades fictícias como negócios jurídicos simulados, TULLIO ASCARELLI buscou, na teoria do negócio jurídico indireto, explicar a natureza jurídica daquelas sociedades.

Segundo o referido autor, o negócio indireto pode ser entendido como o fenômeno da utilização, pelas partes, de um determinado negócio jurídico tendo em vista uma finalidade diversa da que é normalmente pretendida quando se celebra esse tipo de ato. (TULLIO ASCARELLI, 1969, p. 94) . Implica dizer que haverá

negócio indireto quando as partes recorrerem a um tipo de negócio jurídico, mas tiverem um fim análogo a um outro ato que tanto pode ser típico quanto atípico.

A título de ilustração, cita-se, como exemplo de negócio jurídico indireto, o contrato de arrendamento mercantil, nas hipóteses em que as circunstâncias do contrato demonstram claramente que o preço residual será ínfimo e a intenção real da parte, desde a celebração da avença, era efetivamente adquirir o bem. Trata-se de verdadeiro financiamento para a compra de bem operado indiretamente por meio do contrato de *leasing*.

O negócio indireto se diferencia do negócio simulado na medida em que, enquanto naquele o resultado visado é obtido pelo negócio jurídico adotado e declarado, neste há um contraste entre a vontade real das partes e o resultado decorrente da vontade declarada. Nas palavras de TULLIO ASCARELLI (1969, p. 111):

na simulação, as partes, para alcançar o fim visado, declaram o que não corresponde à vontade delas, regulando, no entanto, clandestinamente, as próprias relações jurídicas de modo conforme à vontade real; no negócio indireto, ao contrário, o fim prático visado pelas partes é alcançado justamente por meio do negócio adotado e declarado.

Embora o negócio indireto não se confunda com o negócio simulado, cumpre esclarecer que aquele nem sempre será um ato jurídico válido. Em verdade, a validade do negócio jurídico indireto depende dos fins almejados pelas partes. Logo, será, por um lado, válido o negócio jurídico indireto, cuja finalidade das partes for lícita, mas será, por outro lado, nulo o negócio jurídico, cujos fins pretendidos pelas partes forem contrários à ordem jurídica.

A fim de explicar a aplicação da mencionada teoria às sociedades fictícias, Ascarelli parte da premissa de que a classificação dessas sociedades em negócios jurídicos indiretos ou simulados é bem complexa.

É que, por um lado, a separação patrimonial é realmente o fim buscado pelas partes, sendo o negócio jurídico escolhido (constituição da sociedade) o meio apto e necessário para tanto. Nesse contexto, a sociedade fictícia configuraria um negócio jurídico indireto, uma vez que o resultado desejado pelos sócios é alcançado efetivamente pelo ato celebrado. Contudo, por outro lado, não obstante os sócios queiram realmente constituir uma sociedade, estes não têm o interesse de assumir o *status* de sócio. Sob este aspecto, a sociedade fictícia se aproximaria da

simulação, eis que os sócios, à exceção do empresário individual, não desejam modificar sua situação patrimonial. De fato, haveria a realização de um ato aparentemente normal que divergiria da vontade real das partes. (TULLIO ASCARELLI, 1969, p. 133-134).

Para resolver esse problema, o referido autor propõe duas soluções jurídicas. Na primeira construção, considera a sociedade fictícia uma simulação, já que o vínculo social (*affectio societatis*), premissa para a constituição de qualquer sociedade, não teria sido efetivamente desejado pelos sócios. Na segunda solução, tendo por base os casos em que o sócio “homem de palha” se retira da sociedade logo após a sua constituição, afirma que o vínculo social foi realmente almejado pelos sócios. É que, ao mesmo tempo em que os sócios manifestaram sua vontade no sentido de constituir a sociedade, estes se comprometeram a promover a cessão das participações sociais, nos limites em que a legislação reconhece a viabilidade da unipessoalidade superveniente, isto é, a concentração das quotas ou ações na pessoa de um único sócio. (TULLIO ASCARELLI, 1969, p. 134).

Desse modo, partindo da máxima latina de que *potius ut valet quam ut pereat* (o ato deve ser interpretado mais como válido do que nulo), TULLIO ASCARELLI (1969, p. 134-135) afirma que a segunda construção caracterizaria um negócio indireto, eis que restaria evidente que as partes efetivamente quiseram constituir uma sociedade, a qual representa o meio jurídico necessário para se obter a separação patrimonial. O eventual compromisso do “homem de palha” em ceder, após a constituição da sociedade, as participações sociais ao empresário ficaria restrito ao domínio dos motivos do contrato, o que não teria o condão de afastar a vontade real de constituir uma sociedade e submeter-se à disciplina correspondente.

No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO (1995, p.112), abordando o problema da natureza jurídica da sociedade fictícia, afirma que “a peculiaridade do negócio que justifica sua caracterização como indireto é que, com esse complexo de atos e intenções, busca-se um terceiro efeito, qual seja, a separação patrimonial através da forma societária”.

Logo, as sociedades fictícias não deveriam ser classificadas, à primeira vista, como um negócio jurídico simulado. É que o ânimo demonstrado pelo sócio “homem de palha” é efetivamente constituir uma sociedade, mesmo que tal pessoa jurídica possa, porventura, limitar a responsabilidade do empresário individual. Tanto é assim que este assume a posição, mesmo que figurativa, de sócio, respondendo,

em princípio, pelas obrigações correspondentes. Desse modo, a caracterização da simulação, na constituição dessas sociedades, deve ficar restrita aos casos em que ficar comprovado o caráter fraudulento e o ânimo dos sócios de prejudicar terceiros.

Portanto, para os adeptos da teoria do negócio jurídico indireto, o problema referente à classificação das sociedades fictícias não está relacionado à existência de simulação, mas, sim, à própria licitude do fim almejado pelas partes. Haverá, em todo caso, negócio jurídico indireto; válido, se lícito, e nulo, se contrário à ordem jurídica.

3.1.3 Sociedade Irregular

SALOMÃO FILHO (1997, p. 72-73) critica as duas correntes mencionadas, que buscam explicar a natureza jurídica das sociedades fictícias nas normas de direito civil, e propõe²⁷ a resolução do problema por meio das normas que regem o direito societário:

A simulação é aplicável a atos e não a uma atividade, sobretudo, as consequências jurídicas da simulação se coadunam apenas com a disciplina dos atos. Como série de atos encadeados e ordenados a um fim, uma atividade não pode ser declarada nula ou anulada. Muitos efeitos foram produzidos em relação a terceiros, efeitos esses que não podem ser eliminados ou anulados. Por isso fala-se na doutrina brasileira normalmente de atividade irregular e não de atividade nula.

Nesse sentido, a perquirição de eventual nulidade na constituição da sociedade fictícia em razão da utilização dos “homens de palha” seria inócua. Isso porque “a disciplina dos atos sociais deve ser dirigida não a eliminar a sociedade, mas sim a eliminar a lesão que pode ser provocada pelo ato.” (SALOMÃO FILHO, 1997, p. 72-73).

Esse entendimento encontra-se em conformidade com o princípio da preservação da empresa, cujo conteúdo jurídico, na concepção institucionalista, não se restringe apenas aos interesses do seu titular, mas engloba, também, interesses alheios (fornecedores, empregados e Fisco).

²⁷ Referida proposta é fruto de um texto apresentado por SALOMÃO FILHO à banca examinadora de concurso para ingresso na carreira de docente da USP. Esse texto foi posteriormente publicado, em forma de artigo, na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 105, n. 36, p. 70-73, 1997.

Em outras palavras, o referido princípio visa, sempre que possível, conservar a atividade econômica explorada pelo empresário que apresenta, também, uma função social na medida em que serve de instrumento de desenvolvimento econômico, seja porque cria novos postos de trabalho, seja porque constitui uma fonte pagadora de impostos.

Aplicando tal raciocínio às sociedades fictícias, estas não seriam nulas, mas, sim, irregulares em razão da ausência de uma pluralidade de sócios. (SALOMÃO FILHO, 1997, p. 72-73). Essa irregularidade, segundo CARLO ANGELICI (1975, p. 254), em vez de sujeitar a sociedade ao regime das nulidades, apenas impediria que a sociedade adquirisse personalidade jurídica e, por conseguinte, promovesse a limitação da responsabilidade dos seus sócios. Desse modo, a sociedade fictícia configuraria hipótese de sociedade irregular, cuja consequência jurídica seria a imputação de responsabilidade ilimitada aos seus sócios (“homens de palha” e empresário individual, camuflado sob a figura do empreendedor).

Outra hipótese ilustrada por SALOMÃO FILHO (1997, p. 72-73), a fim de se evitar a extinção da empresa, seria admitir a aplicação da teoria dos atos à sociedade simulada, impedindo, contudo, a extensão de seus efeitos à atividade empresária, mediante a aplicação, por exemplo, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Nas palavras do referido autor, “a consequência da simulação seria então apenas impedir a possível lesão a terceiros” sem dissolver a sociedade.

Destarte, o problema da sociedade fictícia não se apresenta em sua classificação como um negócio jurídico simulado ou indireto, mas, sim, nos efeitos decorrentes do eventual reconhecimento da nulidade, na constituição da sociedade, para terceiros e para a própria empresa. Nesse contexto, a classificação da sociedade limitada unipessoal *ex facto* como uma sociedade irregular permitiria proteger tanto os terceiros, mediante a atribuição de responsabilidade ilimitada aos sócios, quanto preservar a empresa, pois não haveria a dissolução da sociedade. O referido entendimento encontra-se em consonância com o Direito Empresarial moderno que reconhece na empresa uma unidade econômica que possui função social.

3.2 O Estado e a Ordem Econômica

A segunda justificativa apresentada à adoção de técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual está relacionada aos diferentes papéis exercidos pelo Estado na atual ordem econômica, cuja compreensão depende da análise, mesmo que breve, dos motivos que resultaram na superação do liberalismo econômico.

Durante o período da hegemonia do liberalismo, época em que predominava a teoria da economia clássica, o fenômeno econômico era compreendido como um sistema fechado no qual os agentes se interagem de forma natural, sem a necessidade de qualquer intervenção jurídica. Dentre os economistas clássicos, destacou-se ADAM SMITH (1989, p. 199), cuja doutrina mostra que o equilíbrio entre os agentes do mercado seria obtido pelas próprias leis naturais, sem qualquer intervenção do Estado. Esse pensamento pode ser extraído da seguinte passagem da obra *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*:

[...] Portanto, sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade.

As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar esta distribuição natural e muito vantajosa de capital. [...]

Embora o liberalismo tenha, em um primeiro momento, sob a defesa da bandeira da liberdade de cada indivíduo, favorecido a igualdade entre os agentes econômicos, ele também permitiu, em um segundo momento, o surgimento do fenômeno da concentração das empresas, que visavam à maximização dos lucros, bem como a segurança decorrente de uma posição dominante no mercado. A concentração econômica constitui “o fenômeno pelo qual as empresas tendem a aumentar a sua dimensão, quer pela ampliação de sua extensão geográfica, quer também pela eliminação da concorrência”. (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2007, p. 258).

O fenômeno da concentração econômica resultou em dois problemas de cunho econômico e social no mercado. Por um lado, permitiu-se o surgimento do poder econômico privado que procurou eliminar as empresas menores e mais fracas. Por outro lado, impôs-se uma forte pressão dominante sobre as classes dos

trabalhadores. Para combater esses dois problemas, o Estado precisou modificar sua posição absentéista, típica do liberalismo, para intervir no domínio econômico, seja para proteger os trabalhadores, mediante a elaboração de leis de amparo ao empregado, seja para garantir a liberdade de concorrência.

Desse modo, com a crise do liberalismo econômico, o Estado passou a exercer diferentes papéis na ordem econômica a fim de assegurar a livre concorrência entre os agentes econômicos:

[...] o Estado passou a traçar e comandar, de modo mais ou menos intenso, a Política Econômica do país, do qual é co-participante direto, ao lado dos particulares. Em verdade, assume, também em relação a estes, função de disciplinar as atividades econômicas. Assim, o Poder Econômico Público incumbe-se do controle e da orientação do Poder Econômico Privado, enquadrando-o nos parâmetros da 'Política Econômica' traçada de acordo com os princípios da 'ideologia' constitucionalmente estabelecida. Concomitantemente, o Estado, embora agente do Poder Econômico Público, submete-se às permissões e limitações desses mesmos 'princípios' constitucionais. Este aspecto interessa sobremaneira ao Direito Econômico. Temos, portanto, o Estado atuando diretamente na vida econômica, em antagonismo com a sua posição absentéista, adotada no Liberalismo, que, por sinal, jamais foi tão completa, como alguns insistem em afirmar. Um marcado preconceito liberal, entretanto, no Neoliberalismo, aceita a ação do Estado, embora como 'exceção', enquanto a regra continua sendo a sua não-atuação.

Quando o Estado passa a agir na vida econômica, discute-se, então, o campo, a expansão da área dessa 'atuação', e a expressão mais corrente é 'intervenção no domínio econômico'. O Estado pratica-a diretamente, faz-se 'empresário', e atua no campo dos fatos econômicos em geral, também na área reservada ao domínio particular, que, segundo aquela atitude de reserva pré-conceitual, por ele estaria sendo 'invadida'.

Essa atitude de 'exceção', mais ampla ou mais restrita, manifesta-se, ou sob a forma de regulamentação, ou sob a de regulação. (ALBINO DE SOUZA, 2005, p. 244).

Na atual ordem econômica, a intervenção do Estado, no domínio econômico, se dá de duas formas: i) direta (art. 173, *caput*, da Constituição da República de 1988²⁸), quando este, a fim de garantir a segurança nacional ou relevante interesse público, atua como empresário, exercendo diretamente uma atividade econômica, quer sob a forma de uma sociedade de economia mista quer sob a forma de uma empresa pública; ii) e indireta (art. 174, *caput*, da Constituição da República de 1988²⁹), quando este atua como agente normativo e regulador da

²⁸ Dispõe o art. 173 da Constituição da República de 1988: "ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". (BRASIL, 1988).

²⁹ Estabelece o art. 174 da Constituição da República de 1988: "como agente normativo e regulador

atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento do desenvolvimento econômico.

3.2.1 O Tratamento Favorecido à Microempresa e à Empresa de Pequeno Porte

No caso preciso da microempresa e da empresa de pequeno porte, a intervenção do Estado na ordem econômica se dá de forma indireta mediante a estipulação de regras que visam implementar o princípio norteador da ordem econômica que impõe um tratamento favorecido a estas atividades de pequeno porte (art. 170, IX, da Constituição da República de 1988).

É importante destacar que esse princípio não traduz um favorecimento demasiado às microempresas e às empresas de pequeno porte ao ponto de ensejar um desequilíbrio do mercado. Pelo contrário, a Constituição Econômica visa propiciar a essas microempresas mecanismos jurídicos aptos a reduzir os entraves burocráticos ao início de qualquer atividade, com o intuito de facilitar e incentivar o ingresso e a permanência em um mercado competitivo.

Tanto é assim que o art. 179 da Constituição da República de 1988 prevê o dever do Estado de estimular e fomentar as atividades de pequeno porte, dispensando “às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. (BRASIL, 1988).

Sobre o tema, COSTA MARSHALL (2002, p. 177-178), ao explicar o conteúdo jurídico dos princípios norteadores da ordem econômica brasileira, afirma que o princípio que prevê um tratamento favorecido às microempresas e empresas brasileiras de pequeno porte:

[...] encontra-se intimamente ligado ao anterior [princípio da busca do pleno emprego], quanto à necessidade de fomento às empresas de pequeno porte, pois o que se pretende é a criação de novos postos de trabalho, contribuindo para o crescimento econômico. Daí ser imprescindível a geração de alternativas, que conduzam à expansão do mercado.
Cumpre-se afirmar que não se está falando em favorecimento desmedido de um determinado setor em detrimento dos demais, nem políticas diferenciadas que gerem desequilíbrio no mercado, mas da criação de um ambiente

da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. (BRASIL, 1988).

propício aos investimentos privados, que possam constituir um novo polo de projeção para o desenvolvimento econômico e social brasileiro.

A partir da identificação do mencionado preceito constitucional que impõe um tratamento favorecido e diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte, o estudo das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual adquire maior importância, seja porque, na maioria dos casos, a forma utilizada para o exercício destas atividades de pequeno porte não é a societária, mas, sim, a firma individual, seja porque o número de registro de empresas exploradas por empresários individuais supera, nos últimos vinte anos, a quantidade de atividades organizadas sob a forma de uma sociedade empresária.

Nesse particular, veja-se a seguinte tabela que aponta a quantidade de empreendimentos empresariais constituídos no território nacional no período entre 1985 e 2005:

Tabela 01 - Constituição de empresas por tipo jurídico - Brasil - 1985-2005

Anos	Firma Individual	Sociedade Limitada	Sociedade Anônima	Cooperativa	Outros Tipos	Total
1985	168.045	148.994	1.140	363	66	318.608
1986	277.350	238.604	1.034	297	204	517.489
1987	222.847	195.451	857	319	161	419.635
1988	208.017	184.902	1.214	404	128	394.665
1989	240.807	209.206	1.251	437	151	451.852
1990	279.108	246.322	748	438	141	526.757
1991	248.590	248.689	611	447	156	498.493
1992	221.604	207.820	594	515	132	430.665
1993	254.608	240.981	697	757	161	497.204
1994	264.202	245.975	731	657	207	511.772
1995	263.011	254.581	829	879	187	519.487
1996	252.765	226.721	1.025	1.821	360	482.692
1997	275.106	254.029	1.290	2.386	410	533.221
1998	239.203	223.689	1.643	2.258	335	467.128
1999	244.185	229.162	1.422	2.330	246	477.345
2000	225.093	231.654	1.466	2.020	369	460.602
2001	241.487	245.398	1.243	2.344	439	490.911
2002	214.663	227.549	1.012	1.556	371	445.151
2003	228.597	240.530	1.273	1.503	310	472.213
2004	222.020	236.072	1.366	2.438	303	462.199
2005	240.306	246.722	1.800	1.297	413	
Total	4.569.288	4.300.257	20.080	21.731	4.534	8.915.890

Fonte: DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO, 2011 – a partir de dados das Juntas Comerciais.

Dessa forma, diante do grande número de empresas constituídas e exploradas sob a firma individual, justifica-se a adoção de técnicas de limitação da

responsabilidade do empresário individual como uma forma de estímulo à criação de novas microempresas e empresas de pequeno porte.

De fato, o prévio conhecimento pelo empresário de que este somente responderá pelo insucesso da atividade econômica, na proporção do capital investido na empresa (art. 980-A do Código Civil³⁰), serve de forte instrumento de estímulo à constituição de novos empreendimentos na medida em que há uma considerável redução dos riscos do negócio. Ademais, não se pode olvidar que a exploração de qualquer atividade econômica, nas circunstâncias impostas pelo princípio da responsabilidade ilimitada, implica, para o empresário individual, o comprometimento de todo seu patrimônio ao insucesso da atividade.

Em contrapartida, deve-se destacar que a atenuação do princípio da responsabilidade ilimitada para o empresário individual também implica a superação de uma aparente incongruência sistêmica. É que, embora a Constituição imponha um tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, que são exploradas, na maioria dos casos, pelo empresário individual, a legislação infraconstitucional, antes da promulgação da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, somente atribuía responsabilidade limitada aos sócios de uma sociedade empresária, a qual constitui, em regra, a forma jurídica utilizada para a organização e exploração das médias e grandes empresas.

Portanto, a adoção de técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, além de incentivar a constituição de novas microempresas e empresas de pequeno porte, implica a superação de uma aparente incongruência sistêmica ao dar um tratamento mais isonômico ao empresário individual.

3.2.2 Importância da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte

Parcela da literatura nacional³¹ não se propõe a estudar a fundo a figura do empresário individual por entender que este não possui papel significativo na

³⁰ O art. 980-A do Código Civil dispõe que “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”. (BRASIL, 2002).

³¹ Este é o entendimento de ULHOA COELHO (2008, p. 63), que defende que a legislação brasileira deveria organizar a disciplina normativa da empresa a partir das sociedades empresárias, as quais seriam as principais responsáveis pela exploração das atividades econômicas de maior relevância, deixando a disciplina do empresário individual apenas para algumas disposições especiais.

economia. Ignorando os dados estatísticos³², atribui exclusivamente às sociedades empresárias a responsabilidade pelo desenvolvimento da atividade econômica.

Contudo, esta não é a realidade da participação do empresário individual e, igualmente, das microempresas e das empresas de pequeno porte na economia brasileira. É que, segundo dados divulgados pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (2011), as atividades de pequeno porte respondem por 20% (vinte por cento) do Produto Interno Bruto, assumindo, desse modo, uma posição relevante na economia do país.

A fim de demonstrar a situação fática das microempresas e das empresas de pequeno porte, veja-se a tabela a seguir, que evidencia a distribuição dos estabelecimentos empresariais em razão do porte e do setor da atividade explorada:

Tabela 02 – Número de estabelecimentos com e sem empregados por localidade, segundo porte e setor de atividade – Brasil 2008 (em n^{os} absolutos)

Porte	Indústria	Construção	Comércio	Serviços	Total
CAPITAL					
Micro ¹	148.627	68.850	751.557	695.698	1.664.732
Com empregados	58.544	25.634	252.267	223.644	560.089
Sem empregados	90.083	43.216	499.290	472.054	1.104.643
Pequena ²	10.492	5.977	54.053	45.656	116.178
Média ³	1.856	1.477	4.268	5.362	12.963
Grande ⁴	337	216	2.681	5.042	8.276
Total	161.312	76.520	812.559	751.758	1.802.149
INTERIOR					
Micro	442.338	138.043	2.170.464	1.071.072	3.821.917
Com empregados	187.239	53.974	678.232	303.556	1.223.001
Sem empregados	255.099	84.069	1.492.232	767.516	2.598.916
Pequena	35.786	7.227	91.503	49.353	183.869
Média	7.804	1.296	6.379	5.155	20.634
Grande	1.553	186	3.160	4.602	9.501
Total	487.481	146.752	2.271.506	1.130.182	4.035.921

Fonte: DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2010, p. 74 - a partir de dados da RAIS/MTE

Nota: (1) Micro: até 19 empregados na indústria/construção e até 9 pessoas ocupadas no comércio/serviços.

(2) Pequena: de 20 até 99 empregados na indústria/construção e de 10 a 49 pessoas ocupadas no comércio/serviços.

(3) Média: de 100 a 499 empregados na indústria/construção e de 50 a 99 pessoas ocupadas no comércio/serviços.

(4) Grande: 500 ou mais empregados na indústria/construção e 100 ou mais pessoas ocupadas no comércio/serviços.

³² A Tabela 01 demonstra que o número de registro de empresas exploradas por empresários individuais, no período entre 1985 e 2005, é superior à quantidade de atividades exploradas por sociedades empresárias registradas.

Observa-se, nessa tabela, que as microempresas e as empresas de pequeno porte possuem mais de 99% (noventa e nove por cento) dos estabelecimentos empresariais existentes no país, no ano de 2008.

Além disso, por se concentrarem nos setores de comércio e serviços, ramos que não sofreram o impacto da informatização e da mecanização de forma tão intensa quanto os setores da indústria e da construção civil, as microempresas e empresas de pequeno porte apresentam papel significativo na criação e manutenção de postos de trabalho, contribuindo para uma melhor distribuição da renda entre a população e, por conseguinte, para uma redução do custo social do desemprego.

Isso é o que se infere da tabela seguinte, que aponta a evolução, no período entre 2000 e 2008, do número de empregos formais existentes no Brasil segundo o porte da atividade:

Tabela 03 - Evolução do número de empregos por porte dos estabelecimentos do Brasil (em n^{os} absolutos)

Porte	2000	2002	2004	2006	2008
Micro e Pequena	8.596.928	9.515.330	10.466.450	11.594.247	13.027.233
Micro ¹	4.279.475	4.707.216	5.098.599	5.577.424	6.112.602
Pequena ²	4.317.453	4.808.114	5.367.851	6.016.823	6.914.631
Média ³	2.649.584	2.783.296	3.076.278	3.468.593	3.988.142
Grande ⁴	4.631.536	4.824.686	5.563.608	6.581.638	7.908.324
Total	15.878.048	17.123.312	19.106.336	21.644.478	24.923.699

Fonte: DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2010, p. 179 - a partir de dados da RAIS/MTE

Nota: (1) Micro: até 19 empregados na indústria/construção e até 9 pessoas ocupadas no comércio/serviços.

(2) Pequena: de 20 até 99 empregados na indústria/construção e de 10 a 49 pessoas ocupadas no comércio/serviços.

(3) Média: de 100 a 499 empregados na indústria/construção e de 50 a 99 pessoas ocupadas no comércio/serviços.

(4) Grande: 500 ou mais empregados na indústria/construção e 100 ou mais pessoas ocupadas no comércio/serviços.

Com efeito, a tabela acima aponta que, no período entre 2000 e 2008, as microempresas e as empresas de pequeno porte foram responsáveis por mais de 52% (cinquenta e dois por cento) dos empregos formais existentes no país. Aliás, analisando isoladamente o ano de 2008, observa-se que as microempresas e as empresas de pequeno porte empregaram mais de 13 milhões de trabalhadores, ao passo que as grandes empresas empregaram apenas 8 milhões de pessoas.

Mas não é só na criação de empregos que as atividades de micro e pequeno porte contribuem para o desenvolvimento econômico nacional. No período

entre 1998 e 2010, as microempresas e as empresas de pequeno porte representaram mais de 50% (cinquenta por cento) das empresas exportadoras, respondendo, somente no ano de 2010, por uma quantia superior a dois bilhões de dólares das exportações brasileiras. Neste particular, veja-se a tabela abaixo que demonstra as exportações, entre o ano de 1998 e 2010, segundo o tamanho das empresas:

Tabela 04 - Exportações segundo o tamanho das firmas, em anos selecionados

	1998	2004	2009	2010	Var ,% 2009/2010
NÚMERO DE FIRMAS					
Micro ¹	3.855	6.267	5.487	5.331	(2,8)
Pequena ²	4.917	7.706	6.697	6.527	(2,5)
MPEs	8.772	13.973	12.184	11.858	(2,7)
MP Especial ³	854	1.557	1.148	1.193	3,9
Média ⁴	2.821	3.583	3.630	3.513	(3,5)
Grande ⁵	1.386	1.734	1.982	2.101	6,0
Não classificada	87	184	319	609	90,9
Total	13.920	21.031	19.272	19.274	0,0
VALOR EXPORTADO (US\$ MILHÕES)					
Micro	99,2	133,0	158,6	168,6	6,3
Pequena	989,4	1.450,9	1725,2	1.858,3	7,7
MPEs	1.088,6	1.583,9	1.883,8	2.026,9	7,6
MP Especial	6.931,0	9.396,7	10.040,1	13.355,0	33,0
Média	8.406,7	13.629,2	17.718,2	19.056,9	7,6
Grande	34.639,2	71.794,6	122.899,3	167.159,3	36,0
Não classificada	34,3	41,3	166,7	317,1	90,3
Total	51.099,7	96.445,8	152.708,0	201.915,3	32,2
VALOR MÉDIO EXPORTADO POR FIRMA (US\$ MILHÕES)					
Micro	25,7	21,2	28,9	31,6	9,3
Pequena	201,2	188,3	257,6	284,7	10,5
MPEs	124,1	113,4	154,6	170,9	10,5
MP Especial	8.115,9	6.035,2	8.745,7	11.194,5	28,0
Média	2.980,1	3.803,9	4.869,0	5.424,7	11,4
Grande	24.992,2	41.404,0	62.007,7	79.561,8	28,3
Não classificada	394,4	224,7	522,4	520,7	(0,3)
Total	3.671,0	4.585,9	7.923,8	10.476,0	32,2

Fonte: ALTOÉ; MOREIRA; SCHERMA; BEDE; GAMA; FONSECA, 2011, p. 19 – a partir de dados do ECEX/MDIC, RAIS/MTE e IBGE (PIA e Cadastro Central de Empresas).

Nota (1) Micro: menos de 20 empregados na indústria/construção e menos de 10 pessoas ocupadas no comércio/serviços, além de exportações anuais até US\$ 120 mil em 2006.

(2) Pequena: menos de 100 empregados na indústria/construção e menos de 50 pessoas ocupadas no comércio/serviços, além de exportações anuais até US\$ 1,200 milhão em 2006.

(3) MP Especial: menos de 100 empregados na indústria/construção e menos de 50 pessoas ocupadas no comércio/serviços, além de exportações anuais superiores a US\$ 1,200 milhão em 2006.

(4) Média: de 100 a 499 empregados na indústria/construção e de 50 a 99 pessoas ocupadas no comércio/serviços.

(5) Grande: 500 ou mais empregados na indústria/construção e 100 ou mais pessoas ocupadas no comércio/serviços.

Portanto, é inegável que as microempresas e as empresas de pequeno porte exercem relevante papel na economia brasileira, seja na criação de empregos, reduzindo a desigualdade e o custo social decorrente do desemprego, seja no fomento às exportações, seja no pagamento de tributos, seja na participação no Produto Interno Bruto.

Desse modo, tendo em vista o crescimento econômico que poderá advir do desenvolvimento de novas microempresas e empresas de pequeno porte, mostra-se relevante a implementação de técnicas de redução do risco empresarial, de modo que se passa a analisar os institutos existentes, no Direito Comparado, para limitar a responsabilidade do empresário individual.

4 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

Desde a celebração do Tratado da União Europeia, o legislador comunitário europeu tem adotado medidas legislativas a fim de obter uma maior integração dos ordenamentos jurídicos de seus Estados-membros, de modo a harmonizá-los ao modelo implementado pela Comunidade Econômica Europeia.

É que, na medida em que a integração entre os Estados-membros se intensifica, as desigualdades decorrentes das diversas relações jurídicas existentes entre os sujeitos que concorrem para o mercado também tendem a aumentar. Logo, visando resguardar o princípio da igualdade que deve orientar a Comunidade Europeia (ANDRADE FÉRES, 2003, p. 186), bem como trazer uma maior eficiência ao mercado comum, o legislador comunitário tem coordenado os diversos ordenamentos nacionais a fim de buscar uma harmonização do Direito europeu, sobretudo na área do Direito Privado, em que ocorre a maioria dessas relações jurídicas.

Na seara do direito societário, campo do Direito Privado no qual se dá a maior interação dos agentes econômicos, o legislador tem o objetivo de garantir as cinco liberdades fundamentais consagradas pelo Tratado da Comunidade Econômica Europeia, quais sejam: i) a livre circulação de mercadorias; ii) a livre circulação de trabalhadores; iii) a liberdade de estabelecimento; iv) a livre prestação de serviços ; v) e a livre circulação de capital e de pagamentos. (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

A mencionada harmonização das normas de direito societário é realizada pelas diretivas e pelos regulamentos adotados pelo Conselho da União Europeia.

As diretivas são normas programáticas e vinculantes que obrigam os Estados-membros a alcançar, no prazo estipulado, os objetivos traçados pelo legislador comunitário mediante a elaboração de normas internas. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO (2005, p. 24):

as directrizes obrigam os Estados, como adiante melhor será recordado. Carecem de transposição, para regular as situações a que se destinem. Ora a transposição é questão de Direito interno. Em regra, há vários caminhos para a levar a cabo: cada País é um caso. Uma vez transposta, a directriz – que, então, já é mais do que isso – vai articular-se num sistema complexo, com diversos vectores. Por si, não resolve questões reais.

Os regulamentos, por sua vez, são compreendidos como normas de carácter geral e obrigatório, que possuem aplicação imediata em todos os Estados-membros. De forma a melhorar a compreensão das técnicas legislativas do Direito Comunitário, veja-se o art. 249 do Tratado da Comunidade Económica Europeia que define as normas elaboradas pelo Conselho da União Europeia:

Artigo 249.

Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres.

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar. As recomendações e os pareceres não são vinculativos. (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

No que toca à limitação da responsabilidade do empresário individual, o Direito Comunitário europeu possui uma diretiva específica que regula, no âmbito da Comunidade Europeia, a sociedade unipessoal. Essa matéria foi regulamentada pela Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias, de 21 de dezembro de 1989, que foi revogada recentemente pela Diretiva 102, de 16 de setembro de 2009. Deve-se esclarecer que a edição da Diretiva 2009/102/CE não trouxe modificação significativa à disciplina da Décima Segunda Diretiva, seja porque se limitou a repetir as normas da diretiva revogada, seja porque apenas ampliou seu âmbito de aplicação para abarcar também as novas formas societárias criadas, pelos Estados-membros, quando da internalização (transposição) das normas da Décima Segunda Diretiva. Passa-se, portanto, a analisar as normas consagradas na referida diretiva.

4.1 As Diretivas do Conselho da União Europeia

A Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias, de 21 de dezembro de 1989, consagrou um movimento irreversível e imprescindível

que já havia sido adotado pelas legislações de alguns dos Estados-membros da União Europeia³³ no sentido de limitar a responsabilidade do empresário individual.

Essa diretiva foi originada de um programa adotado, em 06 de novembro de 1986, pelo Conselho das Comunidades Europeias, que se destinava ao desenvolvimento das pequenas e médias empresas no continente europeu.

Conforme se verifica na redação original dos considerandos da Décima Segunda Diretiva, o objetivo da edição da citada norma programática foi dar um tratamento harmônico e geral às técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, previstas nas diferentes legislações dos Estados-membros da Comunidade Europeia. Eis a redação dos considerandos:

Considerando que as reformas introduzidas em algumas legislações nacionais, no decurso dos últimos anos, com o objectivo 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; (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 1989).

A Décima Segunda Diretiva também foi responsável por uniformizar a disciplina da sociedade unipessoal, no âmbito da Comunidade Europeia, impondo sua adoção de forma preferencial aos Estados-membros que não a reconheciam ou não possuíam outro instituto apto a limitar a responsabilidade do empresário individual.

Os motivos que levaram o legislador comunitário a optar preferencialmente pela figura societária foram tanto de natureza econômica (desenvolvimento de novas atividades e crescimento econômico) quanto de ordem prática: versatilidade do instituto na transmissão da participação societária; facilidade na divisão do patrimônio com os herdeiros; e abertura ao ingresso de novos sócios.

³³ A análise detalhada da introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, no ordenamento jurídico dos Estados-membros da União Europeia, será realizada no próximo capítulo. De toda sorte, a título de ilustração, a sociedade unipessoal foi introduzida no ordenamento jurídico alemão pela GmbH-Novelle de 1980 (SALOMÃO FILHO, 1995, p.72). Seguindo os passos da Alemanha, a França, em 1985, criou a figura da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – EURL (sociedade unipessoal) por meio da Lei 85-697, de 11 de julho de 1985.

Ao analisar as vantagens da sociedade unipessoal sobre a outra técnica de limitação da responsabilidade do empresário individual (patrimônio separado), SANTOS COSTA (2002, p. 209-213) esclarece que:

por seu turno, a ascensão do instituto a figura societária (além das motivações económicas que também são comuns à necessidade e adopção de uma sociedade de responsabilidade limitada) facilitaria a transmissão da participação social, bem como a cisão e a transmissão da empresa objectiva, em virtude do benefício da personalidade jurídica social. Em suma, um instituto que está sempre aberto à pluralidade de sócios e à consequente 'transformação' em sociedade de estatuto jurídico respectivo, isto é, à passagem da titularidade *individual* ao exercício *colectivo* da mesma empresa, seja, exemplificando, através da entrada de coparticipantes no negócio, seja com a repartição do patrimônio empresarial entre os herdeiros do sócio primitivo, apresenta uma maior elasticidade numa óptica evolutiva da empresa. É compreensível, em outra medida, que a empresa individual não terá essa versatilidade funcional no caminho da expansão do negócio e do acolhimento de novos *partners*, pois isso passaria pela adopção de uma operação de reestruturação que implicaria a constituição de um novo e distinto sujeito da empresa preexistente, com a empresa a constituir entrada da nova sociedade.

Embora o legislador comunitário europeu tenha optado pela sociedade unipessoal como a técnica preferida de limitação da responsabilidade do empresário individual, resta evidente, pela análise do art. 7º da Diretiva 102/2009/CE, que suas normas não são imperativas, podendo os Estados-membros decidir por deixar de adotar, em seu direito interno, a sociedade unipessoal, desde que possuam outro instrumento apto a promover a limitação da responsabilidade do empresário individual com garantias semelhantes às dispostas na Diretiva³⁴. Veja-se o que dispõe o art. 7º da referida Diretiva:

Artigo 7º.

Um Estado-Membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa individual de responsabilidade limitada com um patrimônio afecto a uma determinada atividade desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente directiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1.º (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

³⁴ Analisando a Diretiva, observa-se que suas normas foram todas elaboradas tendo em vista a dualidade de sujeitos (sócio único x sociedade) típica da sociedade unipessoal, de modo que, à primeira vista, poder-se-ia concluir que suas garantias seriam inaplicáveis à empresa individual de responsabilidade limitada (técnica do patrimônio separado). Contudo, mediante uma análise mais profunda de suas regras, verifica-se que os dispositivos referentes à possibilidade de uma mesma pessoa natural possuir mais de uma sociedade unipessoal (art. 2º n. 2) e à obrigatoriedade da publicidade do registro da constituição da sociedade unipessoal (art. 3º) também podem ser aplicados, guardadas as devidas proporções, à empresa individual de responsabilidade limitada.

Em verdade, verifica-se que o real objetivo da Décima Segunda Diretiva, insculpido também na recente Diretiva 2009/102/CE, foi a introdução de parâmetros para que os Estados-membros adotassem, em seus ordenamentos nacionais, as técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual. Essa é a opinião de SANTOS COSTA (2002, p. 221):

[...] com isso, independentemente das diferentes sensibilidades jurídicas e dogmáticas que ambas as realidades fazem emergir, a proposta comunitária reconhece, sob o ponto de vista substancial dos fenómenos, a tendencial fungibilidade e equivalência da técnica da subjectivação societária e da técnica da separação objetiva patrimonial para obter, em igual plano no patamar da compatibilidade abstracta, a desejada insensibilidade do património destinado à empresa perante as obrigações não empresariais.

Dessa forma, passa-se a analisar as duas técnicas mencionadas nas Diretivas do Conselho da União Europeia para limitar a responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa, quais sejam: a técnica não societária do patrimônio separado e a técnica societária da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.

4.2 A Teoria do Patrimônio Separado

Uma das formas mencionadas nas Diretivas do Conselho da União Europeia é a proposta não societária de limitação da responsabilidade do empresário individual mediante a afetação/separação de parte de seu patrimônio pessoal à exploração da empresa. Esta técnica é conhecida como a teoria do patrimônio separado. Para se compreender a referida teoria, é necessário abordar o problema em torno da conceituação do patrimônio, notadamente o embate entre duas teorias: a teoria clássica subjetivista, cuja autoria é atribuída a CHARLES AUBRY e CHARLES RAU, e a teoria moderna objetivista derivada de críticas formuladas à teoria tradicional.

De acordo com a teoria clássica, o patrimônio constituiria uma universalidade de direito, compreendida como o conjunto das relações jurídicas ativas e passivas de uma pessoa, que possui conotação econômica. A noção clássica de patrimônio adviria da relação entre patrimônio e personalidade, sendo a ideia de patrimônio decorrente da própria ideia de personalidade, já que aquele

constituiria uma emanção da pessoa. Segundo CHARLES AUBRY e CHARLES RAU (1953, p. 305-306):

o patrimnio é o conjunto de bens de uma pessoa, considerados como uma universalidade de direito, isto é, uma massa de bens que, de natureza e origens diversas, e materialmente separados, somente são unidos em razão do fato de que pertencem a uma mesma pessoa. A ideia de patrimnio é corolário da ideia de personalidade.³⁵ (tradução nossa).

Em razão da relação existente entre a personalidade e o patrimnio, a teoria clássica considera impossível conceber uma pessoa sem patrimnio. Além disso, dada a dificuldade de se distinguir o patrimnio e a personalidade, os clássicos consideram aquele, da mesma forma que esta, uno e indivisível. Para ORLANDO GOMES (1998, p. 203), a concepção subjetivista da teoria clássica do patrimnio pode ser resumida em quatro princípios fundamentais:

- 1º – só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimnio;
- 2º – toda pessoa tem necessariamente um patrimnio;
- 3º – cada pessoa só pode ter um patrimnio;
- 4º – o patrimnio é inseparável da pessoa.

Portanto, de acordo com a teoria clássica, o patrimnio seria uno e indivisível, de modo que este, segundo o princípio da responsabilidade ilimitada, serviria de garantia para todos os credores do empresário. Logo, inexistindo outros meios aptos a limitar a responsabilidade, o empresário individual, que desejasse explorar alguma atividade econômica com responsabilidade limitada, deveria submeter-se à forma societária e aos seus requisitos (pluralidade de sócios). (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 189).

Em contrapartida à teoria clássica, a teoria moderna nega a unidade patrimonial³⁶, admitindo a existência de patrimnios especiais ou separados,

³⁵ Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire une masse de biens, qui, de nature et d'origine diverses, et matériellement séparés, ne sont réunis par la pensée qu'en considération du fait qu'ils appartiennent à une même personne. L'idée de patrimoine est le corollaire de l'idée de personnalité.

³⁶ Para SILVA PEREIRA (2006, p. 399-400), embora a teoria clássica da unidade patrimonial tenha sofrido intensas críticas, esta ainda persiste e apresenta um duplo interesse prático: i) servir de garantia universal aos credores do devedor; ii) e fixar o estado patrimonial do falecido no momento da abertura da sucessão. Esse autor ainda afirma que a existência de massas de bens objetivamente considerados (bens de ausentes, bens da herança, etc.), que são comumente apelidados de patrimnios separados, não rompe com a unidade tradicional do patrimnio, uma vez que esses bens continuam encravados no patrimnio do sujeito. Desse modo, conclui que a afetação somente

destinados à consecução de uma finalidade. De acordo com a teoria moderna, “o patrimônio será, deste modo, o conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado”. (ORLANDO GOMES, 1998, p. 203).

Daí a observação de que “há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais”³⁷. (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 365). Enquanto o patrimônio geral seria composto pelos elementos que se unem pela relação subjetiva com a pessoa (ORLANDO GOMES, 1998, p. 203), o patrimônio separado seria formado pela unidade destacada pela pessoa para a consecução de um fim específico e determinado.

Desse modo, destacada uma unidade do patrimônio geral para sua afetação a um determinado fim, este patrimônio separado compreenderá o ativo e o passivo decorrentes do conjunto de relações jurídicas necessárias à consecução daquela finalidade específica. Sobre a constituição e a formação do patrimônio separado, PONTES DE MIRANDA (1970, p. 378) leciona que:

o patrimônio separado ou especial forma-se pelo que nêle entrou simultaneamente ou após a criação dele, pelo que se adquire em virtude de direito pertencente ao patrimônio, ou pelo que se há de sub-rogar àqueles ou a êsses elementos, e pelo que se adquire em virtude de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, referente ao patrimônio [...].

A teoria do patrimônio separado ou, para alguns, patrimônio de afetação, foi adotada por alguns ordenamentos jurídicos sob o nome de empresa individual de responsabilidade limitada (denominação utilizada pela Diretiva 2009/102/CE) ou de estabelecimento individual de responsabilidade limitada (nome utilizado em Portugal³⁸) para eximir o patrimônio pessoal do empresário individual dos riscos da atividade econômica explorada.

Tal sistema consiste na separação pelo empresário individual de parte de seu patrimônio para a consecução de uma atividade econômica, sem lhe atribuir personalidade jurídica. Desse modo, uma única pessoa natural, que explora individualmente a empresa, teria dois patrimônios distintos: o pessoal (geral) e o

implicará a composição de um novo patrimônio se for verificada a criação de uma nova personalidade jurídica, por exemplo, uma fundação.

³⁷ Para PONTES DE MIRANDA (1970, p. 368), a criação de patrimônios separados, isto é, a separação do patrimônio, somente pode ser autorizada por lei, de modo que a adoção da técnica do sistema do patrimônio separado para limitar a responsabilidade do empresário individual depende de uma iniciativa legislativa.

³⁸ A introdução do estabelecimento individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico português, pelo Decreto 248, de 25 de agosto de 1986, será analisada no próximo capítulo.

empresarial (separado ou especial). O primeiro seria destinado para assegurar as dívidas civis do empresário, enquanto o segundo responderia apenas pelas obrigações assumidas na exploração da empresa. (NADI NÉRI, 2002, p. 44).

A partir dessa separação de patrimônios, a limitação da responsabilidade do empresário estaria configurada na medida em que cada classe de credores somente teria acesso aos bens relacionados ao tipo de seu crédito. Logo, os credores pessoais não poderiam demandar seus créditos sobre o patrimônio afetado à empresa, enquanto os credores empresariais não poderiam fazer valer seu crédito mediante a penhora de bens ou direitos que compõem o patrimônio pessoal do empresário.

A aludida forma de limitação da responsabilidade do empresário individual pode ser compreendida por meio de um exemplo. Imagine que uma pessoa natural possua 01 (uma) casa, 01 (um) apartamento, 02 (dois) automóveis e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) depositados em uma caderneta de poupança. Esta pessoa, com o escopo de iniciar um empreendimento, separa de seu patrimônio geral a casa e a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para instituir um patrimônio separado que terá por objeto a exploração de uma casa de shows. Instituído o patrimônio separado, a casa e a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) passarão a fazer a parte do patrimônio afetado à exploração da empresa. A importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), os 02 (dois) veículos e o apartamento constituirão o patrimônio pessoal do empresário individual, o qual não estará sujeito à satisfação das obrigações contraídas na exploração da atividade econômica.

Portanto, a superação da teoria clássica subjetivista, por meio da teoria do patrimônio separado, permite a atribuição de um novo efeito jurídico à separação informal realizada pelo empresário, antes do início de sua atividade, entre seus bens pessoais e os bens destinados à exploração da empresa, de modo que somente os bens que compõem o patrimônio separado responderão pelo insucesso da atividade econômica.

4.2.1 Críticas à implementação da Teoria do Patrimônio Separado

As críticas formuladas à técnica não societária de limitação da responsabilidade do empresário individual se resumem principalmente ao fundamento econômico, notadamente à ineficiência do sistema do patrimônio

separado quanto: i) à transferência do estabelecimento empresarial por ato *inter vivos* e *causa mortis*; ii) à organização da empresa; iii) e à distinção entre a esfera pessoal e empresarial do titular do patrimônio especial.

A primeira crítica formulada à aludida teoria funda-se no fato de que ela inviabilizaria a preservação da empresa nos casos de transmissão *inter vivos* ou *causa mortis* do patrimônio especial ou separado.

É que, tomando a legislação portuguesa como exemplo, a transferência *causa mortis* do estabelecimento individual de responsabilidade limitada ficaria condicionada a celebração de acordo entre os herdeiros e o cônjuge supérstite, num prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de qualquer interessado poder requerer sua liquidação judicial (art. 23º, n. 3, do Decreto-lei 248/86)³⁹.

Nessa hipótese, diante dos notórios problemas familiares que envolvem a sucessão empresarial, bem como o exíguo prazo fixado pela legislação lusitana, a preservação e, por conseguinte, a continuação da empresa poderiam ser consideradas, na realidade, uma exceção. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 196).

Por outro lado, a transferência do estabelecimento por ato *inter vivos* também ficaria prejudicada na medida em que a legislação portuguesa somente admite a cessão integral do patrimônio afetado à exploração da empresa (art. 21º, n. 1, do Decreto-lei 248/86)⁴⁰, inviabilizando, por conseguinte, a venda parcial do estabelecimento com a manutenção e continuação da atividade pelo titular do patrimônio especial.

Além disso, outro fator inviabilizaria a preservação da empresa nos casos de transmissão *inter vivos* ou *causa mortis* do patrimônio especial ou separado. É que, tendo em vista que o estabelecimento individual de responsabilidade limitada deve ser representado pela firma (art. 2º, n. 3, do Decreto-lei 248/86)⁴¹, no caso de alienação do estabelecimento ou falecimento de seu titular, o contrato de trespasse

³⁹ Dispõe o art. 23º, n. 3, do Decreto-lei 248/86: “decorridos 90 dias sobre a morte do titular do estabelecimento ou sobre o acto constitutivo da separação patrimonial dos cônjuges, se os herdeiros ou os cônjuges não vierem a acordo sobre o destino do estabelecimento, qualquer interessado pode pedir a sua liquidação judicial.” (PORTUGAL, 1986).

⁴⁰ Estabelece o art. 21º, n. 1, do Decreto-lei 248/86: “o estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode ser transmitido por acto gratuito ou oneroso, ou dado em locação. Pode ainda sobre ele constituir-se um usufruto ou um penhor, produzindo este os seus efeitos independentemente da entrega do estabelecimento ao credor.” (PORTUGAL, 1986).

⁴¹ O art. 2º, n. 3, do Decreto-lei 248/86 estabelece que “a firma do estabelecimento será constituída pelo nome do titular, acrescido ou não de uma referência ao objecto do comércio nele exercido, e incluirá sempre o aditamento «estabelecimento individual de responsabilidade limitada» ou a sigla «E. I. R. L.»”. (PORTUGAL, 1986).

e a sucessão hereditária não poderiam abarcar o nome empresarial, visto que este, por ser um direito da personalidade, é inalienável e intransmissível⁴².

Nesse contexto, a técnica do patrimônio separado dificultaria a transmissão (*inter vivos ou causa mortis*) do estabelecimento, já que, muitas vezes, o sucesso da atividade econômica está atrelado ao nome utilizado para identificar a pessoa que explora a empresa.

Em segundo lugar, a teoria do patrimônio separado também seria menos eficiente do que a figura da sociedade unipessoal quanto à organização da empresa, sobretudo nos casos em que há o crescimento da atividade mediante a captação de novos sócios.

É que, enquanto na técnica da sociedade unipessoal a entrada de novos sócios é realizada por meio de uma simples alteração contratual (aumento de capital ou cessão de cotas), no sistema do patrimônio afetado seria necessário transformar o patrimônio separado em uma sociedade empresária⁴³, criando-se, por conseguinte, uma pessoa jurídica que passaria a possuir o antigo patrimônio especial.

Além disso, a técnica do patrimônio afetado também dificultaria a inclusão ou exclusão dos bens destinados à exploração da empresa, eis que referida alteração patrimonial, em última análise, sempre afetaria a garantia⁴⁴, quer dos credores pessoais, quer dos credores empresariais do titular do patrimônio afetado.

Por fim, a distinção operada pela teoria do patrimônio separado entre a esfera civil e empresarial do titular do patrimônio especial seria bem tênue, sendo difícil evitar a confusão patrimonial e o conflito de interesses, sobretudo no que

⁴² A legislação brasileira reconhece o nome empresarial como um direito de personalidade e, por conseguinte, inalienável e intransmissível. Com efeito, o art. 1.164 do Código Civil estabelece que “o nome empresarial não pode ser objeto de alienação”. (BRASIL, 2002).

⁴³ A possibilidade de o empresário individual, que admitir novos sócios, transformar-se em uma sociedade empresária, sem precisar extinguir a empresa, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Complementar 128, de 19 de dezembro de 2008, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 968 do Código Civil. Referido dispositivo estabelece que: “caso venha a admitir sócios, o empresário individual poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código”. (BRASIL, 2002).

⁴⁴ De fato, ao afetar um novo bem de seu patrimônio geral à exploração da empresa, o empresário individual diminuiria a garantia dos seus credores particulares. Da mesma forma, a desafetação de um bem destinado à exploração da atividade econômica também repercutiria negativamente na garantia dos credores empresariais.

tange à distribuição dos resultados da atividade ao titular do patrimônio afetado⁴⁵. (GARCIA E SOUZA, 2009, p. 500).

Além disso, a ausência de atribuição de personalidade jurídica ao patrimônio separado dificultaria o financiamento da atividade econômica desvinculado da pessoa do empresário, uma vez que, sendo este o titular das duas massas patrimoniais, a ele caberia realizar os respectivos contratos de mútuo, dificultando, por conseguinte, o acesso ao crédito.

Portanto, embora a teoria do patrimônio separado tenha possibilitado a separação entre o patrimônio pessoal do empresário e o patrimônio destinado à exploração da atividade econômica, esse sistema é bastante criticado em razão de sua ineficiência no que se refere à técnica societária de limitação da responsabilidade do empresário individual, à transferência do estabelecimento empresarial por ato *inter vivos* e *causa mortis*; à organização da empresa; e à distinção entre a esfera pessoal e empresarial do titular do patrimônio especial.

Em verdade, foi exatamente por causa dessas críticas formuladas à teoria do patrimônio separado que a Comunidade Europeia optou pela sociedade unipessoal como a principal forma de limitação da responsabilidade do empresário individual, sugerindo aos seus Estados-membros a adoção preferencial dessa técnica de limitação de responsabilidade sobre qualquer outra.

Passa-se, portanto, à análise das especificidades do instituto da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.

4.3 Sociedade Unipessoal

A segunda alternativa de limitação da responsabilidade do empresário individual citada pela Diretiva 2009/102/CE é a sociedade unipessoal. Esta técnica funda-se na possibilidade de uma única pessoa constituir uma sociedade, sob a forma de limitada ou anônima⁴⁶, para explorar individualmente uma atividade econômica.

⁴⁵ Com o escopo de contornar este problema, a legislação portuguesa estabelece que o titular do estabelecimento somente poderá desafetar do patrimônio separado as quantias que correspondam ao lucro líquido apurado no balanço anual. Com efeito, o art. 14º, n. 1, do Decreto-lei 248/86 dispõe que “o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada não pode desafectar do patrimônio do estabelecimento, para fins não relacionados com a actividade deste, quantias que não correspondam aos lucros líquidos acusados pelo balanço anual”. (PORTUGAL, 1986).

⁴⁶ Isso é o que se infere do art. 6, da Diretiva 2009/102/CE. Com efeito, referido dispositivo

Segundo o art. 2º, n. 1, da Diretiva 2009/102/CE, a sociedade unipessoal pode ser constituída sob duas formas: a sociedade unipessoal originária e a sociedade unipessoal superveniente.

Denomina-se sociedade unipessoal originária a sociedade que, desde o momento de sua constituição, apresenta apenas um único sócio. Neste particular, é importante esclarecer que a Diretiva 2009/102/CE não especifica quaisquer características ou qualidades do sócio único, de modo que este pode ser tanto uma pessoa natural quanto uma pessoa jurídica. Contudo, sendo o sócio único uma pessoa jurídica, o tratamento dado à matéria foge ao problema da limitação da responsabilidade do empresário individual para adentrar no campo dos grupos de sociedades. Isso é o que se infere do art. 2º, n. 2, da Diretiva 2009/102/CE:

Artigo 2º

1. A sociedade pode ter um sócio único no momento da sua constituição, bem como por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa (sociedade unipessoal).

2. Enquanto se aguarda uma coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, as legislações dos Estados-Membros podem prever disposições especiais ou sanções aplicáveis:

- a) Quando uma pessoa singular for o sócio único de várias sociedades; ou
- b) Quando uma sociedade unipessoal ou qualquer pessoa colectiva for o sócio único de uma sociedade. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

A sociedade unipessoal superveniente ou derivada, por sua vez, constitui a sociedade, cuja pluralidade de sócios foi reduzida a apenas um sócio em razão de diversas situações, tais como: retirada, falecimento, expulsão do sócio, etc.

Conforme esclarece ANDRADE FÉRES (2003, p. 192-193), o motivo que determinou a redução da composição societária a somente um sócio é insignificante para o estudo da sociedade unipessoal superveniente. Em verdade, o importante é verificar que a existência de apenas um sócio não implica a dissolução (imediate ou mediata) da sociedade, possibilitando a preservação da empresa e a manutenção da responsabilidade limitada do sócio único.

De toda forma, verificada a concentração de todas as participações societárias em um único sócio, a Diretiva 2009/102/CE⁴⁷ exige que seja dada

estabelece que “as disposições da presente directiva são aplicáveis nos Estados-Membros que permitam a existência de sociedades unipessoais, na acepção do n. 1 do artigo 2º, também em relação às sociedades anónimas”. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

⁴⁷ Isso é o que se infere do art. 3º da Diretiva 2009/102/CE, o qual estabelece que “quando a sociedade se torne unipessoal por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, tal facto, bem como a identidade do sócio único, deve ou ser indicado no processo ou transcrito no

publicidade ao referido ato, devendo constar do registro da sociedade a identidade do sócio único.

A Diretiva 2009/102/CE ainda estabelece algumas normas gerais⁴⁸ acerca do funcionamento da sociedade unipessoal, prevendo que o sócio único exercerá os poderes da assembleia geral, sendo que suas decisões deverão adotar a forma escrita ou ser registradas em atas (art. 4º)⁴⁹. Além disso, a fim de evitar a confusão patrimonial, bem como facilitar o controle de terceiros, a referida diretiva determina que as relações jurídicas existentes entre o sócio único e a sociedade também deverão ser registradas em atas ou adotar a forma escrita (art. 5º, n. 1).⁵⁰

Embora a Décima Segunda Diretiva e, posteriormente, a Diretiva 2009/102/CE tenham permitido a constituição originária da sociedade unipessoal, a introdução desta técnica de limitação da responsabilidade do empresário individual na legislação de alguns dos Estados-membros da Comunidade Europeia se deu mediante um processo longo e demorado, já que muitos desses Estados adotavam a teoria contratualista para explicar a natureza jurídica do ato constitutivo de uma sociedade.

Com efeito, tendo em vista que a celebração de um contrato prescinde, no mínimo, de duas pessoas, seria impossível conceber, à luz da citada teoria, a possibilidade de uma única pessoa constituir uma sociedade unipessoal originária ou superveniente a fim de limitar sua responsabilidade pelos riscos da empresa. Noutras palavras, a sociedade unipessoal somente poderia ser compreendida mediante a adoção de outra teoria que não concebesse a sociedade unicamente como um contrato.

registro, referidos nos n. 1 e 2 do artigo 3º da Directiva 68/151/CEE, ou ser transcrito em registo mantido na sociedade e acessível ao público.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

⁴⁸ Consoante o exposto na introdução deste capítulo, as diretivas são normas programáticas que obrigam os Estados-membros a elaborar normas internas a fim de pôr em execução os objetivos traçados pelo legislador comunitário. Dessa forma, tendo em vista que as normas da Diretiva 2009/102/CE referentes ao funcionamento da sociedade unipessoal são lacunosas, caberá ao direito interno de cada Estado-membro regular as diversas especificidades do instituto.

⁴⁹ Dispõe o art. 4º da Diretiva 2009/102/CE:

“Artigo 4º

1. O sócio único exerce os poderes atribuídos à assembleia geral de sócios.

2. As decisões adoptadas pelo sócio único no domínio a que se refere o n.1 devem ser lavradas em acta ou assumir a forma escrita”. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

⁵⁰ O art. 5º, n. 1, da Diretiva 2009/102/CE estabelece que “os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada devem ser lavrados em acta ou assumir a forma escrita”. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

Passa-se, portanto, a analisar as teorias que abordam a natureza jurídica da sociedade a fim de identificar a que melhor reflete a realidade jurídica da sociedade unipessoal.

4.3.1 Teorias Anticontratalistas

A discussão acerca da natureza jurídica do ato que constitui uma sociedade não é nova, sendo considerada por RUBENS REQUIÃO (2000, p. 340) como um dos temas mais fascinantes do Direito Empresarial. Tal discussão teve início com o surgimento da teoria anticontratalista – defendida por LÉON DUGUIT – que sustenta que a sociedade não seria um contrato⁵¹, mas, sim, um ato coletivo ou um ato complexo formado por uma pluralidade de declarações de vontades unilaterais. Segundo LÉON DUGUIT (1927, p. 400):

a sociedade por ações e a associação nos são apresentadas como dois exemplos notáveis de institutos jurídicos nos quais há um concurso de vontades sem que haja um acordo ou um contrato, mas somente uma pluralidade de declarações unilaterais de vontade concorrentes, em razão das quais se forma um regra objetiva, uma verdadeira lei material do novo grupo, em que todas as pessoas que reunirem as condições fixadas pelo estatuto, declarando aceitá-las e submeter-se a elas, poderão aderir ao estatuto por meio de uma declaração unilateral de vontade posterior.⁵² (tradução nossa).

O motivo que levou a teoria anticontratalista a defender que a sociedade não apresenta a natureza jurídica de um contrato encontra-se evidenciado no fato de que a teoria dos contratos, notadamente o conceito de contrato de permuta, seria insuficiente para explicar o fenômeno social.

⁵¹ A caracterização da sociedade como um contrato remonta ao direito romano. Segundo GEORGES RIPERT (1963, p. 328-329), esta concepção foi resgatada, no século XIX, pelos juristas franceses, para defender a liberdade de constituição das sociedades anônimas. Com efeito, a concepção contratalista romana de sociedade se amoldava perfeitamente à teoria da autonomia da vontade, além de autorizar, sob o cânone da liberdade contratual, a modificação de diversas normas dispositivas.

⁵² La société par actions et l'association nous présentent deux exemples notables de formation juridique où existe un concours de volontés sans qu'il y ait convention ni contrat, mais seulement une pluralité de déclarations unilatérales de volonté concourantes, à la suite desquelles se forme une règle objective, une véritable loi matérielle du nouveau groupe, auquel peuvent adhérer par une déclaration unilatérale postérieure toutes les personnes qui, réunissant les conditions fixées par les status, déclarent les accepter et s'y soumettre.

É que, enquanto nos contratos de permuta ou bilaterais⁵³ as partes possuem interesses antagônicos, na constituição de uma sociedade, os sócios apresentam o interesse comum de explorar uma atividade econômica com a posterior distribuição dos resultados.

Portanto, a teoria anticontratalista sustenta que a sociedade não se origina de um contrato, uma vez que este pressupõe a existência de vontades contrapostas. Em verdade, a sociedade seria formada por uma pluralidade de declarações de vontades paralelas em prol do interesse comum.

A corrente anticontratalista explica a natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade por meio de duas teorias: o ato coletivo⁵⁴ e o ato complexo⁵⁵. Os autores que defendem a teoria do ato coletivo sustentam que a sociedade seria constituída mediante a união da vontade de todos seus participantes, sendo possível delimitar a vontade de cada indivíduo nesta unidade formada. A teoria do ato complexo, por sua vez, defende o contrário, ou seja, a vontade de todos os indivíduos se fundiria no momento de constituição da sociedade, tornando-se uma vontade única, sem qualquer individualidade.

A distinção entre as duas teorias encontra-se, portanto, evidenciada no fato de que no ato coletivo há apenas a união das declarações unilaterais, sem a formação de uma única vontade, enquanto no ato complexo haveria a fusão propriamente dita das vontades declaradas, formando-se uma única vontade. Nas palavras de COIMBRA DE SOUZA (2009, p. 33):

[...] a figura do ato complexo se distingue da do ato coletivo que, apesar de ser formado pelo concurso de duas ou mais vontades de conteúdo e finalidades iguais, não apresenta a fusão dessas declarações, que continuam, portanto, distintas e autônomas. No ato coletivo, a vontade manifestada é apenas a união – e não a fusão – das vontades declaradas pelos diversos participantes do ato, que continuam autônomos (apresentam esferas de interesses distintas, cada qual possuindo uma finalidade a ser perseguida).

⁵³ Exemplo clássico de um contrato bilateral seria uma compra e venda, na qual uma parte tem o interesse de alienar um bem em troca de dinheiro, enquanto a outra possui o interesse de adquirir tal bem mediante pagamento.

⁵⁴ Para LÉON DUGUIT (1927, p. 375), defensor da teoria do ato coletivo na França, o ato coletivo pode ser compreendido como a soma de declarações unilaterais de vontade concordantes.

⁵⁵ Ao distinguir o ato complexo e o contrato, TULLIO ASCARELLI (1969, p. 258) esclarece que naquele “as partes apresentam-se animadas por idêntico interesse; encontram-se, por assim dizer, do mesmo lado; justamente por isso, o ato complexo está sujeito a uma disciplina diversa daquela dos contratos”.

RUBENS REQUIÃO (2000, p. 341-342) critica ambas as vertentes da teoria anticontratalista, sustentando que as vontades dos sócios nem sempre são harmônicas e paralelas, pois, em muitos casos, os interesses daqueles são antagônicos. Para ilustrar sua opinião, cita exemplos de discussão dos sócios acerca da distribuição dos lucros, do valor dos bens de integralização do capital social, de nomeação de administradores, etc. Esse autor ainda afirma que o interesse antagônico dos sócios é tão intensificado, durante o prazo de duração da sociedade, que, em muitos casos, esta chega a se extinguir por meio de um distrato. Neste particular, conclui que o contrato seria a forma mais apropriada para explicar a natureza jurídica de uma sociedade.

Embora as teorias do ato complexo e do ato coletivo tenham afastado a natureza contratual da sociedade, elas não se mostram hábeis para justificar a constituição originária de uma sociedade unipessoal na medida em que partem do pressuposto de que a constituição de uma sociedade necessita da união ou fusão de uma pluralidade de vontades. Implica dizer: da mesma forma que a teoria contratualista, a corrente anticontratalista depende da existência – isto é, da declaração de vontade – de mais de uma pessoa para constituir uma sociedade.

4.3.2 Teoria Contratualista

Em reação às vertentes do ato complexo e do ato coletivo da teoria anticontratalista, a teoria contratualista busca reafirmar a concepção romana de que a sociedade seria um contrato. O principal divulgador da aludida teoria foi TULLIO ASCARELLI (1969, p. 257), que explicou a natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade por meio da teoria do contrato plurilateral.

O ponto de partida da análise da teoria do contrato plurilateral encontra-se na distinção entre o contrato de permuta e o contrato associativo ou plurilateral. Segundo TULLIO ASCARELLI (1969, p. 257):

algumas regras sobre contratos constituem, na realidade, apenas uma generalização das regras próprias dos contratos de permuta, sendo natural, portanto, que, em matéria de contratos, cumpra distinguir as normas próprias de todos os contratos (aplicáveis também aos contratos plurilaterais) e as próprias apenas dos contratos de permuta (inaplicáveis aos contratos plurilaterais).

O contrato de permuta, que se caracteriza pela presença de interesses antagônicos entre as duas partes, não explicaria o ato constitutivo de uma sociedade na medida em que aquele não abrange a possibilidade de mais de duas partes participarem da criação de uma pessoa jurídica (TULLIO ASCARELLI, 1969, p. 266).

Nesse contexto, o referido autor defende que a constituição de uma sociedade seria o exemplo mais importante de contrato plurilateral, o qual seria caracterizado pela possibilidade de participação de mais de duas partes⁵⁶, que assumiriam direitos e obrigações para com todas as outras⁵⁷. Além disso, o contrato associativo também se distinguiria do contrato bilateral na medida em que as partes daquele apresentariam uma finalidade comum: a exploração de uma atividade econômica com o ulterior rateio dos resultados. (TULLIO ASCARELLI, 1969, p. 266-271).

O contrato plurilateral, portanto, é aquele que possibilita a existência de um número indefinido de partes que poderão participar da criação de uma sociedade, sendo o objeto social comum e único para todos os sócios.

No Brasil, essa teoria foi amplamente defendida por RUBENS REQUIÃO (2000, p. 344-346) que lhe outorgou a possibilidade de explicar e resolver inúmeros problemas relacionados à sociedade empresária.

A citada teoria resolveria a principal consequência decorrente do contrato de permuta: a impossibilidade do cumprimento da obrigação por uma das partes importaria a nulidade ou resolução do contrato. É que, a partir da adoção da teoria do contrato plurilateral, esse problema afetaria apenas a participação societária do sócio remisso, permanecendo o contrato com relação às outras partes. (RUBENS REQUIÃO, 2000, p. 346).

Além disso, o contrato associativo também modernizaria as normas de dissolução da sociedade, sobretudo as hipóteses em que há a resolução da sociedade em relação a um sócio (falecimento, incapacidade, retirada e exclusão), visto que seria possível preservar a empresa, desde que remanescessem dois ou mais participantes.

⁵⁶ É importante lembrar que uma parte pode ser composta por vários sujeitos. Neste particular, o contrato plurilateral apresenta a peculiaridade de que as partes não são agrupadas em apenas dois polos, como acontece no contrato de permuta.

⁵⁷ Adaptando-se ao recente uso de imagens para identificar os fenômenos jurídicos, TULLIO ASCARELLI (1969, p. 268) propõe que “no contrato de sociedade e nos contratos plurilaterais em geral, as partes se acham como dispostas em círculo; nos demais contratos, ao contrário, cada uma das (duas) partes se acha num dos extremos de uma linha”.

A teoria contratualista foi vastamente aceita pela literatura brasileira, sendo, inclusive, adotada pelo art. 981 do Código Civil, o qual estabelece que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. (BRASIL, 2002).

Contudo, embora a citada teoria seja capaz de explicar a preservação da empresa nas hipóteses em que há a resolução da sociedade em relação a um sócio – desde que permaneçam na sociedade, no mínimo, duas partes – , ela não é hábil para esclarecer a constituição originária nem superveniente de uma sociedade unipessoal, uma vez que a realização de um contrato pressupõe, no mínimo, a existência de duas pessoas.

4.3.2.1 Crise da Teoria Contratualista

A crise da teoria contratualista em explicar o fenômeno societário, sobretudo a constituição da sociedade, pode ser resumida em três críticas formuladas pela literatura moderna, a qual entende que a referida teoria não seria capaz de elucidar alguns pontos peculiares do Direito societário.

Em primeiro lugar, conforme aponta SANTOS COSTA (2002, p. 91), a exigência de celebração de um contrato para a constituição de uma sociedade encontra-se ultrapassada, já que existe a possibilidade de se criar esse tipo de pessoa jurídica mediante uma declaração unilateral de vontade.

Para esclarecer tal afirmação, esse autor cita o exemplo da constituição de uma sociedade empresária por meio da cisão de outra sociedade, explicando que, caso se entenda que o ato deliberativo que constituiu a nova sociedade reveste-se de caráter unilateral, uma vez que emitido pela sociedade cindida, mesmo que representada pelo órgão competente (assembleia geral), estar-se-ia diante de uma sociedade empresária criada por meio de uma declaração unilateral de vontade.

Ainda sobre a possibilidade de se criar uma sociedade mediante um ato unilateral, SANTOS COSTA (2002, p. 52) acrescenta a existência de sociedades constituídas por atos administrativos, quais sejam, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Tais sociedades, embora tenham sua criação

condicionada à autorização legal⁵⁸, também são constituídas por meio da declaração unilateral de vontade do respectivo ente federativo, que possuirá a totalidade – hipótese de criação de uma sociedade unipessoal (empresa pública) – ou a maioria do capital social dessas sociedades.

Em segundo lugar, a teoria contratualista também seria incapaz de explicar a não extinção do vínculo contratual das sociedades reduzidas a um único sócio⁵⁹. É que, partindo-se do pressuposto de que a celebração de um contrato exige necessariamente a existência de duas pessoas, caso uma delas se ausente, o vínculo contratual deveria ser extinto automaticamente.

Por fim, a leitura individualista do interesse social realizada pela teoria contratualista clássica, a qual compreende aquele “sempre como o interesse dos sócios e somente dos sócios atuais” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 27), também estaria ultrapassada.

Isso porque o interesse social, em uma visão institucionalista, não se restringe apenas aos interesses dos sócios. De fato, após a constituição da sociedade, a relação jurídica deixaria de ser somente entre os sócios fundadores, para ser entre estes e a sociedade, bem como entre esta e as outras pessoas que também têm sua esfera jurídica afetada pela finalidade da sociedade constituída (credores, trabalhadores, futuros investidores, etc.). Sobre o tema, SANTOS COSTA (2002, p. 338) esclarece que:

de facto, a sociedade, em particular a sociedade de capitais, não se adapta ao nominalismo ou individualismo característico do modelo contratual, na medida em que a realidade organizacional, devidamente normativizada nos seus termos, ao prolongar-se para além dos direitos e obrigações dos seus associados, se diferencia e se destaca do acto criador da sociedade, indo muito além de se vincular à manifestação de vontade das pessoas

⁵⁸ No ordenamento jurídico brasileiro, a criação de empresas públicas e de sociedades de economia mista também está condicionada à autorização legal, nos termos do art. 37, XIX, da Carta da República de 1988. A referida norma estabelece que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. (BRASIL, 1988).

⁵⁹ A possibilidade de a sociedade reduzida a apenas um sócio não ser dissolvida automaticamente foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro inicialmente pela jurisprudência, mediante a aplicação do princípio da preservação da empresa, e, posteriormente, pela legislação. Com efeito, a legislação brasileira admite a unipessoalidade temporária superveniente no período de 180 (cento e oitenta) dias para a sociedade limitada (art. 1033, IV, do Código Civil). Para as sociedades anônimas, o art. 206, I, 'd', da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, estabelece que a companhia será dissolvida se for verificada a existência de apenas um acionista na assembleia geral ordinária e a pluralidade de sócios não for recomposta até a assembleia a ser realizada no ano seguinte (BRASIL, 1976). Para maiores informações sobre a matéria, ver o item 6.1.3 desta Dissertação.

fundadoras (com efeitos nas respectivas esferas jurídicas). Nesta linha, apontavam-se algumas refrações: a relação, depois de adquirida a personalidade jurídica, deixa de ser entre os sócios, para ser entre cada um deles e a sociedade; a relação pode ser modificada para adaptar o acordo primitivo às exigências concretas por deliberação da maioria dos sócios, mesmo que contra a vontade de um sócio; a organização é susceptível de afectar a esfera jurídica de outras pessoas e grupos (os trabalhadores, os credores, os clientes-consumidores) e o próprio interesse colectivo de desenvolvimento económico.

Assim, a partir da releitura da concepção privatista e individualista de interesse social da teoria contratualista, tem-se que a sociedade deixaria de afetar tão somente a esfera jurídica dos seus sócios fundadores. Esta repercutiria, também, na esfera jurídica das outras pessoas que com ela, de alguma forma, se relacionam.

Em virtude da incapacidade da teoria contratualista de elucidar os pontos peculiares do Direito societário moderno, a doutrina foi buscar na teoria institucionalista, formulada com base nas instituições de direito público, elementos para explicar, na área do Direito Privado, a constituição de uma sociedade.

4.3.3 Teoria Institucionalista

Na vigência do Código Comercial de 1850, FRAN MARTINS (1981, p. 204) já afirmava, com base em seus estudos de Direito comparado, que uma sociedade poderia ser constituída por um ato jurídico diferente dos contratos. Esse autor referia-se à teoria institucionalista⁶⁰, cuja autoria deve ser creditada a MAURICE HAURIOU.

Segundo MAURICE HAURIOU (1968, p. 39-41), “uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social.”⁶¹ (tradução nossa). Esta instituição apresenta três elementos: i) a ideia diretriz que a obra será realizada em um grupo social; ii) o poder organizado posto a serviço da realização desta ideia diretriz; iii) e as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da ideia diretriz e de sua realização.

⁶⁰ No Brasil, a teoria institucionalista foi de grande importância para explicar a estabilidade das sociedades anônimas, sendo, inclusive, inspiradora da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de sociedades por ações).

⁶¹ Una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social.

Embora esse conceito seja vago e de difícil compreensão, sua principal contribuição para o Direito Privado, segundo GEORGES RIPERT (1963, p. 329), foi servir de oposição ao contrato, uma vez que implicou a subordinação dos direitos e dos interesses privados dos sócios à finalidade que se procura realizar mediante a constituição de uma sociedade. Assim, a teoria institucionalista explica que os direitos dos sócios não são fixados pelo ato constitutivo de maneira definitiva. Pelo contrário, eles podem ser modificados se a vida ou a prosperidade da sociedade exigir essa modificação. Da mesma forma, a referida teoria também esclarece que os administradores da sociedade não são simples mandatários dos sócios, mas constituem a autoridade encarregada de assegurar a realização do fim comum.

No mesmo sentido, SANTOS COSTA (2002, p. 338), ao analisar a teoria institucionalista, esclarece que a sociedade seria uma instituição, uma vez que, após sua constituição, essa se desvincularia dos interesses de seus sócios fundadores para tutelar e preservar um interesse coletivo de desenvolvimento econômico.

Desse modo, a aplicação da teoria institucionalista ao direito societário tem por efeito a subordinação dos interesses privados dos sócios fundadores da sociedade à ideia diretriz da instituição constituída, isto é, à finalidade da sociedade. Em outras palavras, a partir da criação da sociedade, esta passa a constituir uma instituição, cujos interesses desvinculam-se do ato que lhe concebeu e das vontades dos seus fundadores, já que, em muitos casos, em razão da continuidade da atividade exercida pela sociedade, esta persiste independentemente da alteração do seu quadro societário ou mesmo de modificação da vontade de seus sócios.

Com efeito, ao abordar o ato de fundação de uma instituição, MAURICE HAURIOU (1969, p. 68-69) esclarece que:

o efeito jurídico de fundação requer uma explicação, tanto para a fundação por vontade isolada como para aquela por vontade comum. Como podem as vontades isoladas constituir um corpo social? Existe aqui uma desproporção entre a causa e o efeito que surpreende: a duração da instituição excede, em muito, a longevidade dos fundadores e de suas vontades. Mas é necessário refletir que a organização em um corpo social e a duração da instituição não são juridicamente imputáveis à vontade dos fundadores, senão também à virtude própria da ideia diretriz da instituição fundada: ela não deixará de atrair para si novos membros, os quais também serão novos fundadores, porque continuarão a fundação na medida em que esta se objetiva no meio social. Os fundadores primitivos parecem ter feito mais do que podiam, porque conseguiram estabelecer no meio social uma ideia viva que, uma vez plantada, desenvolveu-se por si mesma. Na realidade, eles não fizeram outra coisa a não ser o que fazem todos os dias os proprietários plantadores de vinhas e árvores, as quais também lhe

superarão em longevidade e cujo valor, graças à colaboração da terra, tornar-se-á desproporcional ao seu esforço”.⁶² (tradução nossa)

Concomitantemente à teoria de MAURICE HAURIOU, surgiu, na Alemanha, a teoria institucionalista de WALTHER RATHENAU (2002, p. 199-223), que elaborou, no final da primeira guerra (1917), a doutrina do *Unternehmen an sich* (empresa em si), por meio da constatação de que a grande empresa⁶³ alemã poderia ser um importante instrumento de desenvolvimento econômico.

Ao fazer um relato acerca da vida de WALTHER RATHENAU e comentar a influência exercida por seus trabalhos na elaboração da legislação societária alemã de 1937, LAUTENSCHLEGER JÚNIOR (2002, p. 201) esclarece que:

tendo a grande empresa como base as determinantes [sic] da economia, [Rathenau] conclui pela preponderância da maioria – algo muitas vezes não compreendido – e pela importância da empresa em si (*Unternehmen an sich*) como centro de convergência dos interesses dos acionistas, da sociedade e do Estado. É controverso, ainda hoje, se a sua concepção da empresa em si (*a enfant terrible* do direito societário, nos dizeres de Laux, *ob. cit. infra*) não seria uma pura e simples reação contra os excessos da democracia acionária pela qual se almejava a limitação dos poderes dos acionistas frente à administração, limitação esta que [se] legitimaria com a proteção de interesses próprios da empresa, algo, à época, inadmissível.

A teoria da empresa em si consiste na verificação de um interesse econômico e público em cada grande empresa, e não de um interesse meramente privado dos sócios. Nas palavras de WALTHER RATHENAU (2002, p. 214-215):

obriga a importância de tal questão para uma consideração final sobre a função das grandes empresas na vida que nos leva para a constatação primordial do fato que culmina com a mudança da natureza, a substituição de conteúdo: a grande empresa não é mais hoje uma estrutura exclusiva

⁶² El efecto jurídico de fundación requiere una explicación tanto en la fundación por voluntad aislada como en aquella por voluntad común; ¿cómo pueden las voluntades aisladas engendrar un cuerpo social? Existe aquí una desproporción entre la causa y el efecto que sorprende: la duración de la institución sobrepasará en mucho la longevidad de los fundadores y de sus voluntades. Pero es necesario reflexionar en que la organización en un cuerpo social y la duración de la institución no son imputables jurídicamente a la voluntad de los de atraer a sí nuevos adherentes que serán nuevos fundadores porque continuarán la fundación a fundadores primitivos sino también a la virtud propia de la idea directriz de la institución fundada: ella no cesará medida que ésta se objetive en el medio social. Los fundadores primitivos parecen haber realizado más de lo que podían, porque lograron establecer en el medio social una idea viva que, una vez plantada, se desarrolló por sí misma. En realidad, no han hecho otra cosa que la que todos los días realizan los propietarios plantadores de viñas o de árboles, que los sobrevivirán seguramente y cuyo valor, gracias a la colaboración de la tierra, se volverá desproporcionado a su esfuerzo.

⁶³ WALTHER RATHENAU não utiliza a palavra empresa em seu sentido jurídico de atividade econômica organizada. Em verdade, esse autor, ao se referir à grande empresa alemã, emprega a palavra empresa como sinônimo de sociedade empresária.

dos interesses de direito privado, mas muito mais, tanto individualmente como em seu conjunto, um fato da economia nacional, pertencente à totalidade, que ainda carrega consigo em razão de sua origem, por direito ou não, traços de direito privado de uma pura empresa lucrativa, enquanto se tornou há muito e em crescente medida útil a interesses públicos e, assim, criou uma nova situação jurídica. Seu desenvolvimento no sentido da economia comunitária é possível, sua reestruturação em relações puramente de direito privado ou divisão em pequenas partículas é inconcebível.

Portanto, “o recurso ao termo *Unternehmen* é útil para identificar uma instituição não redutível ao interesse dos sócios”. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 31). Nesse contexto, a finalidade da sociedade, numa visão institucionalista, não seria apenas distribuir lucro aos seus sócios, mas, sim, “construir riqueza para a comunidade, oferecer trabalho, melhorar a técnica, favorecer o progresso científico”. (PAULA FORGIONI, 2009, p. 75-76).

O institucionalismo publicista de WALTHER RATHENAU ainda se diferencia do institucionalismo integracionista ou organizativo, o qual, além de ser uma evolução daquele, seria “concebido como harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse à preservação da empresa”. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 34-35)

A partir da análise da teoria institucionalista, tem-se que esta seria capaz de explicar o ato constitutivo de uma sociedade unipessoal, uma vez que, ao afastar o ato constitutivo de uma sociedade dos contratos associativos, possibilitaria a criação de sociedades unipessoais como um mecanismo de organização e estruturação da empresa. Segundo SANTOS COSTA (2002, p. 347-348):

[...] foi com naturalidade, por isso, que as teorias institucionalistas (só aplicáveis às sociedades de capitais) acolheram a sociedade unipessoal como manifestação do seu vigor, concluindo que a sociedade se sedimenta como a técnica, por excelência, de organização de uma empresa, função essa que subsistia tanto fosse esta pertencente a uma colectividade de associados como a um só indivíduo.

4.3.4 Teoria do Contrato Organização

Ao analisar os problemas jurídicos e econômicos em torno da identificação e definição do interesse social decorrentes do embate entre a teoria contratualista e a teoria institucionalista, SALOMÃO FILHO (2006, p. 42) aponta que

a forma mais eficiente de sistematizar estes problemas seria a teoria do contrato organização.

Referida teoria baseia-se no diferente enfoque atribuído pela teoria moderna à clássica distinção entre os contratos plurilaterais e os contratos bilaterais de TULLIO ASCARELLI⁶⁴.

É que, segundo a teoria clássica, o contrato associativo distinguir-se-ia do contrato de permuta na medida em que naquele existiria uma finalidade comum entre as múltiplas partes do contrato plurilateral, ao passo que, neste, as duas (sempre e somente duas) partes contratantes possuiriam interesses antagônicos e contrapostos.

A teoria do contrato-organização, por sua vez, enxergaria o núcleo do contrato plurilateral na organização a ser criada, e não na atribuição de direitos subjetivos às partes contratantes, característica típica do contrato bilateral. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 42-43). Implica dizer:

[...] a especificidade da causa do contrato sociedade, a diferenciá-lo do sinalagma dos contratos de escambo, não está no fim comum (de lucro) a ser buscado, mas sim na criação de uma organização, apta a atribuir individualidade e perpetuidade ao patrimônio a esse fim destinado. (SALOMÃO FILHO, 1995, 59).

Em síntese, para a teoria do contrato organização, o elemento da organização deixa de ser uma característica meramente estrutural do contrato plurilateral para tornar-se um aspecto funcional do contrato de sociedade. (RACHEL SZTAJN, 1989, p. 37).

Nesse contexto, o ponto essencial do ato constitutivo de uma sociedade desvincula-se do acordo de vontade entre os sócios e, por conseguinte, da pluralidade de partes, para identificar-se apenas com a criação de uma organização, concebida como a coordenação da influência recíproca entre atos (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 43), que poderá ser constituída tanto por meio de um contrato associativo quanto por meio de uma declaração unilateral de vontade, sob a forma de um negócio jurídico⁶⁵.

⁶⁴ Para maiores esclarecimentos acerca da distinção clássica de TULLIO ASCARELLI entre os contratos plurilaterais e os contratos bilaterais, ver o item 4.3.2 deste capítulo.

⁶⁵ Compreende-se por negócio jurídico a manifestação de vontade, de uma ou mais pessoas, voltada para a produção de efeitos jurídicos, quais sejam, criar, modificar ou extinguir obrigações. (SILVA PEREIRA, 2006, p. 476).

Com a adoção da aludida teoria, o interesse social deixa de ser definido como a existência de um interesse comum entre a pluralidade de sócios (contratualismo), bem como um interesse específico de autopreservação da empresa (institucionalismo), para identificar-se com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre o feixe de contratos e as relações jurídicas estabelecidas em razão da exploração da empresa. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 43).

Dessa forma, compreendida a sociedade como uma forma de organização da empresa, estaria superada a exigibilidade de uma pluralidade de pessoas para a constituição de uma sociedade, uma vez que o empresário individual também apresentaria um interesse jurídico em criar uma sociedade unipessoal com o fito de organizar e estruturar a atividade econômica explorada e, por conseguinte, as relações jurídicas decorrentes da empresa.

Este é o entendimento de PATRICK SERLOOTEN (1994, p. 08) que, ao explicar a natureza jurídica da sociedade unipessoal francesa – *a entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – EURL* –, bem como as vantagens de sua instituição pelo empresário individual, esclarece que “se a sociedade se tornou uma técnica jurídica de organização da empresa, ela é também, hoje em dia, graças notadamente à EURL, uma técnica jurídica de organização do patrimônio”.⁶⁶ (tradução nossa).

Portanto, a teoria institucionalista e a teoria do contrato organização mostram-se aptas a justificar a concepção originária e superveniente de uma sociedade unipessoal, visto que desvinculam do conceito de sociedade a necessidade da existência de uma pluralidade de indivíduos.

⁶⁶ Si la société est devenu une technique juridique d'organisation de l'entreprise, elle est aussi, aujourd'hui, grâce notamment à EURL, une technique juridique d'organisation du patrimoine.

5 INTERNALIZAÇÃO DA DÉCIMA SEGUNDA DIRETIVA DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS E DA DIRETIVA 2009/102/CE

A edição da Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias constituiu um marco importante no estudo e na análise das formas de limitação da responsabilidade do empresário individual na medida em que consagrou a figura da sociedade unipessoal – criticada pelos defensores da teoria contratualista – sem retirar dos Estados-membros a autonomia para instituir, no seu Direito interno, a técnica do patrimônio separado, que foi denominada, pela referida diretiva, de empresa individual de responsabilidade limitada.

Embora a edição da Décima Segunda Diretiva demonstre a importância atribuída pela União Europeia à limitação da responsabilidade da pessoa que explora individualmente a empresa, bem como o incentivo dado ao desenvolvimento de novas microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Comunidade, tal norma não teve o condão de instituir, no ordenamento jurídico interno de cada um dos seus Estados-membros, as técnicas de limitação de responsabilidade do empresário individual.

É que as diretivas são normas obrigatórias dirigidas aos Estados-membros para que estes, de acordo com o seu direito interno, alcancem os objetivos traçados pelo legislador comunitário. Em outras palavras, as diretivas são normas programáticas que apenas obrigam os Estados-membros a atingirem, no prazo determinado, os parâmetros gerais estipulados pelo Conselho da União Europeia, de modo que a introdução das técnicas de limitação de responsabilidade, no ordenamento jurídico dos Estados-membros da União Europeia, depende da iniciativa legislativa destes próprios Estados.

Nesse contexto, tendo em vista que a Décima Segunda Diretiva e a Diretiva 2009/102/CE não tratam das especificidades da sociedade unipessoal, tampouco da empresa individual de responsabilidade limitada, mostra-se relevante, após a análise teórica realizada no capítulo anterior, abordar a introdução destes institutos, no ordenamento jurídico dos Estados-membros da União Europeia, com o escopo de se contrastar, posteriormente, a experiência europeia com a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, que foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.441, de 11 de julho de 2011.

Passa-se, portanto, a analisar pormenorizadamente a introdução dessas técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual na França e em Portugal.

5.1 França

A abordagem da introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual na França deve ter como ponto de partida a análise das contribuições e das proposições do grupo de trabalho liderado por CLAUDE CHAMPAUD em torno da teoria do patrimônio separado ou de afetação.

É que, em 1978, a comissão presidida por CLAUDE CHAMPAUD (1979, p. 579-636) elaborou um projeto inovador com o objetivo de limitar a responsabilidade do empresário individual pelos riscos da empresa por meio da criação da *entreprise personnelle à responsabilité limitée* (empresa pessoal de responsabilidade limitada).

O aspecto peculiar do trabalho apresentado por CLAUDE CHAMPAUD encontra-se consubstanciado no fato de que este, em vez de de propor a divisão do patrimônio geral do empresário em duas massas patrimoniais – um patrimônio geral e um patrimônio especial destinado à exploração da empresa –, apresentou como opção a criação de três massas patrimoniais distintas, vinculadas a um único sujeito de direito: o empresário individual.

De acordo com o projeto de CLAUDE CHAMPAUD (1979, p. 608-609), o patrimônio do empresário individual seria dividido em três massas patrimoniais, possuindo cada uma delas uma função diferente na limitação da responsabilidade pessoal daquele. A primeira massa patrimonial seria destinada à exploração da empresa, respondendo, por conseguinte, por todas as dívidas contraídas, pelo empresário, no exercício de sua atividade econômica. A segunda massa patrimonial não seria afetada, a princípio, ao exercício da empresa, mas poderia ser destinada à exploração daquela por ato voluntário (iniciativa do empresário) ou por iniciativa dos credores daquele. A terceira massa patrimonial, por sua vez, seria constituída pelos bens pessoais do empresário, os quais seriam indisponíveis e inacessíveis aos credores empresariais.

Apesar de o projeto apresentado por CLAUDE CHAMPAUD ter demonstrado a preferência doutrinária pela técnica do patrimônio separado, o

legislador francês optou, em 1985 (antes, portanto, da edição da Décima Segunda Diretiva), pela adoção da técnica societária como forma de limitação da responsabilidade do empresário individual pelos riscos da empresa.

De fato, a Lei 85-697, de 11 de julho de 1985, criou o instituto da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – *EURL* (empresa unipessoal de responsabilidade limitada), o qual possibilitou a constituição de uma *société à responsabilité limitée* – *SARL* (sociedade de responsabilidade limitada) por um único sócio.

Embora a adoção da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – *EURL* tenha constituído um grande avanço na mitigação dos riscos do exercício individual de uma atividade econômica, os trabalhos legislativos em torno da limitação da responsabilidade do empresário individual não pararam por aí.

Em 2003, o legislador francês, atento à realidade econômica e à prática empresarial, notadamente ao pequeno número⁶⁷ de sociedades unipessoais criadas desde a edição da Lei 85-697, de 11 de julho de 1985, revisitou as contribuições em torno da teoria do patrimônio de afetação para criar, por meio da Lei 2003-721, de 01 de agosto de 2003, o instituto da *Déclaration d'insaisissabilité* (Declaração de Impenhorabilidade)⁶⁸ – regulado pelos arts. 526-1 a 526-5 do *Code de Commerce* –, o qual permitiu ao empresário individual declarar a impenhorabilidade dos direitos reais incidentes sobre seu imóvel residencial principal, tornando-o indisponível e inacessível aos credores empresariais.

De acordo com o art. 526-1 do *Code de Commerce* – atualizado pela Lei 2008-776, de 04 de agosto de 2008 –, o empresário regular poderá declarar a impenhorabilidade dos direitos reais incidentes sobre seu imóvel residencial ou

⁶⁷ De acordo com um dossiê elaborado pelo Ministério de Economia, Finanças e Indústria Francês (FRANÇA, 2011, p. 02-03), após 25 (vinte e cinco) anos de existência, a *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – *EURL* foi pouco utilizada pelos franceses. De fato, as sociedades unipessoais representaram apenas 6,2% (seis vírgula dois por cento) das novas empresas exploradas em 2008. No ano de 2009, os empresários individuais totalizaram 74% (setenta e quatro por cento) das novas empresas exploradas (sendo 427.890 de um total de 580.193 empresas), enquanto a *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – *EURL* representou apenas 4% (quatro por cento) das novas empresas exploradas no primeiro semestre daquele ano.

⁶⁸ A declaração de impenhorabilidade instituída pela legislação francesa assemelha-se muito ao instituto do bem de família regulamentado, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990, e pelos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil. A distinção dos institutos encontra-se evidenciada no fato de que a legislação francesa permite que a declaração de impenhorabilidade afete qualquer direito real (usufruto, direito de uso, direito de habitação, propriedade, etc.) existente sobre o imóvel residencial do empresário individual, ao passo que a legislação brasileira protege apenas a propriedade do imóvel e de seus pertences.

sobre outros bens imóveis – construídos ou não – que não forem utilizados na exploração de sua atividade econômica. Dispõe a mencionada norma:

Artigo 526-1

Não obstante o disposto nos artigos 2284 e 2285 do Código Civil, uma pessoa física matriculada no registro público de caráter profissional ou que exerça uma atividade profissional agrícola ou independente pode declarar a impenhorabilidade dos direitos reais incidentes sobre o imóvel onde é fixada a sua residência principal assim como sobre todo tipo de bem imóvel construído ou não que ele não afetar ao uso profissional. Esta declaração, publicada no Cartório de Hipotecas, ou nos Departamentos do Bas-Rhin, do Haut-Rhin e da Moselle, no registro predial, será eficaz apenas para os credores cujos direitos surjam, após a sua publicação, por ocasião do exercício da atividade profissional pelo declarante. [...].⁶⁹ (FRANÇA, 1807, tradução nossa).

Todavia, da mesma forma que a *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – EURL, o instituto da *Déclaration d'insaisissabilité* não teve grande aceitação entre os empresários individuais. De fato, segundo as informações divulgadas pelo Ministério de Economia, Finanças e Indústria Francês (FRANÇA, 2011, p. 03), apenas 12.000 (doze mil) empresários fizeram uso da *Déclaration d'insaisissabilité* no período entre a criação do instituto (2003) e o ano de 2009.

Nesse contexto, com o escopo de assegurar aos empresários individuais um instituto eficaz de proteção patrimonial, o legislador francês, seguindo sua posição de incentivo à microempresa e à empresa de pequeno porte, editou a Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010, por meio da qual criou, com base na teoria do patrimônio separado, a figura do *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* – EIRL (empreendedor individual de responsabilidade limitada).

Com a criação do referido instituto, o ordenamento jurídico francês consolidou a adoção da teoria do patrimônio separado, rompendo, por conseguinte, com a ideia unitária de patrimônio, cuja autoria é atribuída a CHARLES AUBRY e CHARLES RAU.

Realizada essa breve abordagem sobre a introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual na França, passa-se à

⁶⁹ Article L526-1 - Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration, publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant.

análise das peculiaridades das duas principais formas previstas na legislação francesa para eximir o patrimônio pessoal do empresário dos riscos da atividade econômica: a *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – EURL e o *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* – EIRL.

5.1.1 Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée - EURL

A introdução da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – EURL no ordenamento jurídico francês promoveu uma relevante modificação na definição legal de sociedade.

É que o art. 1832 do Código Civil francês, na sua redação original, conceituava a sociedade como um contrato, o qual, por sua vez, era definido pelo art. 1101 do *Code Civil* como “uma convenção por meio da qual uma ou várias pessoas se obrigam, para com outras, a dar, a fazer ou não fazer alguma coisa”⁷⁰. (FRANÇA, 1804, tradução nossa). Dispunha o art. 1.832 do *Code Civil*:

Artigo 1832

A sociedade é um contrato por meio do qual duas ou várias pessoas convencionam pôr em comum bens ou sua indústria, tendo em vista a partilha de benefícios econômicos ou lucros que dela possam resultar. Os sócios concordam em contribuir para as perdas⁷¹. (FRANÇA, 1804, tradução nossa).

Com a edição da Lei 85-697, de 11 de julho de 1985, foi necessário reformular o conceito legal de sociedade para abarcar a realidade de uma sociedade unipessoal. Desse modo, a mencionada lei alterou o art. 1.832 do Código Civil francês, o qual passou a contar com a seguinte redação:

Artigo 1832

A sociedade é instituída por duas ou várias pessoas que convencionam por contrato afetar a uma empresa comum bens ou sua indústria, tendo em vista a partilha de benefícios econômicos ou lucros que dela possam resultar. Ela pode ser instituída, nos casos previstos em lei, por um ato de vontade de uma única pessoa.

⁷⁰ Article 1101 - Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

⁷¹ Article 1832 - La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

Os sócios concordam em contribuir para as perdas⁷². (FRANÇA, 1804, tradução nossa).

Observa-se da leitura do citado dispositivo que o ordenamento jurídico francês adotou a teoria institucionalista para explicar a natureza jurídica de uma sociedade unipessoal, de modo que a sociedade deixou de ser concebida apenas como um contrato para ser definida também como uma instituição. Sobre o tema, FRAN MARTINS (1988, p. 269) esclarece que:

[...] essa alteração na redação do art. 1.832 do Código Civil francês trouxe profundas modificações na concepção das sociedades comerciais. Se, por um lado, estas ainda podem constituir-se mediante um contrato – o que pressupõe a existência de pluralidade de pessoas – por outro lado, poderão, também, ser instituídas por ato de vontade de uma só pessoa, bastando que para isso haja uma lei autorizando.

A autorização para a instituição de uma sociedade limitada por uma única pessoa foi realizada pela própria Lei 85-697, de 11 de julho de 1985, que alterou a redação do art. L223-1 do *Code de Commerce*. De acordo com a atual redação desse artigo, “a sociedade de responsabilidade limitada é instituída por uma ou várias pessoas que serão responsáveis pelas perdas na medida de suas contribuições [...]”⁷³. (FRANÇA, 1807, tradução nossa).

Verifica-se da análise do mencionado dispositivo que a *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – EURL não constitui um novo tipo societário. Trata-se, em verdade, do nome atribuído à *société à responsabilité limitée* – SARL que possui um único sócio. Esta constatação traz maior eficiência ao ingresso de novos sócios na sociedade, visto que não se mostra necessário realizar a transformação do tipo societário. De fato, basta alterar o ato constitutivo da sociedade unipessoal (aumento de capital ou cessão de cotas) para que um novo sócio ingresse na sociedade.

A constituição da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – EURL pode se dar tanto de forma originária quanto de forma derivada.

⁷² Article 1832 - La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

⁷³ Article L223-1 - La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Embora a constituição originária tenha sido limitada inicialmente a uma *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – *EURL* por pessoa natural (art. 36-2 da Lei 66-537, de 24 julho de 1966⁷⁴), essa restrição foi superada pela Ordonnance 2000-912, de 18 setembro de 2000, que consolidou o *Code de Commerce*.

A constituição derivada, por sua vez, é caracterizada pela concentração de todas as participações sociais nas mãos do sócio único. Com efeito, o art. L223-4 do *Code de Commerce* estabelece que “não se aplicam as regras concernentes à dissolução judicial previstas no art. 1844-5 do Code Civil à reunião de todas as quotas na mão do sócio único”⁷⁵. (FRANÇA, 1807, tradução nossa).

Atualmente, a única restrição sofrida pela sociedade unipessoal diz respeito à proibição de esta participar de outra sociedade limitada. No caso de violação desta regra, qualquer interessado poderá requerer a dissolução da sociedade (art. L223-5 do *Code de Commerce*⁷⁶).

A sociedade unipessoal francesa adota, como nome empresarial, a denominação social, que pode ser composta pelo nome do sócio único, sendo necessário, em qualquer caso, que o nome empresarial seja acompanhado da expressão *société à responsabilité limitée*, ou da sigla *SARL*, mais a declaração do capital social (art. L223-1 do Código Comercial francês⁷⁷).

O funcionamento da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* – *EURL* é bem semelhante ao de uma *société à responsabilité limitée* – *SARL*. Os poderes atribuídos à assembleia geral são exercidos pelo sócio único, o qual é denominado pelo art. L223-1 do Código Comercial francês de *associé unique*⁷⁸. É

⁷⁴ Article 36-2 - Une personne physique ne peut être associé unique que d'une seule société à responsabilité. [...]. (FRANÇA, 1966).

⁷⁵ Article L223- 4 - En cas de réunion en une seule main de toutes les parts d'une société à responsabilité limitée, les dispositions de l'article 1844-5 du code civil relatives à la dissolution judiciaire ne sont pas applicables.

⁷⁶ Article L223-5 - Une société à responsabilité limitée ne peut avoir pour associé unique une autre société à responsabilité limitée composée d'une seule personne.

En cas de violation des dispositions de l'alinéa précédent, tout intéressé peut demander la dissolution des sociétés irrégulièrement constituées. [...] (FRANÇA, 1807).

⁷⁷ Article L223- 1 – [...] La société est désignée par une dénomination sociale, à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, et qui doit être précédée ou suivie immédiatement des mots "société à responsabilité limitée" ou des initiales "SARL" et de l'énonciation du capital social. [...] (FRANÇA, 1807).

⁷⁸ Dispõe o art. L223-1 do *Code de Commerce*: “[...] quando a sociedade tem apenas um sócio, este é denominado sócio único. O sócio único exerce os poderes conferidos à assembleia de sócios conforme as disposições deste capítulo. [...]”. (FRANÇA, 1807, tradução nossa). No original: “[...] Lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée 'associé unique'.

vedada a delegação de poderes pelo sócio único, sendo que suas decisões unilaterais devem adotar a forma escrita e serem anotadas em um registro. (art. L223-21 do *Code de Commerce*⁷⁹).

A sociedade unipessoal pode ser administrada tanto pelo sócio único quanto por um ou mais administradores profissionais nomeados por aquele. Na hipótese de o sócio único nomear um administrador profissional, PATRICK SERLOOTEN (1994, p. 41-42) esclarece que aquele, da mesma forma que os sócios de uma sociedade pluripessoal, possui o direito de obter as informações necessárias para tomar suas decisões, podendo requerer informações ao administrador e pedir cópia dos livros e dos documentos contábeis da sociedade.

Enfim, dado que a legislação não faz qualquer distinção quanto à natureza da personalidade jurídica do *associé unique*, a doutrina⁸⁰ tem entendido que este pode ser tanto uma pessoa natural quanto uma pessoa jurídica, embora a figura da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – EURL* tenha sido imaginada, inicialmente, como um instrumento de limitação da responsabilidade do empresário individual pelos riscos da empresa.

5.1.2 Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée - EURL

A introdução da figura do *entrepreneur Individuel à responsabilité limitée – EURL*, no ordenamento jurídico francês, pela Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010, foi fruto de uma reforma legislativa⁸¹ que teve por objetivo assegurar ao empresário individual um instrumento eficaz de proteção patrimonial, visto que os institutos da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – EURL* e da *Déclaration d'insaisissabilité* tiveram um baixo índice de utilização pelos empresários.

L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre. [...].

⁷⁹ Estabelece o art. L223-31 do *Code de Commerce*: “[...] o sócio único não pode delegar seus poderes. Suas decisões, tomadas no lugar da assembleia, serão objeto de registro. [...]”. (FRANÇA, 1807, tradução nossa). No original: “[...] “l'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions, prises au lieu et place de l'assemblée, sont répertoriées dans un registre. [...]”.

⁸⁰ Esta é a opinião de PATRICK SERLOOTEN (1994, p. 24).

⁸¹ A Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010, foi responsável pela adoção da teoria do patrimônio de afetação na França, rompendo, por conseguinte, com a ideia bisseccular de que o patrimônio seria uno e indivisível. A aludida lei pautou-se no princípio da liberdade de escolha do empresário individual, que não deve ser forçado a constituir uma sociedade para proteger seu patrimônio e a sua família, e no princípio do incentivo do espírito empresarial, a fim de evitar que o colapso da empresa transforme-se em sinônimo de ruína pessoal e familiar. (FRANÇA, 2011, p. 03).

A referida reforma legislativa apresenta como antecedente histórico os trabalhos da comissão liderada por CLAUDE CHAMPAUD em torno da teoria do patrimônio de afetação. Todavia, embora a Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010, tenha sido inspirada no projeto de CLAUDE CHAMPAUD, a figura do *entrepreneur Individuel à responsabilité limitée* – EIRL não se confunde com a *entreprise personnelle à responsabilité limitée*, idealizada pelo professor francês.

É que a *entreprise personnelle à responsabilité limitée* pressupõe a divisão do patrimônio do empresário individual em três massas patrimoniais, enquanto a figura do *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* – EIRL propõe a limitação da responsabilidade do empresário individual mediante a divisão do patrimônio deste em duas massas patrimoniais – o patrimônio pessoal e o patrimônio afetado à exploração da empresa. Isso é o que se infere do art. L526-6 do *Code de Commerce*:

Artigo L526-6

Todo empresário individual poderá afetar à sua atividade profissional um patrimônio separado do seu patrimônio pessoal, sem a criação de uma pessoa jurídica.

Este patrimônio separado é composto por todos os bens, direitos, obrigações e títulos de titularidade do empresário individual que sejam necessários ao exercício de sua atividade profissional. O patrimônio de afetação também pode incluir outros bens, direitos, obrigações e títulos de titularidade do empresário individual, que sejam afetados ao exercício de sua atividade profissional. Um mesmo bem, direito, obrigação ou título somente poderá compor um único patrimônio de afetação⁸². (FRANÇA, 1807, tradução nossa).

Portanto, a figura do *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* – EIRL caracteriza-se pela afetação, pelo empresário individual, de parte do seu patrimônio à exploração da empresa, sem que esse patrimônio separado constitua uma nova personalidade jurídica. Tal instituto é capaz de promover a limitação da responsabilidade do empresário individual na medida em que somente o patrimônio afetado ao exercício da empresa responderá, após à sua constituição, pelas dívidas

⁸² Article L526-6 - Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté. [...]

contraídas, pelo empresário individual, na exploração de sua atividade econômica (art. L526-12 do Código Comercial francês⁸³).

No exercício de sua atividade, o empresário deverá adotar a firma social, composta por seu nome mais a expressão *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* ou da sigla *EIRL*. (art. L526-6, do *Code de Commerce*⁸⁴).

O patrimônio separado será constituído pelo empresário individual mediante a apresentação da declaração de afetação de bens: i) ao registro público legal onde o empresário é registrado; ii) ao registro público legal escolhido pelo empresário caso este possua dois registros; iii) ao registro mantido na secretaria do tribunal competente em matéria comercial do lugar onde se situa o estabelecimento principal das pessoas que não têm registro; iv) e à câmara de agricultura competente para o empresário rural. (art. L526-7 do Código Comercial francês⁸⁵).

De acordo com o art. L526-8 do Código Comercial francês⁸⁶, a declaração de afetação apresentada pelo empresário individual ao registro público competente deverá conter: i) a descrição dos bens, direitos, obrigações e títulos utilizados na exploração de sua atividade profissional, em natureza, qualidade e quantidade em valor; ii) a menção do objeto da atividade profissional à qual o patrimônio foi afetado;

⁸³ Article L526-12 - [...] Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil :

1° Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ;

2° Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté. (FRANÇA, 1807).

⁸⁴ Article L526-6 – [...] Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots: "Entrepreneur individuel à responsabilité limitée" ou des initiales: "EIRL". (FRANÇA, 1807).

⁸⁵ Article 526-7 - La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration effectuée:

1° Soit au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur individuel est tenu de s'immatriculer;

2° Soit au registre de publicité légale choisi par l'entrepreneur individuel en cas de double immatriculation; dans ce cas, mention en est portée à l'autre registre;

3° Soit, pour les personnes physiques qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale, à un registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal;

4° Soit, pour les exploitants agricoles, auprès de la chambre d'agriculture compétente. (FRANÇA, 1807).

⁸⁶ Article 526-8 - Les organismes chargés de la tenue des registres mentionnés à l'article L. 526-7 n'acceptent le dépôt de la déclaration visée au même article qu'après avoir vérifié qu'elle comporte:

1° Un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur;

2° La mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. La modification de l'objet donne lieu à mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 527-7;

3° Le cas échéant, les documents attestant de l'accomplissement des formalités visées aux articles L. 526-9 à L. 526-11. (FRANÇA, 1807).

iii) e, se necessário, a prova do cumprimento das formalidades previstas nos arts. L526-9 a L529-11 do *Code de Commerce*⁸⁷.

Os efeitos da declaração de afetação de bens com relações aos credores são regulamentados pelo art. 526-12 do *Code de Commerce*⁸⁸, o qual estabelece que a separação patrimonial somente será oponível aos credores, cujos créditos sejam constituídos posteriormente à publicação da declaração de afetação. A declaração poderá, contudo, ser oponível aos credores, cujo crédito seja constituído anteriormente à sua publicação, desde que o empresário individual os mencione na declaração e os notifique das condições previstas no regulamento da Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010. Nesta hipótese, os credores poderão apresentar oposição dentro do prazo fixado no mencionado regulamento. Tal oposição será julgada por um Tribunal, ao qual caberá rejeitá-la ou impor ao empresário a amortização das dívidas ou o oferecimento de garantias. Em qualquer caso, a oposição apresentada por credores, cujo crédito seja constituído anteriormente à publicação da declaração de afetação, não constitui obstáculo à constituição do patrimônio separado, visto que a procedência da oposição somente implicará a ineficiência da declaração com relação a eles.

⁸⁷ O art. L526-9 refere-se às formalidades necessárias à afetação, pelo empresário individual, de um imóvel à exploração da empresa. Segundo o mencionado dispositivo, a afetação do imóvel será realizada por meio da averbação da declaração de afetação no registro imobiliário competente. O descumprimento desta regra importa a ineficácia da afetação. O art. L529-10, por sua vez, diz respeito à obrigação do empresário de realizar a avaliação de todos os bens componentes do ativo do patrimônio afetado, diferentes de dinheiro, cujo valor seja superior a uma quantia fixada pelo Decreto que regulamentar a Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010. O descumprimento desta norma implica a responsabilidade ilimitada do empresário individual pela diferença entre o valor declarado do bem e a quantia fixada pelo referido Decreto. Por fim, o art. L526-11 alude ao dever do empresário de obter o consentimento dos coproprietários ou de seu cônjuge para a afetação de bens comuns ou indivisíveis. O desrespeito ao mencionado dispositivo também resulta na inoponibilidade da afetação.

⁸⁸ Article L526 -12 - La déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-7 est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt.

Elle est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable dans un délai fixé par voie réglementaire. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes.

A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la déclaration est inopposable aux créanciers dont l'opposition a été admise.

L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté. [...].(FRANÇA, 1807).

Ainda sobre o a responsabilidade do empresário individual, o art. L526-12 do *Code de Commerce*⁸⁹ estabelece que, na hipótese de os bens não afetados à exploração da empresa serem insuficientes para satisfazer os credores pessoais, estes poderão requerer a penhora dos resultados recebidos pelo empresário em razão do exercício de sua atividade profissional.

Neste particular, deve-se ressaltar que, de acordo com o art. L526-18 do Código Comercial francês⁹⁰, cabe ao próprio empresário individual determinar o resultado obtido com a exploração da empresa, o qual será revertido para seu patrimônio pessoal.

A instituição de mecanismos de controle por terceiros do patrimônio separado é regulamentada pelo art. L526-13 do Código Comercial francês⁹¹, o qual impõe ao empresário individual a obrigação de manter uma contabilidade própria para o patrimônio de afetação. Esta contabilidade poderá ser simplificada para os microempresários. Em todo o caso, o descumprimento da referida norma, bem como a existência de fraudes, implica a responsabilidade ilimitada⁹² do empresário individual, isto é, este passará a responder com todos os seus bens pessoais pelas dívidas contraídas no exercício de sua atividade econômica.

O falecimento do empresário individual não implica a liquidação automática do patrimônio de afetação criado pela legislação francesa⁹³. O herdeiro ou sucessor poderá, dentro do prazo de três meses contados do falecimento,

⁸⁹ Article L526-12 – [...] En cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers mentionnés au 2° du présent article peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos. (FRANÇA, 1807).

⁹⁰ Article L526-18 - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté. (FRANÇA, 1807).

⁹¹ Article L526-13 - L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27.

Par dérogation à l'article L. 123-28 et au premier alinéa du présent article, l'activité professionnelle des personnes bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0, 64 et 102 ter du code général des impôts fait l'objet d'obligations comptables simplifiées.

L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté. (FRANÇA, 1807).

⁹² Article L526-12 - Toutefois, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13. (FRANÇA, 1807).

⁹³ Article L526-16 - Par dérogation à l'article L. 526-15, l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté. La personne ayant manifesté son intention de poursuivre l'activité professionnelle en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 dans un délai de trois mois à compter de la date du décès.[...] (FRANÇA, 1807).

manifestar sua vontade em continuar a atividade econômica explorada pelo empresário individual.

O patrimônio de afetação também poderá ser objeto de cessão (onerosa ou gratuita) ou de integralização ao capital de uma pessoa jurídica sem que seja necessário realizar sua liquidação (art. L526-17 do *Code de Commerce*⁹⁴).

Contudo, deve-se esclarecer que, na hipótese de o patrimônio separado ser objeto de cessão, os bens, direitos, obrigações e títulos que o compõem continuarão afetados à exploração da empresa, cabendo ao cessionário apresentar uma declaração de transferência ao registro público competente e publicar a referida declaração.

No caso de o patrimônio separado ser transferido ou integralizado ao capital de uma pessoa jurídica, a legislação francesa impõe a cessação da afetação patrimonial, devendo a pessoa jurídica que receber o patrimônio publicar um documento informando a transferência.

Nessas duas hipóteses, as publicações realizadas deverão conter a discriminação dos bens, direitos, obrigações e títulos que compõem o patrimônio de afetação transferido, sob pena de a transferência não ser oponível a terceiros. Os cessionários do patrimônio separado tornar-se-ão devedores dos credores empresariais no lugar do empresário individual, sem que essa substituição implique a novação das dívidas.

⁹⁴ Article L526-17 - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs ou apporter en société l'intégralité de son patrimoine affecté et en transférer la propriété dans les conditions prévues aux II et III du présent article sans procéder à sa liquidation.

II. — La cession à titre onéreux ou la transmission à titre gratuit entre vifs du patrimoine affecté à une personne physique entraîne sa reprise avec maintien de l'affectation dans le patrimoine du cessionnaire ou du donataire. Elle donne lieu au dépôt par le cédant ou le donateur d'une déclaration de transfert au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L.526-7 et fait l'objet d'une publicité. La reprise n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de ces formalités.

La cession du patrimoine affecté à une personne morale ou son apport en société entraîne transfert de propriété dans le patrimoine du cessionnaire ou de la société, sans maintien de l'affectation. Elle donne lieu à publication d'un avis. Le transfert de propriété n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de cette formalité.

III. — La déclaration ou l'avis mentionnés au II sont accompagnés d'un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés composant le patrimoine affecté.

Les articles L. 141-1 à L. 141-2 ne sont pas applicables à la cession ou à l'apport en société d'un fonds de commerce intervenant par suite de la cession ou de l'apport en société d'un patrimoine affecté.

Le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée mentionnés au 1° de l'article L. 526-12 en lieu et place de celui-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard. [...] (FRANÇA, 1807).

Por fim, resta mencionar que a Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010, limitou temporariamente a constituição de patrimônios de afetação a apenas um por empresário individual. De acordo com o art. 14 da referida lei⁹⁵, a constituição de mais de um patrimônio de afetação por um mesmo empresário individual somente será permitida após o dia 1º de janeiro de 2013.

5.2 Portugal

A adoção das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual em Portugal se deu de forma inversa à experiência francesa. É que, enquanto o legislador francês adotou primeiramente a forma societária para somente depois instituir o patrimônio separado, o legislador português, em razão da hegemonia da teoria contratualista naquele país, preferiu instituir inicialmente a técnica do patrimônio de afetação para somente depois admitir a constituição de uma sociedade por quotas, por uma única pessoa.

A introdução da teoria do patrimônio separado, no ordenamento jurídico português, foi realizada pelo Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986, que criou o estabelecimento individual de responsabilidade limitada – EIRL com o objetivo de proteger o patrimônio do empresário individual, bem como de reduzir a proliferação das sociedades fictícias. Observa-se da exposição de motivos do referido Decreto-lei que a opção do legislador pela teoria do patrimônio separado teve como fundamento a hegemonia da teoria do contratualista entre os portugueses, os quais não admitiam a constituição originária de uma sociedade unipessoal. Confira-se:

[...] 6. Quanto, porém, ao nosso país, as coisas não se apresentam do mesmo modo: as razões apontadas no número anterior não valem aqui com a mesma intensidade.

É certo que a ideia da sociedade com um único sócio encontra hoje aceitação generalizada tanto na doutrina como na prática, e até o novo Código das Sociedades Comerciais, vencidas algumas hesitações, lhe dará consagração igual àquela que um importante sector da doutrina nacional de há muito vinha preconizando.

Mas, em contrapartida, não deixa de ser verdade que entre nós (diferentemente do que acontece na Alemanha) nunca se admitiu – entre outras razões, por fidelidade à ideia da sociedade-contrato – a unipessoalidade originária. E não menos certo é, por outro lado, que (e também ao invés do que se passa naquele país) as contribuições doutrinárias portuguesas sobre a regulamentação jurídica específica das sociedades de

⁹⁵ Article 14, II. — Un même entrepreneur individuel peut constituer plusieurs patrimoines affectés à compter du 1er janvier 2013. (FRANÇA, 2010).

um único sócio são escassas. A hipótese configurada no artigo 488.º daquele novo Código repercute um regime excepcional, que não altera esta forma de ver as coisas.

Eis porque, tudo pesado, não parece que a figura da sociedade unipessoal, nos latos termos em que passou a ser emitida no direito alemão e francês, seja em Portugal o instrumento jurídico mais apropriado para a solução do problema da limitação de responsabilidade do empresário individual. Mais lógico e mais conforme com os princípios tradicionais do nosso direito se apresenta o outro caminho apontado: a criação de um novo instituto jurídico – o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada. Esta se afigura ser a solução preferível, apesar da inovação que representa e das acrescidas dificuldades de regulamentação que determina. [...] (PORTUGAL, 1986).

No entanto, a iniciativa legislativa do estabelecimento individual de responsabilidade limitada não obteve êxito no quotidiano empresarial, visto que o referido instituto foi pouco utilizado pelos empresários individuais. O número de estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada teve grande decréscimo no período entre 1996 e 2000:

os dados que nos foram fornecidos indicam que, se em 1996 ainda se constituíram 419, em 1997 o número de EIRL constituídos desceu para 226 e em 1998 para 82, em 1999 para 23 e, em 2000, criaram-se 56 EIRL. (SANTOS COSTA, 2002, p. 263).

Diante do fracasso da figura do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, o legislador português, seguindo os preceitos gerais fixados pela Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias, criou a sociedade unipessoal por quotas - SQU, que foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo Decreto-lei 257, de 31 de dezembro de 1996.

A sociedade unipessoal por quotas teve grande aceitação perante os empresários portugueses. Segundos dados estatísticos divulgados pelo Instituto dos Registos e do Notariado, no período entre 14 de julho de 2005 e 31 de dezembro de 2011, foram constituídas 54.854 (cinquenta e quatro mil, oitocentos e cinquenta e quatro) sociedades unipessoais por quotas num universo de 123.458 (cento e vinte e três mil, quatrocentos e cinquenta e oito) sociedades. Confira-se:

Tabela 05 - Total de empresas constituídas por natureza jurídica, de 14/07/2005 a 31/12/2011, em Portugal

Natureza Jurídica	Quantidade	Percentual
Sociedades anónimas	1.123	1%
Sociedades por quotas	67.481	55%
Sociedades unipessoais por quotas	54.854	44%
Total	123.458	100%

Fonte: INSTITUTO DOS REGISTROS E DO NOTARIADO, 2011.

Deve-se esclarecer que a lei que introduziu a sociedade unipessoal por quotas, no ordenamento jurídico português, não revogou a figura do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Portanto, atualmente, a pessoa natural que explora individualmente a empresa possui duas opções para organizar sua atividade econômica com responsabilidade limitada: o estabelecimento individual de responsabilidade limitada – EIRL e a sociedade unipessoal por quotas – SQU.

Passa-se, a seguir, a analisar os dois recursos previstos na legislação portuguesa para limitar a responsabilidade do empresário individual.

5.2.1 Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada - EIRL

A figura do estabelecimento individual de responsabilidade limitada foi introduzida no ordenamento jurídico português com a finalidade de proteger o patrimônio e a família do empresário individual, além de reduzir ou acabar com a prática empresarial de constituição de sociedades fictícias ou de favor para limitar a responsabilidade pessoal do empresário pelos riscos do empreendimento.

O referido instituto apresenta a natureza jurídica de um estabelecimento empresarial dotado de um regime especial de proteção de terceiros, eis que somente os bens e direitos que o compõem respondem pelas dívidas contraídas por seu titular na exploração da empresa. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO (2005, p. 485):

o EIRL é, de facto, um estabelecimento comercial, colocado numa situação especial que permite a responsabilidade limitada. Há traços do seu regime que reflectem bem os progressos obtidos ao longo do século XX no tratamento do tema: veja-se o artigo 21.º/1, acima transcrito.

A situação especial em que se coloca o EIRL e a necessidade de proteger terceiros e o comércio em geral levaram o legislador a formalizar alguns aspectos do estabelecimento em jogo. Designadamente: os bens que o compõem não são, *ad nutum*, os que sejam afectados ao comércio mas antes aqueles que constem do título constitutivo.

Não obstante, muitos dos valores contemplados pelo EIRL têm diretamente a ver com o estabelecimento comercial. As regras daquele podem, após verificação, funcionar como auxiliares de aplicação para resolver problemas do estabelecimento em geral. E inversamente.

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode ser constituído por qualquer pessoa natural que não possua⁹⁶ outro EIRL e demonstre a intenção de explorar alguma atividade empresária mediante a afetação de parcela de seu patrimônio ao exercício desta atividade. O patrimônio destinado formalmente, pelo interessado, à exploração da empresa servirá de capital inicial do EIRL.

O ato constitutivo do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, que será levado a registro e posteriormente publicado⁹⁷, deverá adotar a forma escrita, salvo se outra forma mais solene não for exigida, pela legislação, para a transferência dos bens que comporão seu capital inicial. De acordo com o art. 2º, n. 2, do Decreto-lei 248/86:

o documento de constituição deve conter:

- a) A firma, sede, objecto e capital do estabelecimento;
- b) A declaração de que se procedeu ao depósito das quantias liberadas, nos termos do artigo 3.º, e de que foram feitas as entradas em espécie, se as houver;
- c) O nome, a nacionalidade e o domicílio do titular do estabelecimento e ainda a firma, se a tiver;
- d) A data em que o estabelecimento inicia a sua actividade e o respectivo prazo de duração, se não for constituído por tempo indeterminado;
- e) O montante aproximado dos impostos ou taxas a cujo pagamento o titular fique sujeito em virtude da constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. (PORTUGAL, 1986).

No exercício de sua atividade, o titular do estabelecimento deverá adotar a firma empresarial (art. 2º, n. 3, do Decreto-lei 248/86⁹⁸), a qual será constituída por seu nome acrescido do objeto da atividade e da expressão estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou da sigla EIRL.

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada deverá possuir um capital mínimo de €5.000,00 (cinco mil euros), sendo que, pelo menos, 2/3 deste valor deverá ser integralizado mediante depósito em moeda corrente em uma instituição financeira. A integralização do capital por meio de outros bens deverá ser

⁹⁶ O art. 1º do Decreto-lei 248/86 impõe a restrição de que “uma pessoa só pode ser titular de um único estabelecimento individual de responsabilidade limitada.” (PORTUGAL, 1986).

⁹⁷ De acordo com o art. 7º do Decreto-lei 258-86, o ato constitutivo do estabelecimento individual de responsabilidade limitada somente terá eficácia perante terceiros após sua publicação. (PORTUGAL, 1986).

⁹⁸ Dispõe o art. 2º, n. 3, do Decreto-lei 248/86: “a firma do estabelecimento será constituída pelo nome do titular, acrescido ou não de uma referência ao objecto do comércio nele exercido, e incluirá sempre o aditamento «estabelecimento individual de responsabilidade limitada» ou a sigla «E. I. R. L.»” (PORTUGAL, 1986).

precedida de avaliação realizada por revisor oficial de contas. (art. 3º do Decreto-lei 248/86)⁹⁹.

A administração do estabelecimento individual de responsabilidade limitada será exercida exclusivamente por seu titular, o qual poderá receber um *pro labore* estipulado, no máximo, em três vezes o valor do salário-mínimo português.

O regime de responsabilidade do titular do EIRL pelas dívidas contraídas no exercício da empresa é regulamentado pelo art. 11º, n. 1, do Decreto-lei 248/86, o qual estabelece que “pelas dívidas resultantes de actividades compreendidas no objecto do estabelecimento individual de responsabilidade limitada respondem apenas os bens a este afectados”. (PORTUGAL, 1986).

Contudo, deve-se esclarecer que o regime de limitação de responsabilidade criado pela legislação portuguesa não implica necessariamente a criação de dois centros distintos de imputação de responsabilidade no sentido de que o patrimônio separado somente responderia pelas dívidas contraídas no exercício da empresa e de que o patrimônio pessoal – não afetado – apenas responderia pelas dívidas pessoais do titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

É que, de acordo com o art. 22º do Decreto-lei 248/86¹⁰⁰, o patrimônio destinado à exploração da empresa poderá, eventualmente, ser penhorado pelos

⁹⁹ Artigo 3º

Capital social e a sua formação

1 - O montante do capital é sempre expresso em moeda com curso legal em Portugal.

2 - O capital mínimo do estabelecimento não pode ser inferior a 5000 euros.

3 - O capital será realizado em numerário, coisas ou direitos susceptíveis de penhora, não podendo a parte em numerário ser inferior a dois terços do capital mínimo.

4 - O capital deve estar integralmente liberado no momento em que for requerido o registo do estabelecimento e a parte em numerário, deduzidas as quantias referidas na alínea e) do n.º 2 do artigo 2.º, encontrar-se depositada numa instituição de crédito à ordem do titular do estabelecimento há menos de três meses.

5 - O depósito referido no número anterior deve ser realizado em conta especial, que só pode ser movimentada após o registo definitivo do acto constitutivo.

6 - O depositante pode dispor livremente das quantias depositadas se o registo da constituição do estabelecimento não for pedido no prazo de três meses a contar do depósito.

7 - Se houver entradas em espécie, o pedido do registo da constituição do estabelecimento deve ser instruído com um relatório elaborado por revisor oficial de contas em que se descreva o seu objecto e se indiquem os critérios da respectiva avaliação e o valor atribuído a cada uma delas.

8 - Se os bens referidos no número anterior determinarem, pela sua natureza, forma mais solene para a constituição do estabelecimento, o referido relatório deve ser apresentado no momento do acto constitutivo. (PORTUGAL, 1986).

¹⁰⁰ Dispõe o art. 22º do Decreto-lei 248/86: “na execução movida contra o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada por dívidas alheias à respectiva exploração, os credores só poderão penhorar o estabelecimento provando a insuficiência dos restantes bens do devedor”. (PORTUGAL, 1986).

credores pessoais do titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, desde que aqueles comprovem a insuficiência de bens pessoais deste.

Destarte, o sistema de afetação criado pela legislação portuguesa instaurou um conflito virtual entre os credores empresariais e os credores pessoais do titular do estabelecimento. Isso porque aqueles, em princípio, somente podem fazer valer seu crédito sobre o patrimônio afetado à exploração da empresa (art. 10º, n. 1, do Decreto-lei 248/86)¹⁰¹, enquanto estes podem cobrar seu crédito sobre o patrimônio pessoal do titular do estabelecimento e, eventualmente, sobre o patrimônio destinado à exploração da atividade econômica, desde que comprovada a insuficiência de bens pessoais (art. 22º do Decreto-lei 248/86).

Por fim, resta mencionar que, de acordo com o art. 24º do Decreto-lei 248/86¹⁰², o EIRL entrará em liquidação¹⁰³ nas seguintes hipóteses: i) declaração expressa do seu titular; ii) decurso do prazo fixado no ato constitutivo; iii) declaração, por sentença, da insolvência de seu titular; iv) e fracasso da alienação judicial em execução proposta pelos credores pessoais do titular do EIRL que comprovarem a insuficiência de bens pessoais deste.

5.2.2 Sociedade Unipessoal por Quotas – SQU

A inserção da técnica societária de limitação da responsabilidade do empresário individual na legislação portuguesa está relacionada à tentativa de Portugal de adequar seu ordenamento jurídico à Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias e ao fracasso do instituto do estabelecimento individual de responsabilidade limitada – EIRL, que não foi capaz de alcançar seu

¹⁰¹ Estabelece o art. 10º, n. 1, do Decreto-lei 248/86: “sem prejuízo do disposto no artigo 22.º, o património do estabelecimento individual de responsabilidade limitada responde unicamente pelas dívidas contraídas no desenvolvimento das actividades compreendidas no âmbito da respectiva empresa”. (PORTUGAL, 1986).

¹⁰² Artigo 24º

Casos de liquidação imediata

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada entra imediatamente em liquidação:

a) Por declaração do seu titular, expressa em documento particular;
b) Pelo decurso do prazo fixado no acto constitutivo;
c) Pela sentença que declare a insolvência do titular;
d) Pela impossibilidade de venda judicial na execução movida por um dos credores do titular, ao abrigo do artigo 22º. (PORTUGAL, 1986).

¹⁰³ Conforme o exposto no item 4.2.1 desta Dissertação, o falecimento do titular do estabelecimento não implica a liquidação imediata do EIRL, uma vez que os herdeiros e o cônjuge sobrevivente possuem o prazo de 90 (noventa) dias para deliberar sobre o destino a ser atribuído ao patrimônio separado.

principal objetivo: reduzir ou acabar com a prática empresarial de constituição de sociedades fictícias. Isso é o que se verifica da exposição de motivos do Decreto-lei 257, de 31 de dezembro de 1996:

2 - 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 deste 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.

Na verdade, estas sociedades podem facilitar o aparecimento e, sobretudo, o desenvolvimento de pequenas empresas, que, como é reconhecido, constituem, principalmente em épocas de crise, um factor não só de estabilidade e de criação de emprego mas também de revitalização da iniciativa privada e da actividade económica em geral. Permitem, efectivamente, que os empreendedores se dediquem, sem recurso a sociedades fictícias indesejáveis, à actividade comercial, beneficiando do regime da responsabilidade limitada.

A criação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, não atingiu esses resultados. Fiel à doutrina tradicional, o legislador de então não conseguiu ultrapassar a concepção contratualista da sociedade e por isso rejeitou qualquer concessão à sua concepção institucional. Quedou-se pela constituição de um património autónomo afectado a um fim determinado, mas desprovido dos benefícios da personalidade jurídica. Afastou-se expressamente das soluções já nessa altura adoptadas pela Alemanha e pela França. Portugal tornou-se o único Estado membro da Comunidade Europeia a optar pela via do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Teve-se como indiscutível que a sociedade unipessoal não era instrumento apropriado à realidade do nosso país e daí enveredar-se por uma pretensa e difícil inovação. Negou-se a personalização a algo que a reclamava.

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 excepção 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.

Foi esta realidade que justificou a Directiva n.º 89/667/CE, bem como as alterações legislativas ocorridas, designadamente em Espanha com a Lei 2/1995, de 23 de Março, em França com a Lei n.º 85/697, de 11 de Julho, na Itália com o Decreto Legislativo n.º 88, de 3 de Março de 1993, e na Bélgica com a Lei de 14 de Julho de 1987.

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 este novo tipo de sociedade constitua mais uma escolha que facilite a sua legalização e uma adaptação maior ao importante papel que desempenham no tecido económico nacional.

Daí que a criação de sociedades unipessoais por quotas possa ser originária ou superveniente. Não se acolhe, nesta fase inicial, a

possibilidade, que a prática imporá ou não, da criação autónoma e por tempo indeterminado da sociedade anónima unipessoal.

Para a cabal prossecução dos objectivos enunciados, foram consagrados alguns princípios de segurança, tanto do sócio único como de terceiros.

Foram também tidas em conta as injunções da referida directiva e a necessidade de prosseguir na via da harmonização das legislações dos Estados membros da União Europeia. (PORTUGAL, 1996).

A constituição da sociedade unipessoal portuguesa tanto pode se dar de forma originária, mediante ato unilateral do seu sócio único (pessoa natural ou pessoa jurídica), quanto de forma derivada ou superveniente, por meio da concentração de todas as participações societárias na titularidade do sócio único.

A técnica societária portuguesa de limitação da responsabilidade do empresário individual também pode ser constituída por meio da transformação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada – EIRL em uma sociedade unipessoal por quotas, bastando, para tanto, a declaração de vontade escrita do seu titular. (art. 270º-A do Código das Sociedades Comerciais¹⁰⁴).

O funcionamento da sociedade unipessoal portuguesa é bem similar ao de uma sociedade por quotas, visto que o art. 270º-G do Código das Sociedades Comerciais estabelece que “às sociedades unipessoais por quotas aplicam-se as normas que regulam as sociedades por quotas, salvo as que pressupõem a pluralidade de sócios”. (PORTUGAL, 1986).

A principal exceção à mencionada regra encontra-se prevista no art. 270º-E do Código das Sociedades Comerciais¹⁰⁵, o qual atribui ao sócio único os poderes

¹⁰⁴ Artigo 270.º-A

Constituição

1 - A sociedade unipessoal por quotas é constituída por um sócio único, pessoa singular ou colectiva, que é o titular da totalidade do capital social.

2 - A sociedade unipessoal por quotas pode resultar da concentração na titularidade de um único sócio das quotas de uma sociedade por quotas, independentemente da causa da concentração.

3 - A transformação prevista no número anterior efectua-se mediante declaração do sócio único na qual manifeste a sua vontade de transformar a sociedade em sociedade unipessoal por quotas, podendo essa declaração constar do próprio documento que titule a cessão de quotas.

4 - Por força da transformação prevista no n.º 3 deixam de ser aplicáveis todas as disposições do contrato de sociedade que pressuponham a pluralidade de sócios.

5 - O estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode, a todo o tempo, transformar-se em sociedade unipessoal por quotas, mediante declaração escrita do interessado. (PORTUGAL, 1986).

¹⁰⁵ Artigo 270.º-E

Decisões do sócio

1 - Nas sociedades unipessoais por quotas o sócio único exerce as competências das assembleias gerais, podendo, designadamente, nomear gerentes.

2 - As decisões do sócio de natureza igual às deliberações da assembleia geral devem ser registadas em acta por ele assinada. (PORTUGAL, 1986).

da assembleia geral¹⁰⁶, devendo suas decisões ser registradas por escrito em atas assinadas por ele.

A administração da sociedade unipessoal poderá ser delegada pelo sócio único a terceiros. Nesta hipótese, as funções exercidas pelo sócio único, por meio da assembleia geral, ficariam mais evidenciadas, visto que a assembleia geral, além de poder ser convocada por pessoa distinta do sócio único (por exemplo, o administrador profissional), serviria como local de discussão das decisões a serem tomadas pelo sócio único.

No que toca à proteção dos terceiros que, porventura, negociem com a sociedade unipessoal, o legislador português buscou tutelá-los mediante a estipulação de regras específicas referentes: i) à celebração de contratos entre o sócio único e a sociedade unipessoal por quotas; ii) à denominação social; iii) e à quantidade de sociedades unipessoais que possam ser constituídas por uma única pessoa natural.

Em primeiro lugar, o legislador procurou regular e restringir os negócios realizados entre o sócio único e a sociedade com o intuito de evitar a manipulação da pessoa jurídica para fins diversos daqueles para a qual ela foi concebida e estruturada. Neste contexto, o art. 270-F do Código das Sociedades Comerciais¹⁰⁷ estabelece que os contratos celebrados entre a sociedade unipessoal e o sócio único devem respeitar três requisitos para serem considerados válidos, sob pena de responsabilização ilimitada do sócio. O primeiro desses requisitos refere-se ao conteúdo do negócio jurídico celebrado, uma vez que este, além de servir para a

¹⁰⁶ SANTOS COSTA (2002, p. 556-557) define a assembleia geral de uma sociedade unipessoal por quotas como “um centro de atribuição de um conjunto de faculdades, mas não pode ser entendida na sua concepção elementar de reunião de sócios e interorgânica ou junta com procedimento colegial. Porque não pode representar essa realidade se não há colectivo para reunir; a assembleia só perdura enquanto se afigura como órgão-função dotado de uma certa esfera de competências, no sentido de que o sócio único se identifica nas atribuições que a caracterizam”. Portanto, a assembleia geral de uma sociedade unipessoal constitui o órgão por meio do qual o sócio único torna pública e eficaz as decisões tomadas em função do interesse social. Trata-se do órgão por meio da qual a sociedade externa a sua vontade.

¹⁰⁷ 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.

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. (PORTUGAL, 1986).

consecução do objeto social, deve estar previamente autorizado no ato constitutivo da sociedade. A segunda exigência diz respeito à forma do negócio jurídico, eis que este deve observar, no mínimo, a forma escrita, se outra forma mais solene não for prescrita em lei. Por fim, o terceiro requisito alude ao dever do sócio único de dar publicidade aos instrumentos dos negócios jurídicos celebrados com a sociedade, mediante a disponibilidade desses documentos, na sede da sociedade, para a consulta de qualquer interessado.

Em segundo lugar, o legislador procurou atribuir maior transparência aos negócios jurídicos celebrados entre a sociedade unipessoal e terceiros. Com efeito, o art. 270-B do Código das Sociedades Comerciais¹⁰⁸ prevê que o nome da sociedade deverá ser constituído pela expressão sociedade unipessoal, ou pela palavra unipessoal, seguida da palavra limitada ou da sigla Lda. Desse modo, qualquer pessoa que se relacionar com a sociedade saberá de antemão que se trata de uma sociedade unipessoal, e que o sócio único responde limitadamente pelos riscos do empreendimento.

Em terceiro lugar, o legislador procurou evitar a proliferação de sociedades unipessoais constituídas por uma mesma pessoa natural com o intuito de evitar a cisão do patrimônio do empresário individual em vários patrimônios e, por conseguinte, impedir a degradação da garantia dos credores. Neste particular, o art. 270-C do Código das Sociedades Comerciais¹⁰⁹ dispõe que um empresário individual só poderá ser sócio único de uma sociedade unipessoal, sendo que uma sociedade unipessoal não pode ter como sócia única outra sociedade unipessoal, sob pena de ter sua dissolução administrativamente requerida por qualquer interessado.

SANTOS COSTA (2002, p. 290-291) critica a aludida restrição ao argumento de que a simples proibição de constituição de mais de uma sociedade

¹⁰⁸ Artigo 270º - B

Firma

A firma destas sociedades deve ser formada pela expressão 'sociedade unipessoal' ou pela palavra 'unipessoal' antes da palavra 'Limitada' ou da abreviatura 'Lda.' (PORTUGAL, 1986).

¹⁰⁹ Artigo 270º-C

Efeitos da unipessoalidade

1 - Uma pessoa singular só pode ser sócia de uma única sociedade unipessoal por quotas.

2 - Uma sociedade por quotas não pode ter como sócio único uma sociedade unipessoal por quotas.

3 - No caso de violação das disposições dos números anteriores, qualquer interessado pode requerer a dissolução das sociedades por via administrativa.

4 - O serviço de registo competente concede um prazo de 30 dias para a regularização da situação, o qual pode ser prorrogado até 90 dias a pedido dos interessados. (PORTUGAL, 1986).

unipessoal por uma única pessoa natural não constitui uma medida efetiva de proteção dos credores. É que o empresário individual poderia afastar a incidência da referida regra por meio da constituição de sociedades fictícias ou de favor. Desse modo, a melhor forma de se resguardarem os credores, caso extinta a referida limitação, seria mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando demonstrada a existência de fraude, confusão patrimonial ou a intenção de prejudicar terceiros.

Enfim, o art. 270º-D do Código das Sociedades Comerciais¹¹⁰ demonstra a versatilidade funcional das sociedades unipessoais, ao prever que, nos casos de expansão do empreendimento com o acolhimento de novos sócios, a sociedade unipessoal pode se transformar em uma sociedade pluripessoal, mediante um simples ato de divisão e cessão de quotas ou de aumento do capital social.

Destarte, abordado o processo de internacionalização das normas da Décima Segunda Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia na França e em Portugal, passa-se a analisar as tentativas de introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual no ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁰ Artigo 270.º-D –

Pluralidade de sócios

1 - O sócio único de uma sociedade unipessoal por quotas pode modificar esta sociedade em sociedade por quotas plural através de divisão e cessão da quota ou de aumento de capital social por entrada de um novo sócio, devendo, nesse caso, ser eliminada da firma a expressão «sociedade unipessoal», ou a palavra «unipessoal», que nela se contenha.

2 - O documento que consigne a divisão e cessão de quota ou o aumento do capital é título bastante para o registo da modificação.

3 - Se a sociedade tiver adoptado antes o tipo de sociedade por quotas, passará a reger-se pelas disposições do contrato de sociedade que, nos termos do n.º 4 do artigo 270.º-A, lhe eram inaplicáveis em consequência da unipessoalidade.

4 - No caso de concentração previsto no n.º 2 do artigo 270.º-A, o sócio único pode evitar a unipessoalidade se, no prazo legal, restabelecer a pluralidade de sócios. (PORTUGAL, 1986).

6 AS TÉCNICAS DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes mesmo da criação da figura da empresa individual de responsabilidade limitada, a teoria do patrimônio separado e a técnica da sociedade unipessoal já eram admitidas pela legislação brasileira, embora fossem empregadas para fins diversos da limitação da responsabilidade do empresário individual.

A teoria do patrimônio separado, por exemplo, foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004¹¹¹, que alterou a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, com o objetivo de reduzir os riscos nas incorporações imobiliárias, mediante a delimitação da sorte de cada empreendimento aos seus próprios méritos e deméritos.

Essa legislação, que deu ao incorporador a faculdade de constituir um patrimônio de afetação por meio da individualização e segregação do terreno e das acessões de determinada incorporação imobiliária dos demais bens, direitos e obrigações componentes de seu patrimônio geral, foi editada em resposta à decretação da falência da Encol, que, segundo as exposições de motivos da Medida Provisória 2.221, de 04 de setembro de 2001, causou graves danos “ao patrimônio de seus clientes, agentes financeiros, e demais credores, dentre os quais aqueles detentores de preferências e privilégios, como é o caso dos trabalhadores e das administrações previdenciária e fiscal”. (BRASIL, 2001).

De acordo com o art. 31-A, §1º, Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964¹¹², o patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes, responde somente pelas dívidas e obrigações vinculadas à incorporação correspondente, não sendo contaminado por outros empreendimentos do incorporador, tampouco pelos efeitos da declaração da falência deste.

¹¹¹ A Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004, é fruto da conversão em lei da Medida Provisória 2.221, de 04 de setembro de 2001.

¹¹² Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. [...] (BRASIL, 1964).

O patrimônio de afetação previsto na Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, não constitui o único exemplo de emprego da teoria do patrimônio separado no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria também é utilizada como instrumento de proteção do empresário incapaz.

Com efeito, o art. 974, §2º, do Código Civil¹¹³ estabelece que os bens pessoais do empresário incapaz, anteriores à interdição ou à sucessão, não respondem pelos riscos da atividade, desde que estes bens encontrem-se descritos no alvará judicial que autorizar a continuação da empresa.

No que toca à técnica da sociedade unipessoal, tem-se que esta é empregada como instrumento de organização de grupos de sociedades, por meio do reconhecimento da possibilidade de uma sociedade brasileira constituir uma companhia unipessoal, denominada subsidiária integral¹¹⁴.

Além disso, a técnica da sociedade unipessoal também é admitida como forma de preservação temporária da empresa, quando a sociedade pluripessoal se reduz a apenas um sócio.

Neste capítulo, tratar-se-á da inserção da teoria do patrimônio de afetação e da técnica da sociedade unipessoal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como das tentativas frustradas de limitar a responsabilidade do empresário individual.

6.1 Sociedade unipessoal

A legislação brasileira adota a teoria contratualista para explicar a natureza jurídica do ato constitutivo de uma sociedade. Isso é o que se verifica do art. 981, *caput*, do Código Civil:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. (BRASIL, 2002).

¹¹³ Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização. [...] (BRASIL, 2002).

¹¹⁴ A subsidiária integral encontra-se prevista nos arts. 251 a 253 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei da sociedade por ações).

Desse modo, tendo em vista que a celebração de um contrato pressupõe a presença de, no mínimo, duas pessoas, a sociedade unipessoal é vista por parte da literatura nacional, especialmente por RUBENS REQUIÃO (2000, p. 359-360), como uma anomalia, sendo admitida em apenas duas situações excepcionais: a sociedade unipessoal permanente (subsidiária integral) e a sociedade unipessoal temporária (unipessoalidade transitória).

Contudo, impõe-se destacar que ambas as formas de sociedade unipessoal admitidas no ordenamento jurídico brasileiro não podem ser compreendidas como medidas de limitação da responsabilidade pessoal do empresário individual pelos riscos da empresa, porquanto não se referem ao exercício individual da empresa por uma pessoa natural.

É que, no que toca à subsidiária integral, a atividade econômica é exercida pela sociedade brasileira (acionista único). No que tange à sociedade unipessoal temporária, embora a empresa seja explorada pelo sócio remanescente, essa exploração possui caráter precário, pois a coletividade de sócios deve ser restabelecida em certo lapso temporal.

Portanto, ambos os institutos possuem finalidades diversas da limitação da responsabilidade do empresário individual, posto que se apresentam como instrumento para facilitar a constituição dos grupos de sociedade e para preservar a empresa, quando a sociedade pluripessoal tiver sua composição societária reduzida a um único sócio.

6.1.2 Sociedade unipessoal permanente: subsidiária Integral

A primeira modalidade de sociedade unipessoal, admitida no ordenamento jurídico brasileiro, é a subsidiária integral. Esta, segundo FRAN MARTINS (1981, p. 442), consiste em uma sociedade unipessoal permanente, constituída originariamente mediante escritura pública, por um único acionista, o qual deve, necessariamente, ser uma sociedade brasileira¹¹⁵.

A subsidiária integral também pode ser constituída de forma derivada, por meio da aquisição ou incorporação de todas as ações representativas do capital

¹¹⁵ Nos termos do art. 1.126 do Código Civil, “é nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”. (BRASIL, 2002).

social de uma companhia por outra sociedade brasileira¹¹⁶. Nesse caso, conforme aponta FRAN MARTINS (1981, p. 443), os acionistas dissidentes poderão exercer seu direito de retirada, mediante o reembolso do valor de suas ações.

A subsidiária integral deve adotar o regime de uma sociedade anônima fechada, de modo que o funcionamento daquela seja bem similar ao desta. Com efeito, a subsidiária integral pode ter um conselho fiscal; suas decisões são tomadas em assembleia geral; sua administração é exercida por uma diretoria autônoma, sendo vedada a constituição de um conselho de administração, uma vez que este, à luz do art. 146 da Lei 6.404/76¹¹⁷, deve ser composto apenas por acionistas pessoas naturais, o que exclui a possibilidade de a sociedade brasileira controladora (acionista único) participar deste órgão. (MODESTO CARVALHOSA, 2011, p. 165-169).

A inserção da subsidiária integral no ordenamento jurídico brasileiro foi justificada, pelo legislador, na tentativa de erradicar a prática das sociedades brasileiras, que se utilizavam dos “homens de palha” para cumprir o requisito formal do número mínimo de acionistas necessários à constituição de uma sociedade anônima. Dispõe a exposição de motivos da Lei 6.404/76:

Subsidiária Integral

A companhia que tem por único acionista outra sociedade brasileira é expressamente admitida e regulada no artigo 252, que dá juridicidade ao fato diário, a que se vêem constringidas as companhias, de usar “homens de palha” para subscreverem algumas ações, em cumprimento ao requisito formal de número mínimo de acionistas. Mas o Projeto não admite a companhia brasileira subsidiária integral de companhia estrangeira, para deixar claro que a lei veda a subordinação do interesse da sociedade nacional ao da estrangeira: os administradores da companhia brasileira controlada por acionistas estrangeiros, assim como o seu acionista controlador, têm sempre os deveres e responsabilidades definidos nos artigos 116, 117 e 154 e seguintes.

A incorporação de ações, regulada no artigo 253 é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada. A disciplina legal da operação é necessária porque ela implica - tal como na incorporação de uma companhia por outra - em excepcionar o direito de preferência dos acionistas da incorporada de subscrever o aumento de capital necessário para efetivar a incorporação. Em compensação, para evitar que a subsidiária integral possa servir de instrumento para prejudicar acionistas minoritários

¹¹⁶ Tendo em vista que a legislação, ao se referir à constituição originária e derivada da subsidiária integral, não descreve qual tipo societário a sociedade brasileira controladora daquela deve adotar, a literatura nacional, da qual se pode citar MODESTO CARVALHOSA (2011, p. 162) e NELSON NONES (2000, p. 129), entende que a sociedade controladora pode adotar qualquer tipo societário. Contudo, a subsidiária integral sempre deve ser uma sociedade anônima fechada.

¹¹⁷ Art. 146. Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no País. (BRASIL, 1976).

da companhia controladora, o artigo 254 assegura direito de preferência para aquisição ou subscrição de ações do capital da subsidiária integral. (BRASIL, 1976).

Observa-se que o legislador procurou restringir a constituição de sociedades fictícias ou de favor apenas no contexto das sociedades empresárias, relevando a segundo plano a constituição destas sociedades unipessoais *ex facto* pelos empresários individuais.

Ao abordar o referido tema, SALOMÃO FILHO (1995, p. 190) questiona a desigualdade de tratamento no que toca à constituição de sociedades unipessoais permanentes. É que o legislador brasileiro somente atribuiu o privilégio de criação de sociedades unipessoais às sociedades empresárias, enquanto o correto, à luz da Constituição da República de 1988, seria estender este benefício aos empresários individuais, já que a Constituição prevê, entre os princípios gerais da ordem econômica, o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” (BRASIL, 1988), e não o contrário.

Portanto, mediante a análise da exposição de motivos da Lei 6.404/76, verifica-se a desigualdade que norteia a regulação da constituição de sociedades unipessoais permanentes, no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o legislador somente considera relevante o desestímulo da constituição de sociedades fictícias ou de favor pelas sociedades. Neste particular, constata-se a latente contradição do legislador, porquanto a prática de criação de sociedades unipessoais *ex facto* é mais recorrente aos empresários individuais do que às sociedades.

6.1.3 Sociedade unipessoal temporária

A segunda modalidade de sociedade unipessoal admitida pela legislação brasileira consiste em uma hipótese de unipessoalidade derivada e transitória, a qual permite a continuação da empresa nas sociedades empresárias reduzidas a um único sócio, desde que a pluralidade de sócios seja reconstituída dentro de um prazo estabelecido.

A tolerância do legislador à figura da sociedade unipessoal temporária encontra-se enraizada no princípio da preservação da empresa, cujo conteúdo jurídico, na concepção institucionalista, não se restringe apenas aos interesses do

titular do capital (empresário individual ou sócios de uma sociedade empresária), mas engloba, também, interesses alheios (fornecedores, empregados e Fisco). Deveras, a ideia da preservação da empresa decorre do reconhecimento de uma função social na atividade econômica exercida pelo empresário, eis que esta constitui um instrumento de desenvolvimento econômico, seja na geração de empregos, seja no recolhimento de impostos, seja na produção de bens, seja na disponibilização de serviços.

O primeiro tipo societário a permitir a continuidade da empresa por meio da sociedade unipessoal temporária foi a sociedade anônima. O pioneirismo da sociedade anônima é justificado na natureza institucional desse tipo societário, que também viabilizou a constituição – originária e derivada – da subsidiária integral.

A sociedade anônima unipessoal temporária encontra-se prevista no art. 206, I, d, da Lei 6.404/76¹¹⁸, o qual estabelece que a companhia será dissolvida se for verificada a existência de apenas um acionista na assembleia geral ordinária e a pluralidade de sócios não for recomposta até a assembleia a ser realizada no ano seguinte, ressalvada a hipótese da subsidiária integral.

A extensão desta possibilidade de preservação da empresa – sociedade unipessoal temporária – aos outros tipos societários, sobretudo à sociedade limitada, foi fruto de construção jurisprudencial dos Tribunais brasileiros.

É que, inicialmente, tendo em vista a forte natureza contratual das sociedades limitadas, entendia-se que a pluralidade de sócios era condição essencial para a constituição e existência de uma sociedade empresária, de modo que, reduzido o número de sócios a apenas uma pessoa, era imperiosa a dissolução da sociedade. Isso é o que se infere do Recurso Extraordinário 81.924, de relatoria do Ministro Soares Muñoz:

EMENTA – Sociedade comercial constituída de dois sócios. A morte de um deles produz a dissolução da sociedade e a conseqüente liquidação. (BRASIL, 1979).

Em um segundo momento, em razão do fortalecimento da ideia em torno do princípio da preservação da empresa, a jurisprudência do Supremo Tribunal

¹¹⁸ Art. 206. Dissolve-se a companhia:

[...]

d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251; (BRASIL, 1976).

Federal passou a admitir a dissolução parcial da sociedade limitada composta por apenas dois sócios, permitindo a continuidade da empresa pelo sócio único. O acórdão paradigma desse novo entendimento foi o Recurso Extraordinário 104.596, de relatoria do Ministro Cordeiro Guerra:

EMENTA – Sociedade limitada constituída de dois sócios. Deferimento da dissolução parcial com a apuração exata dos haveres do sócio falecido, sem prejuízo da continuidade da empresa pelo sócio sobrevivente. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, 1985).

A criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição da República de 1988, não alterou o entendimento jurisprudencial acerca da matéria. De fato, no julgamento do Recurso Especial 387, de relatoria do Ministro Waldemar Zveiter, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando subsidiariamente o art. 206, I, d, da Lei 6.404/76 às sociedades limitadas, em razão do art. 18 do Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919¹¹⁹, concluiu pela possibilidade da dissolução parcial de sociedade limitada constituída por apenas dois sócios, garantindo ao sócio remanescente o direito de continuar a explorar a empresa, dentro do prazo fixado pelo art. 206, I, d, da Lei 6.404/76. Confira-se:

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - LEI N. 6.404/76 - ARTIGO 206, "D", C/C ART. 18, DO DECRETO N. 3.708/19.

I – Dissolução parcial da sociedade, garantindo-se ao sócio remanescente, quando constituída por apenas dois sócios, dentro do prazo de um ano, recompor a empresa, com admissão de outro sócio cotista e ou ainda que como firma individual, sob pena de dissolução de pleno direito; assegurando-se ao sócio dissidente o recebimento dos haveres que lhe são devidos.

II – Inteligência do art. 206, alínea “d”, da Lei das sociedades anônimas, c/c o art. 18 do Decreto n. 3.708/19.

III – Configurando o dissídio, eis que o acórdão recorrido decidiu a controvérsia em discrepância com a jurisprudência firmada nos Tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

IV – Recurso provido. (BRASIL, 1990).

A promulgação do Código Civil de 2002 apenas positivou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reduzindo o prazo para a recomposição da

¹¹⁹ Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas. (BRASIL, 1919).

pluralidade de sócios. Com efeito, o inciso IV, do art. 1.033, do Código Civil¹²⁰, prevê uma hipótese semelhante à estabelecida pelo art. 206, I, d, da Lei 6.404/76, ao instituir que a sociedade será dissolvida quando houver a falta de pluralidade de sócios por mais de 180 (cento e oitenta) dias.

Enfim, resta saber como fica a responsabilidade do sócio único no período em que a sociedade anônima ou limitada tem sua pluralidade de sócios reduzida a uma única pessoa.

Tendo o art. 2.362 do Código Civil italiano¹²¹ por parâmetro, WALDECY LUCENA (2005, p. 832) defende que “durante o período em que o sócio único teve concentradas em suas mãos todas as quotas, responde ele ilimitadamente pelas obrigações sociais assumidas, embora em nome da sociedade”.

Tal entendimento, no entanto, não deve prevalecer no direito brasileiro. É que a legislação brasileira não estipula expressamente a responsabilidade ilimitada do sócio único, no período de unipessoalidade transitória, de modo que seria temerário imputar àquele uma responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais, sob a premissa de que o sócio único utilizaria a sociedade para fins particulares. Aliás, se o sócio único fizesse uso da personalidade jurídica da sociedade para assumir compromissos em proveito próprio, a responsabilização pessoal daquele poderia ser obtida por meio da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A corroborar o entendimento de que o sócio único mantém sua responsabilidade limitada pelos riscos da atividade, no período de unipessoalidade temporária, deve-se esclarecer que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a morte de um dos sócios de uma sociedade limitada composta por apenas duas pessoas não implica a responsabilidade ilimitada do sócio remanescente. Isso é o que se infere do Recurso Extraordinário 90.570, de relatoria do Ministro Djaci Falcão:

¹²⁰ Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

[...]

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; (BRASIL, 2002).

¹²¹ Art. 2.362. No caso de insolvência da sociedade, pelas obrigações sociais surgidas no período em que as ações pertenciam a uma única pessoa, esta responde ilimitadamente. No original: “in caso d’insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamenre”. (ITÁLIA, 1942).

EMENTA – Sociedade por cotas de responsabilidade limitada constituída por dois sócios. A morte de um deles não torna ilimitada a responsabilidade do sócio remanescente, assim como a dissolução não altera a natureza da sociedade. Decisão suficientemente fundamentada. Infrutífera a alegação de negativa de vigência do art. 165, c/c o art. 458 do CPC. Arguição negativa de regras legais que, no entanto, jamais foram prequestionadas (Súmula n. 356). Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL, 1979).

Portanto, durante o período em que é admitida a sociedade (anônima ou limitada) unipessoal temporária, o sócio único mantém sua responsabilidade pessoal limitada pelos riscos da empresa.

6.2. Empresário incapaz

Na vigência do Código Comercial de 1850, prevalecia o entendimento de que “falecendo o comerciante em nome individual sem deixar herdeiros capazes, a solução era a liquidação do estabelecimento, com a apuração dos resultados”. (OLIVA GALIZZI; CRISTINA CHAVES, 2004, p. 84).

Com a promulgação do Código Civil de 2002, houve profunda modificação nesse entendimento. É que a nova legislação apresentou dispositivo inovador, sem correspondência no Código Comercial de 1850, tampouco no Código Civil de 1916, que possibilita a preservação da empresa mediante a exploração individual desta pelo incapaz. Veja-se o que dispõe o art. 974 do Código Civil:

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

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

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

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade;

II – o capital social deve ser totalmente integralizado;

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais. (BRASIL, 2002).

Segundo WALDÍRIO BULGARELLI (1995, p. 250), a aludida norma alcança duas hipóteses: “1. a continuação da empresa cujo titular se torna incapaz; 2. a continuação da empresa, por herdeiro menor, pelo falecimento do titular”.

Em ambos os casos, a continuação da empresa pelo incapaz está condicionada à autorização judicial, que deverá ser precedida da análise dos riscos envolvendo o exercício da atividade e da conveniência de sua manutenção sob a direção do incapaz. Autorizada a continuação da empresa, o menor ou o interdito explorará a atividade econômica representado ou assistido. Na hipótese de o representante ou assistente ser um pessoa impedida de exercer a empresa, caberá ao juiz nomear um ou mais administradores. Conforme o caso, o uso da firma caberá ao administrador, ao representante, ou ao incapaz quando assistido.

Essa nova construção legislativa, que possibilitou a preservação da empresa, nos casos em que há a declaração da interdição do empresário individual ou o falecimento do titular da empresa sem deixar herdeiros capazes, foi objeto de crítica por parte da literatura nacional, que defendeu a manutenção do impedimento de o incapaz ser empresário. Segundo RUBENS REQUIÃO (1975, p. 12), “os riscos do comércio são muito graves, e é difícil ao juiz, que não é experto em assuntos econômicos, aquilatar, como previsão, os riscos a que a empresa está sujeita”.

Contudo, essa crítica não deve prevalecer. Isso porque o simples fato de o magistrado não ser um *expert* em assuntos econômicos não impede que este recorra, por meio de perícia, a profissionais da economia, da administração de empresas ou da contabilidade para auxiliá-lo na análise dos riscos que envolvem o exercício da empresa pelo incapaz.

Ademais, ao analisar a conveniência da continuação da empresa, o magistrado deverá observar o interesse primordial do incapaz, ponderando os elementos fáticos referentes à real situação econômico-financeira do negócio, de modo a somente autorizar a manutenção da atividade se estiver convicto de que o empreendimento será sucedido mesmo sob direção de um incapaz. (OLIVA GALIZZI; CRISTINA CHAVES, 2004, p. 84-86).

De modo a garantir a proteção do incapaz, o art. 974, §2º, do Código Civil criou uma espécie de patrimônio separado¹²², segregando os bens destinados à

¹²² Esta é a opinião de WALDÍRIO BULGARELLI (1995, p. 251), que, ao comentar o Projeto do Código Civil de 2002, apontou que “como em boa técnica, o empresário, o titular da empresa, será o incapaz (menor ou interdito) – apesar do disposto no §2º do art. 1.012 – parece-nos que por isso

exploração da empresa dos demais bens do empresário incapaz, de modo que os bens pessoais deste, que estiverem descritos no alvará que autorizar a continuação da empresa, não respondem pelo insucesso do negócio.

Trata-se da primeira forma de limitação da responsabilidade do empresário individual no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, deve-se esclarecer que a aplicação do referido dispositivo é bem restrita, seja porque se limita aos casos em que há um incapaz envolvido, seja porque apenas trata da continuação da empresa preexistente, sendo vedada, portanto, sua aplicação na constituição de uma nova empresa pelo incapaz.

Portanto, além da figura do patrimônio de afetação instituído pelo incorporador nas incorporações imobiliárias, a teoria do patrimônio separado também foi empregada como instrumento de proteção patrimonial do empresário incapaz que continuar a explorar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

Passa-se, agora, a abordar as tentativas frustradas de limitar a responsabilidade do empresário individual.

6.3 Tentativas de Limitar a Responsabilidade do Empresário Individual

Embora a introdução das técnicas da teoria do patrimônio separado e da sociedade unipessoal, no ordenamento jurídico brasileiro, não esteja relacionada à limitação da responsabilidade pessoal do empresário individual, a partir da década de noventa, esse tema ganhou destaque no Congresso Nacional, com a elaboração de vários projetos de lei, de autoria tanto do Executivo quanto do Legislativo, cujo objetivo era a introdução de limites à responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa.

ROCHA FILHO (1994, p. 102-108) noticia que, em agosto de 1991, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei, de autoria do Departamento Nacional de Registro do Comércio, cuja finalidade era suprir uma lacuna existente no Direito Empresarial brasileiro, mediante a criação de

pretendeu o Projeto instituir um regime de preservação do patrimônio não empresarial, digamos assim, o qual, aliás, guarda certa semelhança com o regime de bens da mulher casada que exerce profissão, cujos proventos formam um verdadeiro patrimônio separado em relação ao comum do casal”.

um instituto que possibilitasse ao empresário individual explorar a empresa, sem colocar em risco seus bens pessoais e familiares.

O referido projeto de lei tratava da empresa individual de responsabilidade limitada, espécie de organização empresarial com capital e patrimônio próprio, que adquiriria personalidade jurídica mediante o arquivamento do seu ato constitutivo no Registro Público de Empresas Mercantis. Tal instituto permitiria a limitação da responsabilidade do empresário individual na medida em que este somente responderia pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada até a totalidade do capital investido nesta nova modalidade de pessoa jurídica.

Apesar da relevância da matéria, o projeto de lei do Departamento Nacional de Registro do Comércio não obteve êxito no Congresso Nacional. De toda forma, em 1999, o tema referente à limitação da responsabilidade do empresário individual voltou a ser objeto de destaque, no cenário nacional, com a nomeação, pelo Ministro da Justiça¹²³, de uma comissão de juristas, cujos trabalhos visavam à reforma do Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919 (Lei das Sociedades por quotas de responsabilidade limitada).

É que o Anteprojeto de Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada, elaborado pela referida comissão de juristas, contemplou, em seu capítulo IX, o instituto da empresa unipessoal de responsabilidade limitada, que permitia ao seu titular (empresário individual) limitar sua responsabilidade pessoal pelo riscos da empresa ao capital investido no negócio. Veja-se o que dispõe os arts. 44 a 50 do Anteprojeto de Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada:

Da empresa unipessoal de responsabilidade limitada

Art. 44. É considerada empresa unipessoal de responsabilidade limitada:

I – a constituída por uma única pessoa, física, desde que no pleno gozo da sua capacidade civil e não ilegalmente impedida, ou jurídica, mediante instrumento público ou particular, assinado pelo fundador e subscrito por duas testemunhas;

II – a sociedade por quotas de responsabilidade limitada que ficar reduzida a um único sócio após o transcurso do prazo previsto no §2º do art. 6º.

Parágrafo único. Cada pessoa só poderá ser titular de uma empresa unipessoal de responsabilidade limitada, que será mercantil, qualquer que seja o seu objeto social, regendo-se pelas leis e usos do comércio.

Art. 45. A empresa unipessoal de responsabilidade limitada adquire personalidade jurídica com o arquivamento do seu ato constitutivo, que

¹²³ O Ministro da Justiça, por meio da Portaria 145, de 30 de março de 1999, nomeou uma comissão de juristas, liderada por Arnaldo Wald, com o escopo de reformar o Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919 (Lei das Sociedades por quotas de responsabilidade limitada). Além de Arnaldo Wald, essa comissão era composta por Jorge Lobo, César Asfor Rocha, Alfredo Lamy Filho, Egberto Lacerda Teixeira e Waldírio Bulgarelli. (ANDRADE FÉRES, 2003, p. 185).

conterá os requisitos do artigo 3º, no que couber, no Registro Público de Empresas Mercantis e de Atividades Afins, no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. Quando se tratar de transformação de sociedades por quotas de responsabilidade limitada em empresa unipessoal, inclusive no caso previsto no art. 6º, §2º, o titular providenciará o arquivamento do respectivo ato na Junta Comercial competente, e comunicará o fato, por escrito, em igual prazo, a todos os seus credores, sob pena de responder ilimitadamente pelas obrigações e dívidas sociais.

Art. 46. A firma ou denominação da empresa unipessoal deverá conter a expressão 'empresa unipessoal de responsabilidade limitada', por extenso ou abreviadamente (EURL), sob pena de o titular responder ilimitadamente pelas obrigações e dívidas da empresa.

Parágrafo único. A expressão 'empresa unipessoal de responsabilidade limitada', por extenso ou abreviadamente, deverá constar de todos os documentos, papéis e anúncios, cumprindo ao titular, ao iniciar e concluir negócios jurídicos, deixar evidenciada a unipessoalidade da empresa.

Art. 47. O titular, ao constituir a empresa unipessoal de responsabilidade limitada, destacará de seu patrimônio dinheiro ou bens, suscetíveis de avaliação econômica, para a formação do capital da empresa, destinando-os à consecução de seu objeto.

§1º Enquanto não integralizado o capital, o titular responderá perante terceiros até o limite do capital da empresa, com todos os seus bens e direitos.

§2º Integralizado o capital, somente responderá o patrimônio da empresa unipessoal de responsabilidade [sic] pelas suas obrigações.

§3º A avaliação dos bens poderá ser realizada pelo próprio titular em instrumento que especifique os critérios de estimação adotados, respondendo o titular pela exata avaliação dos bens conferidos ao capital.

Art. 48. As decisões do titular que digam respeito à empresa unipessoal e possam produzir efeitos perante terceiros serão arquivadas na Junta Comercial, sob pena de desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

Parágrafo único. É vedado ao titular contratar com a empresa unipessoal em condições não equitativas.

Art. 49. A titularidade da empresa unipessoal de responsabilidade limitada somente pode ser transferida *mortis causa* e a um único herdeiro.

Parágrafo único. No caso de falecimento do titular da empresa individual de responsabilidade limitada, poderá ocorrer:

I – substituição do titular;

II – cisão, com ou sem a extinção da empresa;

III – extinção da empresa, com partilha dos ativos.

Art. 50. Fica autorizada a transformação de firma mercantil individual e a conversão de sociedade por quotas de responsabilidade limitada em empresa unipessoal de responsabilidade limitada, preservando-se os direitos e créditos de terceiros constituídos até então.

§1º A transformação e a conversão regem-se por regulamentação própria, através de ato normativo do Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC, e independem de dissolução ou liquidação, não importando na extinção ou encerramento da empresa, somente na mudança de sua personalidade jurídica, não recaindo sobre ela quaisquer ônus nas Juntas Comerciais.

§2º A isenção de qualquer cobrança nesta transformação ou conversão pelas Juntas Comerciais se aplicam somente àquelas empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo a Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999. (WALD, 2005, p. 311-312).

Verifica-se, mediante a análise do referido anteprojeto, que a figura da empresa unipessoal de responsabilidade limitada sofreu forte influência da sociedade unipessoal francesa.

É que a empresa unipessoal de responsabilidade limitada apresenta características muito semelhantes ao instituto francês, visto que: i) possui o mesmo nome da *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – EURL*; ii) admite sua constituição de forma originária e derivada; iii) permite sua constituição tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica; iv) atribui os poderes da assembleia geral ao titular da sociedade unipessoal; v) e tem seu nome empresarial formado pela expressão empresa unipessoal de responsabilidade limitada ou pela sigla “EURL” com o fim de resguardar os terceiros que se relacionam com a pessoa jurídica.

Embora o Anteprojeto de Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada demonstrasse um avanço no estudo e na introdução das formas de limitação da responsabilidade pessoal do empresário individual, tal projeto de lei foi abandonado em razão da promulgação do Código Civil de 2002, o qual manteve o requisito da pluripessoalidade de sócios para constituir uma sociedade empresária.

No período entre a promulgação do Código Civil de 2002 e a edição da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, outros três projetos de lei foram elaborados com o escopo de limitar a responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa, quais sejam, o Projeto de Lei 2.730/03, o Projeto de Lei 3.667/04 e o Projeto de Lei Complementar 123/04.

O Projeto de Lei 2.730, de 10 de dezembro de 2003, de autoria do Deputado Almir Moura, tinha como objeto a introdução, na legislação brasileira, da técnica da sociedade unipessoal, mediante o acréscimo do art. 985-A ao Código Civil de 2002. Segundo a justificativa apresentada pelo citado Deputado, a finalidade da proposta era facilitar a criação de pequenos negócios, estimulando a economia nacional, bem como acabar com a prática dos empresários individuais de constituição de sociedades fictícias ou de favor como artifício para limitar sua responsabilidade pessoal pelos riscos da empresa. (BRASIL, 2003). Eis a redação do referido projeto de lei:

Art. 985-A. A sociedade unipessoal será constituída por um único sócio, pessoa singular ou coletiva, que é o titular da totalidade do capital social.
§ 1º A sociedade unipessoal também poderá resultar da concentração das quotas da sociedade num único sócio, independentemente da causa da concentração.

§ 2º A firma da sociedade deverá ser formada pela expressão "Sociedade Unipessoal" ou "Unipessoal" antes da palavra "Limitada" ou da abreviatura "Ltda."

§ 3º Somente o patrimônio social responderá pelas dívidas da sociedade unipessoal. (BRASIL, 2003).

Nota-se que a regulamentação da sociedade unipessoal vislumbrada pelo Deputado Almir Moura foi bem superficial, uma vez que se limitou a prever a possibilidade de sua constituição de forma originária e derivada, além da obrigatoriedade do uso da expressão sociedade unipessoal no nome empresarial.

Embora o referido projeto de lei tenha obtido parecer favorável da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, este acabou sendo arquivado em razão do término da legislatura.

O Projeto de Lei 3.667, de 26 de maio de 2004, de autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly, por sua vez, propunha, dentre outras medidas, modernizar o Direito Empresarial brasileiro, mediante a permissão da constituição e funcionamento de sociedades unipessoais com um único sócio – pessoa natural – residente no país. Eis o que dispõe o art. 13 do referido projeto de lei:

Art. 13. A sociedade limitada pode ser constituída e existir regularmente por um único sócio, que seja pessoa física residente no País.

Parágrafo único. Este dispositivo aplica-se às sociedades simples (arts. 997 a 1.038 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil) e de advogados (arts. 15 a 17 da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia). (BRASIL, 2004).

Embora o citado projeto de lei tenha obtido parecer favorável do Deputado Mendes Ribeiro Filho, Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, a proposição legislativa referente à sociedade unipessoal recebeu parecer desfavorável, visto que, na visão contratualista do Deputado Mendes Ribeiro Filho, a sociedade unipessoal consistiria numa ficção legal, que desvirtuaria a natureza jurídica das sociedades empresárias. Veja-se trecho do referido parecer:

Finalmente, assinale-se que a norma do projeto de lei em análise que prevê a introdução da sociedade unipessoal em nosso ordenamento jurídico não merece ser acolhida, uma vez que não convém estipular uma ficção legal tamanha que abandone por completo a natureza jurídica das sociedades, que sabidamente pressupõem a existência de duas ou mais pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica e a partilhar, entre si, os resultados advindos e o patrimônio. (BRASIL, 2004).

Enfim, passa-se a analisar a forma de limitação da responsabilidade do empresário individual prevista no Projeto de Lei Complementar 123, de 19 de janeiro de 2004, de autoria do Deputado Jutahy Júnior, que foi convertido na Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte buscou, nas palavras de Soares de Castro (2007, p. 65), simplificar o tratamento diferenciado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte, por meio do recolhimento unificado e centralizado de impostos e contribuições de competência da União, dos Estados e dos Municípios.

Dentre as várias políticas de tratamento diferenciado e favorecido estabelecidas pelo citado Estatuto, impõe-se destacar a regra disposta no vetado art. 69 da Lei Complementar 123/2006, que prevê a limitação da responsabilidade do empresário individual pelos riscos da empresa. Dispõe a norma:

Art. 69. Relativamente ao empresário enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte nos termos desta Lei Complementar, aquele somente responderá pelas dívidas empresariais com os bens e direitos vinculados à atividade empresarial, exceto nos casos de desvio de finalidade, de confusão patrimonial e obrigações trabalhistas, em que a responsabilidade será integral. (BRASIL, 2006).

Extrai-se da aludida norma que a legislação brasileira preferiu adotar a teoria do patrimônio separado para limitar a responsabilidade do microempresário individual e do empresário individual de pequeno porte, porquanto apenas os bens e direitos destinados à atividade econômica responderiam pelo insucesso da empresa.

Todavia, o aludido preceito foi vetado pelo Presidente da República, ao argumento de que este afrontaria o texto constitucional. Isso porque, no entendimento da Casa Civil da Presidência da República, apenas uma lei complementar específica poderia alterar as disciplinas já instituídas pelo Código Tributário Nacional, no que tange à responsabilidade do sujeito passivo da obrigação tributária. Ademais, seria impossível para a Administração Pública fiscalizar e apurar as circunstâncias que admitem a responsabilidade ilimitada do microempresário individual e do empresário individual de pequeno porte, quais sejam, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Eis as razões de veto apresentadas pela Presidência da República:

Na relação tributária, que é o que interessa para o presente estudo, verifica-se, logo em uma primeira análise, a ocorrência de afronta ao texto constitucional.

Com efeito, dispõe o art. 146, II, a, *in fine*, da Constituição Federal de 1988, que cabe à Lei Complementar 'estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre [...] contribuintes'.

Ora, o Código Tributário Nacional, que regulou toda a matéria relativa à responsabilidade tributária (arts. 128 a 138), restou recepcionado com eficácia passiva de Lei Complementar, atendendo pois, ao comando acima transcrito.

Não se pode, agora, por meio de norma que sequer tem como objeto principal dispor acerca de normas gerais em matéria tributária, alterar a disciplina já instituída pelo CTN. Tal pretensão afigura-se de todo inoportuna, podendo ser até coimada de inconstitucional.

Por fim, o argumento de que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são bastante para caracterizar a responsabilidade integral do empresário vai de encontro às circunstâncias de fato que apontam para uma fiscalização da administração pública que não tem qualquer condição material de verificar a ocorrência de tais eventos. Hoje, quando há tal constatação, a mesma invariavelmente é tardia, tornando o trabalho ineficaz e os créditos perdidos. A situação torna-se pior quando o credor é particular, posto que não tem o mesmo acesso probatório e não pode exercer a auto-executoriedade típica dos atos emanados do poder público.

Os debates no Ministério da Fazenda levaram à conclusão de que é possível consagrar, por meio de adequadas alterações normativas, a responsabilidade limitada para o empresário individual.

Entretanto, restou especial preocupação em relação à interação do dispositivo proposto no Projeto de Lei em análise com as normas relacionadas à responsabilidade do empresário, em especial aquelas atinentes às responsabilidades tributárias, trabalhistas, previdenciárias e frente ao consumidor, dentre outras, as quais deverão merecer análise mais profunda.

De fato, os contornos dados à responsabilização do empresário restaram dúbios, em vista das expressões 'desvio de finalidade, de confusão patrimonial e obrigações trabalhistas, em que a responsabilidade será integral'.

Não se vislumbra [sic] óbices, todavia, a que o Governo aprofunde os estudos sobre o tema e, oportunamente, apresente uma proposta que contemple as alterações normativas adequadas para o fim desejado. (BRASIL, 2006).

No entanto, os motivos apresentados pela Presidência da República para vetar a aludida norma não se mostram razoáveis.

É que esta apontou, primeiramente, que apenas uma Lei Complementar específica poderia modificar o Código Tributário Nacional, no que tange à responsabilidade do sujeito passivo da obrigação tributária. Contudo, a Presidência da República não considerou que a lei instituidora da figura do empreendedor individual de responsabilidade limitada, além de ser revestida da qualidade de uma lei complementar, tem, como um dos seus principais objetivos, instituir o recolhimento unificado e centralizado de impostos e contribuições de competência

da União, dos Estados e dos Municípios para os microempresários e para os empresários de pequeno porte.

Portanto, a Lei Complementar 123/2006 trata eminentemente de matéria tributária, de modo que esta poderia, sem ofender a técnica legislativa, dispor sobre o regime jurídico da limitação da responsabilidade do microempresário individual e do empresário individual de pequeno porte.

Ademais, o argumento de que a verificação dos fatos ensejadores da responsabilidade ilimitada do empresário individual oneraria demasiadamente os trabalhos da Administração Pública e dos credores particulares não se sustenta.

É que as hipóteses em que o aludido dispositivo admite a responsabilidade ilimitada do empresário individual são exatamente as mesmas em que o art. 50 do Código Civil¹²⁴ admite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Logo, o artigo vetado não onerou os trabalhos da Administração Pública e dos credores particulares. Este apenas estendeu os critérios da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para os casos em que se admitiria a responsabilidade ilimitada do microempresário individual e do empresário individual de pequeno porte.

Destarte, não foi desta vez que a legislação brasileira adotou uma forma de limitação de responsabilidade do empresário individual. Em verdade, a introdução de limites à responsabilidade do empresário individual somente foi adotada, no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que instituiu a figura da empresa individual de responsabilidade limitada.

Passa-se, portanto, à análise do referido instituto.

¹²⁴ 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. (BRASIL, 2002).

7 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

A introdução da empresa individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico brasileiro foi fruto de considerável debate legislativo em torno do Projeto de Lei 4.605/2009, de autoria do Deputado Marcos Montes, do Projeto de Lei 4.953/2009, apresentado pelo Deputado Eduardo Sciarra, e do parecer oferecido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

É que, com o escopo de incentivar as microempresas e as empresas de pequeno porte exploradas por empresários individuais, o Deputado Marcos Montes apresentou, à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 4.605, de 04 de fevereiro de 2009, que trata da instituição, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, qual seja, a empresa individual de responsabilidade limitada. Eis a redação original do referido projeto de lei, que acrescenta o art. 985-A ao Código Civil de 2002:

Art. 985-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade.

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

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

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

§4º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada os dispositivos relativos à sociedade limitada, previstos nos arts. 1.052 a 1.087 desta lei, naquilo que couber e não conflitar com a natureza jurídica desta modalidade empresarial. (BRASIL, 2009).

Mediante a leitura do aludido projeto de lei e das justificativas apresentadas pelo Deputado Marcos Montes, verifica-se que os principais objetivos dessa proposta foram aumentar o número de microempresas e empresas de pequeno porte exploradas por empresários individuais, bem como reduzir ou acabar com a prática empresarial de constituição de sociedades fictícias ou de favor.

Embora a posição do relator do projeto seja louvável, no que diz respeito à fixação de limites para a responsabilidade do empresário individual, tal projeto de lei, em sua redação original, não regulamenta suficientemente a matéria.

É que da análise do aludido projeto de lei não fica claro se a empresa individual de responsabilidade limitada teria personalidade jurídica própria. De fato, por meio da leitura das justificativas do projeto, observa-se que o Deputado Marcos Montes confunde o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada com a figura da sociedade unipessoal, uma vez que afirma que esta seria conhecida e tratada pela doutrina como uma empresa individual de responsabilidade limitada. Confira-se trecho da exposição de motivos do Projeto de Lei 4.605/2009:

Para justificar a importância de apresentarmos o presente projeto de lei, que tem o objetivo de instituir legalmente a 'Sociedade Unipessoal', também conhecida e tratada na doutrina como 'Empresa Individual de Responsabilidade Limitada', tomamos a liberdade de reproduzir ótimo artigo publicado no Gazeta Mercantil de 30 de junho de 2003, p.1 do caderno 'Legal e Jurisprudência', sob o título 'Sociedade limitada e a nova lei', de autoria do Prof. Guilherme Duque Estrada Moraes, que é o Diretor Vice-Presidente do Instituto Hélio Brandão e um estudioso da matéria [...]. (BRASIL, 2009).

No entanto, de acordo com o que se abordou ao tratar da Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias e da Diretiva 2009/102/CE, os institutos da empresa individual de responsabilidade limitada e da sociedade unipessoal, embora apresentem a mesma finalidade, não possuem a mesma natureza jurídica.

É que, enquanto a empresa individual de responsabilidade limitada adota a teoria do patrimônio separado para limitar a responsabilidade do empresário individual, por meio da afetação de parcela do patrimônio deste à exploração da empresa, sem lhe atribuir personalidade jurídica, a sociedade unipessoal constitui a técnica que admite a constituição originária ou derivada de uma sociedade limitada, por uma única pessoa natural, com o escopo de explorar a empresa.

Outro aspecto passível de crítica do referido projeto de lei consiste na ausência de estipulação expressa do modo de constituição do patrimônio separado pelo titular da empresa individual de responsabilidade limitada.

É que da análise do art. 1º do Projeto de Lei 4.605/2009, que visava incluir o art. 985-A, §3º ao Código Civil, poder-se-ia afirmar que a separação, pelo empresário individual, de parte de seu patrimônio para a exploração da empresa

seria realizada por meio da declaração anual de imposto de renda a ser entregue à Receita Federal do Brasil.

Contudo, essa prática seria inócua. É que a declaração anual de imposto de renda não é capaz de dar a publicidade necessária ao ato constitutivo de uma nova modalidade empresarial, cujo objetivo é limitar a responsabilidade de seu titular pelos riscos do empreendimento. Em verdade, a declaração anual de imposto de renda constitui um documento sigiloso, o que impossibilita seu acesso por terceiros.

Com efeito, a maneira adequada de se dar publicidade à criação da referida modalidade empresarial seria a inscrição do ato constitutivo da empresa individual de responsabilidade limitada no Registro Público de Empresas Mercantis. Além disso, a fim de se dar maior segurança aos terceiros, que se relacionam com o empresário individual, dever-se-ia impor a este a obrigação de individualizar, no ato constitutivo da empresa individual de responsabilidade limitada, todos os bens afetados à exploração da empresa.

Portanto, o Projeto de Lei 4.605/2009, além de confundir a empresa individual de responsabilidade limitada com a sociedade unipessoal, careceu de uma disposição que determinasse a forma de constituição do patrimônio de afetação pelo titular da empresa individual de responsabilidade limitada.

O referido projeto foi posteriormente apensado ao Projeto de Lei 4.953, de 31 de março de 2009, de autoria do Deputado Eduardo Sciarra, que também trata da limitação da responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa.

Embora o projeto de lei apresentado pelo Deputado Eduardo Sciarra refira-se à figura do empreendimento individual de responsabilidade limitada, verifica-se, pela análise desta proposta legislativa, que este instituto é bem semelhante à empresa individual de responsabilidade limitada a que alude o Projeto de Lei 4.605/2009.

De fato, o Projeto de Lei 4.953/2009 apresenta uma versão mais detalhada da empresa individual de responsabilidade limitada, tendo seu autor suprido, em princípio, as principais lacunas do Projeto de Lei 4.605/2009.

Inicialmente, verifica-se que o projeto de lei apresentado pelo Deputado Eduardo Sciarra desvincilha-se da Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias e da Diretiva 2009/102/CE ao propor que o empreendimento individual de responsabilidade limitada – ou, na nomenclatura

adotada pelo Projeto de Lei 4.605/2009, a empresa individual de responsabilidade limitada – constitui um patrimônio afetado à exploração da empresa, que apresenta personalidade jurídica própria.

Com efeito, o Projeto de Lei 4.953/2009 propõe o acréscimo de um novo inciso ao art. 44 do Código Civil, criando uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado: o empreendimento individual de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2009).

Outra inovação importante prevista no mencionado projeto de lei consiste na previsão do modo de constituição do empreendimento individual de responsabilidade limitada. De acordo com art. 1º da referida proposta legislativa, que visava incluir o art. 980-B¹²⁵ ao Código Civil, a figura do empreendimento individual de responsabilidade limitada seria constituída mediante a inscrição, no Registro Público de Empresas Mercantis, do requerimento elaborado pelo empresário individual, o qual deveria conter a firma, o capital, a sede e o objeto do empreendimento.

Essa previsão traria maior segurança aos terceiros envolvidos na atividade exercida pelo titular do empreendimento individual de responsabilidade limitada, uma vez que aqueles teriam livre acesso às informações referentes à constituição do negócio. De fato, o pedido de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis tem a finalidade precípua de dar publicidade ao ato constitutivo do empreendimento individual de responsabilidade limitada.

O Projeto de Lei 4.953/2009 ainda apresenta outras normas que regulamentam o instituto do empreendimento individual de responsabilidade limitada, prevendo regras que dispõe sobre: i) a administração do empreendimento,

¹²⁵ Art. 980-B. O Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada será constituído mediante registro no Registro Público de Empresas Mercantis de sua respectiva sede antes do início de sua atividade.

§1º A inscrição de que trata o *caput* será feita mediante requerimento que contenha:

I – a qualificação pessoal da pessoa física titular do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada, contendo seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e regime de bens, se caso;

II – a firma, o capital, a sede e o objeto do empreendimento;

III – a declaração de que procedeu ao depósito das quantias indicadas a título de capital social, em dinheiro, ou dos bens corpóreos suscetíveis de avaliação pecuniária, com seu respectivo valor;

IV – o prazo de duração, podendo ser de prazo determinado ou indeterminado.

§2º O Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada opera sob a firma, constituída pelo nome, completo ou abreviado, de seu titular, acrescido da expressão Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada ou ERLI, podendo-se incluir descrição mais detalhada do ramo de atividade.

§3º Toda alteração do ato constitutivo deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis à margem da inscrição do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada. (BRASIL, 2009).

que deverá ser exercida, em princípio, por seu titular (art. 980-D¹²⁶); ii) a integralização do capital do empreendimento (art. 980-C¹²⁷); iii) a responsabilidade pessoal do titular do empreendimento no caso de confusão patrimonial (art. 980-E¹²⁸); iv) a obrigatoriedade do titular do empreendimento de promover os devidos lançamentos contábeis (art. 980-F¹²⁹); v) a remuneração do titular do

¹²⁶ Art. 980-D. A administração de Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada caberá, exclusivamente, ao seu titular.

§ 1º Em casos excepcionais, poderá o titular nomear mandatários especiais para a prática de atos determinados, relativos ao objeto do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada que não possa praticar.

§ 2º A nomeação de que trata o § 1º far-se-á mediante instrumento público a ser averbado à margem da inscrição do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada no Registro Público de Empresas Mercantis. (BRASIL, 2009).

¹²⁷ Art. 980-C. O capital será realizado em moeda corrente nacional ou bens suscetíveis de avaliação pecuniária.

§ 1º O capital deve estar integralmente liberado no momento em que for requerido o registro do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada e a parte em numerário deve encontrar-se depositada em instituição de crédito à ordem do titular do estabelecimento.

§ 2º O depósito referido no § 1º deve ser realizado em conta especial, que só poderá ser movimentada após o registro definitivo do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada no Registro Público de Empresas Mercantis.

§ 3º O depositante poderá levantar o depósito referido no § 1º se o registro da constituição do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada não for pedido no prazo de três meses a contar do depósito.

§ 4º Na integralização de capital mediante bens, o pedido do registro deve ser instruído com a descrição pormenorizada de cada um deles, bem como de sua avaliação, por técnico especializado.

§ 5º Não se admite a constituição de Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada com capital a integralizar.

§ 6º Na integralização do capital, o titular de Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada responde, pelo prazo de cinco anos a contar da integralização, com seu patrimônio pessoal e de forma ilimitada:

I – pelas incorreções na avaliação dos bens transmitidos a título de domínio, posse ou uso;

II – pela solvência dos créditos utilizados.

§ 7º Não se admite contribuição mediante prestação de serviços. (BRASIL, 2009).

¹²⁸ Art. 980-E. Pelas dívidas resultantes de atividades compreendidas no objeto do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada respondem apenas os bens pertencentes ao empreendimento.

§ 1º O disposto no *caput* não afasta as normas relativas a responsabilidade previstas em leis especiais.

§ 2º O titular do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada responderá com seu patrimônio pessoal na hipótese de aplicação de bens do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada em benefício próprio ou de terceiro, devendo restituí-los ao empreendimento, com todos os lucros resultantes, ou pagar o equivalente em dinheiro, com todos os lucros resultantes e, se houver prejuízo, por eles também responderá. (BRASIL, 2009).

¹²⁹ Art. 980-F. Ao término de cada exercício anual, o titular do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada procederá à elaboração de balanço patrimonial e de resultado econômico, bem como à indicação do destino dos lucros e resultados obtidos para o próximo exercício. (BRASIL, 2009).

empreendimento (art. 980-G¹³⁰); vi) e as hipóteses de extinção do empreendimento individual de responsabilidade limitada (art. 980-H¹³¹).

O Projeto de Lei 4.605/2009 e o Projeto de Lei 4.953/2009 receberam parecer favorável do Deputado Guilherme Campos, Relator da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, que apenas sugeriu a alteração da sigla utilizada no projeto de lei do Deputado Marcos Montes para identificar a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRL) pela sigla empregada pelo Deputado Eduardo Sciarra (ERLI), que seria de mais fácil pronúncia e memorização. Além disso, o Deputado Guilherme Campos sugeriu a modificação do nome do órgão responsável pela arrecadação dos tributos federais de Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda para Receita Federal do Brasil. (BRASIL, 2009).

Em 27 de maio de 2009, o Deputado André Zacharow apresentou emenda ao substitutivo aprovado pelo Deputado Guilherme Campos, propondo a adição do §5º ao art. 985-A mencionado no Projeto de Lei 4.605/2009, cuja redação previa que:

poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada, constituída para a prestação de serviços intelectuais de natureza científica, literária, jornalística, artística ou cultural, a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. (BRASIL, 2009).

A referida emenda foi aprovada pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, que também ampliou seu alcance para as atividades desportivas. (BRASIL, 2009).

Com a aprovação dos projetos de lei pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, estes foram encaminhados à Comissão de

¹³⁰ Art. 980-G. O titular do Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada poderá retirar remuneração mensal pela atividade exercida, tendo por referência o trabalho desempenhado. Parágrafo único. A remuneração de que trata o *caput* não será paga em prejuízo do capital do empreendimento. (BRASIL, 2009).

¹³¹ Art. 980-H. O Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada será extinto:

- I – pela vontade de seu titular;
- II – pelo término de seu prazo de duração;
- III – pela incorporação ou fusão;
- IV – pela cassação de autorização para funcionamento;
- V – pela falência;
- VI – pela anulação do ato constitutivo;
- VII – por morte de seu titular.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso VII, os herdeiros poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, designar um novo titular escolhido entre eles. (BRASIL, 2009).

Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, a qual opinou pela constitucionalidade da proposição legislativa.

Com efeito, o Deputado Marcelo Itagiba, Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, além de aprovar o Projeto de Lei 4.605/2009 e o apenso Lei 4.953/2009, apresentou novo substitutivo a fim de aprimorar sua redação.

Em primeiro lugar, o novo substitutivo sugeriu a realocação da empresa individual de responsabilidade limitada no art. 980-A do Código Civil. De modo a dar maior sistematicidade ao texto, também se propôs a inserção da empresa individual de responsabilidade limitada no rol das pessoas jurídicas de direito privado, previstas nos arts. 44 e 1.033 do Código Civil.

Em segundo lugar, com o escopo de melhorar a sonoridade do instituto, o Deputado Marcelo Itagiba propôs a substituição da sigla representativa da empresa individual de responsabilidade limitada - ERLI - para EIRELI.

Enfim, o novo substitutivo, a fim de resguardar os credores da empresa individual de responsabilidade limitada, estabeleceu o capital social mínimo de 100 (cem) salários-mínimos para a constituição dessa nova modalidade de pessoa jurídica. Eis as justificativas apresentadas pelo Deputado Marcelo Itagiba para impor o capital social mínimo à empresa individual de responsabilidade limitada:

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

Com este propósito, estabelecemos que o capital social não deva ser inferior ao equivalente a 100 salários-mínimos, montante a partir do qual se tem por aceitável a configuração patrimonial da empresa individual. A tanto, emendamos a redação dada ao *caput* do art. 985-A proposto (980-A), a ser aditado ao Código Civil por força do art. 2º do Projeto. (BRASIL, 2010).

O Parecer dado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania foi aprovado de forma unânime, pela Câmara dos Deputados¹³², de modo que o projeto de lei recebeu a seguinte redação final:

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.

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

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

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

§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.

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

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas. (BRASIL, 2010).

O projeto de lei foi posteriormente encaminhado ao Senado Federal, tendo recebido parecer favorável do Senador Francisco Dornelles, Relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. (BRASIL, 2011).

Com a aprovação do projeto de lei pelo Senado Federal, este foi submetido à sanção da Presidenta da República, a qual, após a consulta ao Ministério do Trabalho e Emprego, optou por sancionar a Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, vetando apenas o §4º do art. 980-A previsto no art. 1º do referido projeto de lei, que tratava da limitação da responsabilidade do titular da empresa individual de responsabilidade limitada.

Segundo a Presidente da República, a expressão 'em qualquer situação' poderia conflitar com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade

¹³² Com a aprovação do Projeto de Lei 4.605/2009 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 4.953/2009 foi dado por prejudicado, sendo, portanto, arquivado.

jurídica, positivada no art. 50 do Código Civil. Eis o teor da mensagem de veto apresentada pela Presidência da República:

não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão 'em qualquer situação', que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio. (BRASIL, 2011).

O veto do Executivo ao §4º do art. 980-A do referido projeto de lei não prejudicou a limitação da responsabilidade do titular da empresa individual de responsabilidade limitada, pois o referido benefício decorre da natureza do próprio instituto e da aplicação subsidiária das regras da sociedade limitada.

Portanto, realizado esse breve apanhado histórico a respeito da tramitação dos projetos de lei que resultaram na promulgação da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, passa-se, agora, a analisar as especificidades do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada.

7.1 Natureza Jurídica

Um dos assuntos mais interessantes e polêmicos em torno da empresa individual de responsabilidade limitada consiste na definição da natureza jurídica¹³³ deste novo instituto.

Tendo o Direito comparado como parâmetro, observa-se que a figura brasileira é diferente do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada previsto na Décima Segunda Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias e na recente Diretiva 2009/102/CE.

É que, enquanto a empresa individual de responsabilidade limitada europeia constitui um patrimônio separado e afetado à exploração da empresa, que não apresenta personalidade jurídica, o instituto brasileiro demonstra uma

¹³³ Perquirir a natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada mostra-se relevante na medida em que a Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Falência e de Recuperação de Empresas), somente “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”. (art. 1º, da Lei 11.101/2005, BRASIL, 2005). Assim, na hipótese de se entender que a empresa individual de responsabilidade limitada constitui uma nova pessoa jurídica de direito privado, que não se confunde com a sociedade empresária, tem-se que este novo instituto não estará sujeito, em princípio, à falência, tampouco poderá requerer os benefícios da recuperação judicial ou extrajudicial.

peculiaridade própria na medida em que promove a limitação da responsabilidade pessoal do empresário individual pelos riscos do negócio mediante a personificação da empresa individual, isto é, por meio da atribuição de personalidade jurídica à empresa individual de responsabilidade limitada.

Com efeito, personificada a empresa individual, esta passa a ser uma pessoa jurídica distinta da pessoa natural de seu titular, possuindo autonomia patrimonial própria e capacidade para ser titular de direitos e obrigações, que não se confundem com os direitos e obrigações assumidos por seu titular.

Nesse sentido, MARCONDES MACHADO (1956, p. 276) esclarece que a personificação da empresa tem por escopo segregar, em torno de um novo sujeito de direito, diferente do empresário individual, as relações jurídicas decorrentes do exercício da empresa, permitindo ao seu titular limitar sua responsabilidade no ato constitutivo dessa nova espécie de pessoa jurídica de direito privado.

O instituto da empresa individual de responsabilidade limitada também se distingue, a princípio, da sociedade unipessoal, uma vez que aquele constitui uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado (art. 44, VI, do Código Civil¹³⁴). Com efeito, esse entendimento foi adotado na V Jornada de Direito Civil organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Eis a redação do enunciado 469, aprovado durante o referido encontro:

469 - Arts. 44 e 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado. (BRASIL, 2011).

Desse modo, à primeira vista, a empresa individual de responsabilidade limitada brasileira constitui uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, que possibilita a limitação da responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa por meio da personificação da empresa individual.

Contudo, embora a Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, tenha criado uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado, deve-se esclarecer que a personificação da empresa constitui tema de grande debate doutrinário, existindo entendimentos distintos acerca do conceito jurídico de empresa, sobretudo sobre sua classificação como objeto ou sujeito de direito.

¹³⁴ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

[...]

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2002).

Analisando o tema à luz do Código Civil italiano, de 16 de março de 1942, ALBERTO ASQUINI (1996, p. 109) afirma que a empresa é um fenômeno econômico poliédrico, que não apresenta, sob o aspecto jurídico, apenas um conceito, mas diversos perfis referentes aos vários elementos que a integram. Desse modo, a empresa, segundo esse autor, apresenta os seguintes perfis: i) perfil subjetivo: a empresa é o próprio empresário; ii) perfil funcional: a empresa é a atividade profissional organizada pelo empresário; iii) perfil objetivo: a empresa é o estabelecimento empresarial, isto é, o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário para exercer sua atividade; iv) e o perfil corporativo: a empresa é uma instituição, ou seja, uma organização especial de pessoas, formada pelo empresário e por seus colaboradores, visando a um fim comum.

RUBENS REQUIÃO (2000, p. 58-59), por sua vez, afirma que a empresa não é uma entidade material e visível, mas uma entidade jurídica, isto é, uma abstração. Segundo o referido autor, a empresa surge da ação intencional (elemento abstrato) do empresário de explorar uma atividade econômica. Logo, a empresa é a organização, pelo empresário, de sua atividade por meio da coordenação dos fatores de produção: capital e trabalho. A partir desses elementos, o aludido autor conclui que a empresa é o exercício da atividade produtiva, de modo que esta não pode se tornar um sujeito de direito. De fato, a empresa, como atividade, deve ser considerada como objeto de direito, posta sob a tutela jurídica, uma vez que o sujeito de direito é o empresário individual ou a sociedade empresária. (RUBENS REQUIÃO, 2000, p. 60).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, DUCLERC VERÇOSA (2008, p. 163-164) entende que a empresa não é um sujeito de direito, porquanto esta é a atividade econômica organizada pelo empresário. O sujeito de direito é empresário (titular da empresa), que pode adotar tanto a forma do empresário individual (pessoa natural) quanto a forma de uma sociedade empresária (pessoa jurídica).

WALDÍRIO BULGARELLI (1985, p. 154) também entende que a empresa não é sujeito de direito, afirmando que:

o Direito (e se quiser o jurista) vê na empresa o empresário, para o fim de torná-lo o centro de imputação, como sujeito; o estabelecimento, como complexo de bens organizados que o empresário utiliza, e como tal objeto de negócios jurídicos autônomos, e a atividade econômica organizada de produção de bens e serviços para o mercado (que se expressa por meio de uma série de atos ordenados em relação a um fim a atingir), com a

finalidade de estabelecer um regime jurídico específico. E através desta, da atividade, identifica o empresário não só para atribuir-lhe responsabilidades como para dar-lhe proteção.

Buscando eliminar as confusões em torno do conceito de empresa e de empresário, ULHOA COELHO, (2008, p. 63) esclarece que “a empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e o empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade.”

Ao contrário desse entendimento, há autores que entendem que a empresa constitui um sujeito de direito, de modo que a personificação da empresa individual soaria, para eles, de forma natural.

Para ALBINO DE SOUZA (2005, p.291-295), a empresa é um sujeito do Direito Econômico, que serve de instrumento de exercício do Poder Privado Econômico. A empresa configura-se, portanto, na visão do referido autor, como “o sujeito de direito, o ente, a pessoa jurídico-econômica encarregada de praticar a atividade econômica e responsável juridicamente, perante terceiros, pelos atos praticados”.

Analisando a inserção da empresa no mercado, PAULA FORGIONI (2009, p. 123-131) identifica a empresa não só como um centro de imputação, mas também como um agente econômico que interage no mercado com os outros agentes por meio de diversas relações jurídicas consubstanciadas em contratos. A aludida autora menciona que tal entendimento encontra respaldo tanto nos arts. 16¹³⁵ e 17¹³⁶ da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, quanto no art. 2º, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho¹³⁷ (Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943), que tomam a empresa como centro de imputação, isto é, como um sujeito de direito.

ROMANO CRISTIANO (1982, p. 160), por sua vez, ao abordar o problema da limitação da responsabilidade do empresário individual, propõe a personificação da empresa, sugerindo que a limitação da responsabilidade de seu

¹³⁵ Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. (BRASIL, 1994).

¹³⁶ Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica. (BRASIL, 1994).

¹³⁷ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (BRASIL, 1943).

titular se dê da mesma forma que a responsabilidade do acionista de uma sociedade anônima. Ou seja, o titular da empresa individual personificada, segundo o referido autor, deveria responder somente pela integralização do capital social desse novo tipo de pessoa jurídica.

Por fim, RACHEL SZTAJN (2004, p. 171), com base nas proposições de RONALD COASE, entende que a empresa não seria sujeito, tampouco objeto de direito. Para a citada autora, a empresa apresenta-se como a organização econômica dos fatores de produção, isto é, “a empresa é concebida como um feixe de relações jurídicas, um feixe de contratos que, agora percebe-se, organizam a atividade”. (RACHEL SZTAJN, 2004, p. 172).

Expostos os principais argumentos em torno do debate acerca da natureza jurídica da empresa (objeto ou sujeito de direito), constata-se, à luz da legislação brasileira vigente¹³⁸, que o clássico estudo realizado por ALBERTO ASQUINI (1996) a respeito do conceito jurídico de empresa e de seus diversos perfis encontra-se atual, mesmo após 70 (setenta) anos de sua publicação. É que a legislação brasileira, ao tratar a empresa, ora como objeto de direito (atividade econômica organizada voltada para a produção e circulação de bens e serviços), ora como sujeito de direito (empresa individual de responsabilidade limitada), está tão somente reconhecendo seus diferentes perfis: subjetivo e funcional.

Nesse contexto, aderindo ao entendimento de que a empresa constitui um objeto de direito, constata-se que, no que diz respeito à empresa individual de responsabilidade limitada, a utilização do termo empresa serve tão somente para dar nome a esta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, que será, para todos os fins, o sujeito de direito.

Com efeito, “personificada a empresa, ela estaria se transfigurando em empresária. O termo empresa estaria sendo empregado como *nomen juris* da pessoa jurídica ou da sociedade.” (NADI NERI, 2002, p. 55). No mesmo sentido, MARCONDES MACHADO (1956, p. 277) também afirma que a utilização da palavra empresa no lugar de sociedade equivale à substituição de um artifício por outro:

é certo que alguns escritores, seduzidos pelas facilidades técnicas do funcionalismo jurídico de uma empresa individual personalizada, pensam

¹³⁸ Notadamente o art. 966, do Código Civil, que trata a empresa como uma atividade econômica organizada, voltada para a produção e circulação de bens e produtos, e o art. 44, VI, do Código Civil, que atribui personalidade jurídica à empresa individual de responsabilidade limitada.

infundir-lhe essa natureza, assemelhando-a ao fenômeno das sociedades unipessoais (n. 19 supra). Mas isto seria substituir um artifício por outro.

De fato, a utilização do termo empresa, pelo art. 980-A do Código Civil, sequer traduz a ideia de que esta nova espécie de pessoa jurídica exerce eminentemente uma atividade empresária nos moldes do art. 966 do Código Civil¹³⁹.

É que, conforme teor do art. 980-A, § 5º, do Código Civil¹⁴⁰, a empresa individual de responsabilidade limitada também pode ser constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza, o que inclui o exercício de atividades intelectuais, podendo, inclusive, receber os valores decorrentes da remuneração da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome ou voz de que seja detentor o titular dessa nova modalidade de pessoa jurídica.

Nesse contexto, a empresa individual de responsabilidade limitada, conforme se verificará a seguir, assemelha-se a uma sociedade limitada unipessoal, uma vez que: i) limita a responsabilidade de seu titular à integralização do capital social; ii) pode adotar tanto a firma quanto a denominação como nome empresarial; iii) e é regida, supletivamente, pelas normas da sociedade limitada.

Sobre o tema, SALOMÃO FILHO (2006, p. 202) já advertia que:

caso se queira insistir em uma forma não-societária, a solução mais aceitável e realista parece ser a de uma organização tão vizinha à societária e dotada de uma capacidade jurídica tão ampla, que chamá-la ou não de sociedade torna-se uma questão terminológica.

Portanto, embora a legislação trate a empresa individual de responsabilidade limitada como uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, tem-se que esta assemelha-se a uma sociedade limitada unipessoal, de modo que o reconhecimento de que a empresa individual de responsabilidade limitada brasileira constitui uma sociedade unipessoal é simplesmente uma questão de nomenclatura.

¹³⁹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL, 2002).

¹⁴⁰ Art. 980-A. §5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. (BRASIL, 2002).

7.2 Nome Empresarial

A empresa individual de responsabilidade limitada, nos termos do art. 980-A, §1º, do Código Civil¹⁴¹, pode adotar, como nome empresarial, tanto a firma individual quanto a denominação. Trata-se de opção legislativa que aproxima o regime jurídico da empresa individual de responsabilidade limitada do regime das sociedades limitadas. Isso porque as sociedades limitadas, à luz do art. 1.158 do Código Civil¹⁴², também podem utilizar a firma ou a denominação como nome empresarial. Sobre o tema, DUCLERC VERÇOSA (2008, p. 291-292) esclarece que:

os sócios da sociedade limitada podem escolher dar-lhe nome empresarial sob a forma de firma social ou de denominação, o que melhor lhes aprover. Caso façam opção por firma social, ela será composta do nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas. Caso seja preferida denominação, ela deverá designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios.

Em todo o caso, o nome da empresa individual de responsabilidade limitada deverá empregar, após a firma ou a denominação, a sigla EIRELI. Trata-se de medida que visa resguardar os terceiros que, porventura, venham a se relacionar com a empresa individual de responsabilidade limitada, já que estes poderão identificar, somente pelo nome empresarial, o tipo de pessoa jurídica e a forma como se dá a responsabilidade pessoal de seu titular.

Esta opção legislativa, que permite o uso da denominação social para formar o nome da empresa individual de responsabilidade limitada, coaduna-se com o princípio da preservação da empresa, uma vez que facilita a manutenção e a continuação da empresa nos casos em que há a transferência da titularidade dessa nova modalidade de pessoa jurídica.

É que, como a denominação social não precisa ser formada obrigatoriamente pelo patronímico do titular desta nova modalidade de pessoa

¹⁴¹ Art. 980-A. § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2002).

¹⁴² Art. 1.158. Pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final "limitada" ou a sua abreviatura.

§ 1º A firma será composta com o nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas, de modo indicativo da relação social.

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

§ 3º A omissão da palavra "limitada" determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade. (BRASIL, 2002).

jurídica, em caso de cessão da titularidade da empresa individual de responsabilidade limitada, não haveria a necessidade de se alterar o nome da pessoa jurídica.

Com efeito, uma das críticas apresentadas ao sistema de patrimônio separado, no que diz respeito à preservação e à continuidade da empresa, consiste na impossibilidade do contrato de trespasse e da sucessão hereditária abarcar o nome empresarial, sob a forma da firma individual, visto que este, por ser um direito da personalidade, é inalienável e intransmissível.

Portanto, analisados os principais aspectos em torno do nome da empresa individual de responsabilidade limitada, passa-se a abordar a formação do capital social dessa nova espécie de pessoa jurídica.

7.3 Capital Social

O capital social constitui elemento essencial do exercício de qualquer atividade econômica. Este, segundo CARVALHO DE MENDONÇA (1958, p. 28):

representa a totalidade, expressa em dinheiro, dos contingentes realizados ou prometidos pelos sócios com aquela destinação. É a primeira das garantias oferecidas aos terceiros: é o *fundamentum societatis* (1); é o sangue (2). A palavra capital vem do *caput*, cabeça. Os caldeus, relativamente ao crédito, desenvolveram a sábia teoria do capital, da cabeça do dinheiro, da individualidade pecuniária (3). É a parcela do dinheiro que, isolando-se, em princípio de cada sócio, constitui o bem de cada sócio.

A importância do capital social decorre de suas múltiplas funções no contexto de uma sociedade. Com efeito, o instituto apresenta funções externas, em relações jurídicas entre a pessoa jurídica e terceiros, e funções internas, em relações jurídicas entre a sociedade e seus componentes. No âmbito externo, o capital social serve de garantia aos credores sociais, como cifra de retenção, eis que somente será distribuído aos sócios o que ultrapassar o capital social. Do ponto de vista interno, o capital social serve tanto como instrumento de consecução do objeto social, na medida em que é utilizado na exploração da atividade econômica, quanto como instrumento de organização societária, definindo os centros de poder dentro da pessoa jurídica. (WALDECY LUCENA, 2005, p. 265-266).

O capital social da empresa individual de responsabilidade limitada será, em sua integralidade¹⁴³, detido por uma única pessoa. O capital desta nova espécie de pessoa jurídica, que não poderá ser inferior a 100 (cem) salários-mínimos (art. 980-A, *caput*, do Código Civil¹⁴⁴), será integralizado, no momento de sua constituição, e poderá ser formado por quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro.

O problema em torno do capital social da empresa individual de responsabilidade limitada encontra-se presente na estipulação de um capital mínimo¹⁴⁵ para esta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado. É que, tendo em vista a função externa exercida pelo capital social, o legislador, divergindo do entendimento adotado quando da elaboração da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976¹⁴⁶) e do Código Civil, fixou um capital social mínimo para a empresa individual de responsabilidade limitada.

Embora essa medida tenha por objetivo resguardar os credores dessa nova modalidade empresarial, constata-se que a estipulação de um capital social mínimo para a empresa individual de responsabilidade limitada poderá desestimular a adoção desse instituto pelos empresários individuais.

É que, diante do alto custo para se instituir essa nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, poderia ser mais vantajoso para o empresário individual valer-se da constituição de uma sociedade fictícia para limitar sua responsabilidade pelos riscos do empreendimento, já que para as sociedades limitadas não existem normas que estabeleçam um capital social mínimo.

¹⁴³ Tendo em vista que o capital da empresa individual de responsabilidade limitada será detido por apenas um titular, não é necessária sua divisão em quotas da forma que ocorre nas sociedades limitadas. (DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DE COMÉRCIO, 2011).

¹⁴⁴ 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. (BRASIL, 2002).

¹⁴⁵ A legislação brasileira também estipula a existência de um capital social mínimo para algumas atividades de grande risco como: as instituições financeiras (art. 4º, XIII, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964) e as companhias de seguro (art. 32, VI, do Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966).

¹⁴⁶ O tema do capital social mínimo foi objeto de debate, quando da elaboração da Lei 6.404/1976, tendo o legislador optado por não incluir referida exigência na Lei das Sociedades por Ações. Com efeito, a exposição de motivos da Lei 6.404/1976 dispõe que “o Projeto não exige capital mínimo na constituição da companhia porque não pretende reservar o modelo para as grandes empresas. Entende que, embora muitas das pequenas companhias existentes no País pudessem ser organizadas como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não há interesse em limitar arbitrariamente a utilização da forma de companhia, que oferece maior proteção ao crédito devido à publicidade dos atos societários e das demonstrações financeiras.” (BRASIL, 1976).

Ademais, não se pode olvidar que o valor do capital mínimo estipulado pelo legislador é elevado para os parâmetros dos micro e pequenos negócios nacionais, de modo que é forçoso reconhecer que este não se coaduna com uma das justificativas apresentadas no projeto de lei da empresa individual de responsabilidade limitada (Projeto de Lei 4.605/2009, de autoria do Deputado Marcos Montes), qual seja, estipular a criação de novas microempresas e empresas de pequeno porte.

De toda sorte, o tema afeto ao capital social mínimo da empresa individual de responsabilidade limitada já é objeto de projeto de lei, de autoria do Deputado Carlos Bezerra. Segundo este Deputado, o capital mínimo estipulado pela Lei 12.441/2011 não se coaduna com o capital geralmente empregado em pequenos negócios, de modo que se mostra importante, a fim de incentivar a microempresa e a empresa de pequeno porte nacional, reduzir o capital social mínimo de 100 (cem) para 50 (cinquenta) salários-mínimos. (BRASIL, 2011).

Enfim, cumpre destacar que a exigência de um capital social mínimo para a empresa individual de responsabilidade limitada também é objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI 4637), proposta recentemente pelo Partido Popular Socialista, o qual sustenta que a referida determinação viola o princípio da livre iniciativa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011), já que, em princípio, restringe a constituição dessa nova modalidade de pessoa jurídica pelos microempresários individuais e pelos empresários individuais de pequeno porte.

7.4 Titular da empresa individual de responsabilidade limitada

Outro aspecto polêmico em torno da empresa individual de responsabilidade limitada consiste na constatação se esta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado pode ser constituída por pessoas jurídicas, isto é, por sociedades empresárias.

O problema em torno da constituição da empresa individual de responsabilidade limitada por pessoas jurídicas reside na ausência de norma expressa que proíba ou permita essa prática.

É que a única norma que restringe a constituição dessa nova espécie de pessoa jurídica de direito privado refere-se à proibição de uma única pessoa natural

constituir mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada (art. 980-A, §2º, do Código Civil¹⁴⁷).

Logo, tendo em vista a regra de hermenêutica que impõe a interpretação restritiva das normas excepcionais ou restritivas de direito (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 291), poder-se-ia dizer, a princípio, que a legislação brasileira não proíbe a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada por pessoas jurídicas, tampouco limita o número de empreendimentos a serem constituídos por estas.

Contudo, mediante a análise do projeto de lei da empresa individual de responsabilidade limitada (Projeto de Lei 4.605/2009, de autoria do Deputado Marcos Montes), bem como da legislação vigente que trata da constituição da subsidiária integral, constata-se que essa interpretação restritiva não deve prevalecer.

Em primeiro lugar, constata-se que os motivos que ensejaram a introdução da figura da empresa individual de responsabilidade limitada, no ordenamento jurídico brasileiro, foram a limitação da responsabilidade do empresário individual e o incentivo à criação de novas microempresas e empresas de pequeno porte, as quais são, na maioria dos casos, exploradas por pessoas naturais.

Nesse contexto, permitir a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada por pessoas jurídicas poderia implicar o desvirtuamento do próprio instituto, uma vez que a empresa individual de responsabilidade limitada foi pensada e criada para servir de instrumento de limitação da responsabilidade pessoal do empresário individual.

Em segundo lugar, e em decorrência do que foi exposto no primeiro argumento, verifica-se que as sociedades empresárias já possuem, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, um instituto próprio que lhes permite estruturar grupos societários ou racionalizar atividades operacionais em novas pessoas jurídicas. Trata-se da figura da subsidiária integral¹⁴⁸, que consiste numa hipótese de sociedade unipessoal permanente, constituída por uma sociedade brasileira sob a forma de uma sociedade anônima.

¹⁴⁷ Art. 980-A. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. (BRASIL, 2002).

¹⁴⁸ O tema afeto à subsidiária integral foi analisado no item 6.1.2 desta Dissertação.

Logo, com exceção dos maiores custos exigidos para a constituição de uma subsidiária integral, a proibição da constituição da empresa individual de responsabilidade limitada por pessoas jurídicas não prejudicaria a estruturação dos grupos societários, visto que, para esse fim, a legislação brasileira já admite a constituição de uma sociedade unipessoal permanente.

Enfim, nota-se que a permissão da constituição a essa nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado por sociedades empresárias criaria uma incoerência terminológica no nome atribuído à empresa individual de responsabilidade limitada.

É que a expressão empresa individual é empregada e utilizada para identificar o exercício de uma atividade econômica organizada por uma única pessoa natural, isto é, pelo empresário individual. Logo, para se permitir a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada por pessoas jurídicas, sem criar qualquer incoerência terminológica, seria necessário modificar o nome da empresa individual para empresa unipessoal, como na legislação francesa.

De toda sorte, o entendimento de que a empresa individual de responsabilidade limitada somente pode ser constituída por pessoas naturais foi adotado pelo DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO (2011), cuja instrução normativa 117, de 22 de novembro de 2011, estabelece que “não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial”.

Portanto, embora, à primeira vista, possa se compreender o contrário, entende-se que a empresa individual de responsabilidade limitada não pode ser constituída por pessoas jurídicas, de modo que a constituição dessa nova espécie de pessoa jurídica de direito privado fica restrita às pessoas naturais.

7.5 Regência Supletiva

Por fim, a legislação que trata da empresa individual de responsabilidade limitada também prevê a aplicação subsidiária das normas da sociedade limitada a esta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado. Segundo o art. 980-A, §6º, do Código Civil, “aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.” (BRASIL, 2002).

A aplicação residual ou subsidiária de regras e princípios do Direito societário às técnicas não societárias de limitação da responsabilidade do empresário individual é objeto de crítica por parte de SALOMÃO FILHO (1995, p. 35) que, ao abordar a legislação peruana que trata da empresa individual de responsabilidade limitada, afirma que:

o grande mérito é, ao mesmo tempo, o grande defeito da legislação peruana: a especificidade das regras. O legislador reescreveu uma lei de sociedades para o empresário individual, quando poderia ter atingido o mesmo objetivo através da introdução de disposições específicas que criassem e regulassem a sociedade unipessoal. Decorrência direta desse problema é a questão da aplicação residual de regras. Adotando a formulação societária, as regras e princípios organizativos do Direito das Sociedades serão sempre aplicáveis. Não ocorre o mesmo quanto à solução não societária: as lacunas legais dão excessiva liberdade organizativa às partes, criando um clima de incerteza para terceiros, credores ou não.

De toda sorte, no que toca à figura brasileira da empresa individual de responsabilidade limitada, dado que se constatou que o referido instituto assemelha-se muito a uma sociedade limitada unipessoal, entende-se que a aplicação supletiva das regras e princípios do Direito societário à empresa individual de responsabilidade limitada apenas aproxima o regime jurídico de ambos os institutos.

Com efeito, a aplicação residual das regras da sociedade limitada à empresa individual de responsabilidade limitada, além de viabilizar a administração profissional da pessoa jurídica por terceiros¹⁴⁹ e servir de parâmetro para a formação da firma ou da denominação desta nova modalidade empresarial, permite a limitação da responsabilidade de seu titular ao capital social integralizado da empresa individual de responsabilidade limitada.

Destarte, embora o legislador pudesse limitar a responsabilidade do empresário individual por meio da criação da sociedade unipessoal, tem-se que a introdução da empresa individual de responsabilidade limitada, no ordenamento jurídico brasileiro, aliada à previsão da aplicação subsidiária das normas da sociedade limitada a este instituto, atinge o objetivo proposto de limitar a responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa.

¹⁴⁹ Este foi o entendimento adotado pelo DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO (2011), cuja instrução normativa 117, de 22 de novembro de 2011, estabelece que “a EIRELI poderá ser administrada pelo titular e/ou por não titular”. A designação do administrador não titular da empresa individual de responsabilidade limitada será efetivada por meio da aposição de sua assinatura no ato constitutivo desta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado.

8 CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa realizada, constatou-se que duas opções mostraram-se viáveis para limitar a responsabilidade da pessoa natural que explora individualmente a empresa: a constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada – por meio da teoria do patrimônio separado – ou a instituição de uma sociedade unipessoal – mediante o reconhecimento da possibilidade de uma única pessoa natural constituir originariamente uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.

Analisando a teoria do patrimônio separado, verificou-se que a dificuldade em torno da criação de uma técnica não societária para limitar a responsabilidade do empresário individual, por meio da segregação de parte do patrimônio pessoal deste para explorar a empresa, estava relacionada à concepção de patrimônio da teoria clássica subjetivista, que lhe atribui a característica de ser uma unidade indivisível.

Contudo, com a superação dessa teoria, mediante a constatação de que o patrimônio constitui um conjunto de relações jurídicas afetadas a um fim econômico específico, tornou-se possível a constituição de patrimônios separados para a exploração da empresa.

No que diz respeito à técnica societária, observou-se que a sociedade unipessoal foi, à primeira vista, compreendida como uma aberração jurídica, uma vez que predominava a ideia de que uma sociedade só pode ser constituída mediante a celebração de um contrato. Tal concepção é oriunda da hegemonia da teoria contratualista, segundo a qual o ato constitutivo de uma sociedade possui a natureza jurídica de um contrato associativo ou plurilateral.

No entanto, com o fortalecimento da teoria institucionalista e da teoria do contrato organização, as quais atribuem ao conceito de sociedade a ideia de organização, a sociedade unipessoal começou a ser admitida pela doutrina como um ente organizacional que não apresenta somente o escopo de resguardar os interesses de seus sócios. De fato, vislumbrou-se na sociedade um instrumento de organização dos interesses das diversas pessoas que se relacionam com esta pessoa jurídica. Desse modo, a teoria institucionalista e a teoria do contrato organização, ao distanciarem a natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade dos contratos, possibilitaram a criação de sociedades unipessoais por

microempresários individuais e por empresários individuais de pequeno porte, que pretendem eliminar sua responsabilidade pessoal pelos riscos do empreendimento.

A partir dessa releitura do conceito clássico de sociedade, o qual se encontra ligado à noção de contrato e, por conseguinte, a uma pluralidade de pessoas, verificou-se que este não atende mais às tendências modernas do Direito societário. De fato, o instituto da sociedade desvincilha-se, cada vez mais, do elemento da pluralidade de pessoas para priorizar o elemento da organização dos interesses das pessoas que se relacionam e contribuem para a empresa. A sociedade, portanto, apresenta-se, atualmente, como um instrumento de organização dos feixes de contratos firmados pelos empresário, isto é, das diversas relações jurídicas constituídas em torno da empresa.

Nesse contexto, analisando as duas técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual – a empresa individual de responsabilidade limitada e a sociedade unipessoal –, constatou-se que a técnica não societária é menos eficiente do que a técnica societária, no que toca: i) à transferência do estabelecimento empresarial por ato *inter vivos* e *causa mortis*; ii) à organização da empresa; iii) e à distinção entre a esfera pessoal e empresarial do titular do patrimônio especial.

Em verdade, a ineficiência da teoria do patrimônio separado em relação à técnica societária foi o principal motivo para que a Comunidade Europeia optasse pela sociedade unipessoal como a principal forma de limitação da responsabilidade do empresário individual, sugerindo aos seus Estados-membros a adoção preferencial desta técnica de limitação de responsabilidade sobre qualquer outra.

No que diz respeito à introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a legislação brasileira, antes da edição da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, encontrava-se atrasada, pois ainda predominava a aplicação do princípio da responsabilidade ilimitada ao empresário individual.

De fato, verificou-se que as técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual foram introduzidas, na legislação brasileira, com objetivos diversos daqueles da limitação da responsabilidade da pessoa natural que explora a empresa individualmente.

A teoria do patrimônio separado, por exemplo, foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, com o escopo de reduzir o risco nas incorporações

imobiliárias, bem como servir de instrumento de proteção do empresário incapaz que continua a explorar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz ou pelo autor de herança.

A técnica da sociedade unipessoal, por sua vez, foi introduzida, na legislação brasileira, com duas finalidades distintas: i) servir de instrumento de organização dos grupos societários; ii) e viabilizar a preservação da empresa nas hipóteses em que a sociedade pluripessoal é reduzida a apenas um sócio.

Embora a introdução das técnicas de limitação da responsabilidade do empresário individual, no ordenamento jurídico brasileiro, não tenha sido fruto de uma política valorizadora daquele, constatou-se que, desde a década de noventa, existe uma tendência na adoção de regras de limitação da responsabilidade do empresário individual pela legislação brasileira.

Como exemplo, pode-se citar a tentativa de instituição da teoria do patrimônio separado, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da figura do empreendedor individual de responsabilidade limitada (vetado art. 69 da Lei Complementar 123/2006). Esta figura serviu de antecedente histórico do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada, que foi recentemente introduzido na legislação brasileira, pela Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, com o objetivo de limitar a responsabilidade pessoal do empresário individual.

Comparando a nova figura da empresa individual de responsabilidade limitada com a empresa individual de responsabilidade limitada, prevista nas Diretivas do Conselho das Comunidades Europeias, verificou-se que o instituto brasileiro diferencia-se do europeu.

É que o instituto europeu constitui um patrimônio separado e afetado à exploração da empresa, que não apresenta personalidade jurídica, ao passo que a figura brasileira da empresa individual de responsabilidade limitada apresenta uma peculiaridade própria na medida em que promove a limitação da responsabilidade do empresário individual por meio da personificação da empresa, isto é, mediante a atribuição de personalidade jurídica ao patrimônio separado à exploração da atividade econômica.

A figura da empresa individual de responsabilidade limitada também seria, à primeira vista, distinta da sociedade unipessoal, uma vez que aquela constitui uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado (art. 44, VI, do Código Civil). Tal

entendimento foi, inclusive, adotado na V Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Contudo, mediante a análise da divergência a respeito do conceito jurídico de empresa, sobretudo da classificação desta como um objeto ou sujeito de direito, observou-se que o emprego do termo 'empresa' para formar o nome desta nova modalidade de pessoa jurídica não implicou a transformação da empresa em um sujeito de direito. É que o legislador, ao tratar a empresa, ora como objeto, ora como sujeito de direito, está tão somente reconhecendo seus diferentes perfis.

De fato, a empresa, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui a atividade econômica organizada (objeto de direito), explorada pelo empresário individual ou coletivo (sujeito de direito), de modo que a utilização do termo 'empresa', pela empresa individual de responsabilidade limitada, serve tão somente para dar nome a esta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado.

Nesse contexto, embora a legislação trate a empresa individual de responsabilidade limitada como uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, constatou-se que esta se assemelha a uma sociedade limitada unipessoal na medida em que: i) limita a responsabilidade de seu titular à integralização do capital social; ii) pode adotar tanto a firma quanto a denominação social como nome empresarial; iii) e é regida supletivamente pelas regras e princípios da sociedade limitada.

Logo, a partir das semelhanças apontadas entre a empresa individual de responsabilidade limitada e a sociedade unipessoal, conclui-se que o reconhecimento de que a empresa individual de responsabilidade limitada constitui uma sociedade unipessoal é simplesmente uma questão de nomenclatura.

De toda sorte, analisando a empresa individual de responsabilidade limitada, à luz do referido entendimento aprovado na V Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, verificou-se que, embora a criação desse novo instituto seja uma iniciativa louvável e digna de elogios, tem-se que esta técnica *sui generis* de limitação da responsabilidade do empresário individual está suscetível a não atingir o sucesso desejado e esperado pelo legislador.

É que a empresa individual de responsabilidade limitada não detém a mesma praticidade da técnica da sociedade unipessoal prevista nas Diretivas do Conselho das Comunidades Europeias, no que diz respeito, por exemplo, ao

crescimento do empreendimento com a inclusão de novos sócios, uma vez que seria necessário transformar aquele instituto em uma sociedade.

Além disso, algumas disposições previstas na Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, podem aumentar excessivamente os custos envolvidos na constituição desta nova modalidade empresarial. A título de exemplificação, a regra que impõe um capital social mínimo para esta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado impõe um custo adicional para os empresários que desejarem constituir uma empresa individual de responsabilidade limitada que não encontra respaldo na legislação que rege a sociedade limitada. Dessa forma, diante do custo maior para se instituir esta nova modalidade empresarial, pode-se afirmar, em princípio, que muitos empresários individuais preferirão explorar sua empresa por meio da constituição de uma sociedade fictícia a constituir uma custosa empresa individual de responsabilidade limitada.

Portanto, o sucesso da figura da empresa individual de responsabilidade limitada está condicionado à adoção de políticas legislativas que incentivem a escolha deste instituto pelos microempresários individuais e pelos empresários individuais de pequeno porte, bem como de outras medidas legislativas que visem coibir a constituição de sociedades fictícias, a fim de se tornar a adoção deste instituto vantajosa e atraente para o empresário individual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOÉ, Leonardo; MOREIRA, Rafael; SCHERMA, Márcio; BEDE, Marco; GAMA, Heitor; FONSECA, Paulo. **As micro e pequenas empresas na exportação brasileira: 1998-2010**. Brasília: SEBRAE, 2011.

ANGELICI, Carlo. **La società nulla**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

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

_____. O negócio indireto. *In: Problemas das sociedades anônimas e o direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 104, n. 35, p. 109-126, out./dez. 1996.

AUBRY, Charles; RAU, Frédéric Charles. **Cours de droit civil français**. Atualizado por Paul Esmein. 6. ed. Paris: Librairies Techniques, 1953, v. 9.

BRASIL. **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/códigos> Acesso em: 29 de agosto de 2011.

_____. **Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em <www.planalto.gov.br/legislação/códigos> Acesso em: 29 de agosto de 2011.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil, de 08 a 10 de novembro de 2011**. Disponível em: <www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/Compilacao%20enunciados%20aprovados1.pdf> Acesso em: 27 de fevereiro de 2012.

_____. **Constituição da República, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/constituicao> Acesso em: 19 de setembro de 2011.

_____. **Decreto 3.000, de 26 de março de 1999**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/decretos> Acesso em: 31 de agosto de 2011.

_____. **Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/decretos> Acesso em: 06 de fevereiro de 2012.

_____. **Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/decretos-leis> Acesso em: 06 de março de 2012.

_____. **Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/decretos-leis> Acesso em: 28 de fevereiro de 2012.

_____. **Exposição de motivos 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda**. Disponível em: <www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

_____. **Exposição de motivos da medida provisória 2.221, de 04 de setembro de 2001, do Ministério da Fazenda.** Disponível em: <www2.camara.gov.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2221-4-setembro-2001-396077-exposicaodemotivos-1-pe.html> Acesso em: 30 de janeiro de 2011.

_____. **Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis ordinárias> Acesso em: 30 de janeiro de 2012.

_____. **Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis ordinárias> Acesso em: 06 de março de 2012.

_____. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis ordinárias> Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

_____. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis ordinárias> Acesso em: 28 de fevereiro de 2012.

_____. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis ordinárias> Acesso em: 28 de fevereiro de 2011.

_____. **Lei 12.441, de 11 de julho de 2011.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis ordinárias> Acesso em: 16 de setembro de 2011.

_____. **Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/leis complementares> Acesso em: 09 de novembro de 2011.

_____. **Mensagem de veto 259, de 11 de julho de 2011.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm> Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

_____. **Mensagem de veto 1.098, de 14 de dezembro de 2006.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1098-06.htm> Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

_____. **Parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei 4.605/2009 e ao apenso 4.953/2009, de 14 de maio de 2009.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

_____. **Parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados à emenda apresentada ao substitutivo do Relator aos Projetos de Lei 4.605/2009 e 4.953/2009, de 24 de junho de 2009.** Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

_____. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei 4.605/2009, de 05 de agosto de 2010.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

_____. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal 380, de 01 de junho de 2011.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=91622&tp=1>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

_____. **Projeto de Lei 2.468, de 05 de outubro de 2011.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522763>> Acesso em: 06 de março de 2012.

_____. **Projeto de Lei 2.730, de 10 de dezembro de 2003.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=148175>> Acesso em: 14 de fevereiro de 2012.

_____. **Projeto de Lei 3.667, de 26 de maio de 2004.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=255607>> Acesso em: 14 de fevereiro de 2012.

_____. **Projeto de Lei 4.605, de 04 de fevereiro de 2009.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

_____. **Projeto de Lei 4.953, de 31 de março de 2009.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=428311>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

_____. **Resolução do Conselho Monetário Nacional 3.380, de 29 de junho de 2006.** Disponível em: <www.bcb/legislações e normas> Acesso em: 31 de agosto de 2011.

_____. **Resolução do Conselho Monetário Nacional 3.464, de 26 de junho de 2007.** Disponível em: <www.bcb/legislações e normas> Acesso em: 31 de agosto de 2011.

_____. **Resolução do Conselho Monetário Nacional 3.721, de 30 de abril de 2009.** Disponível em: <www.bcb/legislações e normas> Acesso em: 31 de agosto de 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 387/Minas Gerais.** Relator: Ministro Waldemar Zveiter. 19 de fevereiro de 1990. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=387&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5> Acesso em: 06 de fevereiro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 81.924/Rio de Janeiro.** Relator: Ministro Soares Muñoz. 10 de abril de 1979. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=177142>> Acesso em: 06 de fevereiro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 90.570/Rio de Janeiro.** Relator: Ministro Djaci Falcão. 11 de maio de 1979. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184223>> Acesso em: 06 de fevereiro de 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 104.596-5/Pará.** Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 21 de junho de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=196616>> Acesso em: 06 de fevereiro de 2012.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Tratado de direito empresarial.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1995.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro.** 6 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A., 1957, v. 2.

_____. **Tratado de direito comercial brasileiro.** 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A., 1958, v. 3.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, v. 4, tomo 2.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. **A microempresa no direito brasileiro.** 1989. 335 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1989.

_____. **Manual de Direito Empresarial.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CHAMPAUD, Claude. L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**, Paris, v. 32, n. 3, p. 576-636, jul. 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa.** 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, v. 1.

_____. **Curso de direito comercial: direito de empresa.** 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, v. 2.

COIMBRA DE SOUZA, Paloma R. Ato coletivo, ato colegial, ato complexo, instituição. *In*: NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo (coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 27-40.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Décima Segunda Directiva do Conselho – Directiva 667, de 21 de dezembro de 1989**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias L. 395/40, de 30 de dezembro de 1989. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:395:0040:0042:PT:PDF>> Acesso em: 21 de novembro de 2011.

_____. **Directiva 102 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009**. Jornal Oficial da União Europeia L. 258/20, de 01 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:258:0020:0025:PT:PDF>> Acesso em: 21 de novembro de 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito europeu das sociedades**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. O intrigante e instigante art. 978 do código civil brasileiro (o empresário casado, a alienação ou a oneração de bens imóveis e a outorga uxória). **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba, n. 8, jul./dez. 2007.

COSTA, Ricardo Alberto Santos. **A sociedades por quotas unipessoal no direito português: contributo para o estudo do seu regime jurídico**. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002.

CRISTIANO, Romano. **Personificação da empresa**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956, v. 1.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Anuário do trabalho na micro e pequena empresa**. *In*: SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (Org.). 3. ed. Brasília; São Paulo: DIEESE; SEBRAE, 2010.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO. **Estatística de Constituição de Empresas por Tipo Jurídico Brasil 1985 – 2005**. Disponível em: <www.dnrc.gov.br>. Acesso em: 26 de outubro de 2011.

_____. **Instrução normativa 117, de 22 de novembro de 2011**, que aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <www.dnrc.gov.br>. Acesso em: 01 de março de 2012.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie} Editeurs, 1927, v. 1.

FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade unipessoal no direito comunitário. *In*: SANTOS, Theophilo de Azevedo (org.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 173-203.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

FERRER CORREIA, Antônio de Arruda. **Sociedades fictícias e unipessoais**. 1. ed. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA. **Code civil, de 21 de março de 1804**, versão consolidada de 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr> Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

_____. **Code de Commerce, de 15 de setembro de 1807**, versão consolidada de 01 de janeiro de 2012. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr> Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

_____. **Lei 66-537, de 24 julho 1966**. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr> Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

_____. **Lei 2010-658, de 15 de junho de 2010**. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr> Acesso em: 17 de janeiro de 2012.

_____. Ministério de Economia, Finanças e Indústria Francês. **Le Dossier de Presse**. Disponível em: <www.pme.gouv.fr/eirl/eirl_dossier_presse_janv-2010.pdf> Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

GALIZZI, Gustavo Oliva; CHAVES, Natália Cristina. O menor empresário. *In*: RODRIGUES, Frederico Viana (coord). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 71-93.

GARCIA E SOUZA, Thelma de Mesquita. Sociedade unipessoal como solução organizativa da empresa. *In*: NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo (coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 491-509.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

HAURIUO, Maurice. **La teoria de la institucion y de la fundacion**. Tradução do Francês por Artuto Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1968.

INSTITUTO DOS REGISTROS E DO NOTARIADO. **Total de empresas constituídas por natureza jurídica de 14/07/2005 a 31/12/2011**. Disponível em: <www.irn.mj.pt/sections/noticias/enh-estatisticas> Acesso em: 17 de janeiro de 2012.

ITÁLIA. **Code civile, de 16 de março de 1942**. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib5.htm> Acesso em: 06 de fevereiro de 2012.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e a sua obra: a teoria da empresa em si. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, v. 128, n. 41, p. 199-202, out./dez. 2002.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

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

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. **A sociedade por quotas e a unipessoalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

_____. Sociedade por quotas unipessoal. *In*: **Novos estudos de direito societário: sociedades anônimas e sociedade por quotas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

NÉRI, José Nadi. **Sociedade Unipessoal de Responsabilidade Limitada**. 2002. F. 148. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

NONES, Nelson. A sociedade unipessoal no contexto do direito societário brasileiro. **Revista Jurídica**. Blumenau, v.4, n.7-8, p. 123-139, jan./dez. 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970, v. 5.

PORTUGAL. **Código das Sociedades Comerciais, de 02 de setembro de 1986**, versão consolidada de 13 de abril de 2011. Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_main.php> Acesso em: 23 de janeiro de 2012.

_____. **Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986**, versão consolidada de 17 de janeiro de 2007. Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_main.php> Acesso em: 12 de dezembro de 2011.

_____. **Decreto-lei 257, de 31 de dezembro de 1996**. Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_main.php> Acesso em: 23 de janeiro de 2012.

RATHENAU, Walther. Do sistema acionário - uma análise negocial. Tradução do alemão de Nilson Lautenschleger Júnior. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, v. 128, n. 41, p. 202-223, out./dez. 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, v. 1.

_____. **Curso de direito comercial**. 22. ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2000, v. 2.

_____. Projeto de código civil: apreciação crítica sobre o Livro II (Da atividade negocial). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 478, p. 12-23, 1975.

RESTI, Andrea; SIRONI, Andrea. **Gestão do risco na atividade bancária e geração de valor para o acionista: modelos de medição de risco a políticas de alocação de capital**. Tradução de Celso Roberto Paschoa. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Qualimark, 2010.

RIPERT, Georges. **Traité élémentaire de droit commercial**. Atualizado por René Roblot. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1963, v. 1.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de direito comercial: parte geral**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, v. 1.

RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do Direito de Empresa no Novo Código Civil. *In*: RODRIGUES, Frederico Viana (coord). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 13-35.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

_____. **O novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. Sociedade Simulada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, v. 105, n. 36, p. 70-73, mar. 1997.

SERLOOTEN, Patrick. **Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée**. 1 ed. Paris: GLN JOLY, 1994.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENO EMPRESAS. **As MPes na economia brasileira.** Disponível em: <www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MPesEmNumeros/Paginas/AsMPesnaEconomiaBrasileira.aspx> Acesso em: 10 de novembro de 2011.

SOUZA, Ruy de. **O direito das emprêsas: atualização do direito comercial.** Belo Horizonte: Livraria Bernardes Álvares, 1959.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 6. ed. São Paulo: Editora LTr, 2005.

SOUZA CARMO, Eduardo de. Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada. **Revista Jurídica Mineira.** Belo Horizonte: Editora Jurídica Mineira, ano V, n. 45, jan. 1988.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações.** Tradução de Luís Cristóvão de Aguiar. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, v. 2.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Nótcias STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186488> Acesso em: 06 de março de 2012.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias.** São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

_____. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Editora Atlas, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. **Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, Jornal Oficial da União Europeia C321E, de 29 de dezembro de 2006.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:PT:pdf>> Acesso em: 17 de novembro de 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis – introdução à teoria geral da concorrência e dos bens materiais.** 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao novo código civil: livro II – do direito de empresa – arts. 966 a 1.195.** In. TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (coord). Rio de Janeiro, 1995, v. 14.